

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure, likely a religious or historical figure, surrounded by a landscape with mountains and a river. The text "UNIVERSITAS CAROLINA GUATEMALENSIS" is inscribed around the perimeter of the seal.

**VIOLACIÓN DEL FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA, EN LA LEY CONTRA EL  
FEMICIDIO, AL NO CONCEDER REBAJA DE ESTA AL SENTENCIADO.**

**LUKRECIA MAGALLY MONTERROSO OCHOA**

**GUATEMALA, JUNIO 2016**

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

**VIOLACIÓN DEL FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA, EN LA LEY CONTRA EL  
FEMICIDIO, AL NO CONCEDER REBAJA DE ESTA AL SENTENCIADO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**LUKRECIA MAGALLY MONTERROSO OCHOA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, junio de 2016

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

<b>DECANO:</b>	Msc. Avidán Ortiz Orellana
<b>VOCAL I:</b>	Lic. Luís Rodolfo Polanco Gil
<b>VOCAL II:</b>	Licda. Rosario Gil Pérez
<b>VOCAL III:</b>	Lic. Juan José Bolaños Mejía
<b>VOCAL IV:</b>	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
<b>VOCAL V:</b>	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
<b>SECRETARIO:</b>	Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Fase Privada:**

Presidente	Lic. Héctor René Granados Figueroa
Vocal:	Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández
Secretario	Lic. Carlos Alberto Cáceres Lima

**Fase Pública:**

Presidente	Lic. Marvin Omar Castillo García
Vocal:	Lic. Álvaro Abilio Morañas Burrión
Secretaria:	Licda. Carmen Patricia Muñoz Flores

**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).

BARRENO QUEMÉ & ASOCIADOS  
ABOGADOS Y NOTARIOS  
ESPECIALISTAS-INVESTIGACIONES-CRIMINALÍSTICA-CONSULTORES



Guatemala, 3 de Octubre de 2013

Dr. Bonerge Amílcar Mejía Orellana  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad Universitaria, zona 12



**Honorable Doctor Mejía Orellana**

Atentamente me dirijo a usted, para hacer de su conocimiento que en cumplimiento al nombramiento efectuado por esa jefatura, he asistido con carácter de asesor de tesis de la señorita estudiante **LUKRECIA MAGALLY MONTERROSO OCHOA**, en la elaboración del trabajo titulado: "LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO, VIOLA EL FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA, POR NO CONCEDERLE AL SENTENCIADO LA REBAJA DE ÉSTA."

Al finalizar la elaboración del mismo, atentamente informo:

1. Que el contenido técnico y científico del trabajo realizado por la estudiante Monterroso Ochoa, llena las exigencias que para el efecto se solicitaron para el desarrollo del presente trabajo de investigación.
2. Que la autora cumplió con la metodología planteada desde el inicio de las recomendaciones, consideraciones y sugerencias que le fueron formuladas como asesor, especialmente en cuanto a establecer los principios rectores del derecho penal y la función moderna de la pena en un Estado social y democrático.
3. La autora con su esfuerzo, dedicación y responsabilidad en su obra, nos plantea científicamente que la pena dejó de ser una herramienta represiva del Estado y que modernamente las secuelas del positivismo han quedado atrás, dando paso a una nueva concepción de la pena como forma de reeducar y reencausar la conducta del sujeto activo de la acción penal.

Sede Notarial:

10ª. Avenida 7-06, 2º. Nivel, Oficina 10, zona 1. Centro histórico, Ciudad de Guatemala

Tel/fax: 00(502)22302617. Móvil: 00(502)46868579

e-mail: barrenoquemeyasociados@hotmail.com



BARRENO QUEMÉ & ASOCIADOS  
ABOGADOS Y NOTARIOS  
ESPECIALISTAS – INVESTIGACIONES – CRIMINALÍSTICA – CONSULTORES

4. Como resultado del presente trabajo, se consideró que las conclusiones y recomendaciones que plantea la autora, es el esfuerzo al cumplimiento de los llamados y exigencias que le fueron solicitados en el desarrollo de su importante obra. Asimismo la bibliografía consultada y aplicada contribuyeron a enriquecer jurídicamente el desarrollo de tan importante trabajo científico, salvo criterio del revisor que tenga a bien conocer el presente trabajo.

En consecuencia, en mi calidad de asesor **APRUEBO** el presente trabajo de investigación por su contenido y lo expresado con anterioridad; pues la autora ha reunido los requisitos exigidos por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

Con las muestras de mi consideración y estima. Sin otro particular, su servidor.

Lic. Gustavo Adolfo Barreno Quemé  
Asesor de Tesis

Cc/arch.

Sede Notarial:

10ª. Avenida 7-06, 2º. Nivel, oficina 10, zona 1. Centro histórico, ciudad de Guatemala.  
Tel/fax: 00(502)22302617. Móvil: 00(502)46868579  
e-mail: barrenoquemeyasociados@hotmail.com



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, 17 de octubre de 2013.

Atentamente, pase a el LICENCIADO GIOVANNI HERRERA POITAN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante LUKRECIA MAGALLY MONTERROSO OCHOA, intitulado: "LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO, VIOLA EL FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA, POR NO CONCEDERLE AL SENTENCIADO LA REBAJA DE ÉSTA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir 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, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, 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, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

DR. BONERGE AMÍLCAR MEJÍA ORELLANA  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis  
BAMO/yr.



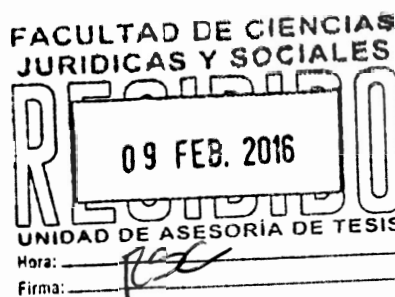


**Lic. Giovanni Herrera Poitan**  
ABOGADO Y NOTARIO  
Móvil: 5419 5244

Guatemala, 7 de Octubre de 2014

Doctor:

Bonerge Amílcar Mejía Orellana  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad Universitaria, zona 12



**Honorable Doctor Mejía Orellana**

A solicitud de la estudiante de esta facultad **LUKRECIA MAGALLY MONTERROSO OCHOA**, quien se identifica con el carré estudiantil 9710159; fui nombrado el 17 de octubre de 2013 como **REVISOR** de su tesis intitulada: **LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO, VIOLA EL FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA, POR NO CONCEDERLE AL SENTENCIADO LA REBAJA DE ÉSTA**, el cual ha sido modificado por: **VIOLACIÓN DEL FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA, EN LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO, AL NO CONCEDER REBAJA DE ESTA AL SENTENCIADO.**

En relación al contenido científico y técnico de la tesis, me pareció que abarca las cuatro etapas del conocimiento científico tales como: 1) el planteamiento del problema jurídico de actualidad; 2) el contenido de la investigación se encuentra inmerso en la hipótesis planteada que se encuentra de la siguiente manera: Que no concederle al privado de libertad por los delitos de femicidio una reducción de la pena por buen comportamiento, es negarle a esta el fin resocializador que se persigue con esta medida, que no coadyuva en nada al tratamiento de los reos para su posterior reinserción a la sociedad; 3) la recolección de la información realizada por la bachiller Lukrecia Magally Monterroso Ochoa, la que fue de apoyo para elaborar la investigación, corroborando que el material es considerablemente actual; 4) En consecuencia el ponente comprueba de manera irrefutable, la hipótesis planteada; 5) la estructura formal de la tesis fue realizada en una

# Lic. Giovanni Herrera Poitan

ABOGADO Y NOTARIO

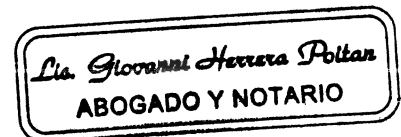
Móvil: 54195244



secuencia para el entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo-inductivo, analítico-sintético y la utilización de la técnica bibliográfica que comprueba que se hizo la recopilación de la bibliográfica actualizada.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para establecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, en tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en la medida de espacio, conocimiento e investigación ha estado apegado a las pretensiones del autor, en virtud de lo anterior **APRUEBO** la investigación realizada por la bachiller **Lukrecia Magally Monterroso Ochoa**, por lo que puede ser sometida a su discusión y aprobación.

Sin otro particular me suscribo de usted.



Lic. Giovanni Herrera Poitan  
Abogado y Notario  
Revisor de tesis  
Colegiado No. 6705





**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
 Universidad de San Carlos de Guatemala

*[Handwritten signature]*  
 SECRETARIA  
 FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
 GUATEMALA, G. A.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala. 12 de mayo de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LUKRECIA MAGALLY MONTERROSO OCHOA, titulado VIOLACIÓN DEL FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA, EN LA LEY CONTRA EL FEMICIDIO, AL NO CONCEDER REBAJA DE ESTA AL SENTENCIADO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

WELM/srs.  
*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*  
 Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas  
 Secretario Académico  
 SECRETARIA  
 FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
 GUATEMALA, G. A.

*[Handwritten signature]*  
 Lic. Aidán Ortiz Orellana  
 DECANO  
 DECANATO  
 FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
 GUATEMALA, G. A.





## DEDICATORIA

### **A DIOS:**

A ti señor lo más grande y maravilloso, te doy gracias por darme la oportunidad, la sabiduría, el conocimiento y la fuerza para llegar a la meta trazada. Muchas gracias mi señor y salvador Jesús.

### **A MIS PADRES:**

Dominga de Monterroso (Q.E.P.D) Y José Efraín Monterroso Roldán, gracias por ser unos padres maravillosos y guiarme por el camino correcto dándome sabios consejos y apoyarme siempre, muchas gracias.

### **A MIS HERMANOS:**

Jorge, Mario, Irma, Luís, Gladis; gracias porque tengo unos hermanos muy especiales.

### **A MIS CUÑADAS:**

Gladys y Edna, con mucho cariño.

### **A MIS SOBRINOS:**

Londy, Wilson, Wagner, Wendy, Dady, Memito, Sandy, Joselyn, Leonel, Darwin, Luis Daniel y José David; los quiero mucho.

### **A MIS TÍOS Y TÍAS Y FAMILIA EN GENERAL:**

Los quiero.

### **A MIS AMIGOS:**

Por esa motivación y apoyo en el transcurso de mi carrera.



**A LOS PASTORES:**

Edwin Mejía y Herlinda de Mejía, por sus oraciones y consejos.

**A LOS PROFESIONALES:**

Lic. Gustavo Adolfo Barreno Quemé, Lic. Giovanni Herrera Poitán, Lic. Erick Salvador Barillas López, por sus consejos y asesoría profesional.

**A USTED:**

Que en este momento me acompaña, muchas gracias.

**A LA GLORIOSA**

Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, que el señor la bendiga grandemente y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



## ÍNDICE

	Pág.
Introducción .....	i

### CAPÍTULO I

1. El derecho penal en orden social .....	1
1.1. Aceptación jurídica del derecho penal .....	3
1.2. Denominaciones .....	4
1.3. División del derecho penal.....	5
1.3.1. El derecho penal objetivo.....	5
1.3.2. El derecho penal subjetivo.....	5
1.4. Funciones del derecho penal.....	8
1.4.1. Funciones de tutela de bienes jurídicos.....	9
1.4.2. Función de motivación.....	11
1.4.3. Función de tutela de valores éticos y sociales.....	11
1.4.4. Función de tutela de vigencia de la norma.....	12
1.5. Interpretación histórica de la función penal .....	13
1.5.1. El Estado teocrático .....	13
1.5.2. El Estado liberal clásico .....	14
1.5.3. El Estado social .....	14
1.6. Caracteres del derecho penal .....	15
1.6.1. Derecho público .....	15
1.6.2. Derecho sancionador.....	16
1.6.3. Derecho valorativo .....	16
1.6.4. Derecho finalista .....	16

### CAPÍTULO II

2. La pena .....	19
2.1. Definiciones.....	20
2.2. La función de la pena en el derecho liberal .....	22



	<b>Pág.</b>
2.3. La función de la pena en el derecho penal intervencionista .....	23
2.4. El problema fundamental de la pena .....	23
2.4.1. Las teorías retribucionistas .....	23
2.4.2. Las teorías relativas o utilitaristas .....	26
2.4.3. Las teorías unificadoras .....	29
2.5. El fin de la pena .....	30
2.6. El principio resocializador de la pena .....	35

### **CAPÍTULO III**

3. Principio de temporalidad de la ley penal .....	41
3.1. La aplicación de la ley penal en el tiempo .....	41
3.2. La retroactividad de la ley penal .....	44
3.2.1. Alcance del principio a las leyes procesales penales .....	46
3.2.2. Alcance del principio a las leyes penales en blanco .....	47
3.3. Ultractividad de la ley penal .....	47
3.4. Las leyes excepcionales temporales .....	48
3.5. El tiempo del hecho delictivo .....	51
3.6. Principio de especialidad en la ley penal .....	52
3.7. Principio de consumación o absorción .....	53

### **CAPÍTULO IV**

4. El femicidio en el derecho comparado .....	55
4.1. Legislación sobre femicidio en el derecho comparado .....	58
4.2. Principios generales .....	61
4.2.1. Principio de especialidad .....	61
4.2.2. Principio de la responsabilidad penal de los funcionarios .....	62
4.2.3. Principio de laicidad .....	62
4.2.4. Principio de protección a las víctimas .....	63
4.3. El bien jurídico tutelado .....	67



4.4. Las sanciones penales en el derecho comparado..... 69

## CAPÍTULO V

5. La Ley Contra el Femicidio viola el fin resocializador de la pena por no conceder al sentenciado la rebaja de ésta..... 73

5.1. Fórmulas de resocialización..... 80

5.1.1. La resocialización en el Salvador ..... 81

5.1.2. La resocialización en Colombia..... 81

5.1.3. La resocialización en Costa Rica ..... 83

5.1.4. La resocialización en España ..... 84

**CONCLUSIONES** ..... 87

**RECOMENDACIONES** ..... 89

**BIBLIOGRAFÍA** ..... 91

## INTRODUCCIÓN

Sin lugar a duda en el orden jurídico y social, es el derecho penal el que más encendidos debates a ocasionado a lo largo de toda la historia, habiéndose instituido históricamente el pensamiento de dos escuelas filosóficas que trataron de impulsar ideas progresistas sobre la función del derecho penal y específicamente la función de la pena en favor de un deteriorado bienestar social; unos propugnaron por una pena retributiva consecutiva del delito como el único medio para proteger el orden social, mientras que otros se inclinaron por una pena cuyo fin propugnara por la reeducación del trasgresor para su inserción social proyectada hacia una vida por un total respeto por el orden jurídico establecido.

El planteamiento del problema en el presente trabajo tiene su fundamento en la aplicación de la pena de prisión privativa de libertad por el delito de femicidio, que no contempla la reducción de ésta por ningún motivo; y aunque la ley penal general prevé la libertad condicional como indicio resocializador, la ley especial lo niega completamente, situación que puede traducirse como un resabio de la antiguas creencias de la criminología positiva que justificaba la pena solamente en función de la retribución al mal causado por el agente infractor.

En la justificación se plantea que la precitada ley a no concederle al privado de libertad la modificación de la pena, está violando principios constitucionales tales como el de igualdad, así como el del fin resocializador y rehabilitador de la pena. Dentro de los objetivos se afirma que sí se alcanzaron al determinarse que la pena reglada en la Ley de Femicidio no encuadra dentro los fines contemporáneos del derecho penal.

Dentro del marco teórico se incluyeron las técnicas y métodos que más han influenciado el derecho penal, como son: el utilitarismo de Jeremías Bentham; la escuela positiva del derecho penal con la teoría relativa moderna de la pena, y los positivistas Ferri y Garófalo con la antigua escuela sociológica en Italia, así como la teoría antropológica del delincuente nato de César Lombroso, por Alemania Frank Von

Liszt, con la moderna escuela sociológica, además los correccionalistas, Jiménez de Asúa. Las teorías de la escuela clásica como la defensa social para justificar la intervención del Estado con el poder punitivo. La humanización del derecho penal con el Marqués de Becharía. Las teorías del derecho penal moderno de Enrique Bacigalupo y Eugenio Zaffaroni.

