

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

**UNIVERSIDAD DE LA HABANA, CUBA
FACULTAD DE DERECHO**

**LAS PENAS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD.
POSIBLE VÍA DE SOLUCIÓN A SU DENOMINADA CRISIS**



Guatemala, agosto de 2016

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: M.A. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: MSc. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: Msc. Ronaldo Porta España

**HONORABLE CONSEJO ACADÉMICO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE LA HABANA, CUBA**

PRESIDENTE: Dr. Arnel Medina Cuenca
VICE DECANA: Dra. Mayda Goite Pierre
MIEMBROS: Dr. Rodolfo Fernández Romo
Dr. Juan Mendoza Díaz
Dr. Ernesto Pérez González

TRIBUNAL ANTE EL QUE SE DEFENDERÁ TESIS

PRESIDENTE: Dra. Mayda Goite Pierre
SECRETARIA: Dra. Teresa Delgado Vergara
OPONENTE: Dr. Rodolfo Fernández Romo

Razón: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis Sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).



LA COORDINACIÓN DE LA MAESTRÍA EN CRIMINOLOGÍA, DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO, DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, DE LA UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA Y LA COORDINACIÓN DE LA MAESTRÍA EN CRIMINOLOGÍA DE LA FACULTAD DE DERECHO, DE LA UNIVERSIDAD DE LA HABANA, CUBA. Guatemala, 01 de agosto de 2016.-----

Habiéndose tenido a la vista el expediente de la aspirante: **LICENCIADA LIDIA IRASEMA FAJARDO ARRIAZA**, en el que se hace constar que se han cumplido y aprobado todos los requisitos legales, de ambas universidades, **SE RESUELVE AUTORIZAR LA IMPRESIÓN de la tesis titulada: LAS PENAS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD. POSIBLE VÍA DE SOLUCIÓN A SU DENOMINADA CRISIS.** Previo a realizar el acto de defensa de tesis, de conformidad con lo establecido en el Manual Específico para la Elaboración de la Tesis de Maestría o informe final de seminario.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dra. Mayda Goite Pierre
Coordinadora Académica del Programa
Vicedecana de postgrado
Universidad de La Habana, Cuba



Dr. César Landelino Franco López
Coordinador Maestría en Criminología
Universidad de San Carlos de Guatemala





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
COORDINACIÓN POSGRADOS INTERNACIONALES
Guatemala, C.A

Guatemala, 01 de agosto de 2016.

Doctor:

César Landelino Franco López
Director del Sistema de Posgrados Internacionales
Maestría en Criminología

Distinguido doctor Franco López:

Con base, en el Artículo 7 del Manual Específico para la Elaboración de Tesis o Informe Final de Seminario de los Programas de Maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y Maestría en Criminología. Asimismo, lo establecido para la impresión de los trabajos de investigación, en el Instructivo General para la Elaboración y Presentación del Informe de Seminario o Tesis de Maestría.

Le informo que la licenciada: **LIDIA IRASEMA FAJARDO ARRIAZA**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **LAS PENAS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD. POSIBLE VÍA DE SOLUCIÓN A SU DENOMINADA CRISIS.**

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica, que llene todas las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo, presenta todas las partes requeridas en los instrumentos legales supra anotados, según lo establece el Sistema de Posgrados Internacionales. De esta forma, la sustentante, ha referido las necesarias fuentes bibliográficas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
COORDINACIÓN POSGRADOS INTERNACIONALES
Guatemala, C.A

La metodología, técnicas y doctrinas que la sustentante y su tutora, presentaron fueron respetadas en su totalidad y, ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento.

De esta manera, se procedió con la revisión y corrección, exclusivamente en lo que corresponde a la ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular guarda todos los requerimientos y extensión mínimos requeridos; con ello, se adecuó la diagramación y cotejó las referencias del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria, las conclusiones y recomendaciones pertinentes, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: DICTAMEN FAVORABLE, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. William Enrique López Morataya
Revisor de Redacción y Estilo

welm
c. c. interesada/o, archivo.

DEDICATORIA

- A DIOS:** Por permitirme culminar una meta profesional más, por su amor incomparable y por siempre mostrarme su misericordia y amor.
- A MIS PADRES:** Otoniel Fajardo Miranda y Evanidia Arriaza de Fajardo, con amor y esperando que este logro académico sea de orgullo y como una recompensa del largo camino que juntos hemos caminado.
- A MIS HERMANOS:** Ricardo Otoniel y Otto Javier, por su apoyo incondicional.
- A MI BEBÉ:** Adriancito, quien con su vida transformó la mía, que este logro sea de inspiración en sus metas académicas en un futuro.
- A MIS SOBRINAS Y CUÑADA:** Con profundo amor y esperando que sientan orgullo.
- A FAMILIARES:** Con cariño, que esta meta sea un logro más para todos.
- EN ESPECIAL:** Juan Gualberto Fajardo, siempre en mi corazón y pensamientos. Gracias por formar parte de mi vida.
- A:** La Universidad Rafael Landívar, mi *alma mater*.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, por permitirme formar parte de los profesionales, que con trabajo y dedicación, culminan metas y sueños de esta honorable casa de estudios.

A: La Universidad de la Habana, República de Cuba, por conceder este programa acreditado en excelencia profesional.

A: Licenciado Daniel Alejandro Mérida Mendoza, por su apoyo incondicional para culminar esta nueva meta.

A: Doctor Luis Fernando Mérida Calderón, por su motivación para finalizar este logro académico.

A: Los doctores Mayda Goite Pierre, Arnel Medina Cuenca, Rodolfo Fernández Romo y José Luis Toledo Santander, profesionales que inspiran deseos de superación y determinación para la realización de este proyecto, sin quienes no sería posible el logro alcanzado, con profunda admiración y respeto.

ÍNDICE



Introducción.....

CAPÍTULO I

1. Aspectos teóricos acerca de la sanción privativa de libertad	1
1.1. Generalidades	1
1.1.1. Finalidad de la pena	2
1.1.2. La legitimidad de la pena	8
1.2. Crisis de la pena privativa de libertad.....	9
1.3. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad. "Reglas de Tokio".....	11
1.3.1. Posiciones teóricas acerca de las penas alternativas.....	18
1.3.2. Las penas sustitutivas de la privación de libertad. Alternativas o subsidiarias	22
1.3.3. Crítica a las alternativas de las penas privativas de libertad	24

CAPÍTULO II

2. De la resocialización del privado de libertad	29
2.1. Resocialización como exigencia del Estado.....	35
2.2. Derroteros de la resocialización	38
2.2.1. La decadencia de la resocialización	46
2.2.2. La resocialización como legitimación de la pena privativa de libertad.....	53
2.3. La resocialización como en el sistema penitenciario	57

CAPÍTULO III

3. La justicia restaurativa como alternativa a la crisis de la pena privativa de libertad .	77
3.1. El principio de oportunidad	78
3.2. De los mecanismos alternativos a la solución del conflicto penal	81
3.2.1. La mediación penal	89
3.2.2. La conciliación	96
3.2.3. Negociación	101

CONCLUSIONES.....

RECOMENDACIONES.....

BIBLIOGRAFÍA.....



INTRODUCCIÓN



Conseguir una solución oportuna, equitativa y que satisfaga las expectativas de los sujetos procesales, sin la aplicación exclusiva del derecho penal, con una participación consensuada de víctima e imputado, en la que el juez contralor no necesariamente considere la prisión preventiva, además de favorecer el desarrollo de una justicia restaurativa, coadyuvaría al derecho penal a superar la crisis que genera la imposición indiscriminada que vulnera la libertad, el segundo bien jurídico tutelado más importante del ser humano después del derecho a la vida.

La imposición de medidas preventivas, que restringen la libertad del acusado en la comisión de múltiples delitos, se considera una acción recurrente que adoptan los órganos jurisdiccionales, en la búsqueda de aplicar una justicia pronta y cumplida. En este sentido, la aplicación no proporcional del derecho penal, ha convertido a los centros de reclusión en instalaciones con un altísimo nivel de hacinamiento, ya que generalmente, se ubica en estos recintos, a aquellos privados de libertad, cuyo nivel socioeconómico es muy bajo, y que, por ende, no tienen posibilidad de sufragar una defensa técnica adecuada.

Esta situación se ha degradado de tal forma, que, en la actualidad, es el mayor problema que enfrenta el Sistema Penitenciario, y las soluciones están distantes. Además, en el ámbito legal, esta práctica se ha transformado en un castigo anticipado, una pena que se cumple, antes de que se determine la culpabilidad o inocencia en juicio oral y público.

Se considera, también, que la prisión preventiva en estos términos, vulnera normas establecidas en la Carta Magna, porque no se respeta ni se cumple el universal principio de presunción de inocencia. Se puede considerar que, incluso, se infringen tratados que garantizan el pleno goce de los derechos humanos fundamentales. Con la precariedad en la que tratan de funcionar los centros de detención preventiva, el Sistema Penitenciario, en su conjunto, ha demostrado la casi nula efectividad para lograr la resocialización del privado de libertad, al contrario, los reclusorios brindan mayor capacitación para cometer ilícitos; con esto, lamentablemente se desvirtúa la función preventiva que debe ejercer el Estado.



Por otra parte, las medidas sustitutivas o alternativas a la privación de libertad tampoco resuelven esta problemática, puesto que, aunque se produce una menor vulneración de los derechos individuales del incoado, se mantiene latente la posibilidad de la pena, y se mantiene el lamentable proceso de estigmatización propio de toda sanción de esta naturaleza, la que en la práctica se convierte en extensiones de penas de encierro, ya que limitan por un período indeterminado el derecho a la libertad de los sancionados y tampoco se logra el cometido resocializador de la sanción. Cabe resaltar también, que aduciendo una carga voluminosa de trabajo, el Organismo Judicial omite dar cumplimiento a los plazos establecidos en Ley.

Sobre estos presupuestos, se estima que, bajo los lineamientos de un derecho penal moderno, y en consonancia con las circunstancias actuales, debe ofrecérsese mayor protagonismo a la aplicación del principio de oportunidad, y a los mecanismos que se presentan como una solución alterna a la solución de un conflicto. Esto, se ha implementado en el sistema procesal de algunos países europeos, como opciones de una justicia restaurativa. En Guatemala, no se ha alcanzado un consenso de aprobación, entre los operadores del sistema de administración de justicia penal; por el contrario, predomina la idea de la aplicación de un derecho penal rígido, en el que sobresale la aplicación de las sanciones privativas de libertad, y se ignora el débil resultado que en términos de cumplimiento de los fines de la pena se obtiene con ello.

Con esta problemática identificada, se propuso el siguiente problema científico: ¿cómo lograr en la actualidad, una solución a la conflictividad social de trascendencia jurídica y penal, ante la subyacente crisis que implica la aplicación de sanciones privativas de libertad?

Como hipótesis, se planteó que con el desarrollo de una justicia restaurativa, en la que se haga un uso racional del principio de oportunidad, y se ofrezcan medidas alternativas al proceso penal, se podrá viabilizar la solución a la conflictividad social de trascendencia jurídico penal, ante la crisis que genera la aplicación de las medidas de detención preventiva.



Como objetivo general, se pretendió demostrar que, el desarrollo de una justicia restaurativa, puede considerarse un paliativo a la conflictividad social y su trascendencia jurídico penal ante la crisis que generan las medidas privativas de libertad. Como objetivos específicos se propusieron sistematizar los fundamentos teóricos, relacionados con la crisis producida por la aplicación de sanciones privativas de libertad; demostrar desde la teoría, el efecto no socializador del sancionado con privación de libertad; y, fundamentar la necesidad de desarrollar una justicia restaurativa, como vía alterna, para evitar la imposición de penas privativas de libertad.

Para desarrollar la investigación se hizo uso de los métodos de investigación jurídica de análisis, síntesis, inducción, deducción, teórico, doctrinal y exegético, los cuales permitieron complementar los objetivos propuestos, y arribar a conclusiones coherentes, asimismo, realizar proposiciones atendibles, a efecto de minimizar los efectos desocializadores de las penas privativas de libertad, y la crisis que fomenta.

Con la investigación que se presenta, se obtuvo como resultado una sistematización de los criterios doctrinales predominantes que demuestran que las penas de privación de libertad no cumplen su fin resocializador; y, en su defecto, la aplicación de una justicia restaurativa se presenta como forma viable de resolver los conflictos penales.



CAPÍTULO I



1. Aspectos teóricos acerca de la sanción privativa de libertad

1.1. Generalidades

La sanción está vinculada a la existencia del delito, es así que su definición no solo se relaciona con las corrientes filosóficas que la conforman, sino también a la naturaleza del derecho penal y su función. No hay delito, ni pena, sin ley anterior.

Etimológicamente, pena proviene del latín “*Poena*”, que significa suplicio, castigo; otras fuentes la derivan del término “*Pondus*”, es decir peso; mientras que no pocos la asocian a la palabra griega “*Ponos*”, que significa trabajo, castigo.

Las diversas definiciones, no se apartan de su esencia. Carrara,¹ en el curso sobre Derecho Criminal, la considera un “mal necesario”, exponiendo que: “el fin principal de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad”, la fuerza moral objetiva de la pena está representada por el resultado moral que el suplicio produce en el alma de los ciudadanos: de los buenos, tranquilizándolos, de los malos, reprimiéndolos”.

Por su parte, Kant,² representante de la Escuela Clásica, la consideró: “un mal justo de por sí, un imperativo categórico para quien ha delinquido”. Si se hace referencia a los positivistas, la definen como: “el mal pronunciado por el juez contra el delincuente, a causa de la infracción, para expresar la ‘reprobación’ de la sociedad respecto del acto y el actor”.

Otros estudiosos, al definir la pena, hacen converger su carácter compensatorio con sus fines, tal es el caso de Jescheck³ para quien: “la pena es la compensación de una infracción mediante la imposición de un mal que, adecuado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, expresa una reprobación pública y obtiene así la

¹ Carrara, F. **Programa del curso de Derecho Criminal. Parte general.** Pág. 139

² Kant, Immanuel. **La metafísica de las costumbres.** Pág. 166 y SS.

³ Jescheck, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal. Parte general.** Págs. 10 y 11



salvaguardia del Derecho. La pena ha de tener, además, para el autor, un efecto positivo en el sentido de fomentar su resocialización o, al menos no impedirla (...)

Tal postura, la adopta Mir Puig⁴ quien afirma que: “la pena es un mal con el que amenaza el Derecho Penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito, sea porque se crea que con tal mal se hace justicia, sea porque con la amenaza del mismo se quiere disuadir de la comisión del delito”.

Jakobs,⁵ considera que: “la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma. La pena es una reacción estatal y constituye una respuesta a una acción u omisión socialmente peligrosa prevista en la ley como delito”.

La pena o sanción, también está asociada a *ius puniendi*, entendido por alguno como derecho subjetivo, y, por otros, como facultad, a través del cual el Estado instituye el delito y se abroga para sí la pena o acción sancionadora.

Es por eso que la sanción constituye un elemento esencial del delito, y no una simple consecuencia de este, en tanto lo define como un fenómeno jurídico penal. La estructura de la norma penal así lo afirma.

1.1.1. Finalidad de la pena

Cuando fue concebida, la pena presentaba una finalidad de la retribución, es decir, lo importante para la justicia, era el castigo por el delito cometido, la resocialización del condenado no revestía importancia. Acerca de este tema ampliamente debatido, aún en la actualidad, existen algunas teorías que parten de puntos de vista preventivos y retributivos, puros o mixtos, los que sustentan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

⁴ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal. Parte General.** Pág. 9

⁵ Jakobs, Günther. **Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.** Pág. 8



Entre ellas, se encuentra la teoría absoluta de la pena, la cual señala que no es un medio para fines ulteriores, es independiente de su efecto social; dentro de esta teoría de la justa retribución, cuyos máximos exponentes, Kant Y Hegel consideraban que la culpabilidad del autor debe ser compensada mediante la imposición de un mal penal, se agota el fin de la pena en la retribución misma, tanto para ellos como para Binding y los positivistas, las concesiones preventivas resultan incompatibles con la dignidad humana.