La tesis está elaborada en cinco capítulos, siendo el primer capítulo, el derecho penal en el orden social, su acepción jurídica, denominaciones, división del derecho penal y funciones; el segundo capítulo contiene la pena, definiciones, funciones, el problema fundamental de la pena y las teorías de la pena; el tercer capítulo se refiere al principio temporal de la aplicación de la pena, la extractividad de la ley penal, retroactividad, ultractividad entre otros; el cuarto capítulo contiene una pequeña reseña sobre el femicidio en la legislación comparada y; el quinto capítulo un breve análisis de sobre la norma que regula la aplicación de la pena en el delito de femicidio.

Las conclusiones se fijaron básicamente en afirmar que la imposición de la pena tiene dos funciones principales, partiendo del entendido de que no hay pena sin dolor, por una parte la primera función es retributiva por el fenómeno causa y efecto Y, la segunda es preventiva y resocializadora, porque escarmienta la vida del trasgresor de la ley penal. Las recomendaciones se proyectaron en base al tratamiento institucionalizado que actualmente tiene poca o ninguna injerencia en el sistema penitenciario, recomendándose que se suscriban acuerdos con las universidades del país que cuenten con facultades de medicina, sicología y trabajo social para reactivar el programa de tratamiento, que bien serviría de ejercicio profesional supervisado para los estudiantes y de beneficio para los privados de libertad.



## CAPÍTULO I

### 1. El derecho penal en el orden social

Para iniciar mencionaré las palabras de Juan Jacobo Rousseau cuando expresa: "me propongo investigar si dentro del radio del orden civil y considerando a los hombres tal cual ellos son y las leyes tal cual pueden ser, existe alguna fórmula de administración legítima y permanente. Trataré para ello de mantener en armonía constante, en este estudio, lo que el derecho permite con lo que el interés prescribe, a fin de que la justicia y la utilidad no resulten divorciadas."<sup>1</sup>

Muchas son las acepciones del derecho penal y es de hacer notar que este derecho es una parte del derecho público que contiene teorías y doctrinas que estudian la función punitiva del Estado, al delincuente trasgresor de la ley penal, la teoría del delito, y los principios fundamentales de esta disciplina; en consecuencia afirma Bacigalupo que "el derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social... En este sentido el derecho penal es un instrumento de control social que opera junto a otros instrumentos de idéntica finalidad, tales como la ética y la moral; este se diferencia de estos instrumentos por la manera formal en que se aplican las sanciones y por su tendencia a una fundamentación más racional de la misma".<sup>2</sup>

En la terminología moderna, el derecho penal, junto con los otros instrumentos de control social mediante sanciones, forma parte del control social primario, por oposición

---

<sup>1</sup>Rousseau Juan Jacobo. **El contrato Social**. Pág. 7

<sup>2</sup>Bacigalupo Enrique. **Manual de derecho penal**. Pág. 1.

al control social secundario, que trata de internalizar las normas y modelos de comportamiento social adecuados sin recurrir a la sanción ni al premio (por ejemplo, el sistema educativo).

Desde este punto de vista, el derecho penal se vincula con el control social respecto de comportamientos desviados para los cuales el Estado (único titular del ejercicio de esta forma de control en las sociedades modernas) amenaza sanciones concretas. El concepto de comportamiento desviado se encuentra, por lo tanto, estrechamente vinculado al de control social.

En este orden de ideas, es necesario identificar el comportamiento o comportamientos desviados, que definitivamente no forman parte de los comportamientos que vulneran por ejemplo una norma penal, pero que ameritan una sanción ética o moral, cabe señalar que un pecado es una desviación natural de la conducta humana que no necesariamente es una desviación en la que tenga que intervenir el Estado a través del derecho penal como forma de control social, pues esta conducta queda al arbitrio de la conciencia humana. "En el griego la palabra delito es ( *παράπτωμα* ) toma que significa: deliz, lapso o desviación, error intencional o transgresión voluntaria, ofensa, pecado trasgresión, falta, defección, delito."<sup>3</sup>

En el Código Penal se regulaba antiguamente el delito de adulterio, el cual establecía "comete adulterio la mujer que yaciere con varón que no fuere su marido", esta norma era una conducta considerada desviada para la ley penal y era castigada con la

---

<sup>3</sup> James Strong. **Diccionario Strong de palabras originales del antiguo y nuevo testamento**. Pág. 158.

intervención del Estado; en la actualidad esta conducta irregular, solamente es objeto de sanción por las normas éticas y morales que están al arbitrio de los hombres, pues aunque pone en peligro el bienestar y la armonía familiar, pasa desapercibida para el derecho penal.

Se observa, que el derecho penal es un instrumento de fuerza y de ordenamiento social que no puede quedar en mano de particulares y solamente del Estado, situación que meritoriamente observa Rousseau al señalar que “el más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo o señor sino transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber. La fuerza es una potencia física y no veo que la moralidad pueda resultar de sus efectos. Ceder la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad; cuando más puede ser de prudencia.”<sup>4</sup>

### **1.1. Aceptación jurídica del derecho penal**

Para Luís Jiménez de Asua el derecho penal “es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionar y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”.<sup>5</sup>

En acepción personal considero que el derecho penal es el conjunto de principios, teorías y normas a través de las cuales el Estado ejerce su acción punitiva exclusiva,

---

<sup>4</sup> Rousseau Juan Jacobo. **Ob. Cit.** Pág. 7

<sup>5</sup> Jiménez de Asua. Luís. **Principios de derecho penal. La ley y el delito.** Pág. 18

cuando las conductas irregulares de los hombres ponen en riesgo la seguridad, justicia y la armonía social, que son en su conjunto el bien jurídico tutelado de la organización social.

Entonces, es aquí donde interesa el estudio del derecho penal como instrumento jurídico, como el encargado de determinar, cuando una conducta irregular es susceptible de ser tipificada como delito y cuales son los elementos básicos del tipo, que sanción penal le correspondería; situación que Bacigalupo explica de la siguiente manera: La respuesta a la primera cuestión está dada por la teoría del delito, la respuesta a la segunda constituye la teoría de la individualización de la pena.

## **1.2. Denominaciones**

El derecho penal ha recibido varias designaciones, tales como derecho represivo, derecho de defensa social, derecho criminal, derecho sancionador, derecho restaurador, de todas ellas las mas comunes son: derecho penal y derecho criminal, seguramente por ser estas las más antiguas y designar mejor el contenido de las normas que se ocupan del delito, del delincuente y de las penas y medidas de seguridad. Si la pena constituye el medio más eficaz de la reprensión del delito parece cobrar definitivamente importancia la denominación de derecho penal, por esa comprensiva de aquella y tener la idoneidad suficiente distinguir por si misma la sanción establecida para los delitos de otras sanciones de carácter afflictivo, contenidas en otras formas de ilícitos penales.

### **1.3. División del derecho penal**

Es frecuente leer en los viejos tratados de derecho que este se divide en objetivo y subjetivo, el primero consiste en la ley, regla o norma que nos manda, que nos permite, que nos prohíbe; el segundo en la facultad de hacer o no hacer una cosa.

#### **1.3.1. El derecho penal objetivo**

Ese conjunto de normas legales, que asocian al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia constituye el derecho penal objetivo. El derecho penal objetivo es el régimen jurídico mediante el cual el Estado, sistematiza, limita, y precisa su facultad punitiva, cumpliendo de ese modo con la función de garantía, que justamente con la tutela de bienes jurídicos constituye el fin del derecho penal.

Sistematizar, limitar y precisar esa facultad constituyen las garantías máximas que le impiden al Estado en su ejercicio de control social, extralimitarse en sus funciones jurisdiccionales, dejando atrás la discrecionalidad a través de los diferentes principios rectores que lo limitan en su actuar, tales como los que le imponen restricciones como el principio de legalidad.

#### **1.3.2. Derecho penal subjetivo**

En nuestra disciplina dice Jiménez de Asua el derecho subjetivo sería el ius puniendi que resulta limitado por las leyes que los Estados dictan. Esto es así en garantía de la libertad, ya que las actividades han quedado, por lo mismo, concretadas a lo que la ley

establece: nullum crimen, nulla poena sine lege, máxima legal que establece el Artículo 1 del Código Procesal Penal de Guatemala, lo cual significa que no hay delito, no hay pena sin ley anterior. Ya Manzini había dicho que no hay tal derecho subjetivo del Estado, sino que la facultad de penar era un atributo de la soberanía.

El derecho penal subjetivo, en su sentido más amplio es la facultad que el Estado tiene de definir los delitos y fijar y ejecutar las penas o medidas de seguridad: es llamado *ius puniendi*. Para Zaffaroni esta denominación del derecho penal no existe, argumentando que no es concebible un derecho penal subjetivo entendido como “un derecho penal de incriminar ejercido por el sujeto Estado. El Estado, continua diciendo: No tiene derecho a incriminar o a penar, sino que tiene el deber de hacerlo, porque es un deber que surge de una función misma, es decir, de la propia razón de su existencia y, por ende, para esta función le resulta imprescindible incriminar y penar, porque de otro modo no puede tutelar adecuadamente ciertos bienes jurídicos contra ciertos ataques.”<sup>6</sup>

Carnelutti citado por Zaffaroni sostenía que “ese derecho subjetivo no era admisible porque la consecuencia del ilícito penal, no consiste en quedar obligado, sino en ser sometido; como dice Vassali que se funda en que no hay deber de sufrir la pena, sino que la pena es estado de sujeción del reo”.<sup>7</sup>

En oposición a este argumento Camargo Hernández, citado por Zaffaroni afirma en contra de la argumentación de Carnelutti que el reconocer solo el carácter de obligación a las voluntarias supone negar tal carácter a las legales y que cuando se dice que el reo

---

<sup>6</sup> Zaffaroni, Eugenio. **Tratado de derecho penal**. Pág. 33.

<sup>7</sup> **Ibid.**

queda sometido, no se tiene en cuenta que desde el punto de vista jurídico, el poder de sujeción presupone un correlativo deber de sufrir la misma sanción, puesto que de otro modo, no sería un poder, sino que constituiría un ilícito jurídico.

Por otra parte la idea de un derecho penal subjetivo se vincula en definitiva a la publicización de todos los bienes jurídicos, porque esta última sería la consecuencia lógica: Si el Estado gozase de un ius puniendi, todos los delitos afectarían ese único bien jurídico que no sería otro que el propio ius puniendi, cuyo titular es el Estado, no se penaría al homicida porque mato a otro y con ello le quito la vida a un hombre, sino porque al matar a otro lesionaría el supuesto derecho del Estado al regular la vida social.

Personalmente creo que argumentar la negación del ius puniendi del Estado por considerar que se violan las disposiciones que emanan de su soberana voluntad, es suponer al Estado como un ente separado del orden social, es de recordar que el Estado es la máxima organización familiar y social, y que los hombres han consentido en otorgarle amplias facultades para que este actué en nombre de estos, de modo que violar las normas penales del Estado, es violentar la voluntad social. Rousseau entendía afinadamente esta situación al señalar que: "Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sino así mismo y

permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental cuya solución da el contrato social.”<sup>8</sup>

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en el Artículo 2 “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.” Vemos aquí que más que un derecho es un deber del Estado asegurar por los medios a su alcance que las palabras plasmadas en la Constitución cobren vida y sean realizables en la vida cotidiana de los ciudadanos de esta nación.

#### **1.4. Funciones del derecho penal**

La función del derecho penal depende de la concepción de la pena que se siga, pudiendo dar lugar a tres enfoques principales que pueden sintetizarse en los siguientes: a) Teorías absolutas, la pena se agota en sí misma y consiste en un mal que se impone necesariamente para lograr justicia como retribución por haber cometido el delito; b) Las teorías relativas pretenden alcanzar finalidades preventivas que están fuera de la pena; proteger la convivencia social evitando la futura comisión de hechos delictivos; c) Las teorías mixtas o de la unión sostienen que la esencia de la pena es retributiva, pero debe perseguirse fines preventivos, con lo cual se combina la realización de la justicia con la protección de la convivencia social. Este último punto de vista dominante en la actualidad, por lo que se asignan al derecho penal funciones represivas y preventivas al mismo tiempo.

---

<sup>8</sup> Rousseau. *Ob. Cit.* Pág. 14.



### 1.4.1. Funciones de tutela de bienes jurídicos

Del bien jurídico hace referencia Manuel Ossorio al señalar que es un “concepto que presenta particular importancia, en el ámbito del derecho penal, porque cada uno de los delitos se entiende que atenta contra el bien que la legislación protege: vida, propiedad, familia, honestidad, honor, seguridad nacional, administración pública, etc.”<sup>9</sup> Para Bacigalupo esta es la función esencial del derecho penal a indicar que “la función del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos. Se trata, por lo tanto de la prevención, de la lesión de bienes jurídicos.”<sup>10</sup>

El derecho penal iluminista, con el precedente de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que limitaba las prohibiciones legales sólo a las acciones perjudiciales a la sociedad, expresó en la teoría jusprivatista de Feubach (1832) de la lesión de un derecho subjetivo. En términos generales, la consideración material del delito como una lesión de un derecho, no es más que la expresión del contrato social en el derecho penal: Los hombres ante la inseguridad que supone vivir aislados, deciden organizarse en sociedad y confiar al Estado la conservación del nuevo orden creado. El estado se erige como un garante de las condiciones de vida en común. En consecuencia a partir de esta premisa, la conminación penal del estado sólo quedaría legitimada respecto de las conductas que fueran dañinas socialmente, esto es, de conductas humanas, entre las que cobran singular importancia las conductas

---

<sup>9</sup> Ossorio Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales**. Versión electrónica.

<sup>10</sup> Bacigalupo. **Cb. Cit.** Pág. 4.

que pudieran poner en peligro la existencia del Estado que, conforme a lo expuesto anteriormente, se erigía como necesario para el mantenimiento de dichas condiciones.

Por cierto que la protección de derechos supone una limitación a la potestad punitiva del estado. La razón sólo podría justificar la pena en la medida que ésta surja como reacción a una conducta que sea lesiva de los derechos de otro o bien ponga en peligro al Estado garante de las condiciones de vida en común. Donde no hay una lesión a un derecho subjetivo, sea de un particular o del Estado no puede haber delito.

“Para Von Liszt, citado por Hernán Hormazabal, “el bien jurídico no es como para Binding un concepto exclusivamente jurídico, una creación del legislador, consentida en la formulación de la norma, sino una creación de la vida y como tal un interés vital del individuo o de la comunidad a la que la protección del derecho le da la categoría de bien jurídico.”<sup>11</sup>

Continúa diciendo “por ello Von Liszt expresa con coherencia que el bien jurídico es un concepto perteneciente a la teoría general del derecho que expresa en el campo de lo jurídico lo que representan los intereses de los individuos, en sus relaciones vitales, relaciones que del mismo modo que los intereses, cuando son asumidas por el derecho se transforman en relaciones jurídicas. Al ordenamiento jurídico según Liszt, le corresponde regular las esferas de acción de cada una de las voluntades individuales delimitando, exigiendo o denegando determinadas formas de relaciones y también dando protección jurídica por las normas a los intereses vitales del individuo

---

<sup>11</sup> Hormazabal Malareé, Hernán. **Bien Jurídico y estado social y democrático de derecho**. Pág. 48.

jurídicamente protegido o, en otros términos a los bienes jurídicos, con lo que coloca, como el mismo señala, al bien jurídico y a la norma como los dos conceptos fundamentales del derecho”.<sup>12</sup>

#### **1.4.2. Función de motivación**

La función de motivación fue expuesta inicialmente por Gimbernat Ordeig, citado por Lascano el cual partió de la tesis psicoanalista con estas palabras: “de la misma manera que el padre castiga al niño evidentemente inculpable cuando se comporta mal, a fin de, mediante la privación de cariño fortalece a reprimir aquellos impulsos cuya satisfacción perjudican al niño o a los demás, así también la sociedad aunque no se puede constatar si el comportamiento prohibido tiene su origen en una libre decisión de voluntad, tiene que acudir a la pena: para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social, para conferir en fin a tales prohibiciones con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas, un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibitor.”<sup>13</sup>

#### **1.4.3. Función de tutela de valores éticos y sociales**

Si bien partía de una concepción trascendente del bien jurídico como las de Birnbaum y Von Liszt, Wellzel sostenía que aquel estaba sujeto a la supremacía de la lesión del

---

<sup>12</sup> *Ibid.* Págs. 48 y 49.

<sup>13</sup> Lascano, Carlos O. *Derecho penal parte general*. Pág. 20

deber, pues la misión central del derecho penal era asegurar la vigencia de los valores de acto éticos sociales de carácter positivo, como el respeto a la vida ajena, a la salud a la libertad, a la propiedad etc. Estos valores del actuar conforme a derecho, arraigados en la permanente conciencia jurídica (es decir legal, no necesariamente moral) constituyen el trasfondo ético-social positivo de las normas jurídico penales... Al castigar el derecho la efectiva inobservancia de los valores de la conciencia jurídica, protege al mismo tiempo los valores jurídicos a los que están referidos a aquellos valores de acto...La misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de la conciencia de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares.

#### **1.4.4. Función de tutela de la vigencia de la norma**

Desde el funcionalismo radical o sistemático Gunther Jakobs le niega a la importancia del bien jurídico para configurar la función del derecho penal: Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado y no en las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y efecto. Resumiendo: misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor; frente al cuestionamiento de la norma.

De lo anterior resalta Maier Julio y Binder Alberto: "Desde luego, quienes creen posible prescindir en el plano dogmático de la idea de bien jurídico, terminan asimilando el delito casi indefectiblemente como sinónimo de la infracción de un deber. En esa versión teórica, impregnada en exceso por la atmosfera de la desobediencia penal, el ilícito se subsume en un quebrantamiento del deber de subordinación y lealtad. En rigor al amparo de una concepción monista estricta de la norma penal, el injusto queda encuadrado no ya como expresión de una conducta socialmente dañosa, sino básicamente y antes que nada, como una auténtica lesión del deber."<sup>14</sup>

### **1.5. Interpretación histórica de la función penal**

Es de notar que las funciones de retribución y de prevención general negativa o positiva y especial que en distintos momentos históricos han sido atribuidas al derecho penal están vinculadas a las diferentes concepciones del estado, que modernamente monopoliza la potestad punitiva; por ello, las teorías del fundamento y fin de la pena no pueden resolver en abstracto su función, sin relacionar la misión del derecho penal con el modelo de Estado al que pertenece.

#### **1.5.1 El Estado teocrático**

En tal sentido el Estado teocrático se compadecía con una concepción retributiva de la pena, que encontraba su retribución en la justicia, como ocurre con el castigo divino, una monarquía absoluta, con una teoría de la prevención general sin límites que

---

<sup>14</sup> Maier Julio y Binder Alberto. **El derecho penal hoy**. Pág. 172.

imponía penas corporales para escarmentar a los súbditos y lograr así la afirmación del Estado como fin en sí mismo.

### **1.5.2. El Estado liberal clásico**

La pena fue concedida como un instrumento de la potestad represiva estatal al que había que ponerle límites jurídicos; surge así el llamado Estado de derecho, cuya esencia consiste en que el poder está subordinado o por debajo del derecho; lo que más importaba era beneficiar a la burguesía ya asentada, limitando el poder sin preocuparse por las condiciones sociales; pero sólo imponía límites formales mediante los principios de legalidad e igualdad sin atender a la eficacia del derecho penal, o sea, la prevención del delito o la defensa social; sus principales defectos eran su rigidez y la situación de la pena a situaciones en las que no era realmente necesaria.

### **1.5.3. El Estado social**

A comienzos del siglo XX se desarrolló el intervencionismo estatal que toma partido a favor de la sociedad, la cual importa más que el individuo; los derechos del hombre son considerados resabios burgueses que hay que derrumbar, la misión del derecho penal pasa a ser la defensa social frente al delito y la lucha contra la delincuencia mediante la incorporación de instrumentos de prevención especial como las medidas de seguridad. Dicha tendencia intervencionista llevó al extremo de caer en los sistemas totalitarios que condujeron a la segunda guerra mundial con sus gravísimas violaciones a los derechos fundamentales del hombre.

“Por ello concluido aquel conflicto bélico, la República federal de Alemania ocupada y desmembrada por las potencias vencedoras consagró en su nueva Constitución el modelo del Estado social y democrático de derecho, luego seguido por otros países, en el cual la democracia se convierte en el elemento de enlace entre el Estado de derecho y el Estado social. Al ser un Estado democrático significa un Estado derecho real, no formal, donde el Estado respeta los derechos del ciudadano y a la vez interviene activamente en la sociedad, pero dicha intervención es controlada por el individuo, cuya dignidad como persona va interponer los límites propios de una concepción garantista de los derechos fundamentales.”<sup>15</sup>

## **1.6. Caracteres del derecho penal**

Los caracteres del derecho penal tienen mucho que ver con su naturaleza jurídica, concluyendo que es de naturaleza pública, por la relación directa que se establece entre el Estado y los particulares como destinatarios de la normas. Jiménez de Asua señala que el derecho penal de hoy es un derecho público normativo, valorativo y finalista que tiene la norma y el bien jurídico como polos de su eje y cuya naturaleza es eminentemente sancionadora.

### **1.6.1. Derecho público**

El derecho penal integra una rama del derecho público al establecer una vinculación directa entre el poder público y los particulares y porque el Estado es el único ente de crear normas, definir delitos e imponer sanciones.

---

<sup>15</sup> Lascano, Carlos. *Ob. Cit.* Pág. 18

### **1.6.2. Derecho sancionador**

Se ha discutido largamente si el derecho penal es constitutivo o es sancionador aún cuando la opinión dominante se inclina por la segunda afirmación. El Estado es titular de un derecho sancionador en sus relaciones con la sociedad civil que se concreta en un derecho de contravenciones. El hecho de que sea una potestad sancionadora que incide en la libertad de los individuos sirve de fundamento para exigir su sometimiento al principio de legalidad.

### **1.6.3. Derecho valorativo**

El derecho penal funciona, en general, como un sistema tutelar de los valores más altos, ello es, interviene solamente ante las transgresiones que vulneran los valores fundamentales de una sociedad. Que el derecho penal es valorativo nos lo demuestra el hecho innegable de que sus normas jurídicas regulan conductas y al imponer un deber jurídico determinado bajo la amenaza de pena, penetra al mundo del ser al del deber ser.

### **1.6.4. Derecho finalista**

El fin del derecho penal puede ser mediato o inmediato, este se identifica con la represión del delito, mientras el primero, tiene como meta principal lograr la sana convivencia social. Jiménez de Asua dice: En efecto; el derecho pues, que se ocupa de conductas no puede menos de tener un fin, el Estado debe recoger y enfocar,





teleológicamente, todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida.

El fin del derecho penal es un fin estatal, que procura a través de los distintos mecanismos de reprensión, especialmente las penas y las medidas de seguridad; no solamente de imponer éstas, sino de prevenir los ilícitos y encausar conductas potencialmente dañosas al orden social.



## CAPÍTULO II

### 2. La pena

Este es un tema bastante candente y controversial dentro del derecho penal, pues considero que es la columna vertebral de este derecho, y en esencia, la pena es su razón de ser y la apología de su existencia; la palabra pena para el hebreo antiguo era (מִשְׁפָּט) mishpát que significa propiamente veredicto, favorable o desfavorable, pronunciado judicialmente, sentencia o decreto formal humano o de la ley divina; para el griego la palabra es (δική) dikén cuya significación es autoevidente, justicia, el principio, la decisión o su ejecución, castigo, condenación. El Código penal de Guatemala, clasifica las penas desde la pena máxima como es la de muerte, la de prisión, la de arresto y de multa; y sin lugar a duda es la pena de muerte la que más críticas ha recibido a favor y en contra por lo que propugnan una abolición de la misma y los defienden su sostenimiento y ejecución.

Bíblicamente existen algunos argumentos validos para la aplicación de esta pena, siendo así que el capítulo 9 del versículo 6 de Génesis dice: “El que derramare sangre de hombre, por el hombre su sangre será derramada, porque a imagen de Dios es hecho el hombre.”<sup>16</sup> Se observa que aquí se da el primer vestigio de la aplicación de la pena de muerte como medio disuasivo para prevenir el delito. Mas adelante también se encuentran las consecuencias negativas al no aplicar el rigor de la pena, cuando al saber del rey Salomón prescribe: “Por cuanto no se ejecuta luego la sentencia sobre la

---

<sup>16</sup>Biblia de las Américas.

mala obra, el corazón de los hijos de los hombres está en ellos dispuesto para hacer el mal.”<sup>17</sup>(Eclesiastés 8: 11.)

La tarea del derecho penal, esto es, las normas penales deben ser distinguidas de la finalidad de la pena a imponer en el caso concreto. Si el derecho penal debe servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos, y de este modo, al libre desarrollo del individuo y al mantenimiento de un orden social basado en este principio, mediante esta determinación de tareas, en principio sólo se establece que conductas pueden ser amenazadas con penas por el Estado. El fin de la pena siempre debe quedar referido al fin del derecho penal, que es el de proporcionar a la seguridad jurídica.

## 2.1. Definiciones

En definición personal considero que la pena es un mecanismo de represión, control y reproche estatal dirigida al sujeto activo del delito y ejercida por el ius puniendi, controlada por el principio de legalidad, siendo esta una consecuencia lógica cuando se proyecta una conducta irregular en perjuicio del orden social y jurídico preestablecido.

Para Grocio, Pufendorf y Thomasius Citados por Ferrajoli la pena “es una sanción infligida aplicable cuando se haya cometido un delito, que constituye su causa o condición necesaria y del que se configura como efecto o consecuencia jurídica.”<sup>18</sup>De esta definición se puede observar que la pena no es una medida de prevención, sino

---

<sup>17</sup> Biblia de las Américas.

<sup>18</sup>Ferrajoli, Luigi. **Teoría del garantismo penal**. Pág. 368.

una sanción retributiva como consecuencia lógica de un hecho delictivo como primera garantía del derecho penal.

Para Ricardo Núñez la pena es “un mal consistente en la pérdida de bienes como retribución por haber violado el deber de no cometer un delito”.<sup>19</sup>

Franz Von Liszt concebía la pena como ciega e instintiva reacción, en otras palabras como reacción instintiva y establece que ésta no es como la suponen los sustentadores de las teorías relativas, una sutilización del ingenio humano, el resultado de un cálculo estatal; no ha sido gestada por la idea de fin, sino independientemente de ella y ha entrado precediéndola en la historia de la cultura humana, y continua diciendo: Si la pena fuese una invención de la sagacidad humana sería imposible que pudiéramos encontrarla en todas partes, en la prehistoria de todos los pueblos... Para este mismo autor, “todo progreso de la evolución espiritual, tanto del individuo como de la humanidad, consiste en que la acción instintiva se transforma en acción voluntaria, lo que quiere decir que se reconoce la adecuación a fin de la acción instintiva y que la prevención del fin pasa a ser el motivo de la acción. Es la idea de fin lo que distingue la acción voluntaria de la acción instintiva. El instinto se coloca al servicio del fin, y la acción se adecua al objetivo.”<sup>20</sup>

Para César Beccaria “Las penas que superan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública son justas por naturaleza; y las penas son tanto más justas cuanto más

---

<sup>19</sup> Núñez. **Ob. Cit.** Pág. 277.

<sup>20</sup> Von Liszt, Franz. La idea de fin en el derecho penal. Pág. 82

sagrada e inviolable es la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserva a los súbditos.”<sup>21</sup>

En resumen las diferentes definiciones y puntos de vista concluyen incisivamente en que las penas son retribuciones que van dirigidas a reprimir las conductas que no se adecuan al normal orden social y en esencia al contrato social de los hombres.

## **2.2. La función de la pena en el derecho penal liberal**

“Bajo la vigencia del derecho penal liberal se atribuyo a la pena tanto una función de prevención, como la de retribución por el mal cometido. La fundamentación del Estado y del derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de utilidad, conducía a asignar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos, cuya esencia se veía en un principio, en constituir un daño social... Precisamente fueron dos de los máximos exponentes de la filosofía liberal, Kant y Hegel quienes quizá de la forma más pura y extrema defendieron una concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de la justicia. Aunque sus formulaciones difieren tanto como sus sistemas filosóficos, ambos pensadores limitan la función de la pena a la pura realización de la justicia en base a su concepción liberal del mundo.”<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> César Beccaria. **Tratado de los delitos y de las penas**. Pág. 11.

<sup>22</sup> Mir Puig, Alejandro. **Función de la pena y teoría del delito**. Pág. 25.

### **2.3. La función de la penal en el derecho penal intervencionista**

Si el derecho penal liberal permitió atribuir la pena tanto una función de prevención como de retribución según se concibiese al servicio del hombre empírico o del hombre ideal, el derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención. El nuevo planteamiento social, que llevaba al Estado a intervenir activamente en la vida efectiva de la sociedad, debería reflejarse en lo penal atribuyendo a la pena el cometido de lucha contra el delito, en el sentido de lucha contra la delincuencia como fenómeno real de la existencia social. No se trataba solo de realizar una justicia ideal exigida por la razón, sino de combatir eficazmente en el terreno de los hechos una criminalidad que iba en aumento a lo largo del siglo XIX.

### **2.4. El problema fundamental de la pena**

En la materia existen el pensamiento de dos grandes tendencias, una que en un delito mira hacia el pasado y concibe a la pena como un modo de retribuir un mal que se ha causado, y otra que mirando al futuro la concibe como un medio tendiente a evitar conductas futuras similares ya sea del infractor o de cualquier otro miembro de la comunidad política.

#### **2.4.1. Las teorías retribucionistas**

Este tipo de doctrina se fundamenta en la máxima de que es justo devolver mal por mal, se trata de un principio que tiene vetustos orígenes y que está en la base de esa institución arcaica, común a todos los ordenamientos primitivos, que es la venganza de

sangre. Presente ya en forma de precepto divino en la tradición hebraica, transmitida a pesar del precepto evangélico del perdón en la tradición cristiana desde San Pablo, Santo Agustín y Santo Tomás, hasta Pio XII. Como paréntesis es de recordar en la tradición hebraica existía la venganza de sangre pero, daba la posibilidad al que cometía un delito involuntariamente a que se refugiará en las ciudades de refugio, esto se corrobora con lo que prescribe el libro de Josué en el Capítulo 20 y versículos 2 y 3 que literalmente dicen así: “Habla a los hijos de Israel y diles: Señalaos las ciudades de refugio de las cuales yo os hable por medio de Moisés, para que se acoja allí el homicida que matare a alguno por accidente y no a sabiendas; y os servirán de refugio contra el vengador de la sangre.”

Las teorías retribucionistas giran en torno a tres ideas elementales de corte religioso, la de la venganza, la de la expiación y la del reequilibrio entre la pena y el delito. Implica de algún modo la supervivencia de antiguas creencias, acerca de la idea de la pena como remedio del orden natural que se ha violado, y consecuentemente no asigna al derecho el carácter de mero artificio concebido para asegurar la convivencia, sino que encuentra un nexo necesario y natural entre la transgresión y la pena consecuente.

En esta vertiente se ubican dos líneas del pensamiento filosófico: El retribucionismo moral de Kant expresado en su metafísica de las costumbres, y el jurídico que expresa Hegel en su filosofía del derecho. Decía Kant que la pena judicial ha de imponerse solo porque se ha delinquido. La ley penal es un imperativo categórico y hay de aquel que se arrastre por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que lo exonere del castigo, para llegar a sostener que si perece la justicia, carece ya de valor



que vivan los hombres sobre la tierra, y que si disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros, antes tendrían que ser ejecutados hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel.

Wilhelm Friedrich Hegel sostiene que la violencia se elimina con la violencia. Por lo tanto, como segunda violencia, que es la eliminación de una primera, es legítima, no solo en ciertas condiciones sino necesariamente. Lo que importa es que el delito debe ser eliminado, no como la producción de un perjuicio, sino como la lesión del derecho en cuanto derecho. De tal forma que Hegel concibió el delito como la negación del derecho y la pena como la negación de la negación, es decir, la anulación del delito, que de otra manera sería válido, concibiéndola como modo del restablecimiento del derecho.

Sólo la dialéctica de Hegel permite concebir como lógico que el delito pueda ser eliminado con la pena, de allí que su pensamiento no alcance a superar la tradicional objeción de Platón, recogida por Séneca lo que está hecho no puede ser desecho.

Sin embargo, el retribucionismo parece satisfacer casi todas nuestras convicciones intuitivas de justicia: excluye la posibilidad de penar a un inocente, exige que sólo se penen las acciones voluntarias, prescribe penas más severas para los hechos más graves, determina que un acto intencional sea más severamente penado que uno negligente (ya que la reprochabilidad por el hecho es mayor). Pero, por el otro lado, el retribucionismo requiere de nosotros una intuición ética básica, que muy pocos compartimos: que la suma de dos males da como resultado un bien. ¿Qué, sino el

resentimiento y el deseo de venganza, explica esta preferencia por un estado del mundo en que los males se multiplican, sin atender a la posibilidad de algún efecto benéfico para alguien?