Se concibe a la pena como anulación del delito, como restablecimiento del derecho, como el mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento. Se le atribuye a la pena, la función de la realización de justicia. Su fin es reparar el delito y no evitar delitos futuros.⁶

El castigo, no debe ser fundado en razones de utilidad social, porque el hombre es "un fin en sí mismo",⁷ y la medida de la pena depende de la gravedad del hecho realizado y el grado de culpabilidad del autor, estableciéndose así proporcionalidad entre el delito y la pena. Beccaria ya se pronunciaba sobre este tema en el siglo XVIII. Estas tesis retribucionistas, han sufrido serias críticas y cierto abandono por la doctrina penal contemporánea, pues, entre otros elementos, fundamenta el *para qué* del castigo, pero no el *cuándo* el Estado debe hacerlo; aun así, a estas debe concedérseles el mérito de concebir a la pena como una reacción proporcional al delito, estableciéndose límites a la pretensión punitiva estatal.

Su falta de utilidad social ha dado al punto con el surgimiento de otras teorías (las preventivas) que reciben el nombre de teorías relativas, opuestas totalmente a las anteriores, ya que miran al futuro. Estas concepciones consideran a la pena como un medio para la obtención de ulteriores objetivos. El criterio justificante de la sanción es la utilidad que reportaría a la sociedad; dentro de estas, a continuación, se analizará la prevención especial y la general.

"La prevención especial, representada, aunque con diferentes matices, por el Positivismo Criminológico italiano, la Escuela Alemana de Von Liszt y la Escuela de

⁶ Kant, Inmanuel. **Op. Cit.** Pág.166 y ss.

⁷**Ibid.**



la Defensa Social; según esta teoría, el fin de la pena es evitar la comisión de acciones delictivas en el futuro, dirigida específicamente al autor del hecho delictivo para que no reincida, pues cometer un delito, conlleva a que se pueda transgredir nuevamente el ordenamiento jurídico en acciones futuras, por lo que, la pena, contribuirá a que no se cometan futuras lesiones al orden jurídico, debe prevenir nuevos delitos del autor, no miran al pasado”.⁸

Con la pena, se procura reinsertar al infractor, mediante el tratamiento de la resocialización. Con la teoría de la prevención especial, se intenta prevenir los delitos de una persona determinada y se enfoca en la idea de resocialización del delincuente.

La prevención especial se manifiesta de varias formas:

- Prevención especial positiva o prevención especial por educación, en la que el delincuente, mediante el cumplimiento de la sanción, debe ser preparado para un comportamiento adecuado en la sociedad, proclama que el fin de la pena es resocializar al hombre que ha delinquido.
- Prevención especial negativa o por intimidación: mediante esta, se pretende neutralizar al infractor; la pena se impone para disuadir al delincuente de la comisión de nuevos delitos.
- Prevención especial por aseguramiento: se plantea que, mediante la imposición y ejecución de la pena, se protege a la sociedad de futuros comportamientos que pudiera asumir el sujeto, de no ser destinatario de una sanción.

La teoría de la prevención general, concibe a la pena como una amenaza dirigida a la colectividad, dirigida a evitar los delitos mediante la efectividad que surtirá la norma penal convertida en amenaza abstracta sobre la generalidad, sobre el resto de los integrantes de la comunidad que no han cometido delito aún. Deviene en instrumento eficaz para influir en la comunidad, ya que, al condenar al autor del

⁸ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal. Parte general.** Pág. 96 y ss.



delito, se está dando a conocer a los demás lo que les puede suceder en caso de incurrir en igual conducta. Es una tesis enarbolada por Feuerbach, según es la ejecución de la pena tiene lugar para que "(...) la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza".⁹

"La finalidad de la pena se basó en el principio de la intimidación mediante la coacción psicológica, es decir, la pena se convertía en amenaza dirigida a los ciudadanos para que estos se abstuvieran en delinquir. Dentro de la prevención general se distinguen dos manifestaciones: la prevención general negativa y la prevención general positiva".¹⁰

La prevención general negativa, es la encargada de disuadir a potenciales delincuentes de la comisión de delitos a través de la imposición de penas a los comisores de delitos, es decir, la pena constituye una amenaza para los ciudadanos. La prevención general positiva, persigue, con la pena, reforzar el ordenamiento jurídico, los ciudadanos deben comprender el alcance de sus normas y cumplirlas; ratificar la vigencia de la norma como mandato de comportamiento social. Conforme a esta vertiente, se le asigna a la pena la función de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico, ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídico general.

Finalmente, existe un tercer grupo de teorías, las denominadas mixtas o de la unión, las que suponen una combinación de fines retributivos y preventivos, o sea, vinculan la posibilidad de la pena de castigar (retribución) y la de evitar nuevos hechos delictivos (prevención).

Estas últimas, conciben a la pena como un castigo que se le impone a un ciudadano por haber cometido un delito, pero además posee un fin útil, la obtención de determinados propósitos referidos estos a una idea de prevención especial y general.

⁹ Feuerbach, Anselmo. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Pág. 60

¹⁰ Mir Puig, Santiago. **Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva**. En: **Derecho penal en el estado social y democrático**. Pág.133



De esta forma, se manifiesta la desventura de estas teorías, pues unas miran al pasado y otras al futuro, no son la retribución y la prevención una misma cosa. Los dos aristas opuestas, que deben saber combinarse. Para Bacigalupo.¹¹ fue Roxin, quien formuló una de las teorías más importantes sobre la pena, proclamando de esta forma una concepción dialéctica de la pena, denominada teoría dialéctica de la unión.

En cada uno de los momentos o estadios en que aparece la pena, esta cumple distintas funciones o finalidades. Para este, en el momento de la conminación penal, cuando la ley prohíbe una conducta, amenazándola con una pena, el fin de esta es la prevención general, o sea se intimida a los miembros de la sociedad para que se abstengan de cometer delito.

En el momento de su fijación, la aplicación individual y los fines preventivos de la pena, son frenados por la medida de la gravedad de la culpabilidad del autor (prevención general), aunque en el momento de la determinación de la pena, debe tenerse en cuenta aspectos de la prevención especial, siempre teniendo en cuenta el límite de la culpabilidad.

Establecer la medida de la pena dentro de los límites máximo y mínimo, se ejecutará de acuerdo a la teoría de la prevención especial, salvo que lo impida la prevención general; y en el momento de su ejecución predominan los fines resocializadores, es decir, se procura la reeducación y resocialización del delincuente, resultando preponderantes los fines de la prevención especial.

En la teoría dialéctica de la unión, se sustituye el fin retributivo de la pena por el principio de culpabilidad, mediante el cual se fijan los límites de la pena, esta no podrá exceder la medida de la culpabilidad. Roxin,¹² afirma que la sanción penal pudiera ser inferior a la culpabilidad (según criterios preventivos especiales), siempre que a ello no se opongan las exigencias mínimas de la prevención general.

¹¹ Bacigalupo Zapater, Enrique y López Barja De Quiroga, Jacobo. **Contestación al derecho penal. Parte general.** Pág. 460

¹² Roxin, Claus. **Derecho penal general. Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito, Tomo I.** Pág. 91 y ss.



Se puede coincidir con el criterio de que, no es recomendable concebir el cumplimiento de la pena como medio para causar perjuicio al sancionado, todo lo contrario, la aplicación de las diversas sanciones debe contribuir a la prevención de nuevas acciones delictivas.

Para Jeschek,¹³ la retribución y la prevención no son cuestiones opuestas. Una pena justa debe ser utilizada, además, en la reeducación de la comunidad. La pena no debe agotarse en sí misma, debe aplicarse además con el fin de librar a la sociedad de futuras acciones delictivas, pero también debe servir para compensar la culpabilidad por el delito cometido.

Necesariamente, la noción de los fines de la pena, implica el establecimiento de una función de protección, la que cuenta con dos momentos que constituyen barreras a la actuación delictiva: el primero, es el que prevé el acto antijurídico, a través del cual, se envía un mensaje a toda la sociedad acerca de una prohibición determinada y, el segundo, el que prevé la consecuencia jurídico penal del acto realizado, entendida como la sanción, atribuida al fracaso de la primera barrera.

La sanción penal no protege las relaciones sociales, el castigo impuesto a través de la pena, no desaparece el acto cometido, por tanto, lo que realmente protege la sanción penal es el sistema jurídico, la confianza en la efectiva y justa realización de las relaciones sociales de ahí su verdadera función preventiva; el derecho se impone, se fortalecen el orden jurídico y el social, aunque la pena llegue tardíamente.

A modo de conclusión, se puede afirmar que la retribución y la prevención de carácter general y especial, constituyen verdaderos fines de la pena, y que, además, se debe tener en cuenta otro fin: la resocialización del individuo.

¹³ Jeschek. **Op. Cit.** Pág. 95



1.1.2. La legitimidad de la pena

Para la ciencia penal, la legitimidad de la pena se encuentra íntimamente relacionada con la concepción del Estado; un Estado liberal, puede propiciar una legitimidad de la pena basada en sí misma y en el individuo, mientras que, por el contrario, para una concepción intervencionista del Estado, la fundamentación de la pena puede hallarse en consideraciones ajenas al propio individuo. Un Estado totalitario, fundamentará la pena en argumentaciones muy distintas a las que son admisibles bajo la óptica de un Estado social.

No debe olvidarse que, salvo en las concepciones más radicalmente opuestas, en el resto de los supuestos, es posible que convivan diversas fundamentaciones a pesar de que se parta de la aceptación de la misma conceptualización del Estado.

En este sentido, Bacigalupo,¹⁴ afirma que: “históricamente y teóricamente las teorías utilitarias fueron defendidas inclusive en el marco del llamado Estado liberal y no precisan de una concepción intervencionista del Estado”, por lo que se puede afirmar que en nada influyen las ideas que se tengan del Estado, pues no afectará a la concepción de la pena ya que, en cualquier caso, ha de tratarse de una concepción que debe poder ser aplicable en el marco del concepto de Estado.

“La pena privativa de libertad, sigue siendo considerada, a escala mundial, como el más eficaz factor de disuasión y pese a todos los argumentos esgrimidos por la teoría penal, constituye una necesaria reacción estatal ante las transgresiones de las formas de vida en la sociedad, limitada dicha reacción por los principios de intervención mínima del estado, de proporcionalidad, de legalidad y de culpabilidad, entre otros”.¹⁵

La necesidad de las penas, viene dada en que en las condiciones actuales de la vida en sociedad, esta se presenta como un medio indispensable para la existencia de la sociedad, cuando estas varíen y los hombres aprendan a subsistir sin ellas, por haberlas sustituido por otros instrumentos de mayor eficacia para el logro del

¹⁴ Bacigalupo Zapater, Enrique. **Principios de derecho penal. Parte general.** Pág. 18

¹⁵ **Ibid.**

objetivo que con ellas se persiguen, las penas habrán de desaparecer por inútil por tanto, irracionales.



1.2. Crisis de la pena privativa de libertad

Entre las sanciones que se pueden imponer al infractor, en la actualidad, se mantiene la privación de libertad como la más controvertida, dados sus consabidos efectos desocializadores, la implicación en derechos individuales del sancionado, sus costos sociales y, en especial, como una de las de mayor uso.

“Su creación no es fruto de la modernidad, sino que se utiliza como pena desde la Edad Media, y ya en el siglo XVI, comenzó a tener una tendencia ascendente que tuvo su esplendor en los siglos XIX y XX, convirtiéndose en la principal de todo el sistema de sanciones pues, anteriormente a esta, existieron las penas corporales tales como mutilaciones, azotes y torturas como el regicidio, las que infligían a los condenados enormes sufrimientos, desde la mutilación hasta la muerte obtenida lentamente, las que fueron desapareciendo en la medida en que evolucionó el reconocimiento de derechos y el respeto a la dignidad humana del sancionado o condenado”.¹⁶

Durante el siglo XVIII, y con el desarrollo del movimiento humanista y revolucionario conocido por la Ilustración, se fomentó la base ideológica de toda la reforma penitenciaria desarrollada fundamentalmente en Europa durante esa época. La labor realizada por los representantes de este movimiento, contribuyó al afianzamiento de los principios de legalidad, proporcionalidad y humanidad en la ejecución de la pena privativa de libertad.

El siglo XIX y los inicios del XX, se caracterizaron por el auge del pensamiento Positivista, la pena privativa de libertad se erigió en la principal dentro del sistema de sanciones; se produjo un reforzamiento de la prisión, se renunció a la búsqueda de modelos que atenuaran el rigor de las prisiones, pues el positivismo se hallaba más

¹⁶ Maqueda Abreu, María Luisa. **Suspensión condicional de la pena y probation**. En: Colección **Temas penales, serie A No. 2**, Pág. 35. Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal. Parte general**. Pág. 594 y ss.

preocupado por cuestiones de método y de técnica que por buscar modelos atenuaran el rigor de las prisiones.



Con el positivismo, se perfilaron nuevas fórmulas orientadas más hacia el control técnico que hacia la humanización de las penas. Los períodos finales del siglo XX fueron testigos de una crisis de la pena de privación de libertad, produciéndose un incremento de las corrientes abolicionistas que se enfrentaron a esta sanción devenida en la más utilizada por los sistemas penales.

El consecuente internamiento penitenciario, había traído como consecuencia el hacinamiento de la población penal, incapacidad de las instituciones penales de reducir o eliminar la delincuencia, adquisición de hábitos carcelarios que alejan al recluso de la sociedad, pérdida del trabajo y la familia; y como bien apunta Maqueda Abreu,¹⁷ la prisión no resocializa, sino que es la causante de la creación de un mundo separado de la sociedad.

En la prisión, se segrega al individuo y se genera un sistema de valores diferentes, calificado de “subcultura carcelaria”, así se estima que los efectos de confinar a prisión y lo que se puede denominar “despersonalización”, deterioran al individuo que pasa a ser un número, pierde su identidad, y se crea la anteriormente mencionada subcultura carcelaria, que aumenta la conciencia delictiva del sujeto, su especialización.

Resulta evidente que las cárceles no son un instrumento ideal para erradicar la criminalidad existente, aunque, en su momento histórico, la sanción de privación de libertad desplazó a la pena capital y se convirtió en la herramienta principal del Estado para lograr los fines preventivos de la pena. En la actualidad los problemas sociales y económicos que cultiva la prisión, ha conllevado al deterioro del individuo sometido al internamiento, pues en este estado es separado de la sociedad, de su familia, de ahí su cuestionamiento; por lo que se puede afirmar que esta pena atraviesa una profunda crisis.

¹⁷ Maqueda Abreu. **Op. Cit.** Pág. 37



La profunda crisis del sistema penitenciario está marcada, además, por el carácter precario de las prisiones, la carencia de personal especializado que trabaje para lograr la resocialización del sancionado, la escasez de recursos económicos de los países subdesarrollados que son incapaces de mantener el elevado costo del sistema carcelario, los efectos negativos de la globalización neoliberal, las crisis económicas y las políticas de ajustes estructurales que aplican los Estados, de acuerdo con los postulados del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, que no se preocupan por implantar un sistema de reformas penitenciarias.

Todo esto, ha conllevado a una sobrevaloración de la privatización de las cárceles que no favorece en nada la resocialización, pues convierte al individuo en una mercancía particular, que solo demuestra la ineficiencia de la administración estatal.