Si bien es cierto las teorías retribucionistas han sido consecuencia del pensamiento liberal y han constituido el presupuesto para vetar la arbitrariedad del Estado frente al individuo, esta tiene aspectos negativos que deben hacerse notar; en el caso de Kant partiendo de su pensamiento ético metafísico, éste plantea el problema de la pena desde un orden absoluto de verdades y valores y se olvida que una investigación de la pena no es un problema metafísico o teológico, sino que está dentro de un determinado sistema social del cual el derecho es su expresión. En segundo lugar, la pena como retribución a la culpabilidad del sujeto presupone un hombre dotado de libertad absoluta, lo que no es demostrable y no pasa de ser un axioma dogmático. En tercer lugar la pena entendida como retribución no parece compatible con el Estado democrático, en efecto que la teoría retributiva en Kant entienda que la pena sólo consista en un mal, lo que inevitablemente nos lleva a la idea de venganza, no es compatible con la dignidad de la persona.

#### **2.4.2. Las teorías relativas o utilitaristas**

Las teorías relativas o utilitaristas fundamentan la pena en su necesidad para evitar la comisión de delitos futuros. Esta teoría no se preocupa del fundamento de la pena, sino simplemente de contestar la pregunta, para que sirve la pena. La pena se justifica por sus efectos preventivos, se castiga para que no se vuelva a cometer el delito. Las

teorías relativas son concepciones utilitarias de la pena. Teoría relativa de la pena, era la de los penalistas de la ilustración Beccaria, Lardizábal, Bentham, Romagnosi, Filangieri, Feuerbach entre otros que ponían el acento en la prevención general.

Dentro de la teoría de la prevención suelen distinguirse la prevención general y la prevención especial. Siendo la primera la que se identifica tradicionalmente con la intimidación. La amenaza y la aplicación de la pena pueden infundir temor en los posibles delincuentes y moverles a abstenerse de cometer el delito. En la prevención general se incluye también, y en primer término, por algunos autores modernos, la función de ejemplaridad de la pena. Al sancionar las leyes penales las normas fundamentales de la ética social, realiza el derecho penal una función pedagógica o formativa.

La prevención especial implica, en cambio, una actuación sobre la persona del delincuente para evitar que vuelva a delinquir en el futuro. En la prevención especial suelen distinguirse en la doctrina moderna aspectos de la advertencia o intimidación individual, corrección o enmienda del delincuente o al menos su readaptación social, separación o inocuización, cuando se trate de delincuentes incorregibles o de corrección prácticamente imposible.

“La idea preventiva de la pena especial, sin perjuicio de poder ser reconocida incluso en autores iluministas, surge con fuerza en la segunda mitad del siglo XIX con la escuela positiva italiana. El autor que logro universalizar la prevención especial fue Von Liszt en su famoso programa de la Universidad de Mamburgo de 1882. Conforme a esta

concepción de la pena la prevención no debía dirigirse a la generalidad sino al individuo en particular. Habría que distinguir si el delincuente era ocasional de estado o bien habitual o incorregible. La pena sería de intimidación individual, de corrección o inocuización.”<sup>23</sup>

La visión antropológica de la prevención especial es diferente a las de las teorías clásicas de la retribución y de la prevención general, si para estas el hombre es un ser libre e igual por naturaleza, para la prevención especial el hombre no es libre y el delincuente tampoco es un ser igual ya que esta determinado al delito. Es un ser defectuoso, un peligro social, un anormal, respecto del cual la sociedad tiene que defenderse. De esta manera la peligrosidad del delincuente y la defensa social están en la base y en el horizonte de una nueva concepción de la pena.

Prevención especial significa intervención específica en la persona del delincuente. Para ello es necesario distinguir entre los diferentes tipos criminales para someterlos a las medidas que sean adecuadas y necesarias para si es posible corregirlos, enmendarlos o rehabilitarlos y si no lo es, para inocuizarlos.

Carmignani citado por Oscar Emilio Sarrulle señala que: “El objeto de castigar a un delincuente no es vengarse del delito ya cometido, sino utilizarlo para que en el futuro no se cometan otros delitos semejantes.”<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Bustos Juan y Hormazabal Hernán. **Lecciones de derecho penal.** Págs. 50 y 51.

<sup>24</sup> Sarullé, Oscar Emilio. **La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal.** Pág. 34

Se advierte claramente que para esta doctrina la reacción penal tiene un claro propósito utilitarista, cual es el de evitar nuevas transgresiones al orden de la convivencia. Esta visión del fenómeno de la pena permite distinguir la percepción que el Estado, en tanto marco en que se da la interacción humana, tiene de la pena, de la visión que muchas veces legítimamente tiene la víctima de una injusticia con calidad de delito. La víctima suele clamar por venganza, mientras que el Estado que ha confiscado el conflicto tiene fines marcadamente diferenciados, que deben ser puramente racionales y funcionales al aseguramiento de las reglas que rigen a la convivencia y que consecuentemente obedecen a necesidades futuras.

#### **2.4.3. Las teorías unificadoras**

Las dudas acerca de la viabilidad de un modelo puro de legitimación de la intervención penal han determinado que los últimos tiempos se caracterizan por una proliferación de tesis mixtas o eclécticas, las llamadas teorías de la unión o teorías unificadoras, de diverso signo. Así, unas parten de la retribución como finalidad básica, idea que resulta luego completada con referencias preventivas, como ocurre en el proyecto gubernamental alemán de 1962; y, a la inversa, se dan fundamentaciones básicamente preventivas, respecto de las cuales la idea de retribución de la culpabilidad actúa a modo de límite.

Se trata entonces de combinar los principios que fundan a unas y otras teorías a fin de salvar las objeciones deslegitimantes; de ese modo se pretende satisfacer tanto la justicia cuanto la utilidad de la pena.

No obstante, las teorías de la unión deben admitir que tanto el fin represivo como el preventivo de la pena pueden no coincidir e inclusive ser antinómicos. La pena justa con respecto al hecho cometido puede ser insuficiente con referencia al autor y las necesidades preventivas que éste plantea a la sociedad. Este conflicto de fines y de criterios legitimantes debe resolverse, como es lógico, optando por uno de ellos al que se otorga preponderancia sobre el otro.

## **2.5. El fin de la pena**

El fin de la pena no es la expiación del sentido moral porque el delito no es un mal consistente en la motivación inmoral de la voluntad, curable por la fuerza del dolor que causa la pena y que expía la culpa. La pena tampoco es una expiación de sentido jurídico, que solo tienda a devolver mal por mal, pues no se castiga porque se ha delinquido (quia peccatum est) sino para que no se delinca (en peccetur). Este es el fin jurídico de la pena, al que lo puede lograr por dos vías. Por un lado lo puede lograr procurando que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley, a fin de posibilitar su adecuada reinserción social y evitando así su recaída mediante el cumplimiento efectivo de la pena (coacción penal) o su suspensión condicional (prevención penal) (fin individual de la pena). Por otro lado la pena puede lograr su fin de que no se delinca, funcionando como prevención respecto de los demás miembros de la sociedad (fin general de la pena).

Carrara citado por Oscar Emilio Sarrulle, sostiene que: "El fin de la sanción es completar la ley para que uno sepa que su derecho está protegido mientras no se viole

el derecho ajeno, la irrogación de la pena es una consecuencia lógica del delito, para que precepto y acción no sean una palabra risible; el hecho de la irrogación no tiene el propósito de hacer sufrir, sino que se trata de un acto pasivo de obediencia a la sanción cuya finalidad sirve para mostrar que la sanción es verdad”.<sup>25</sup>

Para Günther Jakobs “la replica ante la infracción por medio de la pena no tiene lugar porque sí, sino porque en la vida social no se puede renunciar a orientaciones garantizadas, la pena tiene una función que surte efectos finalmente en el nivel en que tiene lugar la interacción social. La pena debe proteger las condiciones de esa interacción y tiene por tanto una prevención preventiva. La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma; por “a costa de” se entiende, en este contexto, la pérdida de cualquier bien por parte del infractor.”<sup>26</sup>

Para Enrico Ferri “el castigo es la curación del alma enferma y debilitada por el delito; si se ha cometido una injusticia es preciso ir en busca del juez, como el enfermo acude al médico, no sea que la dolencia del espíritu engendre bien pronto una corrupción que la haga incurable; había dicho Platón y la repetía mas tarde la filosofía tomista y la escuela correccional a comienzos del siglo XIX, afirmaba con su insigne fundador Augusto Röeder que la pena no era un mal en sí misma, sino disciplina educadora de la voluntad apartada de la justicia... Y que la función de la pena debiera convertirse en

---

<sup>25</sup> Sarrulle, Oscar Emilio. **Ob. Cit.** Pág.

<sup>26</sup> Günther Jakobs. **Sobre la teoría de pena.** Pág. 18.

tutela social protectora del derecho del individuo a regenerarse mediante el restablecimiento en su espíritu del sentido de la justicia, y a recobrar, merced a la sanción represiva, toda su energía y firmeza para la realización de sus destinos en la convivencia humana”.<sup>27</sup>

Para Claus Roxin la pena no debe servir como retribución en el sentido de una compensación de la culpabilidad con fundamentos metafísicos, transfiere esta concepción del fin de la pena a la teoría de la responsabilidad, exigiendo que junto a la culpabilidad siempre haya una necesidad preventiva de castigo, porque en la categoría de la responsabilidad se decide principalmente sobre la punibilidad del autor y para ello solo puede ser válido, para que tenga sentido por lo que está indicado por la teoría del fin de la pena. “Esto es que la finalidad de la pena solo puede ser de tipo preventivo: pues dado que las normas penales solo están justificadas cuando tiene por objetivo la protección de la libertad individual y del ordenamiento jurídico tendiente a ella, la pena concreta también debe perseguir solo esta finalidad, es decir una finalidad de la prevención del delito...”<sup>28</sup>

Zaffaroni dice que la función del derecho penal y en especial de la pena “se caracteriza por procurar la prevención especial resocializadora... La coerción final no puede tener otra finalidad que la de complementar la función del derecho penal, es decir, proveer a la de la seguridad jurídica, a la seguridad de la co existencia, previniendo la comisión de

---

<sup>27</sup> Ferri. Enrico. **Sociología criminal**. Prefacio, Pág. XV.

<sup>28</sup> Roxin Claus. **Determinación judicial de la pena**. Pág. 15.



nuevas conductas afectantes de bienes jurídicos con una acción resocializadora sobre el autor”.<sup>29</sup>

“Continua diciendo El único camino que a nuestro juicio queda expedito para un estado de derecho republicano y moderno, no es otro que el de la prevención especial mediante la resocialización del penado, sin por ello desconocer en absoluto que la pena, por mas que persiga un fin preventivo especial resocializador, bien puede de hecho tener un efecto preventivo general, derivado de que siempre seguirá siendo un mal, porque no puede operar sin privar al penado de bienes jurídicos.”<sup>30</sup>

Para Bacigalupo “En primer lugar el fin de la pena se definió de una manera uniforme a través del concepto de resocialización, se procuró dar cabida en segundo lugar a las consideraciones que ponen de manifiesto la co-responsabilidad de la sociedad en el delito, abandonando el casualismo antropológico y biológico de la época anterior cuyo déficit de verificación empírica lo hacía científicamente insostenible. En tercer lugar, se subrayó la importancia de la ejecución penal basada en la idea de tratamiento.”<sup>31</sup>

Los criterios orientados de la más moderna concepción de la prevención especial están actualmente sometidos a fuertes discusiones que provienen tanto del pensamiento más conservador como del más radical. Quienes parten de la co -responsabilidad social en el fenómeno de la delincuencia niegan el derecho de la sociedad a “resocializar” al

<sup>29</sup>Zaffaroni Eugenio. *Ob. Cit.* Pág. 63

<sup>30</sup>*Ibid.* Pág. 63

<sup>31</sup>Bacigalupo, Enricue. *Ob. Cit.* Pág. 15

autor y proponen la “resocialización de la sociedad”. Quienes, al contrario, representan puntos de vista conservadores subrayan el fracaso de la idea de tratamiento y postulan generalmente con una retórica profundamente individualista- un retorno a las ideas penales clásicas de las teorías absolutas de la pena. De todos modos es de señalar la frecuencia con que el aumento del fracaso del tratamiento es utilizado también para atacar la idea de resocialización.

Como pudo observarse de los diferentes pensamientos con referencia al fin de la pena, la resocialización o reeducación del transgresor de la ley penal, fue claramente expuesto por el sociólogo forense Enrico Ferri, quien ya desde ese entonces le atribuía a la pena una función reeducadora, y modernamente Enrique Bacigalupo y Eugenio Zaffaroni, le atribuyen esa misma función con el concepto de resocialización. “El ocaso del positivismo biológico que por su estrecho vínculo con el racismo, entró en crisis definitiva en la segunda guerra mundial al tiempo que subía la estrella del llamado “estado de bienestar” o benefactor, fuertemente impulsado por el New Deal, cuyo discurso económico lo proporcionaba Keynes, en tanto que el sociológico provenía de Parson y de los otros autores sistémicos.”<sup>32</sup>

El condenado era un desviado en el que había fracasado el proceso de socialización primaria y se requería que entrasen en juego los mecanismos de control social o resocializadores, al desbiologizarse (o sociologizarse) el discurso del tratamiento

---

<sup>32</sup>Maier Julio y Binder Alberto. Ob. Cit. Pág. 118.

prisonal, se multiplicaron las ideologías “re” como resocialización, readaptación, reinserción, repersonalización, reeducación etcétera.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 19 es de corte utilitarista al establecer que “el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos...” En igual sentido la Constitución italiana en el Artículo 27.3 señala: “La pena debe tender a la reeducación del condenado” y que en razón de este principio el legislador estaría vinculado a garantizar penalmente solo las formas mínimas de vida en común.

## **2.6. El principio resocializador de la pena**

La exigencia democrática de que sea posible la participación de todos los ciudadanos de la vida social, condice a reclamar que el derecho penal evite la marginación de los condenados. Ello hace preferibles, en la medida de lo posible, las penas que no impliquen separación de la sociedad. Pero, cuando la pena de libertad sea inevitable, habrá que configurar una ejecución de forma tal que no produzca efectos desocializadores, y que además formen cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad.

A partir de la década del 60 la prevención especial experimentó una nueva transformación de su fisonomía. Las clasificaciones de delincuentes que habían guiado la definición de los fines preventivos individuales de la pena fueron abandonadas y dieron paso a conocimientos pedagógicos sociales mucho más evolucionados. En

primer lugar, el fin de la pena se definió de una manera uniforme a través del concepto de resocialización. Se procuro dar cabida en segundo lugar, a las consideraciones que ponen de manifiesto la co responsabilidad de la sociedad en el delito, abandonando el casualismo antropológico y biológico de la época anterior, cuyo déficit de verificación empírica lo hacía científicamente insostenible. En tercer lugar se subrayó la importancia de la ejecución penal basada en la idea de tratamiento.

La resocialización constituye la finalidad de la ejecución de las penas privativas de libertad. Artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se postula en adecuación de este principio la importancia de trabajar en un programa de readaptación social mínimo, concepción que tiene como eje central el respeto a la dignidad humana. “La resocialización no puede estar orientada a imponer un cambio en el sujeto, en su personalidad y en sus convicciones a fin de obligarlo a adoptar el sistema de valores que el Estado tiene por mejor.”<sup>33</sup>

Su objetivo es más modesto: se trata de ofrecer al interno a través del tratamiento penitenciario, una ayuda que le permita comprender las causas de su delincuencia, sin alterar coactivamente su escala de valores. Se busca hacer comprender al sujeto que ha delinquido (violando así las normas) las expectativas que dichas normas contienen evitando en el futuro la comisión de nuevos delitos.

---

<sup>33</sup> Lascaro. **Ob. Cit.** Págs. 123 y 124.

Debe puntualizarse claramente que cuando se asigna a la pena una función preventiva especial, también allí debemos detenernos un momento para no caer en lo irracional, teniendo presente que la resocialización del penado es sólo un medio para obtener la seguridad jurídica. Si perdemos de vista que no se resocializa porque sí, sino para proveer a la seguridad jurídica, también la resocialización desemboca en algo irracional y represivo.