La falta de recursos económicos de los Estados, de voluntad política de los gobiernos y la deficiente percepción que es la sanción de privación de libertad una vía adecuada para resolver conflictos sociales, así como el constante incumplimiento de lo dispuesto en los instrumentos jurídicos internacionales promulgados con el objetivo de proteger los derechos humanos de los reclusos, ha demostrado que existe una tendencia actual que conduce inevitablemente a agravar la crisis de la pena de privación de libertad.

Cierto es que no hay condiciones de prescindir de ella, pero se debe redoblar esfuerzos por conseguir humanizar las prisiones y hacer del derecho penal un instrumento de *ultima ratio*, de acuerdo al principio limitativo del *ius puniendi* del Estado de intervención mínima; se deben buscar además nuevas alternativas viables y eficaces que se conviertan en verdaderos instrumentos reduccionistas de la prisión como pena.

1.3. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad. “Reglas De Tokio”

Estas reglas aparecen contenidas en la Resolución No. 45/110 de fecha 14 de diciembre de 1990. Se aplicarán teniendo en cuenta las condiciones políticas,

económicas, sociales y culturales de cada país, así como los propósitos y objetivos de su sistema de justicia penal.



A través de la aplicación de las referidas reglas, se persigue que los Estados Miembros introduzcan medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos, para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.

Dentro de los objetivos principales de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, se citan los siguientes:

- Promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardas mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión.
- Fomentar una mayor participación de la comunidad, en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad.
- Al aplicar las Reglas, los Estados Miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas, y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.

En relación con las obligaciones, “Las Reglas de Tokio” disponen que:

- Cuando la autoridad competente decida las obligaciones que deberá cumplir el delincuente, tendrá en cuenta las necesidades de la sociedad y las necesidades y los derechos del delincuente y de la víctima.
- Las obligaciones que ha de cumplir el delincuente serán prácticas, precisas y tan pocas como sea posible, y tendrán por objeto reducir las posibilidades de



reincidencia en el comportamiento delictivo e incrementar las posibilidades de reinserción social del delincuente, teniendo en cuenta las necesidades de la víctima.

- Al comienzo de la aplicación de una medida no privativa de la libertad, el delincuente recibirá una explicación, oral y escrita, de las condiciones que rigen la aplicación de la medida, incluidos sus obligaciones y derechos.
- La autoridad competente podrá modificar las obligaciones impuestas de conformidad con lo previsto en la legislación y según el progreso realizado por el delincuente.

En cuanto al régimen de vigilancia, se precisa:

- El objetivo de la supervisión es disminuir la reincidencia y ayudar al delincuente en su reinserción social, de manera que se reduzca al mínimo la probabilidad de que vuelva a delinquir.
- La vigilancia será ejercida por una autoridad competente, en las condiciones concretas que haya prescrito la ley.
- En el marco de cada medida no privativa de la libertad, se determinará cuál es el tipo más adecuado de vigilancia y tratamiento para cada caso particular, con el propósito de ayudar al delincuente a enmendar su conducta delictiva.
- El régimen de vigilancia y tratamiento se revisará y reajustará periódicamente, cuando sea necesario.
- Se brindará a los delincuentes, cuando sea necesario, asistencia psicológica, social y material, así como oportunidades para fortalecer los vínculos con la comunidad y facilitar su reinserción social.



Respecto a la disciplina e incumplimiento de las obligaciones, se declara que:

- El incumplimiento de las obligaciones impuestas al delincuente, puede dar lugar a la modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad.
- La modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, corresponderá a la autoridad competente; procederá a ello solamente después de haber examinado cuidadosamente los hechos aducidos por el funcionario supervisor y por el delincuente.
- El fracaso de una medida no privativa de la libertad, no significará automáticamente la imposición de una medida privativa de la libertad.
- En caso de modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, la autoridad competente, intentará imponer una medida sustitutiva no privativa de la libertad que sea adecuada. Solo se podrá imponer la pena de prisión cuando no haya otras medidas sustitutivas adecuadas.
- En caso de que el delincuente no cumpla las obligaciones impuestas, la ley determinará a quién corresponde dictar la orden de detenerlo o de mantenerlo bajo supervisión.
- En caso de modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, el delincuente podrá recurrir ante una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente.

En relación con la capacitación del personal, debe constar explícitamente que:

- El objetivo de la capacitación, será explicar claramente al personal sus funciones en lo que atañe a la rehabilitación del delincuente, la garantía de los derechos de los delincuentes y la protección de la sociedad. Mediante capacitación, el personal también deberá comprender la necesidad de cooperar y coordinar las actividades con los organismos interesados.



- Antes de entrar en funciones, el personal recibirá capacitación, la cual contendrá información sobre el carácter de las medidas no privativas de libertad, los objetivos de la supervisión y las distintas modalidades de aplicación de estas medidas.
- Después de la entrada en funciones, el personal mantendrá y mejorará sus conocimientos y aptitudes profesionales asistiendo a cursos de capacitación durante el servicio y a cursos de actualización. Se proporcionarán instalaciones adecuadas a ese efecto.

En cuanto a la participación de la sociedad, las reglas determinan que la participación de la sociedad debe alentarse, pues constituye un recurso fundamental y uno de los factores más importantes para fortalecer los vínculos entre los delincuentes sometidos a medidas no privativas de la libertad y sus familias y la comunidad. Deberá complementar la acción de la administración de la justicia penal. Será considerada una oportunidad para que los miembros de la comunidad contribuyan a su protección.

Con respecto de la cooperación y participación de la sociedad en el proceso de reinserción del sancionado se dispone que:

- Se organizarán regularmente conferencias, seminarios, simposios y otras actividades para hacer cobrar conciencia de la necesidad de que la sociedad participe en la aplicación de medidas no privativas de la libertad. Se utilizarán todos los medios de comunicación para propiciar una actitud constructiva en la comunidad, que dé lugar a actividades que propicien una aplicación más amplia del régimen no privativo de la libertad y la reinserción social de los delincuentes. Se hará todo lo posible por informar a la sociedad acerca de la importancia de su función, en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad.



En relación con alcance de las medidas no privativas de la libertad:

- Las disposiciones pertinentes de las presentes Reglas, se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. A los efectos de las Reglas, estas personas se designarán “delincuentes”, independientemente de que sean sospechosos o de que hayan sido acusados o condenados.
- Las reglas se aplicarán sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición.
- A fin de asegurar una mayor flexibilidad, que sea compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión; el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles, deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas.
- Se alentará y supervisará atentamente el establecimiento de nuevas medidas no privativas de la libertad, y su aplicación se evaluará sistemáticamente.
- Se considerará la posibilidad de ocuparse de los delincuentes en la comunidad, evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los tribunales, de conformidad con las salvaguardas y las normas jurídicas.
- Las medidas no privativas de la libertad, serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención.
- La utilización de medidas no privativas de la libertad, será parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos, y no estarán encaminadas a obstaculizar ni a diferir las iniciativas en ese sentido.

Salvaguardas legales:



- La introducción, definición y aplicación de medidas no privativas de la libertad estarán prescritas por la ley.
- La selección de una medida no privativa de la libertad, se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas.
- La autoridad judicial, u otra autoridad independiente competente, ejercerá sus facultades discrecionales en todas las fases del procedimiento, actuando con plena responsabilidad y exclusivamente de conformidad con la ley.
- Las medidas no privativas de la libertad que impongan una obligación al delincuente, aplicadas antes o en lugar del procedimiento o del juicio, requerirán su consentimiento.
- Las decisiones sobre la imposición de medidas no privativas de la libertad, estarán sometidas a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, a petición del delincuente.
- El delincuente, estará facultado para presentar peticiones o reclamaciones ante la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, sobre cuestiones que afecten a sus derechos individuales en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad.
- Se preverán disposiciones adecuadas para el recurso y, si es posible, la reparación en caso de agravio relacionado con un incumplimiento de las normas sobre derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- Las medidas no privativas de la libertad, no supondrán ninguna experimentación médica o psicológica con el delincuente, ni riesgo indebido de daños físicos o mentales.
- La dignidad del delincuente sometido a medidas no privativas de la libertad será protegida en todo momento.



- Durante la aplicación de las medidas no privativas de la libertad, los derechos del delincuente no podrán ser objeto de restricciones, que excedan las impuestas por la autoridad competente que haya adoptado la decisión de aplicar la medida.
- Durante la aplicación de las medidas no privativas de la libertad, se respetarán el derecho a la intimidad, tanto del delincuente como el de su familia.
- El expediente personal del delincuente, se mantendrá de manera estrictamente confidencial e inaccesible a terceros. Solo tendrán acceso al expediente las personas directamente interesadas en la tramitación del caso, u otras personas debidamente autorizadas

De manera general, en este documento se exhorta a los Estados a hacer un mayor uso de las sanciones alternativas, expresa además las formas en que puede hacerse efectivo un verdadero control y asistencia de los sancionados a medidas no privativas de libertad, para lograr su resocialización.

1.3.1. Posiciones teóricas acerca de las penas alternativas

Los antecedentes históricos de los sustitutivos a la privación de libertad, se remontan a Tomas Moro¹⁸ (1478-1535) y el pensamiento utópico, quien criticó la severidad del sistema penal en el cual vivió, así como la desproporcionalidad de las penas. Posteriormente, y con el desarrollo del pensamiento ilustrado, se criticó la crueldad e irracionalidad de las penas y se dio a conocer la teoría utilitaria del castigo.

Uno de sus principales representantes, Beccaria,¹⁹ estimaba que: “el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido, su fin no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a los ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberían ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una

¹⁸ Moro, Tomás. **Utopía**. Pág. 35

¹⁹ Beccaria, Cesare. **De los delitos y las penas**. Pág. 29



impresión más eficaz y más duradera sobre los ánimos de los hombres, y la más dolorosa sobre el cuerpo del reo.”

Por su parte, los representantes de la ilustración francesa, Montesquieu, Voltaire y Rousseau, defienden la proporcionalidad de las penas, estableciéndose desde entonces como un principio del derecho penal, que sería posteriormente reafirmado por la Escuela Clásica, donde se proclamaba que el hombre era un ser racional, igual y libre: la teoría del pacto social y la concepción utilitaria del castigo.

Durante los años 1856-1929, y en pleno apogeo de la Escuela Positivista, se dio a conocer la teoría de los sustitutos penales defendida por Ferri,²⁰ quien consideraba que la pena sola era ineficaz, y que esta debía acompañarse por otras medidas que resocializaran al delincuente, “por lo que el Derecho Penal debía ser sustituido por la Sociología Criminal”.

Ferri,²¹ propugnó además por qué las medidas preventivas debían sustituir las represivas, y a tales efectos refería que “los legisladores enfrente de todos los fenómenos de patología social, no saben más que recurrir a la sangría, es decir, al encarcelamiento aplicado en dosis más o menos fuertes; y no observan que en la realidad este pretendido remedio no curará a nadie, ni a la sociedad ni a los individuos”.

El aumento de la criminalidad, en sentido general, y la incapacidad de la prisión para resolver los conflictos que esta genera, impulsaron un movimiento en la búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad, que cobró fuerza a partir de la segunda mitad del siglo XIX.

Bacigalupo,²² al respecto, razona que la cuestión era teóricamente compleja, dado que el sistema penal de este siglo, estaba apoyado en una teoría absoluta de la pena básicamente kantiana; el predominio del retribucionismo impedía la introducción de sustitutivas a la pena privativa de libertad, por lo que se hizo

²⁰ Ferri, Enrico. **Sociología criminal**. Pág. 337

²¹ Ferri, Enrico. **Sobre los sustitutivos penales. Los nuevos horizontes**. Pág. 247 y ss.

²² Bacigalupo Zapater, Enrique. **Alternativas a la pena privativa de libertad en el derecho penal europeo actual**. En: **Revista del poder judicial No. 43-44, Madrid, España**. Pág. 214 y ss.



necesario modificar esta situación en la que el único fin de la pena era el castigo retributivo, (la pena considerada como consecuencia jurídica), o lo que es lo mismo, cambiar los principios que legitimaban el derecho penal, para permitir la ejecución de penas merecidas impuestas al autor de un delito.

Esta tarea fue llevada a cabo por Von Liszt en Alemania, por la escuela positiva en Italia, que postularon una legitimación del derecho penal sobre la base de la prevención especial.³² Posteriormente, el positivismo introdujo la idea del “tratamiento”, donde se establecen las diferencias entre los criminales incorregibles, a los cuales se les imponían sanciones de privación de libertad largas, y las ocasionales, que se correspondían con las sanciones cortas, estas se reservaban para los menos peligrosos, ajustando la racionalidad de la pena con el fin de obtener efectos resocializadores.

Relacionado con las penas cortas de prisión, Zaffaroni²³ manifiesta que han sido objeto de críticas por su marcada inutilidad desde el Primer Congreso Penitenciario Internacional de Londres en 1872, y continua explicando el vínculo que se establece en las prisiones con los sancionados a penas cortas de prisión, y los criminales más repulsivos, lo cual hace fracasar el fin de reinserción social de los primeros, por lo que había que evitar que estos ingresaran a las prisiones. Por esta razón, las penas sustitutivas quedaron limitadas a las sanciones cortas de prisión.

Lo anterior, no significa que “la búsqueda de nuevas soluciones quede reducido solo a este ámbito, es decir, a las penas cortas de prisión, las penas largas de privación de libertad, de igual forma requieren cambios, si se tiene en cuenta que se está ante una verdadera crisis de la sanción privativa de libertad y que la reclusión atenta contra la resocialización del hombre, ya que bajo el sistema o régimen carcelario se producen los llamados efectos de “prisionización”, que traen como consecuencia el menoscabo de la identidad en muchos sancionados”.²⁴

²³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. “**Accioly**”. En: **Revista de Información Legislativa**. Pág.15 y ss.

²⁴ Quintero Olivares, Gonzalo. **Manual de derecho penal. Parte general**. Pág. 22. Sanz Mulas, Nieves. **Alternativas a la prisión. Su utilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana**. Pág. 347.



Mir Puig,²⁵ en relación con los inconvenientes producidos por los efectos de la reclusión en prisión, derivados de la ejecución de la pena de privación de libertad, sostiene el criterio que lo más importante de la evolución de los sistemas penales actuales es la previsión en ellos de mecanismos tendentes a evitar la aplicación de penas privativas de libertad, salvo que estas sean absolutamente necesarias, y solo por razones de prevención general y especial. Aun así, en determinadas ocasiones, han resultado excesivas e innecesarias.

De todo lo anteriormente expuesto, es oportuno precisar que debe consolidarse un nuevo sistema de penas, capaz de sustituir la sanción privativa de libertad, la que por siglos ha constituido la principal y más usada en los sistemas penales, lo que ha conllevado a que exista una superpoblación penal, y un marcado ascenso de la criminalidad a nivel mundial.

De igual manera, es de considerar, que la incapacidad demostrada por el sistema penitenciario, en cuanto a la pretendida resocialización del sancionado, demuestra que la privación de libertad se encuentra en una franca crisis, lo que conduce a la búsqueda de soluciones paralelas, para mejorar las condiciones de las cárceles y respuestas alternativas, pues existen otros bienes jurídicos, de los cuales también puede privarse al hombre.

Con relación con este aspecto, Bacigalupo²⁶ asegura que la reforma penal de los sustitutivos de la prisión, debe ir también acompañada de una amplia campaña tendente a que la sociedad comprenda que el derroche sin sentido de la pena privativa de libertad, no resuelve el conflicto social que siempre plantea el delito.

Lo más importante será que se incluyan en el derecho penal sustantivo y procesal, nuevas alternativas a la cárcel que impidan el aumento de nuevos conflictos en el sistema penitenciario.