De la referida advertencia, es decir, del carácter de puro medio para la seguridad jurídica que la resocialización tiene se deriva la consecuencia de que el estado no puede privar de bienes jurídicos al autor de un delito, tomando en cuenta solo el límite que le muestra la necesidad de resocialización del mismo.

No se puede eludir el hecho de que para resocializar es necesario privar de bienes jurídicos y, por ende, que la pena siempre será un mal, lo que en modo alguno implica que sea retribución. La resocialización será un bien en caso de lograrse, pero nadie puede pasar por alto que se procura a costa de un mal. Queda claro por ende que este bien que se hace a costa de un mal, no es un fin en sí mismo, sino que es un medio para proveer a la seguridad jurídica. La seguridad jurídica no es un puro ámbito material de disponibilidad, sino que es eso entendido como substrato objetivo de seguridad jurídica. La medida de la pena será pues la que revele las necesidades de resocialización, pero siempre dentro de los límites de la privación de bienes jurídicos del penado que sean tolerados por el sentimiento de seguridad jurídica de la comunidad. La medida de la pena no puede ser la mera peligrosidad reveladora sólo de la magnitud de

la necesidad de resocialización pues de ser así, la pena, en lugar de contribuir a la seguridad jurídica, la destruiría. La medida de la pena que fuese dada únicamente por la necesidad de resocialización, afectaría al sentimiento de seguridad jurídica de la población.

De allí que el límite de la pena deba estar dado por una armónica integración del límite teleológico (que señala el grado de afectación de bienes jurídicos del penado necesario para alcanzar la resocialización) con el límite jurídico, es decir, con el que impone cierta proporción con la magnitud del delito (o sea, con el grado del injusto y el grado de la culpabilidad).

“Señalar la peligrosidad como único límite para la pena, es olvidar que la resocialización no es un fin en si mismo, sino un medio para la seguridad jurídica. Las aberrantes consecuencias de una pena resocializadora ilimitada sólo pueden admitirse, como resultado de la absolutización de la resocialización, en un Estado de “iluminados”, que están en posesión de verdades absolutas, cuyo fin no es la seguridad jurídica, sino el reconocimiento de esas verdades. En un Estado en que la resocialización no es más que un medio para proveer a la seguridad jurídica, que se plasma en la ley penal. Pretender la seguridad jurídica e ignorar el límite que ella impone es una incoherencia en que el medio destruye el fin.”<sup>34</sup>

En síntesis, se cree que la prevención especial mediante la resocialización, como medio para proveer a la seguridad jurídica característico de (la coerción penal, requiere que el

---

<sup>34</sup> Zaffaroni. **Ob. Cit.** Pág.

límite de la pena se determine mediante la integración del límite teleológico con el límite jurídico, entendido como la traducción del grado de tolerancia de afectación de bienes jurídicos del penado que no lesione el sentimiento de seguridad jurídica de la población.





## CAPÍTULO III

### 3. Principio de temporalidad de la ley penal

Para el objeto del presente trabajo es necesario resolver el problema de la aplicación de la ley que más beneficie al reo, por lo tanto se incorporaran a éste, los principios de aplicación temporal de la ley penal como son el de irretroactividad, y los que rigen la extractividad en sus diferentes variantes, la retroactividad y ultractividad; las leyes penales en blanco, la ley excepcional y/o temporal, así como la especialidad de la ley penal.

#### 3.1. La aplicación de la ley penal en el tiempo

Para analizar esta normas es necesario que retomemos el principio de legalidad regulado en el Artículo 1 del mismo cuerpo legal y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala en similitud que: “Nadie puede ser penado por los 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.”

De esta garantía deriva como consecuencia lógica la irretroactividad de la ley penal, o principio *tempus regit actum*. Está significa la prohibición de castigar un hecho o de agravar la situación de un imputado o condenado por la aplicación de una ley de vigencia posterior al momento de la comisión de un hecho delictivo. Por el contrario en

beneficio del imputado rige el principio legal de la retroactividad y de la ultractividad de la ley penal más benigna.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 15 establece: La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo.” Según opinión de la Honorable Corte de Constitucionalidad “... En armonía con esta disposición el artículo 7 de la Ley del Organismo Judicial dice: “La ley no tiene efecto retroactivo ni modifica derechos adquiridos. No existe en el ordenamiento jurídico guatemalteco ningún precepto que defina o determine cuando una ley deba de calificarse de retroactiva, sin embargo la última norma transcrita hace referencia a los derechos adquiridos, que es uno de los conceptos que sirve de fundamento a ciertas corrientes doctrinarias para explicar los alcances del principio de la no retroactividad de la ley...Para que una ley sea retroactiva, es indispensable que obre sobre el pasado y que lesione derechos plenamente adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, para modificarlos. El derecho adquirido existe cuando se consolida una facultad, un beneficio o una relación en el ámbito de la esfera jurídica de una persona... Por esto el principio de irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados...

Jiménez de Asua señala que “el ordenamiento jurídico no permanece inmutable en el tiempo; unas leyes se extinguen y otras nacen. Hay pues, sucesión de leyes penales cuando un hecho se regula por una ley nueva que describe un tipo penal legal que antes no existía; cuando hace desaparecer el tipo existente, y cuando modifica la descripción o la penalidad de las figuras del delito. No dejarían de surgir problemas en

torno a si plantea sucesión el hecho de que una ley de nacimiento a un tipo de delito que antes no se hallaba descrito, siendo antes la conducta a que se refiere jurídicamente indiferente o ilícita. En todo caso no cabe duda alguna de que las otras situaciones pueden ser llamadas correctamente de sucesión. Para determinar ésta es decisiva la fecha de su promulgación y no de su vigencia”.<sup>35</sup>

El Artículo dos del Código Penal prescribe que: “Si la ley vigente al tiempo en que fue cometido el delito fuere distinta de cualquier ley posterior, se aplicará a aquellas cuyas disposiciones sean más favorables al reo, aun cuando haya recaído sentencia firme y aquel se halle cumpliendo su condena.” De acuerdo con este artículo siempre debe aplicarse la ley más benigna y si durante la condena se dicta una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley, este precepto admite la ultractividad y la retroactividad en la aplicación de las leyes.

“Si la ley penal vigente en el momento del hecho es sustituida por otra, se produce una sucesión de leyes penales. Esta supone que entre el momento inicial de la comisión del delito y el momento final de la sentencia o de la subsistencia de la pena, han regido, sucesivamente, en relación a ese delito, dos o más leyes penales. La sucesión de leyes no es equiparable a la coexistencia de leyes o disposiciones penales, que supone su vigencia simultánea.”<sup>36</sup> La cuestión de cuál de las leyes sucesivas es la más aplicable se resuelve con los criterios de la ley más severa y de la ley más benigna. El criterio de la ley más severa funciona para que la nueva ley más gravosa para el imputado no

<sup>35</sup> Jiménez de Asua. **Ob. Cit.** Pág. 150

<sup>36</sup> Núñez Ricardo. **Ob. Cit.** Pág. 91

tenga efecto retroactivo. Esto es una consecuencia de la garantía que establece que la ley penal no puede tener el sentido de una ley ex post facto, o sea de una ley posterior al hecho que empeore la condición del acusado. El criterio de la ley más benigna encuentra su fundamento político en la modificación de la concepción represiva que sustenta a la ley anterior. En tanto que el principio de la ley más severa se limita a impedir que el imputado sea juzgado por una ley más gravosa posterior a su delito. El principio de la ley más benigna favorece a los imputados y condenados con la ley que más los beneficia, cualquiera que sea su orden temporal.

### **3.2. La retroactividad de la ley penal**

En relación con el principio de retroactividad de la ley penal cabe hacer dos consideraciones. Una en relación a su fundamento y la otra en relación a la determinación de la ley más favorable. En cuanto al fundamento de esta disposición cabe tomar en cuenta lo relacionado al principio de legalidad y su exigencia de ley previa, regulado en el Artículo uno del Código Penal que establece: "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 principio trata de impedir la arbitrariedad del Estado, su intervención abusiva sobre los derechos y libertades del sujeto.

Zaffaroni dice que no debe pensarse que la retroactividad de la ley penal más benigna se reduce al caso de la ley que discrimina al acto o conmina pena menor, en principio la

retroactividad es de la ley penal y debe entenderse a toda disposición penal, que discrimine, que convierta un delito en contravención, que introduzca una nueva causa de justificación, una nueva causa de inculpabilidad o una causa que impida la operatividad de la punibilidad, es decir a todo el contenido que hace recaer pena sobre la conducta...

Por definición, como se comprenderá, la ley más favorable es todo lo contrario a un abuso, pues tiende a convertir en más benigna la intervención. Más aun la ley posterior más favorable es expresión del principio de necesidad de la intervención penal; si por cualquier razón el estado ha estimado necesario moderar la intervención penal lo hace en virtud de este principio.

La ley más benigna es la que en la situación concreta, redunde en mayor beneficio para el individuo. Este beneficio, tanto en las disposiciones de la parte general como de la especial del derecho penal y que respecto del imputado se traduce en la aplicación de la ley más benigna sin limitaciones, puede consistir en que el hecho haya dejado de ser delito o en que se le castiga menos severamente, o se ponen mayores exigencias para castigarlo o menores para eximirlo de pena. Esa ley puede ser la existente en el momento del hecho, la del momento del fallo o una ley intermedia.

Respecto del condenado por sentencia firme el beneficio puede derivar de todo aquello que en la nueva ley influya beneficiosamente respecto de la pena que le ha sido impuesta y cuyo cumplimiento no se encuentra extinguido. La determinación de la

mayor benignidad de una ley es una cuestión sencilla cuando una sola de las leyes concurrentes establece el beneficio. Deja de serlo si las leyes en juego otorgan en el caso concreto beneficios diferentes.

### **3.2.1 Alcance del principio a las leyes procesales penales**

En el Artículo 547 del Código Procesal Penal se establece que se aplicaran las disposiciones del Código Procesal Penal que se deroga por esta ley, a todas aquellas causas en las cuales se hubiere dictado el auto de apertura a juicio.

Como puede observarse, por el principio de irretroactividad de la ley, las causas conocidas por leyes procesales anteriores a la nueva ley vigente, debe concluir el proceso. Por tanto esto significa que cualquiera que haya sido la fecha de la comisión del delito, el proceso se regirá por la ley vigente en el momento en que este tenga lugar. Esto podría significar la alteración de las reglas procesales a aplicar al hecho delictivo cometido con anterioridad. Por ejemplo en el momento de cometerse el delito las leyes procesales establecían la posibilidad de apelación en el caso de no conformidad con la sentencia; sin embargo podría ocurrir que las nuevas leyes procesales establezcan una única instancia.

### **3.2.2. Alcance del principio a las leyes penales en blanco**

La doctrina en general, se muestra de acuerdo en que el principio de irretroactividad se aplica a las leyes penales en blanco. Se rigen en consecuencia, plenamente por el principio de legalidad. Esto quiere decir que el reglamento o cualquier otra norma inferior que complementa la prohibición penal se rigen por el principio de irretroactividad de la ley penal. Este planteamiento ha de aplicarse de modo general a todo el problema de las leyes penales incompletas, como por ejemplo los tipos abiertos con los elementos normativos que recurran a leyes extrapenales. El Artículo 311 del Código Penal nos da un ejemplo de ley penal en blanco, al prescribir: “Quien practicare inhumación, exhumación o traslado de un cadáver o restos humanos contraviniendo las disposiciones sanitarias correspondientes será sancionado con prisión de un mes a seis meses y multa de cincuenta a trescientos quetzales.”

### **3.3. La ultractividad de la ley penal**

El primer extracto del Artículo dos del Código Penal deja abierta la posibilidad de aplicar una ley ya no vigente cuando ésta sea más benigna que la rige en el presente, al contemplar que: “Si la ley vigente al tiempo en que fue cometido el delito fuere distinta de cualquier ley posterior, se aplicará aquella cuyas disposiciones sean más favorables al reo...” Según Jiménez de Asua “hay casos en que una ley en vigor se refiere a otra que después se extingue. La exigencia del ordenamiento jurídico hace que en caso de que un Código, u otra disposición legislativa se refieran a un precepto abrogado con el

que se integraba el precepto vigente, se incorpore aquel a éste. ... El problema del que van surgir luego todas las cuestiones se vincula también al hecho de aplicar una ley no vigente ya. Nos referimos a las acciones u omisiones perpetradas bajo el imperio de una ley extinguida, que plantea la ingente cuestión de la retroactividad y ultractividad de leyes punitivas”.<sup>37</sup>

### **3.4. Las leyes excepcionales temporales**

Según el Artículo tres del Código Penal “la ley excepcional o temporaria se aplicará a los hechos cometidos bajo su vigencia, aun cuando ésta hubiere cesado al tiempo de dictarse el fallo, salvo lo dispuesto en el artículo 2”. En primer lugar nótese que la norma establece sinonimia entre los conceptos de excepcionalidad y temporalidad, cuando en realidad existen claras diferencias; pues lo correcto sería la ley excepcional y temporal, siendo una conjunción conjuntiva y no disyuntiva. En este orden de ideas Zaffaroni dice: Que son aquellas que rigen para cierto tiempo desde su sanción, es casi unánime de la opinión que las exceptúa del principio de retroactividad benigna, no siendo correcto afirmar su ultractividad gravosa, porque no son ultra activas sino que simplemente, escapan sus sucesoras al principio de excepción benigna.

En general se asimilan a estas leyes las llamadas, leyes extraordinarias, transitorias o excepcionales. La diferencia entre ambas fincaría en que las leyes excepcionales tienen

---

<sup>37</sup> Jiménez de Asua. **Ob. Cit.** Pág. 150.



su vigencia determinada por la duración de las circunstancias excepcionales que las originan, Las leyes temporarias por el propio plazo al que expresamente se subordina.

Para Bacigalupo "Las leyes excepcionales y temporales son una excepción a la retroactividad de la ley más favorable y las denomina ultractividad de la ley temporal y excepcional; y dice se denomina leyes penales temporales a aquellas que tiene prefijado en su texto el tiempo de su vigencia... Asimismo se denominan leyes penales excepcionales a las que en forma no expresa hacen depender su vigencia de situaciones que por su naturaleza son temporales o transitorias. Estas leyes también se les llaman leyes penales temporales en sentido amplio."<sup>38</sup>

Continúa diciendo: "Las circunstancias de que estas leyes son dictadas por lo general para reforzar, en circunstancias de excepción, la protección de ciertos bienes jurídicos y, por lo tanto, contengan agravaciones de las penas o incriminaciones excepcionales determina que se plantee la cuestión de la aplicación del principio de retroactividad de la ley más favorable. En efecto, en la medida en que estas leyes cederán a plazo fijo, el paso a otras por reglas más favorables, su autoridad, es decir su capacidad intimidatoria se vería anulada o seriamente afectada. En este sentido quienes excluyen la aplicación del principio de la retroactividad de la ley más favorable hablan de ultractividad de las leyes temporales. Por lo tanto, la ultractividad de las leyes penales

---

<sup>38</sup> Bacigalupo Enrique. **Ob. Cit. Pág. 15**

temporales, es una excepción al principio de la retroactividad de la ley más favorable, el que a su vez, es una excepción al principio de la irretroactividad de las leyes penales.”<sup>39</sup>

Según Juan Bustos y Hernán Hormazabal Respecto de la ultractividad de una ley temporal “se plantea el problema de su fundamentación porque a primera vista pareciera que se está soslayando el principio de retroactividad de la ley más favorable. Pues bien, esto no es así. En este problema hay que tomar en cuenta que el principio general garantizador es el de la ley previa y, por tanto, la irretroactividad de la ley penal. El principio de la retroactividad de la ley penal más favorable es de carácter excepcional y se fundamenta en la necesidad de la pena”.<sup>40</sup>

Ahora bien, estos principios no resultan lesionados con la ultractividad de la ley temporal, pues la aludida ultractividad resulta necesaria desde el punto de vista de la pena, pues en caso contrario sería fácil hacer ineficaz la ley penal temporal mediante el recurso de prolongación de los procesos...En las leyes excepcionales no se plantea el conflicto de su ultractividad con el principio de necesidad de la pena, en las leyes temporales la pena sigue siendo necesaria. De ahí que deba aplicarse respecto de hechos realizados bajo su vigencia y enjuiciados estando ya derogadas. En cambio en las leyes excepcionales desaparecida la situación de excepcionalidad, la pena deja de ser necesaria. Por lo tanto, respecto de ellas no rige su ultractividad frente a una ley posterior más favorable...