²⁵ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal. Parte general.** Pág. 718

²⁶ Bacigalupo Zapater, Enrique. **Alternativa a la pena privativa de libertad en el derecho penal europeo actual.** En: **Revista del Consejo General del Poder Judicial.** Pág.137



1.3.2. Las penas sustitutivas de la privación de libertad. Alternativas subsidiarias

Con respecto del uso de sustitutos penales de la prisión, las reglas mínimas sobre las medidas no privativas de libertad (conocidas como Reglas de Tokio) establecen en su Artículo 2.6, que “Las medidas no privativas de la libertad [se refiere a los sustitutos penales de la prisión] serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención”; la regla 2.7, advierte que: “La utilización de medidas no privativas de la libertad será parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de los delitos, y no estarán encaminadas a obstaculizar ni a diferir las iniciativas en ese sentido”.

De muchas maneras se han definido las penas no privativas de libertad. Unos autores la estiman sustitutivas, otros alternativas o subsidiarias, denominándolas así en la mayoría de las legislaciones.

Bustos Ramírez,²⁷ utiliza indistintamente estos términos al decir, entre otras cuestiones, que debido a la crisis actual de la pena privativa de libertad, existe la tendencia de buscar penas sustitutivas que se logren adecuar mejor a los fines del Estado moderno democrático; a su vez, señala que los fines de resocialización y reeducación de la pena, recogidos en la Constitución, se lograrán a partir de la regulación de penas alternativas a la privación de libertad.

Muñoz Conde,²⁸ es del criterio que en la ley penal española se ha incluido un sistema de penas alternativas a la privación de libertad, entre las cuales se encuentran la suspensión de la ejecución, el arresto de fin de semana, la multa y la expulsión del territorio nacional para el caso de los extranjeros, refiriéndose a las denominadas por el Código Penal español, como penas sustitutivas de la privación de libertad.

Existen aspectos teóricos y prácticos que permiten puntualizar diferencias entre una u otra clasificación, y es que, en muchos Códigos Penales, en su Parte Especial, se

²⁷ Ramírez Bustos, Juan. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** Pág. 95

²⁸ Muñoz Conde. Francisco. **Derecho Penal. Parte General.** Pág. 618



regulan para un mismo delito dos especies de pena, de estas, el tribunal escoge una y así, excluye a la otra. La sanción impuesta, surge de la selección realizada por el órgano jurisdiccional, denominándosele alternativas, en tanto le permite al operador optar por una u otra opción, las que tienen por sí mismas vida propia. En cambio, “la pena subsidiaria” es aquella que entra en aplicación para sustituir otra pena principal (en este caso la privativa de libertad) o sea, su imposición está determinada por la no intervención de la pena principal.

El *Diccionario Básico-Jurídico*²⁹ define a las penas sustitutivas, como aquellas que suplantán a la pena de prisión que no excede de un término fijado en la ley, cuando las circunstancias procesales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales.

Muchos han sido los criterios acerca del carácter de las penas subsidiarias; cuando por la conducta del sujeto, así como por sus condiciones personales y comportamiento posterior a la comisión del delito, se decide no imponer la pena privativa de libertad, entonces ocupa su puesto la pena subsidiaria. En tal sentido, se pretende lograr la reinserción social del individuo fuera de la prisión, de ahí el carácter secundario como algunos prefieren llamarle. El incumplimiento de estas, traerá consigo la correspondiente revocación.

Algunos operadores jurídicos, opinan que estas penas deben ser consideradas principales y no precisamente sustitutivas de la privación de libertad, que se cumplan ambulatoriamente y que se conviertan en “verdaderas alternativas”, en penas independientes, que al no ser privativas de libertad reducirían el uso de la cárcel.

Entre los objetivos o las funciones de las penas o sanciones subsidiarias, se puede mencionar, por ejemplo, que estas penas brindan la posibilidad de crear en los sancionados, el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad, por el carácter fundamentalmente resocializador que poseen, disminuir la población penal y, con ello, el costo económico, político y social que implica la sobresaturación de las

²⁹ *Diccionario Básico- Jurídico*. Pág. 513



prisiones, dejando solo lugar en estas para la criminalidad grave, fomentar mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente, en el tratamiento al sancionado para disminuir la delincuencia y reincidencia, a partir del adecuado control y atención a las personas sujetas a este tipo de sanciones.

Evitar los efectos de la prisionización y la desocialización, que generan la pérdida de los vínculos sociales del individuo. De manera general, las penas subsidiarias, además de enfrentar la criminalidad, persiguen la reinserción social del individuo, disminuyendo así los efectos nocivos de la pena de privación de libertad y, con esta, las instituciones carcelarias.

1.3.3. Crítica a las alternativas de las penas privativas de libertad

Cuando parecía existir consenso político criminal, sobre la necesidad de abrir espacio a la utilización de medidas penales sustitutivas de la prisión, desde lo criminológico, comenzó a germinar un movimiento crítico sobre esta concepción, que estuvo representado por la aparición de dos obras fundamentales: primero, la investigación llevada a cabo en 1977 por Andrew Scull, bajo el título *Decarceration. Community treatment and the deviant. A radical view* (*Descarcelación. Tratamiento comunitario y la desviación. Un punto de vista radical*) y, años más tarde, en 1985, la de Stanley Cohen, intitulada *Visions of Social control* (*Visiones de control social*). Ambos trabajos, se caracterizaran, por mostrar, muy bien, el surgimiento de nuevas formas de control social: el control dentro de la ciudad.

A partir de estas propuestas académicas, comenzó a repararse en que, las alternativas a la cárcel, redundaban en unas redes más fuertes, amplias e intensas que comportaban un mayor control social, pues como refiere Elena Larrauri, "(...) las alternativas permitían abarcar a un mayor número de clientes, (...) estaban más difundidas y (...) resultaban más intromisivas y disciplinarias. Todo el arsenal de alternativas acababa configurando (...) un 'archipiélago carcelario. Quizás sí desaparecería la cárcel pero ésta sería sustituida por una sociedad disciplinaria (...)".



Apunta además, que podría ser cuestionada la actuación efectiva de estas penas alternativas, pues, la ampliación de la gama sancionatoria, posibilita la facultad de punir de todas las formas donde, en ausencia de alternativas entre privación de libertad, considerando el principio de oportunidad, hubieren sugerido no castigar.

Se cuestiona si estas alternativas a la privativa de libertad, serán aplicadas en lugar de, o junto a la prisión. Sin embargo, resultan menos malas que la cárcel. Otras de las cuestiones señaladas con relación a estas sanciones, es que establecen determinadas obligaciones y en caso de su incumplimiento por parte del penado, conllevan al encarcelamiento, por lo que fueron consideradas por la crítica como “complementos” de la cárcel.

De otra parte, se esgrime que las penas sustitutivas son utilizadas por el órgano jurisdiccional como “soluciones intermedias”, pues son impuestas a personas que no merecen ir a la cárcel; siendo el criterio de la doctrina especializada que constituyen “alternativas a la puesta en libertad”, apartándose estas instituciones de los procesos de “descriminalización y “despenalización”.

También, Massimo Pavarini, cuestiona la viabilidad al mayor uso de las sanciones alternativas a la privación de libertad, cuando expresa “(...) la circunstancia de que el ordenamiento contemple abstractamente algunas medidas alternativas de aplicación discrecional, no da ninguna seguridad respecto a su actuación efectiva. Al mismo tiempo, la ampliación de la gama sancionatoria, favorece la posibilidad de punir ‘de todas formas’ donde, en ausencia de alternativas entre privación de libertad y libertad, consideraciones de oportunidad hubieran sugerido no castigar. En conclusión: no se sabe si, siguiendo esta estrategia de alternativas, las alternativas a la cárcel serán aplicadas en lugar o junto a la cárcel: ¿alternativas a la privación de libertad o alternativas a la libertad?”

Sobre la base de estos planteamientos críticos, se puede argumentar que las alternativas, más que sustitutos para las penas de encierro, constituían un auténtico complemento de la cárcel. Y este efecto de “complemento” parecía deberse a varios motivos:



En primer lugar, por su presunta benevolencia, las alternativas eran aplicadas frecuentemente de lo que hubiera sido una condena de cárcel. Pero, como al mismo tiempo, el cumplimiento del sustituto penal, normalmente se aseguraba con una prisión subsidiaria, en forma paralela surgían nuevos motivos de encarcelamiento si aquellos no se ejecutaban.

Así, para poner solo un ejemplo, en Inglaterra, la “*community service*”, en caso de incumplimiento, conduce a la imposición de penas privativas de libertad. Y de hecho, con base en literatura específica, determina que, en 1991, cerca de un tercio de las órdenes no cumplidas, acabaron en una pena privativa de libertad.

En segundo lugar, porque al descongestionar inicialmente el número de condenas a prisión, la cárcel, al poco tiempo expandía su capacidad, por lo que, los tribunales, nuevamente podían sentenciar a esa pena.

El triunfo o el fracaso de las penas subsidiarias, no pueden verse en el sentido de si ha disminuido o no la población penal. En realidad, existe la necesidad de establecer penas alternativas a la prisión, pues ha quedado demostrado que los métodos carcelarios son inútiles; que deforman y desocializan al individuo, de ahí que uno de los fines principales de las medidas sustitutivas, sea precisamente su efecto resocializador, contando además con la finalidad de la prevención especial positiva.

Pareciera que la consecuencia más importante de esta crítica a las alternativas a la privación de libertad, ha sido la elaboración de una propuesta que implique una alternativa global al sistema de control penal, superando la dicotomía entre pena y medida aplicada, y sin que ello signifique una renuncia a las garantías de la persona, que es el otro problema de estas alternativas.

Así, de la crítica a la cárcel, se pasó a una crítica de las alternativas y, como consecuencia de esta última, más que alternativas a la cárcel, se busca, ahora, alternativas a la forma convencional de manifestación del castigo penal; es decir, alternativas globales a la pena en general.



Respecto del tema en análisis, Bustos Ramírez ha perfilado una interesante propuesta cuando expresó: "(...) dado que el derecho es proceso, y el derecho es proceso penal antes que nada; resulta que una alternativa global tiene que partir de esta consideración, es decir, ella ha de ser buscada fundamentalmente en el interior del sistema procesal penal. Ello significa, en primer lugar, dar amplia cabida al principio de oportunidad, de modo de evitar que el control penal, se ejerza sobre una gran cantidad de hechos en que la ilegitimidad de la intervención aparece más patente, y que realmente puedan encontrar ubicación en otros ámbitos del derecho o de la convivencia social.

En segundo lugar, dar amplia cabida a las formas de mediación dentro del proceso penal, de modo de llegar a una conciliación entre víctima, autor y Estado, con utilidad para los tres intervinientes en la interacción punitiva. Para la víctima, en cuanto se siente realmente reparada y amparada por el sistema en sus derechos; para el autor porque logra una reconciliación con el otro; y para el Estado, tanto por el hecho de que el autor se integra en forma voluntaria de modo positivo, como en cuanto mediante la administración de justicia vela por los derechos y las garantías de los ciudadanos, que es su papel primigenio".

No puede pasar desapercibido que el programa propuesto, se inscribe a su vez, en una tendencia que desde hace unas décadas, viene marcando los distintos esfuerzos por construir respuestas frente al conflicto penal. Se hace referencia, puntualmente, a la reasunción del protagonismo de la víctima, como una figura central en la búsqueda de aquella solución.

En este marco, precisamente, se ha comenzado a hablar, desde hace algunos años, de un nuevo concepto denominado "justicia restaurativa" que, como bien la conceptualiza Fortete: "(...) incorpora a la víctima y a la comunidad en la solución del conflicto, ya que parte de la definición del crimen como un problema de orden interrelacional. En este modelo, entre todos debe intentarse reparar la relación quebrantada. Cuando alguien delinque, no solo viola una norma, un bien jurídico abstracto, sino que lesiona concretamente a una persona, a una comunidad, y es por ello que en el proceso de reparación deben intervenir activamente todas las partes involucradas".



Por lo anteriormente expuesto, y con independencia de los argumentos esgrimidos con mayor o menor acierto, se ha de considerar que la privativa de libertad debe reservarse a los hechos graves y de mayor connotación, ratificándose de esta manera su carácter de última ratio. Destinándose las no privativas de libertad a los demás casos, y, en este sentido, sí se reduciría el uso de la privación de libertad como sanción penal; si a esto, además se le une que debe establecerse un sistema de control efectivo, que coadyuve a que los sancionados, den cumplimiento a las obligaciones que nacen con la imposición de este tipo de sanciones.

Como opción plausible, para minimizar los efectos de la aplicación del derecho penal, y, con ella, la obtención de una consecuencia jurídica penal, es decir, una pena, ya sea privativa de libertad, sustitutiva o alternativa, se presenta la asimilación de una justicia restaurativa, mediante la aplicación consecuente del principio de oportunidad, y la utilización de mecanismos de salida alternativa a la solución de conflicto, tales como la mediación, la conciliación y la negociación, donde el conflicto penal sea resuelto por los implicados, con una mínima intervención estatal.

CAPÍTULO II



2. De la resocialización del privado de libertad

“El concepto de resocialización, resurge en los momentos actuales como un fin a alcanzar por el derecho penal; como la aspiración última de sacar algún provecho de ese mal necesario que constituye el derecho penal, y al que no se puede renunciar, ya que este no es un producto eminentemente jurídico, sino, por el contrario, es un concepto proveniente de la sociología, que por su contenido, ha sido insertado en el derecho penal, y evidencia la necesaria relación que ha de existir entre ambas ramas, y los propósitos sociales que dentro de las ciencias jurídicas está destinado a alcanzar”.³⁰

Para la sociología, la resocialización del individuo por el grupo, “es el proceso mediante el cual el grupo lleva al individuo a adoptar un conjunto de modelos de conducta en sustitución de los anteriores, en el cual pueden desarrollarse nuevos valores para llenar el vacío dejado por la supresión de los anteriores”.³¹

El concepto antes expuesto, visto desde la óptica del derecho penal, se traduciría en el proceso implementado por el Estado, con el objetivo de llevar al sujeto que ha cometido un delito, que ha sido juzgado y sancionado a privación de libertad, a adoptar voluntariamente valores e incentivos que le permitan posteriormente, una total reinserción en la sociedad.

Para un mejor entendimiento de lo que en sí mismo significa tal concepto, y de lo que conlleva, resulta necesario desglosar y realizar un análisis de cada uno de los elementos que integran esta conceptualización. Análisis que, principalmente, estará dirigido a dos aspectos fundamentales: quienes intervienen directa o indirectamente en el proceso de resocialización, y qué comprende el mismo.

³⁰ Muñoz Conde, Francisco. **La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito**. En: **Cuadernos de política criminal**. Pág. 23

³¹ Bourdieu, Pierre. **Elementos para una sociología del campo jurídico**. Pág. 186



Aunque el concepto se refiere a que la obligación de implementar la resocialización corresponde al Estado, este no es el único ente que ha de intervenir en él, sino por el contrario, existe todo un conjunto de personas e instituciones que necesariamente tienen que participar en el referido proceso resocializador, entre las que cabe mencionar:

- El centro penitenciario: para el caso en que la sanción impuesta a quien ha cometido un delito sea la de privación de libertad; lo que evidentemente conlleva, a que también se inserten todas las personas que laboran en ese centro.
- Los organismos gubernamentales o privados: que respecto del recluso puesto en libertad, son capaces de prestarle una ayuda post penitenciaria que tiende fundamentalmente a disminuir los prejuicios hacia él por parte de la sociedad, y que le permitan readaptarse a la comunidad mediante el trabajo honesto, convirtiéndose de nuevo esa persona que fue aislada, en un nuevo y activo miembro de la colectividad.
- La sociedad: que viene a jugar de forma indirecta un papel imprescindible, pues la persona que ha sido objeto de una pena de prisión, requiere obligatoriamente de la aceptación y la tolerancia de las personas de la comunidad, y no como ocurre en la mayor parte de los casos, que son objeto del rechazo, ya que esta es la única forma en que realmente puede lograrse la verdadera reinserción y resocialización de un sancionado.