---

<sup>39</sup> **Ibid.**

<sup>40</sup> Bustos Juan y Hormazabal Hernán. **Lecciones de derecho penal.** Pág 65

### 3.5. El tiempo del hecho delictivo

La determinación temporal del hecho delictivo está en estrecha conexión con el problema de la retroactividad de la ley penal más favorable. De esta determinación habrá que identificar la ley previa y resolver los problemas de retroactividad e irretroactividad y también otros problemas como el cómputo del plazo de prescripción. El Artículo 19 del Código Penal señala: “El delito se considera realizado en el momento en que se ha ejecutado la acción En los delitos de omisión en el momento en que debió realizarse la acción omitida.”

El Código Penal ha optado como puede apreciarse, por el criterio del comportamiento (acción u omisión) que pareciere más adecuado desde el punto de vista valorativo, pues es el momento inicial que determina la oposición contra la norma y da lugar a la tipicidad. Puede haber otros criterios para determinar el momento del hecho delictivo como el resultado. Otra postura puede resultar de combinar los criterios de acción y resultado. El criterio mixto, resolvería según el caso, atendiendo a uno u otro criterio.

El principio de irretroactividad de la ley penal contemplado en la Constitución Política, es uno de los principios de mayor importancia que han generado un sin número de estudios, y también de especulaciones, pues en honor a la verdad todos los esbozos de la ley penal conforme a la extractividad de ésta suelen ser muy complejos y de difícil interpretación y, por lo cual, es necesario una adecuada y cuidadosa interpretación que facilite de manera coherente identificar cuando una norma es de aplicación



retroactividad o ultractiva y cuales son los requisitos esenciales para que una norma temporal o excepcional gocen de extractividad penal.

### **3.6. Principio de la especialidad en la ley penal**

Pretende encontrar el fundamento de la exclusión de las normas no aplicables, en el carácter de especial que con relación a aquellas tiene la que habrá efectivamente de regular el caso concreto (*lex specialis derogat legi generali*), es decir la ley especial excluye a la general por ser de estricta lógica que la regla especial predomina sobre la general. El Artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial y sus reformas prescribe: “Las disposiciones especiales de las leyes, prevalecen sobre las disposiciones de las leyes generales de la misma o de otras leyes.”

“Poter Petit, citado por Francisco Pavón Vasconcelos señala como ejemplo donde funciona este principio el delito de parricidio Artículo 131, con relación al homicidio del Artículo 123 y del infanticidio del Artículo 129, respecto al propio homicidio. Los ejemplos anteriores son sirven para establecer la diferencia entre la ley general y la especial, pues tal habrá de ser la cuestión a determinar previamente por el observador de los efectos de la ampliación de la ley. Una norma tiene carácter especial con relación a otra cuando tiene todos elementos de ésta y además otros que otorgan preferencias en su aplicación. Jiménez de Asua reduciendo el ámbito de aplicación del principio a las normas en sentido restringido o tipos penales, establece el concepto en los siguientes términos: “se dice que dos leyes o dos disposiciones legales se hayan en relación de

general y especial, cuando los dos requisitos del tipo general están todos contenidos, en el especial, en el que figuran otras condiciones clarificativas a virtud de las cuales la ley especial tiene preferencia sobre la general en su aplicación.”<sup>41</sup>

Pero es preciso que ambas estén vigentes contemporáneamente en el instante de su aplicación, por que, en el supuesto contrario, no sería un caso el concurso, sino que representaría un problema en orden a la ley penal en el tiempo. En el Artículo 9 del Código Penal se establece el principio de especialidad el cual señala: “Las disposiciones de este Código se aplicaran a todas las materias de naturaleza penal, reguladas por otras leyes, en cuanto éstas implícita o expresamente, no dispusieren lo contrario.” Conforme a este principio de especialidad, el tipo legal más específico prima sobre el más general. Tal sucede, en los tipos cualificados o privilegiados en relación al tipo base y también es el caso de un delito compuesto respecto de delitos simples.

### **3.7. Principio de la consumación o absorción**

La opinión mayoritaria de la doctrina pretende ver la operancia del principio cuando la situación regulada de una norma queda comprendida en otra de alcance mayor, de tal manera que ésta excluye la aplicación de aquella. En esta posición se coloca Jiménez de Asua citado por Vasconcelos: “Este principio señala ejerce su imperio cuando el hecho previsto por una ley o una disposición legal esta comprendido en el tiempo

---

<sup>41</sup> Vasconcelos Pavón, Francisco. **Manual de derecho penal mexicano**. Pág.

descrito en otra, y puesto que esta es de la largo alcance, se aplica con exclusión de la primera.”<sup>42</sup>

Poter Petit abunda tal opinión al expresar. “Nosotros pensamos que, basándonos en los casos en que puedan presentarse la concurrencia de normas incompatibles debe darse al principio de consumación la amplitud. Por tanto existe el principio de consumación o absorción, cuando en la materia o en el caso regulado por una norma, subsumidos e otra de mayor amplitud.”<sup>43</sup>

Para finalizar, la extractividad de la ley es únicamente en función exclusiva de la ley penal, para favorecer al reo y esto en atención al principio de seguridad jurídica cuyo instrumento es la resocialización, pues lo que se pretende en la actualidad no es el castigo, o sea la retribución causa y efecto, sino lo que se procura es encausar una conducta anormal consumada, en una conducta reencausada al normal orden social.

---

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Ibid.

## CAPÍTULO IV

### 4. El femicidio en el derecho comparado

En varios países de América Latina, como México, Costa Rica, Guatemala, Chile, el Salvador, Perú y Nicaragua, el femicidio se ha tipificado como delito. En algunos casos el nombre de la ley se refiere expresamente a este fenómeno. En otros a la violencia contra las mujeres o a términos similares y un articulado de la ley recoge el término como feminicidio o femicidio.

En México se le denomina Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; Esta es una Ley Federal, no obstante algunos Estados de la República han incorporado la tipificación del feminicidio. El objeto de la ley es sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y garantizar su acceso a una vida libre de violencia que favorezca su desarrollo y bienestar conforme a los principios de igualdad y de no discriminación. No se refiere, sin embargo, al feminicidio, sino a la violencia feminicida que define como la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres.

Costa Rica, Ley de Penalización de Violencia Contra las Mujeres; Esta ley costarricense no protege todos los casos de violencia contra las mujeres sino sólo los que se

produzcan en una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, así como también cuando las víctimas sean mujeres mayores de quince años y menores de dieciocho, siempre que no se trate de una relación derivada del ejercicio de autoridad parental. No obstante tipifica el femicidio como delito (aunque sólo abarque el íntimo).

Guatemala, Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer; A diferencia de otras leyes que regulan el femicidio, en esta norma se utiliza el concepto amplio de violencia contra las mujeres. Así se refleja también en el uso que se hace de la palabra femicidio definida como muerte violenta de una mujer, ocasionada en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, en ejercicio del poder de género en contra de las mujeres.

Chile, Ley de Modificación del Código Penal y la Ley Sobre Violencia Intrafamiliar; En estas medidas se establece el femicidio, aumentando las penas aplicables a este delito y se reforma las normas sobre parricidio. No se trata de una ley específica que regule el femicidio u otras formas de violencia contra las mujeres, sino una legislación que, como su propio nombre indica, simplemente modifica el Código penal para introducir el femicidio en sentido restrictivo, esto es que se refiere sólo al íntimo, para supuestos en los que la víctima era su mujer o convivía con él.

El Salvador, Ley Especial Integral para una Vida Libre De Violencia Para las Mujeres; La ley salvadoreña reconoce un derecho específico de las mujeres a vivir una vida sin violencia, no restringida a la violencia que sufren a manos de sus parejas. De hecho, la



norma dice que los tipos y modalidades de violencia contemplados en la presente ley tienen como origen la relación desigual de poder o de confianza; en la cual la mujer se encuentra en posición de desventaja respecto de los hombres. En relación con el feminicidio, maneja dos términos, el de violencia feminicida y el de feminicidio como tipo penal. Además reconoce el feminicidio agravado y el suicidio feminicida.

Perú, Ley 29819 que modifica el Artículo 107 del Código Penal, incorpora el femicidio. Esta ley regula en el Artículo 107 conjuntamente el parricidio y el feminicidio y define éste último como un feminicidio íntimo, englobando al cónyuge, conviviente o persona con quien haya mantenido relación análoga de afectividad. "Artículo 107. Parricidio-Femicidio. El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quién es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quién esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años cuando concorra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del Artículo 108. Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de femicidio."

Nicaragua, Ley Integral Contra la Violencia Hacia las Mujeres y de Reforma a la ley 64. Código Penal. La ley nicaragüense reconoce el femicidio como tipo penal específico en

el marco de una ley que está dirigida a garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, entendida ésta en el sentido amplio, de violencia ejercida contra la mujer por el hecho de ser mujer.

#### **4.1. Legislación sobre femicidio en el derecho comparado**

Como se ha indicado, algunos de los países de la región que optaron por incorporar a su legislación penal, como delito autónomo, la muerte de mujeres en determinadas circunstancias, han utilizado el término femicidio (en 4 países) o feminicidio (en 3 países) para denominar estos delitos. En términos generales, el legislador latinoamericano, al utilizar uno u otro término (femicidio/feminicidio) no considera las diferencias sustantivas que están en el origen del concepto y lo utiliza indistintamente, a pesar del debate político jurídico que en la región se ha generado alrededor de estos conceptos.

La primera persona que utilizó el término “femicide” directamente vinculado a la violencia de género fue Diana Russell en 1976 ante el Primer Tribunal Internacional de Crímenes contra Mujeres. Desde entonces, su contenido y alcance ha variado. La propia Diana Russell lo definió inicialmente junto con Jane Caputi como el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de la mujer. Posteriormente, junto con Hill Radford lo describió como el asesinato misógino de mujeres realizado por hombres.

A pesar de que el concepto de femicidio no se gestó en América Latina, es en esta región en donde, en las últimas dos décadas, se ha producido un amplio debate sobre el concepto como efecto natural de la situación de vulnerabilidad y violencia en que se encuentran las mujeres y, muy especialmente, por la ineficacia del sistema de justicia para contener y reprimir la muerte de mujeres.

El debate sobre el delito de feminicidio en la región ha girado entorno a las implicaciones de su tipificación para el sistema de justicia penal, en la importancia de visibilizar el asesinato de mujeres por razones de género y sobre todo, ha puesto énfasis en la re victimización de las mujeres dentro del sistema de justicia y en la responsabilidad del Estado por la impunidad y la repetición de los hechos criminales, convirtiéndose el asesinato de mujeres en un crimen de Estado.

Con las leyes aprobadas los países pretenden desarrollar una política criminal con perspectiva de género, que fortalezca las estrategias de persecución y sanción de los responsables de los hechos de violencia contra las mujeres y garantice la reparación y compensación de las víctimas, con el objetivo de reducir la impunidad, de manera que la justicia penal cumpla con su función de prevención especial y general de la criminalidad.

El corto periodo de vida de esas leyes, así como las dificultades culturales y operativas que enfrenta su aplicación, no permite aún hacer valoraciones sobre la efectividad de su aplicación, y aun menos valorar su incidencia en la disminución de los índices. Las

leyes que incorporan el delito de femicidio/femicidio difieren entre sí tanto en lo sustantivo como en lo formal; así por ejemplo la técnica legislativa que se ha seguido para incorporar el delito de femicidio/femicidio a la legislación penal varía de país a país: en el caso de Chile y Perú, se optó por reformar el delito de parricidio contenido en el Código Penal, incorporando en él la descripción típica del femicidio/femicidio; en México, también se optó por la reforma del Código Penal pero, a diferencia de Chile y Perú, el femicidio se estableció como un tipo penal independiente; en el caso de Costa Rica se promulgó una ley especial de penalización de la violencia contra la mujer en la que se incluye, entre otros delitos, el del femicidio; en El Salvador, Guatemala y Nicaragua, el delito de femicidio/femicidio está incorporado en leyes especiales integrales que además de incluir otros tipos penales, establecen órganos especializados en materia penal para investigar y sancionar los delitos creados en la ley, y definen los mecanismos encargados de diseñar y ejecutar políticas públicas para prevenir, atender y proteger a las mujeres víctimas de hechos de violencia.

En síntesis, Chile, Costa Rica, México y Perú, han optado por una legislación sobre femicidio/femicidio que recurre para su aplicación e interpretación a las disposiciones de los códigos sustantivos y procesales vigentes, mientras que El Salvador, Guatemala y Nicaragua incorporan el delito de femicidio/femicidio, a una legislación integral y especializada en la que también se definen institutos procesales especiales. La ventaja de contar con leyes integrales, es que en ellas se incorporaran aspectos importantes para la comprensión y aplicación del delito de femicidio/femicidio, y para su persecución, sanción y reparación

## **4.2. Principios generales**

En las legislaciones de El Salvador y Nicaragua, se contemplan una serie de principios generales de política criminal que tienden precisamente a diseñar un modelo específico de sistema penal que garantice la pertinencia de género y la eficacia del servicio público de la justicia, evitando el maltrato y la revictimización procesal de las víctimas, individualizando y sancionando a los responsables de los hechos delictivos y compensando a la víctima por los daños ocasionados. De esta manera se pretende que las demandas de las mujeres sean satisfechas de manera oportuna, eficiente y con respecto al principio de no discriminación.

### **4.2.1. Principio de especialidad**

Uno de los principios que se considera fundamental es el referido a la obligatoriedad, por parte de los operadores de justicia, de interpretar esta legislación a partir del principio de especialidad en virtud del cual, los operadores de justicia están obligados a considerar, en los casos de violencia contra las mujeres, el contexto de violencia en el que viven y su especial vulnerabilidad frente al agresor y frente al propio sistema de justicia. En ese sentido, en algunos de estos países y desde hace varios años, se han hecho esfuerzos para capacitar y sensibilizar a los funcionarios sobre sus responsabilidades en la aplicación de una justicia que respete y promueva eficazmente los derechos humanos de las mujeres.

#### **4.2.2. Principio de responsabilidad penal de los funcionarios**

Junto al principio rector de especialización y a la consecuente respuesta institucional de sensibilización y capacitación a los funcionarios, la mayoría de las legislaciones especializadas, establecen el principio de la responsabilidad penal de los funcionarios que obstruyen y/o obstaculicen el acceso a la justicia de las mujeres. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en diferentes fallos sobre la responsabilidad del Estado por incumplimiento del deber de garantizar el derecho al acceso a la justicia de las mujeres, ha puesto en evidencia que son las conductas dolosas de jueces, policías y fiscales, las que impiden una investigación eficiente de los delitos denunciados y como consecuencia se revictimiza a las víctimas dentro del propio aparato penal. En definitiva, se considera que este principio con la consecuente tipificación penal de la conducta ilícita es uno de los logros más significativos de la legislación penal especial, ya que junto al de especialización, capacitación y sensibilización, permitirá la transformación cultural de los y las funcionarios del sistema, de manera de superar los esquemas patriarcales y discriminatorios que prevalecen en el ámbito de la justicia y por tanto disminuir los índices de impunidad de los delitos contra las mujeres.

#### **4.2.3. Principio de laicidad**

Se entiende por laicidad, la cualidad de la sociedad, el estado o las instituciones que actúan y funcionan de manera independiente de la influencia de la religión y de la iglesia. Otro principio que incorpora la legislación es el de laicidad, el cual asume

especial relevancia en la interpretación y aplicación de la ley puesto que obliga a cambios en la cultura judicial desde el punto de vista de los roles de hombres y mujeres en la sociedad; es obligación de los (as) funcionarios (as) superar los criterios religiosos o la invocación de costumbres o tradiciones culturales para justificar la violencia e interpretar la ley. A partir de la incorporación de este principio de laicidad en la administración de justicia, se refuerza la separación del poder político del poder religioso, y se garantiza la independencia judicial, con la pretensión de evitar que funcionarios/as, puedan interponer sus convicciones morales y religiosas en el desempeño de su labor.

#### **4.2.4. Principio de protección a las víctimas**

Otros principios como el de protección a las víctimas, su derecho de participar en igualdad de condiciones dentro del proceso penal, y su derecho a la reparación, al ser incluidos como principios rectores, garantizan el acceso a la justicia de las mujeres y conducen a una verdadera humanización de la justicia y a garantizar que esta cumpla con los fines político constitucionales establecidos.

Finalmente, en las leyes mencionadas se reitera la exigencia de que principios tales como los de coordinación, integralidad e intersectorialidad, rijan la aplicación de estas leyes, lo que garantiza que la ley sustantiva, procesal y la de ejecución penal estén en armonía con las disposiciones constitucionales y aquellas de carácter internacional de protección de los derechos humanos de las mujeres. Esta propuesta de aplicación

integral de la ley obliga a la coordinación interinstitucional a efectos de garantizar la celeridad, profundidad y certeza en las investigaciones y fallos de las autoridades.

La Declaración sobre Principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General en la resolución 40/34, de noviembre de 1985 señala:

1. Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.
2. Podrá considerarse víctima a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión víctima se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.
3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales,



situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.
5. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.
6. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:
  - a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;
  - b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

Lo establecido en la presente Declaración se aplicara a todas las personas sin importar, sexo, color, raza, religión, que hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional las deben ser tratadas con compasión y respeto por su dignidad, los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda a las victimas, a sus familiares o las personas a su cargo.

El Artículo 5 del Código Procesal Penal establece: "...La víctima o el agraviado o el imputado, como sujetos procesales, como sujetos procesales tienen derecho a la tutela jurídica efectiva..."

Decimo Segundo simposio internacional de victimología, Florida California, Estados Unidos de América, 2006. Cabe destacar que éste último, llevado a cabo en agosto del año 2006, en la Universidad Central de Florida, tuvo como lema: "Realizando la Misión", y se realizaron cuestionamientos tan relevantes para la victimología como: ¿la Justicia de la Víctimase convertirá en el nuevo estándar del sistema de justicia criminal? Respecto a los servicios a la Víctima ¿Es momento de ir más allá de la intervención de la crisis y de la defesa de la justicia criminal?; respecto a la educación y estándares de atención ¿hay suficiente responsabilidad en los servicios de la Víctima? Se estableció la importancia de la elaboración de investigaciones entorno al crimen Trasnacional, la trata de personas, narcotráfico, la influencia de la tecnología en los delitos, el terrorismo y Tráfico, entre otros. (sic)

La existencia de la victimología es una realidad en nuestros días, Benjamín Mendelsohn señalaba que la Victimología implica específicamente, el descubrimiento de medios de

investigación y elaboración de pruebas, recursos, terminología única, etc., para lograrlo, es necesario que un grupo de científicos inicie alguna acción a favor de la Victimología, con un espíritu como el descrito antes. Principalmente le incumbe a los médicos, sociólogos, psiquiatras, psicoanalistas, criminólogos y juristas. Es necesario señalar, en esta primera ocasión, el interés y colaboración de los ingenieros mecánicos, ecólogos, ciberneticólogos, demógrafos, etc. Algunos de ellos contribuirán al conocimiento de varias categorías de víctimas que le interesan a la sociedad como factores causales

#### **4.3. El bien jurídico tutelado**

De las siete legislaciones analizadas, únicamente en tres de ellas se establece normativamente el bien jurídico protegido con el tipo de femicidio/feminicidio. Son precisamente los casos de los Estados que optaron por la reforma de sus códigos penales. En ellos, el delito está ubicado entre los crímenes y delitos contra las personas (Chile), entre los delitos contra la vida y la integridad corporal (México), y entre los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (Perú). En las demás legislaciones no se identifican los bienes jurídicos protegidos. Así, en Costa Rica el delito se ubica en un apartado llamado violencia física, en El Salvador en el de delitos y sanciones, en Guatemala en el de delitos y penas, y en el de Nicaragua en el de delitos de violencia contra las mujeres.

A pesar de ello, resulta obvio que el bien jurídico protegido con la sanción del disvalor muerte es el valor vida y, en ese sentido, podemos afirmar que en todos los países uno

de los bienes jurídicos protegidos con el delito de femicidio/ feminicidio es la vida. En los casos de Chile, Costa Rica y Perú, pareciera ser el único bien jurídico protegido.

Un análisis pausado de los tipos penales y en algunos casos de sus circunstancias de agravación, permite afirmar que además del bien jurídico indicado se protegen otros bienes jurídicos, según sea el contexto en que se realiza el femicidio/feminicidio, tales como la tranquilidad y estabilidad de la familia y la protección de los menores, lo que ocurre en El Salvador al agravarse el feminicidio cuando es cometido “frente a cualquier familiar de la víctima”, y en Guatemala y Nicaragua al incorporarse en ambos tipos como elemento objetivo el que “el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima”. Igualmente en algunos tipos penales como los de El Salvador, Guatemala, México y Nicaragua, se protege también el bien jurídico “integridad corporal”, al tipificarse como agravante la mutilación del cuerpo de la mujer. Finalmente, en las legislaciones de El Salvador y México se protege también la integridad sexual de las mujeres, al sancionarse como femicidio la muerte antecedida de delitos contra la libertad sexual en el caso de El Salvador, o cuando la víctima presente signos de violencia sexual en el caso de México.

La variedad de bienes jurídicos afectados con el femicidio/feminicidio nos permite afirmar que se trata de un delito pluriofensivo, que violenta una serie de bienes jurídicos y derechos no sólo de la víctima, sino también de su entorno familiar y social, lo que justifica el establecimiento de penas privativas de libertad elevadas por parte del legislador. Se puede considerar que esta legislación reconoce el femicidio/feminicidio

como una conducta que viola derechos humanos de las mujeres, particularmente el derecho a la vida, y que tiene su fundamento en las históricas relaciones de desigualdad entre los hombres y las mujeres.

#### **4.4. Las sanciones penales en el derecho comparado**

En todos los países analizados la pena principal para el delito de femicidio / feminicidio es la pena privativa de libertad. En Chile la pena es de presidio en su grado mayor a presidio perpetuo calificado en Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México y Nicaragua la pena es la prisión; y en Perú el tipo penal hace referencia a la pena privativa de libertad.

Todos los países tienen mínimos y máximos para sancionar el delito, con excepción de Perú, en el que el tipo penal establece un mínimo (pena privativa de libertad no menor de 15 ni de 25 años, según se trate del tipo básico o del agravado, respectivamente. En Chile, El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Perú, la única pena prevista para el delito de femicidio/feminicidio es la privación de libertad, con las denominaciones que ya se indicaron. En Costa Rica además de la pena privativa de libertad, debe imponerse la pena de inhabilitación, cuando se den las circunstancias, y en México la de multa y la pérdida de derechos sucesorios en relación a la víctima.

La gravedad de las penas privativas de libertad previstas para la figura básica varía considerablemente de un país a otro. Chile tiene la pena más alta (presidio perpetuo), seguido de México (40 a 60 años), Guatemala (25 a 50 años), Costa Rica y El Salvador (20 a 35 años), Nicaragua (15 a 20 años y 20 a 25 años) y Perú (no menos de 15 años y 25 años). Llama la atención el hecho de que la pena mínima de México (40 años) resulta ser superior a la pena máxima de Costa Rica y El Salvador (35 años) y Nicaragua (20 y 25 años). En Guatemala la persona condenada no se puede beneficiar de ninguna reducción de pena. La pena para el delito de femicidio, según país Chile Presidio en su grado mayor a presidio perpetuo calificado. Costa Rica Prisión de 20 a 35 años, e Inhabilitación de 1 a 12 años. El Salvador prisión 20 a 35 años. Figura agravada: Prisión 30 a 50 años Guatemala Prisión de 25 a 50 años, sin posibilidad de reducción de la pena. México Prisión de 40 a 60 años, y de 500 a 1000 días multa, pérdida de derechos con relación a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio Nicaragua, Perú. Prisión de 15 a 20 años cuando el hecho se diera en el ámbito público. Prisión de 20 a 25 años cuando el hecho ocurre en el ámbito privado. Si concurren dos o más de las circunstancias mencionadas en el artículo, se debe aplicar la pena máxima. Las penas se aumentan en un tercio si concurre alguna de las circunstancias del asesinato, hasta un máximo de 30 años de prisión. Pena privativa de libertad no menor de 15 años. Pena privativa de libertad no menor de 25 años si concurren agravantes de los numerales 1 al 4 del artículo 108 del Código Penal (cuando concurre 1. ferocidad, por lucro o por placer, 2. para facilitar u ocultar otro delito, 3. Con gran crueldad o alevosía, y 4. Por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de otras personas)



En conclusión las leyes de femicidio de los diferentes países analizados, han optado unos por hacer reformas a los Códigos Penales, creando figuras delictivas especiales, otros han optado por la creación de leyes que regulan y penan el femicidio, independientemente de sus Códigos Penales; y variando cada una en sus formas de aplicación penal con relación a la persona del delincuente, siendo unas más favorables para el reo, que otras.





## CAPÍTULO V

### **5. La Ley Contra el Femicidio, viola el fin resocializador de la pena, por no conceder al sentenciado la rebaja de ésta**

Antes de entrar en detalle transcribiré ciertas palabras del Marqués de Beccaria que consideró oportunas para el momento. "Es mejor prevenir los delitos que penarlos. Tal es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad o al mínimo de desgracia posible, hablando según los cálculos de los bienes y males de la vida. Perturbaciones y desórdenes."<sup>44</sup>

"A pesar de todo, ésta es la quimera de los hombres cuando tienen en sus manos el poder. Prohibir una multitud de acciones indiferentes, no es prevenir los delitos que puedan nacer de aquéllas, sino crear otros delitos nuevos; es tanto como definir a capricho la virtud y el vicio, predicados antes como eternos e inmutables. ¿A qué nos veríamos reducidos si se nos prohibiese todo aquello que puede inducir a delito? Sería menester privar al hombre del uso de sus sentidos. Por un motivo que haya que impulse a los hombres a cometer un verdadero delito, hay mil que inducen a cometer las acciones indiferentes llamadas delitos por algunas leyes malas; y si la probabilidad de los delitos es proporcional al número de los motivos, ampliar la esfera de los delitos

---

<sup>44</sup> Beccaria, César. Ob. Cit. Pág. 60

es hacer crecer la probabilidad de cometerlos. La mayor parte de las leyes sólo son privilegios, o sea tributos de todos a la comodidad de algunos.”<sup>45</sup>

Después de estas palabras me enfocaré al problema planteado en este trabajo y; consiste en que la pena regulada en el Artículo 6 de la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer le resta trascendencia al fin resocializador que persigue la pena, al no permitir por ningún motivo; sea trabajo en los centros penitenciarios, buen comportamiento por restauración espiritual, o estudios realizados que proyectan síntomas resocializadores; que la condena impuesta sufra modificaciones en virtud de haberse cumplido con las tres cuartas partes de la condena, como lo prescribe el Artículo 44 del Código Penal. Esto sin lugar a duda genera una serie de conflictos para el propio sistema penitenciario al disociar lo que prescribe la norma con respecto al femicidio, con lo que establece la Constitución Política y la Ley del Régimen Penitenciario.

En este sentido el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, prescribe que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social (resocialización) y a la reeducación de los reclusos y cumplir con el tratamiento de los mismos... La Corte de Constitucionalidad se refiere al tratamiento de los mismos de la siguiente manera: “Las normas mínimas para ese tratamiento la desarrolla la constitución en los incisos a), b) y c) del comentado artículo 19, y ninguno de ellos se refiere a reducción de las penas, sino a tratamiento institucionalizado. No es a través de una rebaja general de pena, como pueden alcanzarse las condiciones mínimas que

---

<sup>45</sup>Ibíd.

permitan la reeducación y reinserción social del condenado a la pena privativa de libertad y por el momento nuestra política criminal no tiene más remedio que seguir recurriendo en gran número de casos a este tipo de sanción....”

En esta misma dirección la Ley del Régimen Penitenciario en el Artículo 2 dice: “El Sistema Penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de las personas privadas de libertad y cumplir con las normas que le asigna la Constitución Política de la República, los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que Guatemala sea parte así como lo dispuesto en las demás leyes ordinarias.”

El Artículo 94 del Código Penitenciario de Colombia afirma que: “La educación impartida deberá tener en cuenta los métodos pedagógicos propios del sistema penitenciario el cual enseñará y afirmará en el interno el conocimiento y respeto por los valores humanos, por las instituciones públicas y sociales, por la leyes y normas de convivencia ciudadana y el desarrollo de su sentido moral.”

En la Ley general Penitenciaria española dice que: “Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad así como a la retención y custodia de detenidos, presos y penados.” Igualmente la Ley General Penitenciaria de Italia dice que: “En relación con los condenados y presos debe aplicarse un tratamiento reeducativo que, especialmente, por contactos con el mundo exterior, se dirija a su reinserción social.”

Con independencia de las diversas teorías sobre el fundamento y la finalidad de la pena, es obvio que la pena existe porque los gobiernos no han encontrado aun otra solución para luchar contra la delincuencia. La pena y especialmente la que priva de un bien tanpreciado como es la libertad, ha de tender a conseguir que el delincuente voluntariamente deje de actuar en contra de las normas establecidas para la convivencia pacífica y adquiera un modo de vida que le permita integrarse en la sociedad de forma no conflictiva.

La pena siempre conlleva fines de intimidación o prevención general matizados en las diferentes fases del poder punitivo del Estado. En la fase legislativa o de conminación penal, donde se amenaza con el castigo, la función preventiva general se cumple avisando de la sanción a quienes se sientan tentados de delinquir, en la fase judicial o de imposición, cuando se determina o impone la pena concreta al autor se añade un criterio retributivo basado en la culpabilidad, de tal manera que se satisface el deseo de al víctima de sentirse compensada por el daño moral sufrido y de la propia sociedad cuya paz se ha interrumpido ; y en la fase de ejecución se combina con la inocuización del condenado, su intimidación particular y en, su caso la resocialización con la perspectiva de reinsertar al delincuente en la sociedad con un comportamiento convivencial adecuado.

En el Artículo 44 del Código Penal se define la pena de prisión como la privación de la libertad personal... Y como un incentivo para el delincuente la misma norma le señala

que tiene derecho que se le rebaje la pena cuando haya cumplido con determinados requisitos como son: 1) tener buena conducta, 2) haber cumplido las tres cuartas partes de la condena; esto en función del fin primordial de la pena que busca la seguridad social a través del instrumento resocializador.

Ahora bien, si el tratamiento institucional no contempla la reducción de la pena como fin resocializador, se puede recurrir al principio de extractividad de la ley penal, como la retroactividad o la ultractividad que son mecanismos que contribuyen o procuran fomentar la resocialización del delincuente, siempre con el valor de proveer a la seguridad jurídica. Pero básicamente se trata de determinar incisivamente, que por el principio de extractividad de la ley penal, a los condenados por el delito de femicidio si se les puede hacer una modificación de la pena al haber agotado las tres cuartas partes que señala el Código Penal, porque el principio señala que debe aplicarse la ley que más favorece al reo, o sea la pena más benigna, en este caso la posibilidad de reducción de la pena, ya que la pena prescrita por la Ley del femicidio adolece de esta benignidad como consecuencia del principio de especialidad regulado en Artículo 9 del Código Penal que señala: "Las disposiciones de este Código se aplicaran a las materias de naturaleza penal, reguladas por otras leyes, en cuanto éstas, implícita o expresamente, no dispusieren lo contrario." Pero aún cuando es una ley especial, la Constitución Política determina tajantemente, que la ley no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorezca al reo; aquí no se está tratando específicamente de la aplicación de una ley retroactivamente, sino de la posibilidad de la aplicación de la ley más benigna, y esta sería la que le facilita al sentenciado la

reducción de su condena al haber cumplido con los requisitos que le impone el Artículo 44 del Código Penal.

En relación a esto los fallos jurisprudenciales emitidos por la Honorable Corte de Constitucionalidad prescriben: "... Debe mencionarse que el sistema de justicia guatemalteco es de carácter garantista y que la función de las garantías procesales es asegurar una justicia expedita, humana, practicada en plazos razonables, con jueces independientes e imparciales y con absoluto respeto a la dignidad humana. El fin moderno de la sanción penal es cada vez menos el castigo, la retribución o la expiación. La pena más que castigo, persigue la reinserción social satisfactoria del condenado, por lo que los objetivos de resocialización del delincuente y el de capacitarlo para una participación productiva en la vida social inspiran a la legislación procesal penal de Guatemala. Aunado a ello, la Corte de Constitucionalidad en opinión consultiva emitida a solicitud del Organismo Legislativo, dentro del expediente número ciento setenta – ochenta y seis, estimó que: "... a) El espíritu del artículo 19 Constitucional se refiere expresamente a readaptación social; esto es, a un eficaz tratamiento del recluso orientado a su readaptación social y reeducación. Para la readaptación han existido distintos sistemas, entre ellos, el progresivo, a través de un seguimiento de la conducta y el de individualización científica; pero ambos casos se refieren a sistemas a practicar en los establecimientos penitenciarios..."