Otro punto considerado esencial, a los efectos del fin resocializador del sancionado, entre los medios que para su total efectividad no deben faltar en un proceso de esta entidad, se encuentra:

- El trabajo, el cual, en el tratamiento del recluso, influye decisivamente en su resocialización. Trabajo que puede desarrollarse a través de actividades profesionales, técnicas, artesanales, productivas, artísticas y de servicios auxiliares. Este se perfila cada vez más como una alternativa a la privación de libertad, propiamente dicha.



- Los talleres relativos al aprendizaje de oficios como la carpintería, zapatería, tejido a máquina, electrónica, mecánica automotriz, soldadura, sastre, cerámica, entre otras, que preparan a las personas que anteriormente realizaban ninguna labor socialmente útil a la comisión del delito en estas labores, para que al momento de extinguir su sanción, sea más fácil su reubicación laboral.
- La educación penitenciaria, no solo para la formación profesional o capacitación ocupacional del recluso, sino, además, tendente a cubrir los niveles educacionales que pudo no haber tenido él mismo; la alfabetización y educación primaria de los adultos, y la posibilidad de disponer de libros, periódicos y revistas que permitan no solo su vinculación con el exterior, sino además su actualización en los más variados temas y asuntos.

A los efectos resocializadores, la educación y la capacitación de los reclusos han de tener como principales objetivos:

- Reeducar y capacitar a los internos a través de cursos y programas educativos.
- Reinsertar a la sociedad a los internos que hayan cumplido y aprobado las acciones educativas, para que puedan desempeñarse laboralmente en un medio libre.
- La asistencia social, relativa al área donde se desarrollan las acciones necesarias que permitan mantener las relaciones del interno con su familia, para mantener de esta forma al recluso lo más habituado al medio familiar y evitar su aislamiento.
- La asistencia pospenitenciaria, dirigida a despertar en todos los sectores de la sociedad, su compromiso frente a los sancionados y los liberados, la cual comprende:
- La potenciación del sistema de apoyo de los liberados para evitar la reincidencia.



- La coordinación con las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones políticas y sociales, las instituciones públicas y privadas, para la canalización de apoyo para los internos, y sancionados de escasos recursos económicos.
- La búsqueda de un trabajo al que pueda incorporarse sin prejuicio ninguno, a fin de solventar sus necesidades económicas y las de su familia, y que además, lo ocupe y lo mantenga lo más alejado posible del vínculo con nuevas actividades delictivas.

Delimitando un poco el concepto de la resocialización, específicamente al momento en que la persona está reclusa dentro de un centro de privación de libertad, caso en el que un tanto se iguala al tratamiento penitenciario, debe ser todo tipo de intervención o actividad que favorezca una nueva vida que implique no incurrir en la comisión de nuevos delitos.

“El tratamiento, que está basado en el principio indiscutible de la voluntariedad del interno, solo podrá existir en tanto exista la posibilidad de poner a disposición del mismo esos métodos o actividades que pueden favorecer su rehabilitación social. En la que a los reclusos se les puede motivar para que participen y colaboren en sus programas, pero que si lo rechazan, no se les puede forzar a llevarlos a cabo. Es decir, se les oferta un -servicio público- similar a otros que están a disposición de los ciudadanos que están en libertad”.³²

Para conseguir su finalidad resocializadora, el tratamiento debe cumplir al menos los siguientes requisitos:³³

1. “El tratamiento tiene que ser individualizado, por lo que hay que identificar las carencias que llevaron al interno a delinquir.
2. Todos los trabajadores del centro deben intervenir en la ejecución de los programas de tratamiento (aunque no puede negarse el papel fundamental que deben jugar los psicólogos, pedagogos, sociólogos, criminólogos, etc.).

³² Bergalli, Roberto. “¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?” En: **Revista del Instituto de Criminología. Universidad de Madrid.** Pág. 85

³³ **Ibid.** Pág. 90



3. La prisión, debe tener un clima social adecuado que permita llevar a cabo el tratamiento. En este medio no debe haber tensión ni estrés, o bien sus niveles deben ser bajos, puesto que el ambiente estresante reduce la autoestima y la capacidad futura de enfrentarnos con éxito a situaciones problemáticas”.

La tensión en el centro, afecta tanto a los internos como a los funcionarios y dificulta la ejecución del tratamiento. Para ello, es conveniente que tanto unos como otros sean “elegidos” dependiendo del tipo de tratamiento que se deba impartir. Se hace hincapié en que el tratamiento es individualizado, y no debe ser el mismo para un recluso reincidente y peligroso, que para uno primario y de baja peligrosidad. Los trabajadores deben estar formados y entrenados para colaborar en la ejecución del tratamiento correspondiente.

La prisión debe estar abierta a la comunidad, es decir, la comunidad puede entrar al centro penitenciario y colaborar en la realización de los programas de tratamiento. Debe romperse la marginalidad a la que en muchas ocasiones están sometidas las prisiones.

Asimismo, el tratamiento no debe finalizar en la prisión, sino que, para lograr una adecuada resocialización del individuo, y cumplir con los fines de esta, de reinsertar al individuo que ha delinquido en la sociedad, así como evitar la reincidencia del mismo en conductas similares a las que lo llevaron a la prisión, debe continuar en la comunidad después de la excarcelación.

En este sentido, hay dos factores importantes que pueden evitar la reincidencia en el delito: el primero, referido a la existencia de la familia u otro grupo, como agencias informales de control social que apoyen al exrecluso. Si el sujeto tiene familia y una buena inserción social, es menos probable que vuelva a delinquir; el segundo, si tiene trabajo, el sujeto se inserta laboralmente, y quizá no se vea en la necesidad de delinquir. También, se ha de tener en cuenta que, muchas veces, aunque se tiene empleo se vuelve a delinquir, pero no cabe duda que el riesgo disminuye si se tienen cubiertas las necesidades económicas básicas.



La resocialización vista desde los ámbitos anteriormente expuestos, implica en forma general llevar a la mínima expresión la marginación que sufre toda persona que es objeto de una sanción privativa de libertad, con respecto a las cuales este principio está destinado a asegurar todos los derechos fundamentales de la persona que se encuentra sometida en prisión tales como: garantizar su vida, sus condiciones de higiene y salubridad, las circunstancias indispensables para preservar su salud física y mental, y su derecho a las condiciones materiales que disminuyan los procesos de desocialización.

Aspectos que, esbozados desde un amplio concepto de resocialización, dan la medida de que, lejos de parcializarse, pueden ser una justificación más de la existencia de la pena, o ser el resultado a alcanzar por las penas privativas de libertad y por ende con los sistemas penitenciarios. En realidad, se constituye en una máxima, un último fin, o más bien en una última aspiración del derecho penal, a fin de incidir positivamente, en el comportamiento futuro de la persona que resulta sancionada, con confinamiento en prisión.

De esta forma, la resocialización se presenta desde dos puntos de vista: como principio limitativo del *ius puniendi* del Estado para aplicar el derecho penal; y como expresión de los fines de la pena, a fin de justificar la existencia de las mismas; también, identifica una de las dos grandes teorías que han marcado el desarrollo de la misma, es decir, de las teorías relativas o utilitaristas, esto cuando plantea que la pena tiene fines preventivos y dentro de éstos fines los de prevención especial positiva.³⁴

Sin embargo, no se debe dejar de reconocer que ambas vertientes, aportan al postulado que se viene planteando de resocialización como último fin del derecho penal,³⁵ pues se refieren en esencia a que, independientemente del mal que constituye el derecho penal y la negativa implicación que tiene, principalmente por ser su elemento más importante la pena, la que a su vez significa responder a un

³⁴ Medina Cuenca, Arnel. **Los principios limitativos del ius puniendi. Su incidencia en la determinación de la pena y su consagración en las Constituciones y en los instrumentos jurídicos adoptados por la Comunidad Internacional. Documento digital.** Pág. 5. Arroyo Gutiérrez, M. **El sistema penal ante el dilema de sus alternativas.** Pág. 50

³⁵ Vacani. **Op. Cit.** Pág.12



mal con otro mal; por ende, la resocialización viene a ser una aspiración, una que debe lograrse aprovechando ese mal, y, como se dijo anteriormente, oportunidad de tratar de incidir positivamente en el comportamiento futuro del sancionado.

2.1. Resocialización como exigencia del Estado

El derecho penal, propio del Estado moderno, y fundamentado en la necesaria tutela de los bienes jurídicos como juicio de valor que cada ordenamiento protege, tiene en la pena el mecanismo oportuno y adecuado como consecuencia jurídica de posible aplicación para aquel que ha infringido las normas establecidas.

Las perspectivas para la determinación de la pena, cada día son más controvertidas, porque la misma supone una afectación en los bienes individuales del infractor, y sus fines han sido objeto de las más diversas concepciones, pero en la base de toda esta polémica, se presenta la legitimidad del órgano encargado de definirla y aplicarla como primer plano formal de discusión.

“El derecho de castigar del Estado o *ius puniendi*, como doctrinalmente se le conoce, no es más que la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad, que ha adquirido rango constitucional y cuya problemática en la actualidad atraviesa por la necesaria materialización de ese derecho, sin vulnerar los derechos que también ha adquirido el hombre y que le colocan en una situación en la cual, puede exigir los mismos y limitar el poder del Estado”.³⁶

“Para ello, la doctrina ha estructurado un conjunto de principios, denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “barrera”, ante las posibles arbitrariedades del Estado”.³⁷

Para asegurar que este proceso no se traduzca en la vulneración de los derechos de los ciudadanos, se enarbolan principios como el de legalidad, culpabilidad,

³⁶ Medina Cuenca. **Op. Cit.** Pág. 6

³⁷ Mir Puig, S. **Derecho penal parte general.** Pág. 85. Muñoz Conde, Francisco. **Op. Cit.** Pág. 16. Bailone, Matías. **Abolicionismo o como destruir el arrogante imperio del poder punitivo. Ponencia presentada en el XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología.** Pág. 8



humanidad de las penas, proporcionalidad, intervención mínima, igualdad, presunción de inocencia, resocialización y otros que se erigen como escudos protectores del individuo; siendo el objeto de nuestra investigación, de todos ellos solamente el principio de resocialización.

El principio de resocialización como límite del *ius puniendi* o derecho de castigar del Estado, se refiere a la obligación de este de evitar la marginación de la persona que ha sido sancionada a privación de libertad, para lo que es necesaria la ejecución de una política penitenciaria que sitúe al sancionado en el centro de su contenido, adoptando las medidas imprescindibles para evitar la desocialización de los reclusos.

Para lograrlo, se impone facilitarles la comunicación con el exterior y siempre contando con su anuencia, propiciarles una adecuada preparación para su futura reincorporación a la vida en libertad, mediante la concesión de permisos de salida de los establecimientos penitenciarios por períodos cortos de tiempo, la aplicación de un tratamiento progresivo que le permita cambiar de régimen penitenciario y pasar a condiciones carcelarias de semi libertad, que le permitan obtener la libertad condicional en el menor tiempo posible y reincorporarse a la sociedad.

La resocialización, debe ser entendida como una garantía constitucional de carácter individual, que se constituye en una síntesis entre las necesidades de la sociedad de intervenir en la persona del delincuente, pero con limitaciones muy claras en cuanto a no violar la dignidad humana, es decir, el derecho de toda persona a ser como es, a vivir de conformidad con sus propios valores y a mantener el carácter totalmente intangible del fuero interno de la personalidad.³⁸

De ahí que uno de los llamados principios inspiradores de la resocialización, es el de la voluntariedad, ya que todo tratamiento penitenciario tiene que ser aceptado de forma voluntaria por el interesado. Es decir, el sancionado o recluso, que independientemente de la sanción que sufre, es el único que puede determinar si acepta o no, el tratamiento reeducativo y resocializador que debe ofrecerle el centro

³⁸ Vacani. **Op. Cit.** Pág.10



penitenciario en representación del Estado; que es el que dispone del derecho de castigar ante la comisión de un delito, excluyéndose, por tanto, en este proceso la imposición del mismo por cualquier órgano, pues no es posible realizar un tratamiento contrario a la voluntad del sancionado.

Este principio, se vincula al de humanidad en materia de ejecución penitenciaria, porque, el principio de humanidad, que es el que en mayor medida caracteriza el origen y la evolución del contenido del sistema penal contemporáneo, obliga al Estado y consecuentemente a los centros penitenciarios, a tratar a los reclusos con el debido respeto y a facilitar su resocialización y la reincorporación plena a la sociedad.

De esta forma, a través de los análisis que se han desarrollado a fin de implementar el principio de resocialización como fin del derecho penal, se han identificado varios principios llamados inspiradores del tratamiento resocializador,³⁹ entre los que se encuentran:

- **Voluntariedad:** todo tratamiento penitenciario, tiene que ser aceptado de forma voluntaria por el penado. No es posible realizar un tratamiento contrario a la voluntad del recluso. La garantía de éxito de los procesos resocializadores estriba en la participación, interés y voluntad del penado en el proceso; si este no se encuentra convencido de la importancia del proceso o lo encuentra como un método ajeno a sus intereses o expectativas, lo más seguro es que este proceso de resocialización fracase.
- **No terapéutico:** el tratamiento no es un mecanismo de curación, ni pedagógico o psicológico, tampoco es un medio para transformar la personalidad del penado. El condenado por un delito, no es un enfermo mental, ni tampoco tiene que ser sometido a procedimientos médicos, psiquiátricos o psicológicos.
- **Individualizado:** el tratamiento debe estar orientado directamente a las necesidades y expectativas del interno. Por ello, abarca desde un estudio de la

³⁹ Mapelli Caffarena, B. **Principios fundamentales del sistema penitenciario español**. Págs. 251-265. Baratta, A. **Resocialización o control social. Hacia el derecho penal del nuevo milenio**. En: **Cuadernos del INCAPIE**. Pág. 36



personalidad del recluso en todos los aspectos, hasta una proyección social que tienda a mejorar el entorno ambiental del individuo para su futuro en libertad.

En este sentido, debe recordarse que el tejido social hostil favorece la reincidencia. La sociedad en su conjunto debe acoger mejor al exrecluso, proporcionándole un ambiente favorable y no de estigmatización. Por ello, los programas de tratamiento también deben complementarse con programas de asistencia post penitenciaria, que eviten la reincidencia en el delito cuando la persona retorne en libertad.

- Programado: lo importante, es que el interno tenga participación activa en la definición de su programa o tratamiento. Si bien puede existir un equipo de tratamiento a disposición del penado, la decisión sobre las modalidades de la resocialización tiene que ser realizado por el propio sujeto, para quien la resocialización es un derecho y no una obligación. En este sentido, el tratamiento debe ser continuo y dinámico, de tal manera que se prolongue durante el tiempo necesario, para que el interno realmente pueda terminar los programas que desea aprender o en los que quiere participar.
- Mínima afectación: otro derecho durante la ejecución penitenciaria es que se afecten lo menos posible los derechos del condenado. En este aspecto, debe recordarse que la pena simplemente limita el derecho a la libertad ambulatoria, quedando los demás derechos del condenado plenamente vigentes. La condena no puede ser un medio para llegar a afectar otros derechos que no le fueron privados mediante la sentencia. En especial, el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad, esos son derechos incluso, que no pueden ser afectados por la sentencia.