En atención a los conceptos seguimiento de la conducta e individualización científica, se encuentran dentro los conceptos denominados diagnóstico y tratamiento. Para el programa resocializador, el diagnóstico es la base organizadora sobre la cual se

cimentan las pautas para la vida en la cárcel, pautas que, desde la perspectiva institucional, tiene la finalidad de favorecer la construcción de un proyecto de vida en libertad.

Por otra parte frente a la crisis de gobernabilidad y legitimación carcelaria se ha desarrollado la idea de una pena más humana, orientada al mismo tiempo a la maduración de la personalidad y a la reinserción social del detenido. Este remite necesariamente al concepto de tratamiento, el cual ha sido criticado duramente por su asociación con el respeto al régimen disciplinario de la institución, lo cual tendrá un carácter correccionalista y moralizante. No cabe duda que estos conceptos son producto del saber psiquiátrico, discurso que al igual que el derecho penal esta dirigido al control social de la desviación.

Ahora bien como se dejo plasmado anteriormente la imposición del tratamiento en un Estado de derecho, resulta inadmisibles, ya que no se puede imponer determinadas costumbres o modificaciones de la personalidad a un individuo. Lo anterior encuentra sentido en que tal imposición constituiría una violación a los principios de autonomía y dignidad; aunado a que el respeto a la dignidad humana durante la ejecución de la pena privativa de libertad está asegurado por disposiciones constitucionales.

Desde el punto de vista penológico se puede afirmar que la resocialización debe consistir en hacer aceptar al delincuente las normas básicas y generalmente vinculantes que rigen una sociedad. En cierto sentido el hombre trasgresor de la ley penal no es más que el reflejo de lo que ve en el orden social, y existe una ligera

posibilidad que sea la sociedad quien crea sus propios delincuentes, un ejemplo de ello puede ser tomado de los agentes constituidos para ejercer gobierno ya sea por el voto popular o por imposición totalitaria; y de quienes se espera que cumplan y hagan cumplir la ley, pero cuando esto no sucede, la ingobernabilidad se genera desde los mismos bastiones del poder, siendo esto suficientemente motivante para que los gobernados decidan actuar al margen de la ley y casos de estos hay muchos.

### **5.1. Fórmulas de resocialización**

La privación de libertad no es el único método que se puede seguir para intentar aplicar técnicas dirigidas a la recuperación social del infractor, es más, existe una larga experiencia que nos dice que la prisión es un caldo de cultivo excelente para el aprendizaje de la delincuencia. La utilización de vocablos con la partícula "re"- como reeducación, resocialización, reinserción o rehabilitación presupone que antes de la comisión del delito los delincuentes estuvieron correctamente "educados", "socializados", "insertados" o "habilitados" para la convivencia. La realidad nos demuestra que gran parte de la población penitenciaria no recibió desde su niñez unas pautas de socialización adecuada, es decir, escolarización continuada hasta el nivel obligatorio y ambiente de trabajo con remuneración suficiente para permitir una forma de vivir digna, por lo que la resocialización se reduce con frecuencia a conseguir una simple educación y socialización a través de la escuela.



### **5.1.1. La resocialización en el Salvador**

La resocialización en el sistema penitenciario de El Salvador por ejemplo muestra algunos puntos que solventarían las deficiencias de su sistema penitenciario como son: Tratar al delincuente (reo) no como extraño a la sociedad o en pocas palabras como escoria, ya que esto atenta contra su dignidad, moral o integridad, por lo cual debería darse un trato más humano a pesar de que se tenga un mal precedente de haber sido declarado culpable. Generar programas de atención o seguimiento individualizado para conocer perfiles, rasgos o antecedentes de conducta en forma clara y tener un mejor y mayor control sobre el condenado, esto conlleva a contratar personal más capacitado. Tomarlos como agentes productivos mediante la realización de trabajos comunitarios focalizados en municipios de alto riesgo o que tengan grandes necesidades; sería también beneficios la elaboración de insumos para uso personal de la población, tales como sillas, mesas, cocina, etc. La formación de un sistema profesional no sectorizado que incluya a todo tipo de reo siempre y cuando se vea un proceso de resocialización a través de un seguimiento constante en el cumplimiento de la pena.

### **5.1.2. La resocialización en Colombia**

El problema de hacinamiento y las instalaciones inadecuadas en Colombia constituye el elemento clave que originan que la cárcel sea vista como el interno como un espacio propicio para la reproducción del crimen y además de que el sistema carcelario vea al interno como un objeto de obediencia ciega a un sistema de control disciplinario. No

podrá existir una resocialización, mientras no se superen los factores de riesgo que llevan al ocio y al hacinamiento al interior de las cárceles.

Esto nos lleva a pensar en que hacer para que los descuentos en la reducción de penas, no se convierta en un instrumento en sí mismos; es decir que interno no asista a los espacios de educación y trabajo, únicamente con el propósito de encontrar un mecanismo de rebaja en el tiempo de permanencia en el establecimiento carcelario, sino que encuentre la razón de ser de estos espacios.

Para el sistema penitenciario colombiano es indispensable que en los centros educativos de los establecimientos carcelarios estén orientados hacia una educación con sentido, sustentando sus principios rectores en el hecho de que los internos son seres que perciben su vida carente de sentido, puesto que no le encuentren ninguna utilidad al estar privados de la libertad. Los programas de resocialización deben de ser constructores de sentido que fortalezcan el mundo interior del interno y que le permitan descubrir su sentido en el mundo externo. La educación en los establecimientos penitenciarios debe ser un proceso de elaboración de sentidos, proceso vital que le permite al interno iniciar cualquier programa de resocialización de una manera inteligente y comprometida, creando y recreando sentido.

Por consiguiente, se deben diseñar los medios adecuados para que el individuo privado de su libertad reconozca el potencial de desarrollo que hay en él. De allí se desprende la necesidad de desarrollar programas pedagógicos con sentido orientado a encontrar

ese potencial y hacerlo útil en la vida y para la vida. Estas herramientas de mediación pedagógica que nos pueden ayudar para este propósito son:

1. La educación de la voluntad
2. La educación en los conceptos de responsabilidad y libertad.
3. La educación de la dimensión de lo espiritual.
4. La educación en la convivencia.

### **5.1.3. La resocialización en Costa Rica**

En el plano penitenciario costarricense en dos modelos de en apariencia distintos. El modelo progresivo se propone un etapismo a lo largo del cual, y por efecto de la resocialización se prepara al interno para su libertad. Esto se operativiza en primer lugar, mediante el diagnóstico criminológico que permitía ubicarlo en una etapa determinada dentro del sistema y, en segundo lugar recurriendo a diversas actividades tales como: trabajo, educación, sicoterapia, entre otras.

El plan de desarrollo institucional, con este se pretende dejar a un lado la visión positivista y se plantea como acción institucional la atención técnica en áreas específicas en las cuales el privado de libertad presenta algún tipo de déficit, estas áreas hacen alusión al trabajo, a la educación, a la convivencia intercarcelaria; o bien a problemáticas específicas como la drogadicción y la violencia sexual, para las cuales se prescriben grupos de carácter terapéutico.

#### **5.1.4. La resocialización en España**

El anterior Código penal derogado, Texto refundido de 1973, permitía a los condenados acortar el tiempo de cumplimiento efectivo de la condena redimiendo parte de la pena con el trabajo. La pena quedaba reducida en un día por cada dos trabajados. Este sistema ha sido abandonado pues la reducción de pena se aplicaba sistemáticamente para todos los que la solicitaban con independencia de que el preso trabajara o no, pues había una carencia de trabajo real, aún cuando todos los presos tenían el derecho y el deber de trabajar, ya que el Reglamento penitenciario vigente en ese momento, en su artículo 184, contemplaba el trabajo como elemento fundamental del tratamiento cuando así resulte de la formulación de un programa individualizado.

Residualmente, aún queda en España un número de presos a los que se les permite redimir pena por el trabajo en aplicación del Código penal derogado por el que fueron condenados y que les resulta más favorable en cuanto al cumplimiento efectivo de la pena. Esta situación ha sido admitida transitoriamente por el nuevo Código penal, hasta que desaparezcan de nuestros centros penitenciarios los condenados en aplicación del Código derogado por los delitos cometidos bajo su vigencia, ya que, comparando objetivamente la duración del cumplimiento efectivo de la pena teniendo en cuenta las normas de cada ley por separado, tienen que estar privados de libertad menos tiempo.

En la actualidad los condenados, en aplicación del nuevo Código penal, han de cumplir las penas íntegras, aún cuando sigue existiendo la figura de la libertad condicional que

el recluso puede adquirir, de forma general, una vez haya cumplido las tres cuartas partes de la condena siempre que exista un pronóstico de no peligrosidad delictiva. El cumplimiento íntegro de la pena no quiere decir que el condenado deba permanecer todo el tiempo privado de libertad sino que hasta que no transcurra el plazo al que fue condenado queda sujeto al control de la institución penitenciaria y no puede solicitar la cancelación de sus antecedentes penales.

En conclusión la norma que prohíbe la no reducción de las penas prescrita en el Artículo 6 de la Ley contra el Femicidio, aunque es una ley de carácter especial, no puede oponerse al fin resocializador de la pena, en primer lugar porque estaría violando el principio Constitucional de igualdad ante la ley; en segundo lugar el fin primordial de la pena en el derecho penal contemporáneo es la resocialización del privado de libertad, y la libertad condicional que prescribe el cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena es motivación suficiente para que el condenado procure por todos los medios, su anticipada reinserción social por haber cumplido los requisitos que ordena la ley penal, en este caso una buena conducta, esto implica trabajo, educación e inclinación por una vida espiritual restauradora.

No se puede vedar a los privados de libertad el derecho de arrepentimiento cuando han cometido el delito de femicidio, pues las penas de privación de libertad no están clasificadas entre penas simples de privación libertad y penas especiales de privación de libertad, para que al condenado se le niegue por este delito el derecho a libertad con carácter condicional.

Y por último si la Constitución no contempla la reducción de las penas como tratamiento institucionalizado para la resocialización del condenado, a éste se le debe aplicar la pena más benigna por favorecerle en atención al principio de extractividad de la ley penal, por lo cual se considera que la pena por el delito de femicidio se debe regir por lo que establece el Artículo 44 del Código Penal, sólo en cuanto al derecho por buen comportamiento a la reducción de la pena.

## CONCLUSIONES

1. La función de la pena tiene dos propósitos esenciales, el primero es la retribución para la conducta penalmente imputable por no encajar positivamente en el normal desarrollo del orden social y, el segundo procurar con el dolor que produce la pena una conciencia de arrepentimiento y de reparación moral y espiritual para el infractor de la norma penal.
2. La Ley del Femicidio en cuanto a la determinación de la pena se aparta completamente del tratamiento institucional, al no motivar al privado de libertad a una conducta que tienda a su reinserción y resocialización por no concederle el beneficio de la reducción, que no solo lo priva de la libertad física, sino de la espiritual, al decirle ya no hay remedio.
3. Para la resocialización del delincuente la Constitución Política de la República de Guatemala contempla el tratamiento institucionalizado, sin embargo en Guatemala, no existen las estructuras operativas con personal verdaderamente especializado para llevar a cabo estos fines, quedando la resocialización en la normativa solamente como una figura utópica, no realizable en la práctica. Esto provoca daños principalmente a hijos y familiares así como el derecho de prestar alimentos.





## RECOMENDACIONES

1. El Régimen Penitenciario debe hacer una clasificación de condenados, entre delincuentes primarios, reincidentes habituales, y los considerados peligrosos e incorregibles, para que el cumplimiento de las penas se lleve a cabo en centros carcelarios donde se encuentren reclusos afines a una misma o similar conducta, para que el fin resocializador de la pena pueda ser realizable.
2. Los privados de libertad que no puedan solicitar a través de sus defensores públicos o privados la reducción de la pena por el delito de femicidio, por buen comportamiento y porque está no constituye según la Constitución, fuente de tratamiento institucional para la resocialización del condenado; entonces que se solicite el beneficio de la libertad condicional por la ley más benigna que le favorezca al reo.
3. Los jueces y magistrados al momento de imponer o confirmar la pena por el delito de femicidio tomen en cuenta que la ley penal que debe ser aplicada es la que mejor convenga al reo y evitar con esto una mayor estigmatización en su persona, y lograr con la pena más benigna que en alguna medida se pueda motivar una actitud hacia la resocialización y no afecte el derecho de hijos y la familia como base de la sociedad.





## BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO Enrique. **Manual de derecho penal**. Parte general, 3 ed. Ed. Temis, S.A. Santa Fe de Bogotá. 1996.
- BECCARIA César. **Tratado de los delitos y de las penas**. 1 ed. Traducido al español por J.A. De las Casas Madrid, 1968.
- BUSTOS RAMIREZ Juan y HORMAZABAL MALAREÉ Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Volumen I. Ed. Trotta, S.A. Madrid, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal**. Ed. Trotta, S.A. Madrid. 1995.
- FERRI. Enrico. **Sociología criminal**. Tomo I. Tribunal superior de justicia del distrito federal. Ed. De Góngora. México, 2004
- GÜNTHER Jakobs. **Sobre la teoría de pena**. Traducido de Manuel Cancio Meliá. Cuaderno de conferencias y artículos No. 16. [http://biblioteca jurídica argentina.blogspot.com](http://biblioteca.juridica.argentina.blogspot.com).
- HORMAZABAL MALAREÉ, Hernán. **Bien Jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal**. 2 ed. Ed. Jurídica Conosur. Santiago de Chile, 1992.
- JIMÉNEZ DE ASUA. Luís. **Principios de derecho penal. La ley y el delito**. 3ed. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina, 1958.
- La Biblia de las Américas. Lockman Foundation. La Habra, California, EE.UU. 1997.
- LASCANO, Carlos Julio. **Derecho penal Parte general**. 1 ed. 1 reimpresión. Ed. Advocatus. Córdoba, 2005.
- MAIER Julio B. J. y BINDER Alberto M. **El derecho penal hoy**. Ed. Del Puerto. SRL. Buenos Aires, 1995.

MIR PUIG, Alejandro. **Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho.** 2 ed. Ed. Bosch, Casa editorial, S.A. Urgel. Barcelona, 1982.

NÚÑEZ Ricardo C. **Derecho penal parte general.** 4 ed. Actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González. Ed. Córdoba. Argentina, 1999.

OSSORIO Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.** Versión digital. 1 ed. Electrónica. Ed. Datascan, S.A. Guatemala, C.A.

ROUSSEAU Juan Jacobo. **El contrato social o principios de derecho político.** [www.elaleph.com](http://www.elaleph.com).

ROXIN Claus. **Determinación judicial de la pena.** Ed. Del Puerto, srl. Buenos Aires, 1993.

SARRULLE, Oscar Emilio. **La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal. (Abolicionismo o justificación).** Ed. Universidad. Buenos Aires, 1998.

STRONG James. **Diccionario Strong de palabras originales del antiguo y nuevo testamento.** Ed. Caribe Inc. Nashville, TN. 2002.

VASCONCELOS PAVÓN, Francisco. **Manual de derecho penal mexicano.** Parte general. 17 ed. Corregida y actualizada. Ed. Porrúa. México, 2004.

VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal.** 1 ed. Ed. Edeval. Instituto de investigaciones jurídicas. Serie, enseñanzas del derecho y material didáctico, No. 15. Valparaíso Chile, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio. **Tratado de derecho penal.** Parte general. Tomo I. Ed. Ediar. Tucumán, Buenos Aires Argentina, 1998.

### **Legislación:**

**Constitución Política de la República,** Asamblea Nacional Constituyente 1986; reformada por el Acuerdo Legislativo número 18-93



**Código Penal y sus reformas.** Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

**Ley del Régimen Penitenciario.** Decreto 33-2006 del Congreso de la República de Guatemala.

**Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer.** Decreto 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

**Legislación**