2.2. Derroteros de la resocialización

“Son numerosos los criterios que en contra de la resocialización se han esgrimido, máxime si se recuerda que una de las principales características del tema en cuestión, es que no es un asunto que surge en los momentos actuales, sino que, por el contrario, surgió en la primera mitad del siglo XX y alcanzó su punto más



significativo entre las décadas del sesenta y setenta de ese mismo siglo, momento a partir del cual comienza a decaer por su supuesta ineficacia para los fines que originalmente proponía”.⁴⁰

Si bien es cierto que, el objetivo resocializador llega hasta la actualidad como expresión de un derecho penal más humanitario, y adecuado a los momentos actuales que tiene como fin incidir en el comportamiento futuro del sancionado, lo hace con verdaderas dificultades, las cuales están siendo edificadas a partir de los propios restos en que se está convirtiendo la solución de la resocialización, debido a la crisis en la que actualmente se encuentra inmersa. Lo que está dado, indudablemente, porque la resocialización ha pasado en un breve período de tiempo, de constituir la alternativa de futuro al derecho penal clásico, a enfrentar serios dilemas que cuestionan su efectividad.

El optimismo de los primeros momentos durante los años de la década de 1970, comenzó a decaer ante las graves objeciones que se iban vertiendo sobre ella, en torno a la escasez de resultados prácticos y desde entonces ha sido puesta en entredicho.

“En varios lugares, se alzan contra ella críticas de lo más diverso, que parten de la ambigüedad, de la falta de concreción del propio concepto de resocialización, y que acaban con todas las dificultades teóricas y prácticas que conlleva la meta resocializadora. Una crisis que, en definitiva, es el reflejo de otras crisis, la del propio derecho penal y varios de sus elementos. Un derecho penal pleno, de íntimas contradicciones, fracasos y frustraciones”.⁴¹

En todo caso y sea cual sea la causa, lo cierto es que la solución resocializadora, va en descrédito, y esto ha traído consigo consecuencias de diferentes matices. Mientras, como aspecto positivo, promociona la persecución de nuevas vías resocializadoras no coactivas, y reaviva las esperanzas en una sucesiva abolición de la pena privativa de libertad, mediante la cada vez mayor aplicación de los

⁴⁰ Silva Sánchez, Jose, Maria. **Op. Cit.** Pág. 23

⁴¹ **Ibid.** Pág. 34. Sanz Mulaz, N. **Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana.** Pág. 39



sustitutivos y la sucesiva descriminalización de conductas, “su aspecto negativo es más desgracia, más realista y lo que es mucho peor, mucho más cercano”.⁴²

En sus inicios, la crisis de la resocialización estuvo estrechamente vinculada con la crisis del “Estado de bienestar”, y el recorte presupuestario que este último supuso, que conllevó entre otras cosas, a la supresión de una parte importante de los recursos económicos que habrían ayudado a llevar a cabo una política carcelaria efectivamente resocializadora. Esto ha conllevado que, hoy día, se asista en muchos países, sobre todo en Estados Unidos, a un desplazamiento de la prevención especial positiva o resocializadora, a la negativa, e intimidadora.

La sociedad asiste, como impasible espectador, a la transición de un enfoque resocializador a otro intimidatorio, al incrementarse notablemente la gravedad de las condiciones de la privación de libertad. Es así que se da el producto de la crisis de la resocialización, ante un retorno a la represión pura y dura, ante la vuelta a la concepción de la pena de la culpabilidad, siendo la pena privativa de libertad, tal y como está establecida hoy, el estímulo perfecto para ello.

Por lo que se plantea, se ha dado un paso atrás, y aunque ello no tiene lógica, sí tiene certeza, pues salvo raras excepciones, los efectos resocializadores no han aportado, en opinión de muchos penalistas,⁴³ efectos nada apreciables sobre la reincidencia, siendo el camino más factible, el de retomar la antigua vía, que también es la más fácil, sencillamente apartarse del problema y olvidarse de él.

La crisis en que se ve sumergida la resocialización, ha traído como consecuencia intrínseca, peticiones de dureza y represión. Las causas vienen a constituir el verdadero problema. Las críticas más duras se vierten sobre la prisión y su naturaleza inadecuada para alcanzar cualquiera que sea el fin resocializador.

⁴² *Ibid.* Pág. 40

⁴³ *Ibid.* Pág. 49. Ortubay Fuentes, M. **Prisión y reinserción. Alternativa a la prisión. Derecho comparado.** En: **Memorias de las I Jornadas de Derecho Penitenciario de EUSKADI. 16-17 de junio de 1995.** Pág. 230. Arroyo Gutiérrez, M. **Op. Cit.** Pág. 58. Zaffaroni García, Eugenio Raúl. **Qué hacer con la pena. Las alternativas a la prisión.** Pág. 78. Novelli, A. **Autonomía del derecho penitenciario.** Pág. 54



No obstante, dicha crisis no puede verse únicamente en el ámbito de la prisión, sino que por el contrario, a la resocialización desde el surgimiento, se le señalaron aspectos de los que adolecía y que realmente merecían una valoración, por considerarse como problemas adjuntos, que la afectan, y que le impiden desarrollar la eficacia con que se propuso.

Dentro de los problemas de la resocialización, que coadyuvan a fundamentar su crisis se encuentran:

A) No conceptualización de la resocialización:

Desde el punto de vista de todas las investigaciones empíricas que permitieron dejar de lado el ideal resocializador, o la crítica certera hacia lo que era el ideal resocializador, como legitimación del encierro carcelario, hoy día son tomados por nuevos modelos penológicos, que lejos de llevar a una desaparición de la cárcel, llevan a buscar nuevos modelos expansivos.

Esto produjo que el principio de resocialización fuera y sea objeto de fuertes cuestionamientos, el simple hecho de que solo constituyera un enunciado, ya que al no conocerse en qué consistía, ni cuáles eran sus consecuencias, motivó una gran inseguridad jurídica, pues se habla de un principio que surgió como factor de humanización de las penas privativas de libertad, y ha evolucionado para convertirse en un factor de agravación de dichas penas, pero motivado por dos cuestiones fundamentales:

- Como elemento limitador de derechos, genera arbitrariedad, pues al ser un concepto impreciso, produce inseguridad jurídica, y es utilizado como un factor que permite limitar los derechos de las personas privadas de libertad, con total arbitrariedad.⁴⁴
- Por la gran inseguridad jurídica que creó en el ámbito de la determinación de la pena durante la etapa de ejecución.

⁴⁴ Zaffaroni García. **Op. Cit.** Pág. 83



Las condiciones cualitativas y cuantitativas de cumplimiento de la pena encuentran estrechamente ligadas al ideal resocializador, ya que en principio existe confusión entre los conceptos de régimen y tratamiento; prácticamente lo que es tratamiento resocializador, en cierta forma ha absorbido al régimen y hoy no se marca una diferencia visible entre ambos.

El ideal resocializador es una obligación del Estado, es el derecho de la persona privada de libertad, a que la administración le brinde los medios necesarios para el desarrollo de una vida normal y adecuada dentro del ámbito carcelario. Es ofrecer al interno, oportunidades para el desarrollo personal a través de programas y servicios destinados a reducir sus índices de vulnerabilidad frente a la actuación del sistema penal. Es contar con políticas activas que tiendan a disminuir el problema central de los reclusos: la restricción de su libertad; es mitigar los efectos negativos y desocializadores que genera el encierro.

De igual forma, la no conceptualización de la resocialización generó que en algunos casos, fuera censurada la ideología del tratamiento, como también se le llamó a la resocialización, por considerarla un mero conductismo, una manipulación de la personalidad del interno y, en virtud de ello, una evidente negación de sus derechos y libertades fundamentales, en donde el sistema normativo de los Estados, asume más bien, una postura propia de una moral autoritaria que la de un ordenamiento jurídico democrático, del que es expresión la resocialización como proceso para integrar nuevamente al recluso a la sociedad.

B) La dudosa legitimidad del objetivo resocializador:

Si se hace equivaler el término de reinserción, con el proceso de introducción del individuo en la sociedad, y si es verdad que la criminalidad es un elemento integrante de la sociedad, siendo esa misma sociedad la que produce y define esa criminalidad, ¿no resultaría más bien irónico el que se le legitime para que sea precisamente ella, la que reclame la adaptación del individuo a sus dictados? Si la resocialización solo tiene sentido cuando la sociedad en la que se quiere reintegrarlo posee un orden social y jurídico justos, y la realidad es diametralmente opuesta a tales directrices, ¿para qué se habla entonces de resocialización?



La mayoría de las personas que hacían las prisiones, pertenecen a los sectores más desfavorecidos, tanto económico, social, como culturalmente, y son por lo tanto personas carentes de un proceso socializador mínimo, por lo que resocializarlos, menudo representa problemas insuperables, a menos que se modifiquen sus circunstancias originales.

En este sentido, se critica la falta de legitimación que supone el buscar una resocialización únicamente dirigida al delincuente, olvidando al otro sector integrante: la sociedad. El problema de la criminalidad se inserta en el individuo delincuente y, en ningún caso, se alude ni tan siquiera a una sola causa externa al individuo que haya podido influir en su condena o estigmatización penal.

La delincuencia como etiquetaje y las causas sociales, económicas o políticas que la generan, es evidente que no son objeto de atención alguna. Se deja así a un lado, en definitiva, la corresponsabilidad que respecto del delito pueda tener la sociedad, cuando esto es algo necesariamente a tener presente, puesto que, tal y como advierte Muñoz Conde,⁴⁵ “hablar de resocialización del delincuente, sin cuestionar al mismo tiempo, el conjunto normativo al que se pretende incorporarlo, significa aceptar como perfecto el orden social vigente, sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido”.

Se pretende, en consecuencia, con este criterio, resocializar primero a la sociedad, en tanto que es también culpable del delito, lo cual en última instancia, llevaría irremediablemente a exigir la abolición del derecho penal y la creación de un Estado final paradisiaco en el que todos los hombres convivan libres y felices, sin represión.

Sin embargo, entrar a profundidad en este aspecto, significaría centrarse en cuestiones puramente criminológicas, basadas en el problema de la criminalidad y las causas que la generan o provocan, la mantienen y más que eso la desarrollan cada vez más, lo que en si no constituye objeto de este trabajo de tesis de maestría.

⁴⁵ Muñoz Conde. **Op. Cit.** Pág. 94



Aún y cuando tampoco se puede negar que en cierta medida, sí se relaciona con el tema y forma parte de las opiniones que sirven de crítica a la crisis de la resocialización, pues este postulado parte de la ya conocida teoría popular de que no se puede reeducar lo que no se ha educado, y mucho menos en una sociedad que tiene gran parte de responsabilidad e implicación en esa desocialización en que ya, antes de ser sancionada una persona, o de entrar al centro penitenciario, está inmerso un determinado individuo.

La resocialización, desde el punto de vista de la prevención especial positiva, teniendo en cuenta los fines que persigue en la persona del sancionado, al igual que la retribución, tampoco delimita el *ius puniendi* en lo que a su contenido se refiere. Se trata pues, de una teoría que no está en condiciones de garantizar de forma apropiada los derechos del inculcado frente a los abusos de autoridad, e implica una especie de deslizamiento hacia el derecho penal del autor, lo que además de prestarse a arbitrariedades, favorece la pena indeterminada, supeditando la duración del tratamiento a la definitiva corrección del delincuente.

Por otra parte, ya en un segundo término, y por si todo lo anterior se tornara insuficiente, esta teoría elevada a su máxima expresión puede llegar a concebir desproporciones entre el delito cometido y la pena a imponer. En este sentido, se podría llegar a justificar la pena mínima o inclusive la no imposición de pena alguna, en caso de delitos graves pero no susceptibles de repetición; y de otro lado, llegar a concebir como justa la imposición de penas enormes en delitos de pequeña o mediana gravedad.

Desproporcionalidad, que es la consecuencia de una pena orientada únicamente con fines preventivos especiales, porque una pena así concebida, no está tasada en la gravedad del delito, solo toma en cuenta la posibilidad de que el delincuente vuelva a delinquir en un futuro más o menos próximo.

“El fin resocializador no puede ofrecer una respuesta global a la justificación de la pena, puesto que, en algunos casos, no será necesaria, o en otros casos no será

posible, y finalmente habrá otros casos en que no será lícita; y no obstante absurdo declarar la impunidad del sujeto”.⁴⁶



C) Resocialización, pluralidad y dignidad humana. ¿Incompatibles en esencia?

En demasiadas ocasiones, la identificación entre resocialización y humanismo ha implicado la pérdida de garantías mínimas en la ejecución de la pena, sirviendo de apoyo a intervenciones coactivas y manipuladoras, que han llevado a cabo unas veces sobre el cuerpo, y otras sobre la mente del condenado, a fin de que adopte como suyos los valores sociales predominantes, esto es incongruente con un modelo de Estado en el que prevalece la pluralidad y la capacidad de autodeterminación como valores bien definidos.

El tratamiento resocializador es, en primer término, un derecho del penado, y, por ello, no puede llevarse a cabo sin su consentimiento, sin el respeto de sus derechos fundamentales, porque, de ser así, se impondría coactivamente el tratamiento y se llegaría a la contradicción de negar la libertad a quien se le quiere dar la capacidad de vivir en ella.

En nombre de la resocialización, no cabe más que una llamada al mantenimiento de la legalidad, sin ulteriores exigencias morales, porque, al fin y al cabo, socializar significa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, no que haga suyos los valores de una sociedad que pudiera repudiar.

Por la razón expuesta, se debe renunciar a la resocialización como exaltación por el reo de un determinado orden moral, que de entrada va a chocar con los principios de pluralismo, desarrollo y libre personalidad, como pilares de un estado de Derecho; y, en tal sentido se debe defender una resocialización encaminada por criterios de legalidad, o lo que es lo mismo, por una resocialización cuya meta debe ser que el sujeto concreto se adecúe externamente a las normas imperantes en la sociedad.

⁴⁶ Novelli. **Op. Cit.** Pág. 58. Silva Sánchez, José María. **Op. Cit.** Pág. 21. Mapelli Caffarena, B. **Op. Cit.** Pág. 55. Díez Ripollés, J. L. **Op. Cit.** sn/p.



El recluso, al resocializar, no debe asumir con naturaleza forzosa los valores de los otros, pues lo único que conseguiría es afectarle en su autonomía, provocando actitudes de resignación, apatía o pérdida de identidad y rechazo de los programas máximos, que no conformes con pretender que el sujeto respete externamente la ley, aspiran a conseguir el convencimiento ético del individuo y su adhesión interna a los valores sociales, violando con ello la libertad de todo hombre de ser él mismo y continuar siendo como es.⁴⁷

Se requiere de un fin resocializador, pero no como imposición, sino como oferta. Se debe adherir, en suma, a una concepción limitada de la resocialización, que le otorgue un contenido mínimo y básicamente abierto. Se llama a proponer estrategias que tiendan a una disminución real y efectiva de la criminalidad, desde perspectivas progresistas, abandonando las viejas pretensiones de abolición.

Se trata de andar, en definitiva, por el camino del derecho penal mínimo, a través de un concepto más realista y abierto de resocialización (entre el abolicionismo y el reduccionismo). Una resocialización que, no cabe duda, es más fácil de lograr fuera de los muros de la prisión, si por resocialización se entiende como mínimo, no desocialización.

En los momentos actuales, sin abandonar las críticas a la resocialización en sí misma, la discusión ha llegado y gira sobre el tratamiento penitenciario y la incompatibilidad de sus objetivos con los medios de que dispone. El tratamiento penitenciario, se ve en definitiva, sometido a duras críticas y la pena privativa de libertad que le sirve de marco de desarrollo, es lógico que se vea arrastrada por la crisis de aquel.

2.2.1. La decadencia de la resocialización

“El empleo de la resocialización como parte de las llamadas ‘ideologías re’, (denominación empleada para nombrar los postulados de resocialización, reforma, readaptación, reeducación, reinserción, reintegración, reincorporación), como

⁴⁷ Vacani. **Op. Cit.** Pág. 21



presupuesto para legitimar el encierro carcelario y justificar modelos expansivos propiciado múltiples cuestionamientos teórico-doctrinales y prácticos, por lo que el resultado urgente determinar si estas se corresponden con los fundamentos, finalidades y principios de las nuevas estrategias penitenciarias que forman parte del derecho penal moderno”.⁴⁸

El postulado de la resocialización es incompatible con la existencia de sanciones penales tales como la pena de muerte, las penas corporales, las penas privativas de libertad de excesiva duración o perpetuas y consecuentemente en este último caso, con los centros penitenciarios en que han de cumplirse las mismas.

La maximización de los fines de la reeducación y resocialización, no hace otra cosa que encubrir lo que en realidad no es más que un mito, como algunos lo han puesto de manifiesto. La dramática visión que ofrecen los centros penitenciarios y la originaria contradicción que suscita el binomio pena de prisión y resocialización, inducen a concluir que los sistemas penales y penitenciarios como están estructurados en la actualidad, fomentan la estigmatización y desocialización del sancionado.

El tratamiento penitenciario, no es más que la ayuda basada en las ciencias de la conducta, voluntariamente aceptada por el interno, para que en el futuro pueda elegir conducirse con mayor libertad, o sea, para que pueda superar una serie de condicionamientos individuales o sociales, que en cierta forma hayan podido provocar o facilitar la delincuencia.

El tratamiento debe de ser, por lo tanto, el núcleo de la actividad penitenciaria. Debe tender siempre al fin resocializador, a través de una serie de medidas compatibles con la limitación de la libertad personal y, sobre todo, con el respeto a la personalidad humana. Sin embargo, es aquí donde germina o inicia el aspecto toral del problema.

⁴⁸ Vacani. **Op. Cit.** Pág. 25. Sanz Mulaz. **Op. Cit.** Pág. 59



La persona que ingresa a un centro penitenciario sufre lo que los sociólogos llaman “un proceso de prisionalización”,⁴⁹ que consiste en un desarraigo de sus conductas sociales, teniendo que adoptar, de manera forzosa, un nuevo comportamiento acorde con los reglamentos existentes en el establecimiento penitenciario y además los que en gran medida disponen sus compañeros.

“Lo anterior, unido al proceso de degradación humana del que es víctima el prisionero, el cual tiene un importante componente psicosocial, y que da paso a sentimientos que pretenden evadir su responsabilidad, y que una vez alcanzada la libertad, se encuentra con un mundo apático, una sociedad que lo señala y lo discrimina, constituyen una simbiosis que, unido además a los contactos, relaciones y compromisos adquiridos en la cárcel como resultado de la promiscuidad, y el contagio individual, hacen del recién liberado, una persona altamente proclive al delito”.⁵⁰

La sospecha de que la cárcel no regenera a nadie, lógicamente pone en tela de juicio el que la pena privativa de libertad cumpla el cometido teórico y jurídicamente declarado y del mismo modo, pone en entredicho si el tratamiento clínico tiene efectivamente validez empírica y funcional.

Y, es que si bien la concepción preventivo-especial, ha contribuido de forma decisiva a lo largo de la historia, al desarrollo científico y a la realización de un sistema penitenciario más o menos consecuente con la idea de resocialización que le subyace, la realidad es que el problema más que de fines, sigue siendo de medios. En otros términos, el problema sigue siendo la cárcel.

La cárcel, siempre ha sido mucho más que la privación de un tiempo abstracto de libertad. Cuando a una persona se le condena a prisión, no solo se le condena a estar encerrada en un establecimiento penitenciario, sino también se le obliga a estar con personas que no ha escogido, a comer lo que le den, a dormir junto al que le corresponda, entre otras cosas, que influyen enormemente en lo subjetivo de cada persona, y todo sin contar con las grandes posibilidades de ser abusado física y

⁴⁹ Bergalli. **Op. Cit.** Pág. 6

⁵⁰ Bourdieu. **Op. Cit.** Pág. 202



sexualmente, de estar propenso a ser lesionado o asesinado más que en la vida en libertad, aparte de que este hecho significa que se involucre su núcleo familiar, solo todo cuando el condenado es al mismo tiempo, el encargado de su sostén.

Desde su concepción tradicional, la prisión siempre ha significado el abandono de las garantías mínimas inherentes al ciudadano y el abuso del autoritarismo dentro del sistema penal. En las prisiones, existe una subcultura carcelaria o sistema diferenciado de control social y jerarquía estructurado por normas, caracterizada por valores radicalmente opuestos a la actitud de colaboración que se hace necesaria, para conseguir el clima propicio para el tratamiento resocializador. La persona se sumerge en una “cultura de jaula”⁵¹ que nada tiene que ver con la de la vida del adulto en libertad.

Desde el momento en que el recluso acepta la prisión como modo de vida, si bien es cierto que ha perdido el hábito criminal, también ha perdido el de la vida en libertad, lo que ciertamente es mucho más grave. Ha olvidado todas las técnicas sociales de relación y de afirmación ante los demás y vuelve desocializado y estigmatizado, a un mundo que fuera de los muros que lo han recluso ha continuado evolucionando según sus propias leyes. El recluso, del mismo modo que pierde las facultades vitales y sociales necesarias para llevar una vida en libertad, porta una marcada actitud negativa frente a la sociedad, que a su juicio y al de todos, es la responsable de su encierro.

El pretender resocializar a un individuo a través de la pena, más que una realidad, es una consecuencia, una falacia, un mito, por ser esa propia pena la que estigmatiza al delincuente frente a la sociedad. La sociedad desconfía de todo el que sale de la cárcel y tiene razón en ello, porque es verdad que la cárcel cambia al delincuente, pero generalmente lo hace para empeorarlo. Porque la represión y la reeducación, son incompatibles. Porque la prisión, “cuando es colectiva corrompe, si es celular enloquece y deteriora; con un régimen de silencio disocia y embrutece; con trabajos forzados aniquila físicamente y sin trabajo destroza moralmente”.⁵²

⁵¹ Zaffaroni García, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal.** Pág. 23

⁵² Rodríguez Manzanera, Luis. **La crisis penitenciaria y los subjuntivos de la prisión.** Pág. 2



La cárcel, en resumidas cuentas, es siempre ajena a toda potencia resocializadora y la alternativa actual está entre su muerte o abolición, resurrección como aparato del terror represivo. Porque contrariamente a lo que en principio con ella se pretendió, la cárcel no es sino un lugar criminógeno de educación e incitación al delito y solo este constituye argumento suficiente para predicar su superación, o al menos su sustitución siempre que sea posible, ya que lo mínimo que se le puede pedir es que si no es capaz de resocializar, al menos no ejerza un efecto diametralmente opuesto.

En pocas palabras la cárcel desocializa, por muy humanizada que esté o pueda llegar a estar la pena privativa de libertad. Lo deseable, evidentemente, sería prescindir de ella y esto es un sueño al que no se debe renunciar. Sin embargo, la resocialización debe abordarse en la sociedad de hoy y no en una futura que no existe por muy deseable que fuera, ponderando el impacto real y efectivo de los medios con que la concreta colectividad en que nos desenvolvemos o al menos así lo intentamos.

La cárcel no resocializa por diferentes razones, entre ellas, primero porque no quedan claros los valores del sector social que deben internalizarse ya que la sociedad es plural y como tal cada sector, sea este de clase o cultural, reproduce sus valores, que en muchos sentidos son contradictorios a otros valores tomados como hegemónicos; si en la sociedad libre, a los individuos se les permite organizarse por el modelo de socialización dominante en su grupo social, ¿por qué habría de restringirse esta eventual posibilidad en el marco penitenciario?

En segundo lugar, por los efectos negativos que produce el encierro en cualquier circunstancia. No obstante, el abandono de que desde hace décadas es objeto la tesis resocializadora como mecanismo terapéutico y por lo tanto de prevención especial, ha dado lugar a su redefinición con base en nuevos criterios⁵³ como:

⁵³ Vacani. **Op. Cit.** Pág. 23. Mapelli Caffarena, B. **Op. Cit.** Pág. 49. Díez Ripollés, J. L. **Op. Cit.** sn/p.



- 1) “La obligación del Estado de organizar los centros carcelarios de manera similar a las condiciones de vida en libertad y reducir a lo máximo posible, los efectos desocializadores del encierro.
- 2) El reconocimiento de un estatus jurídico de la persona privada de libertad, como ciudadano con plenos derechos solo limitados en la medida de lo dispuesto en la resolución judicial con fundamento en la ley.
- 3) Obligación del sistema penitenciario de dotar a las personas de los elementos necesarios para un desarrollo personal adecuado, (trabajo, educación, salud, asistencia social, entre otros).
- 4) Participación democrática del interno en las actividades regimentales.
- 5) Favorecimiento de los contactos de los internos con el mundo exterior (mediante el régimen de visitas, comunicaciones con el exterior, entre otras).
- 6) Carácter voluntario del tratamiento y garantías para el penado de que la negación a aceptarlo, no implica ninguna consecuencia desfavorable”.

Ciertamente, se está ante una gran contradicción; mientras por un lado se conoce la grave crisis que envuelve a la pena de prisión, y la carencia de lógica que tiene el pretender llevar a cabo dentro de las estructuras la ideología del tratamiento, por otro lado, debe afirmarse que, hoy por hoy, es tristemente necesaria en lo que a ciertos delitos y a ciertos delincuentes se refiere.

La reforma de la prisión, que es casi contemporánea de la prisión misma, no resuelve tampoco ninguno de los problemas. Las penas privativas de libertad tienden continuamente a ser transmutadas en medidas alternativas, cambiadas por sanciones sustitutivas o por otros medios de control tanto penales como extra penales.

El fracaso de la pena privativa de libertad, no se debe a una mala ejecución de la misma, porque, si así fuera, bastaría con cambiar los modos de ejecución; el mal está en su mismo ser. Los efectos nocivos y los males que se le reprochan son



connaturales a ella. El aislamiento, la inmovilidad, la prisionización y la separación familiar, están en la misma esencia de la prisión y por tanto no se les puede encontrar solución en el marco tradicional de la misma.

Las críticas a la resocialización, desde el punto de vista de los sistemas penitenciarios, están también estrechamente ligadas a la crisis del tratamiento penitenciario, en relación, especialmente, con la persona que ha sido condenada a prisión. Sin embargo, para analizar por qué los efectos de la resocialización se ven afectados por este aspecto, se debe partir desde conocer qué es lo negativo o lo ineficaz del tratamiento penitenciario, y qué grado de vinculación existe entre este y la resocialización, que lleva al descrédito de esta última.

En este sentido, hay que mencionar que el tratamiento penitenciario ha sido objeto de críticas,⁵⁴ desde varias posiciones:

1. “La postura más clásica, reprocha el tratamiento, porque este desvirtúa la esencia de la pena, ya que esta debe ser entendida como castigo y, con aquel, no se consigue la intimidación, por lo tanto, la prevención general.
2. Desde la postura más liberal, se ataca la legitimidad del tratamiento por pretender ser una manipulación de la personalidad, y a veces, por imponerse de forma coactiva con lo cual viola determinados derechos humanos. También esta postura manifiesta que no se pueden imponer a los internos unos determinados valores, los de la mayoría, claro está. Y para finalizar, considera que el tratamiento es indeterminado y así se opone a la pena, que debe ser totalmente determinada.
3. La crítica anarquista rechaza totalmente el tratamiento, ya que rechaza la prisión y todo lo que ella implica.
4. Desde la posición crítico-marxista, se entiende que la pena de prisión es un invento burgués. Se atribuye al tratamiento el ser una manipulación ilegal antidemocrática de la personalidad. Sin embargo, el sistema marxista acaba utilizando la prisión para este fin”.

⁵⁴ Mapelli Caffarena. **Op. Cit.** Pág. 50. Díez Ripollés, J. L. **Op. Cit.** sn/p.



Otras críticas procedentes de diferentes teorías penales y penitenciarias indicado:

- a) El tratamiento es usado para controlar de modo más refinado la conducta de los presos (modelo de justicia).
- b) Las prisiones no constituyen el medio adecuado para modificar la conducta delictiva (defensores del tratamiento en comunidad).
- c) El tratamiento es ineficaz para la reinserción social.

2.2.2. La resocialización como legitimación de la pena privativa de libertad

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una amarga necesidad.

Sin embargo, ello no implica que la misma esté legitimada y que, mucho menos, lo esté la pena de privación de libertad, pues ha sido criticada desde sus inicios, dando lugar a numerosas teorías que han surgido ante la ya tradicional y ambiciosa pretensión de legitimarla, para dar una explicación al poder que detenta el Estado como órgano rector de una sociedad cualquiera, para ejercitar una violencia programada contra uno de sus miembros.

Precisamente por ello, los primeros años del último tercio del siglo XIX, fueron testigos del comienzo de una crisis doctrinal generalizada de la pena de privación de libertad, motivado por varios factores entre los que se encontraban:

- El fracaso histórico de las penas privativas de libertad, no solamente porque no socializan, sino por los efectos de deterioro que ocasiona en el privado de libertad.



- Porque las prisiones no solo constituyen un perjuicio bastante grave para los reclusos, sino además para sus familias, especialmente cuando el internamiento representa la pérdida de ingresos económicos del cabeza de familia.
- En el ámbito de la criminalidad no grave, a la víctima no le importa, o no le importa primordialmente, la respuesta carcelaria que ofrece el sistema penal para retribuir el mal causado, sino que por el contrario, prefiere en muchas ocasiones que se construya una respuesta frente al delito a partir de consecuencias que no signifiquen la internación del que delinquirió.
- Otro problema que ha influido notablemente en la ineficacia de la pena de privación de libertad y que ha coadyuvado por tanto a su crisis, viene dado por la falta de interés social que ante el problema de las prisiones se ha presentado. Marcado por una apatía que no se limita al ciudadano común, sino que lo que es mucho más grave, se extiende a quienes tienen a cargo la conducción del Estado.

En tal sentido, y más allá de loables excepciones, es patente la falta de voluntad política de los Estados en cumplir sus propias leyes de ejecución y sus propios compromisos internacionales en materia de los sistemas penitenciarios, convirtiéndose en este ámbito tanto, el derecho penal como el derecho internacional, al menos parcialmente, en un derecho simbólico, promulgado para dar la apariencia de que el Estado o la comunidad de Estados asumen la función de defensa de la sociedad que la propia sociedad reclama.

Una vez desaparecidas las penas corporales, la prisión es la llamada a cubrir su vacío, alzándose como pena principal en todo el mundo, reflejo de su gran reconocimiento como institución imprescindible y de primer orden en la lucha contra la criminalidad grave y media. De esta forma, la cárcel, elemento indispensable a su vez de la privación de libertad, se convirtió en la alternativa, casi única, de la pena de muerte o las torturas, conformando por ello el principal camino a la minimalización de la violencia y la racionalización de las penas en la época moderna.



Sin embargo, hoy en día, la prisión no parece idónea para cumplir con los objetivos preventivos que con ella se persiguen y que, a la vez, han servido durante bastante tiempo para justificarla. Se conforma en torno a todo ello, como la más grave y significativa de las penas a nivel mundial y es precisamente por ello, objeto de grandes preocupaciones, tanto por su incidencia sobre uno de los bienes jurídicos más preciados, entiéndase así la libertad, como por su estrepitosa ineficacia en aras de conseguir el objetivo resocializador, que, en todo caso, está llamada a perseguir.

“Y, no es que como medida ante la comisión de un delito, sea negativa por lo larga que resulta su duración, pues la pena privativa de libertad ha devenido ineficaz en sus dos variantes, las penas largas son puestas en entredicho porque tienen demasiados efectos perniciosos y conducen a la destrucción de la personalidad del reo y las demasiado cortas que dada su limitación temporal, convierten en imposible el tratamiento, pero sí hacen posible el contagio criminal”.⁵⁵

La privación de libertad, principalmente en los países de Centroamérica, se alza como la pena reina de cualquier ordenamiento y para cualquiera que sea la conducta delictiva. Las penas cortas son abundantes, por no hablar de la escasa duración en que pueden llegar a consistir y las penas largas se acercan peligrosamente a la conocida y reprochada cadena perpetua.

Si a ello se le suma el deplorable estado en que se encuentran sus prisiones, se concluye la urgente necesidad de buscar medidas adecuadas y tajantes que solucionen el problema. Así, las penas cortas privativas de libertad, al igual que las largas, tiene evidentes efectos desocializadores, sin haber tiempo a conseguir ningún efecto resocializador a través de una adecuada terapia de tratamiento.

Por otro lado, las penas privativas de libertad han devenido ineficaces, no solo por las negativas consecuencias que acarrea para el recluso y su familia, sino además porque lejos de cumplir con lo que como pena se propuso, es decir, prevenir la comisión de hechos delictivos, en los momentos actuales una de las principales críticas que reciben este tipo de penas, es la incapacidad de contención de la

⁵⁵ Cobo del Rosal y Vives, Antón. **Op. Cit.** Pág. 75



criminalidad y el notable incremento de conductas violentas, anexo a la caída de determinados valores como la familia, el trabajo, el sistema educacional, entre otros, solo se ha tornado en un instrumento represivo que utiliza todo tipo de medidas coercitivas y no conduce a nada.

A medida que las penas se suavizan, al tenor del cada vez mayor reconocimiento del daño que produce la encarcelación, las condenas largas van adquiriendo una justificación especial en la necesidad de protección de la sociedad frente a determinados individuos y sus conductas, utilizando a la resocialización, por otro lado, como medio de legitimación y a fin de esquivar dichas críticas.

La pena, hoy por hoy, no sirve para nada más que reforzar los valores de una sociedad política, económica y socialmente injusta, que se muestra incapaz de hacer frente al crimen, con lo que está ahogando por completo la única tendencia humanitaria, la resocialización.

De esta forma, la pena privativa de libertad se sustenta fuertemente para enraizar su existencia y permanencia, en las medidas resocializadoras que se han implementado desde hace varias décadas, que, lejos de ser lo mejor para la sociedad, ha devenido en otro problema, y es que cuando la persona que es sancionada a privación de libertad extingue la pena y obligatoriamente reanuda su vida en la sociedad, en vez de ser una persona igual al resto de los que en ella conviven, es una persona además de marginada, aislada, con nuevos malos hábitos y tal vez peores valores que los que lo caracterizaban antes de entrar a la prisión, enormemente proclive a la comisión de iguales delitos a los cometidos o de otros peores, es decir, plenamente capaz de reincidir nuevamente en afectaciones a la sociedad y a sus integrantes.

Máxime, si se tiene en cuenta las condiciones escogidas por los centros penitenciarios para llevar a cabo la resocialización de la persona reclusa, las que además de no cumplir con los parámetros propuestos por ella, toma caminos que desvirtúan bastante los efectos que debieran obtenerse del recluso en este sentido, dado que en la mayoría de los centros penitenciarios, se concibe la resocialización

como un mero “conductismo”, una manipulación de la personalidad del interno y la negación de sus derechos y libertades fundamentales.



En este sentido, los sistemas normativos de los Estados asumen una postura propia de una moral autoritaria, que la de un ordenamiento jurídico democrático, donde se le ofertan o imponen al reo determinados servicios públicos a fin de que este se comporte de una determinada forma, convirtiéndose esto en una especie de intercambio a favor del orden y la disciplina, y no de la creación en el interno de valores necesarios para convertirlo en una persona acorde a la sociedad a la que deberá integrarse tras cumplir con la sanción que hubo de imponérsele, por medio de actividades voluntarias.

Lo expuesto, constituye un desbordante elemento para sustentar la crisis de la pena privativa de libertad, unida además y evidentemente a la crisis de la prisión como lugar destinado al cumplimiento de esta pena, pero arrastrando con ello a la resocialización, ya que, vista desde el ámbito anteriormente explicado y bajo esas condiciones, la resocialización viene a constituir el medio destinado para lograr los fines de la sanción, los que, una vez sancionada la persona, más que la represión, alcanzada ya con el mero hecho de imponer la pena, de castigar por las acciones ejecutadas y los bienes afectados, están dirigidos a la prevención de la comisión por parte de esa persona, de nuevos delitos con posterioridad al cumplimiento de la pena y como expresión de esta última, la reintegración del reo.

Soluciones que solo se cumplen en el sentido de la represión (en su totalidad), pero para nada respecto a la prevención de delitos y a la reintegración del sancionado a la sociedad, pues, por un lado, en la mayoría de los casos, esa persona continúa cometiendo delitos a veces con mayor habitualidad que antes y de consecuencias más graves y, por otro lado, sale del centro penitenciario peor que como entró, coadyuvando a patentar la crisis de la resocialización.

2.3. La resocialización en el sistema penitenciario

A partir del año dos mil seis, en Guatemala entró en vigencia la Ley del Régimen Penitenciario, contenida en el Decreto 33-2006 del Congreso de la República. Esta



Ley regula el sistema penitenciario nacional, y, por ende, es de aplicación en los centros de prisión preventiva y a los centros de cumplimiento de condena para la ejecución de las penas.

Conforme al mencionado Decreto, 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 la demás leyes ordinarias.

Como objetivos que la misma pretende alcanzar mediante su aplicación precisa:

- a) Mantener la custodia y seguridad de las personas reclusas en resguardo de la sociedad.
- b) Proporcionar a las personas reclusas las condiciones favorables para su educación y readaptación a la sociedad, que les permita alcanzar un desarrollo personal durante el cumplimiento de la pena y posteriormente reintegrarse a la sociedad.

Dicha ley prevé como principios del sistema penitenciario en Guatemala los siguientes:

- Legalidad: principio que viene referido a que toda política y actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados y convenios internacionales ratificados por Guatemala, la presente Ley, y los reglamentos emitidos de conformidad con la misma, y las sentencias judiciales.

Precisa al respecto, que nadie podrá ingresar a un centro penal, en calidad de detenido, sin orden de juez competente y los actos que quebranten estos límites, serán nulos y sus autores incurrirán en responsabilidad de acuerdo con la legislación vigente; así mismo, hace alusión a que ningún funcionario podrá restringir un



derecho fundamental o imponer una medida disciplinaria, si tal restricción o sanción no se encuentran previamente reguladas por la ley.

- Principio de igualdad: el cual proscribire la realización de actos discriminatorios a las personas reclusas, no considerándose discriminatorias las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los enfermos y los que padezcan algún impedimento físico.

Tampoco se considera discriminatorio a los efectos del cumplimiento de este principio de igualdad, el hecho de separar dentro de los centros de detención o cumplimiento de condena, a las personas reclusas, por razón de edad, antecedentes y responsabilidad por delitos dolosos y culposos, así como por razones de seguridad para sí o para terceros.

- Principio de afectación mínima: constituye otro principio que ordena la referida Ley del sistema penitenciario, determinando al respecto que todas las personas reclusas conservarán los derechos establecidos en la Constitución Política de la República, convenios y tratados internacionales y demás leyes y reglamentos, excepto aquellos que fueren incompatibles con el objeto de su detención, los que la propia Constitución Política de la República les restrinja en razón de su situación jurídica y aquellos que hubieren sido afectados por sentencia firme, y precisa que las medidas disciplinarias no contendrán más restricciones que las necesarias para conservar la seguridad y el orden.
- Principio de control judicial y administrativo del privado de libertad: es otro de los principios rectores de la mencionada ley del sistema penitenciario, el cual ordena que toda pena se ejecutará bajo el estricto control de juez de ejecución, quien hará efectivas las decisiones de la sentencia, así como el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario. En el caso de personas sujetas a prisión preventiva, estarán a disposición de los jueces respectivos, conforme al Código Procesal Penal.



El control de las condiciones generales de los centros de privación de libertad es realizado bajo la responsabilidad del director general del sistema penitenciario, con la debida supervisión del juez competente, debiéndose velar por las condiciones dignas y los derechos inherentes al ser humano.

Hace alusión el referido principio, además, a que el traslado de las personas reclusas de un centro a otro o a un centro médico asistencial, solo podrá ser autorizado por el juez competente en casos plenamente justificados. En situación de emergencia, la Dirección General del sistema penitenciario podrá disponer aquellos traslados, dando cuenta inmediata al juez correspondiente, quien resolverá en definitiva.

Previo a decidir los traslados de reos, el juez de ejecución dará audiencia por cinco días a la Dirección General del sistema penitenciario para que se pronuncie sobre la conveniencia del mismo. Asimismo, el juez deberá considerar las normas relativas al régimen progresivo y al sistema disciplinario establecidas en la presente Ley. En todo caso los traslados deberán ser notificados a las partes interesadas.

- Principios de derecho de comunicación: el que reza que resulta obligatorio garantizar el derecho de comunicación en el propio idioma de las personas reclusas.
- Principio de humanidad: un principio de suma importancia que refrenda la Ley del sistema penitenciario, que claramente determina que toda persona reclusa será tratada con el respeto que merece la dignidad inherente a todo ser humano. Queda terminantemente prohibido infligirles a las personas reclusas torturas físicas, psíquicas o morales, coacciones o trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad o hacerle víctima de exacciones, así como también someterlo a experimentos científicos.
- Principio de participación comunitaria: la antes mencionada ley consagra como principio la participación comunitaria para el cumplimiento de sus fines, ante lo cual se precisa que los órganos de Dirección del sistema penitenciario deberán favorecer la colaboración y participación activa de entidades legalmente

reconocidas, que realicen actividades sociales, deportivas, religiosas, culturales, educativas, que propicien el trabajo penitenciario y, en general, cualquier actividad que propicie la rehabilitación, reeducación y readaptación de la persona reclusa durante la prisión preventiva o la ejecución de la pena, siempre que no se interfiera en la función administrativa del sistema penitenciario.



La Ley del Régimen Penitenciario, prevé asimismo, un conjunto de derechos para las personas que se encuentran sometidas a la condición de reclusos, entre los que se destacan que las autoridades del centro penitenciario tienen la obligación de informar a la persona reclusa al momento de su ingreso al centro, a través de un documento impreso en forma clara y sencilla, sus derechos fundamentales y obligaciones, así como el régimen interior del establecimiento.

El documento, en lo posible, se le entregará en el idioma o lengua que hable la persona reclusa. En el caso de las personas analfabetas o discapacitadas, la información se proporcionará en forma oral, sencilla y comprensible o, por cualquier otro medio. Asimismo, velarán por las adecuadas condiciones de vida de las personas reclusas.

Como derecho, se le reconoce cumplir sanción bajo un régimen de higiene, y al respecto precisa que las personas privadas de libertad tienen derecho a que todo centro del sistema penitenciario cuente con las instalaciones sanitarias e higiénicas, que le permitan preservar su salud física y mental.

De igual manera, se le reconoce el derecho a asistencia médica, en este sentido las personas reclusas tienen derecho a la atención médica regular en forma oportuna y gratuita. Para el efecto, los centros de detención preventiva y de condena deben contar con servicios permanentes de medicina general, odontología, psicología y psiquiatría, con su respectivo equipo.

En caso de gravedad, o cuando las personas reclusas lo soliciten, tienen derecho a ser asistidas por médicos particulares, o a recibir atención en instituciones públicas o privadas a su costa, previo dictamen favorable del médico forense y del Ministerio Público y con autorización del juez respectivo, salvo casos de extrema urgencia en



los cuales saldrán con autorización del director del centro, quien debe notificarlos inmediatamente al juez competente.

Para el tratamiento de las personas reclusas que sufran de enfermedades infecciosas o contagiosas, se contará con un área especial, con el fin de contribuir a su tratamiento y proteger la salud de las demás personas del centro penitenciario, de conformidad con el diagnóstico del médico.

Se reconoce el derecho a la confidencialidad o reserva, cuando establece que las personas reclusas tienen derecho a que los funcionarios penitenciarios mantengan en reserva el expediente que contenga el diagnóstico o tratamiento médico que resulte del padecimiento de alguna enfermedad estigmatizante, o que pueda causar un serio problema personal, familiar o en el grupo de personas reclusas, siempre que no se afecte los derechos de los demás.

Se reconoce de igual manera el derecho a un régimen alimenticio; en este sentido las personas reclusas tienen derecho a un régimen alimenticio suficiente y en condiciones higiénicas. Queda prohibido adicionar en cualquier forma, o suministrar en los alimentos, sustancias que alteren o disminuyan sus capacidades psíquicas y físicas.

De igual manera se reconoce el derecho al trabajo. Las personas reclusas tienen el derecho y el deber de desempeñar un trabajo útil y remunerado, que no sea aflictivo y que no encubra una sanción. El Estado facilitará fuentes de trabajo a través de los entes respectivos, garantizando los derechos conforme a las leyes generales de trabajo del país.

En cada centro penal debe existir una biblioteca para las personas reclusas, la que deberá contar con material educativo indispensable para la investigación, información y desarrollo integral de las mismas.

A las personas reclusas se les reconoce, además, el derecho a la libertad de expresión; asimismo, tienen derecho a formular peticiones en su idioma, conforme la Ley, a comunicarse con familiares y otras personas. En el caso de los extranjeros



también podrán mantener comunicación con los representantes diplomáticos consulares de sus respectivos países. El sistema penitenciario deberá favorecer condiciones para el ejercicio de este derecho.

Se les reconoce también el derecho a visita íntima y visita general. Las personas reclusas tienen derecho a recibir visita íntima de su cónyuge, conviviente o pareja y visita general de su familia o amigos. Las autoridades de los centros, velarán porque las visitas se realicen en locales especiales, adecuados y dignos.

Un derecho fundamental reconocido a los reclusos es el derecho de defensa. Las personas reclusas tienen derecho a comunicarse con su abogado defensor, cuando aquel lo requiera; además, podrán solicitar su intervención en los incidentes planteados en relación con la ejecución y extinción de la pena u otros procedimientos judiciales o, en su caso, en asuntos de índole administrativa o disciplinaria.

También, tendrán derecho de comunicarse privadamente con el juez de ejecución y el director del centro para informar de cualquier situación que afecte sus derechos. Esta comunicación se hará en departamentos especiales que garanticen la privacidad de las entrevistas. Este derecho no podrá ser suspendido o intervenido bajo ninguna circunstancia.

Por el derecho a la información, las personas reclusas tienen derecho a ser informadas del fallecimiento o enfermedad grave de un pariente dentro de los grados de ley. Asimismo, las autoridades deben informar al pariente o persona registrada, a quien la persona reclusa hubiera designado, de la enfermedad, accidente o fallecimiento del mismo.

A las personas reclusas, conforme a la regulación de la Ley del sistema penitenciario, se les reconoce el derecho a profesar la religión o creencias que estimen, de conformidad con la Constitución Política de la República. La administración penitenciaria permitirá mediante la reglamentación respectiva, la prestación de asistencia religiosa en todos los establecimientos y procurará, según su capacidad, brindar por lo menos un local destinado a los cultos religiosos.



Mediante el derecho a la educación, las personas reclusas tienen el derecho de recibir educación y capacitación de todos los niveles académicos. Los certificados de estudios aprobados, no deberán contener ninguna indicación que denote que hubieren estado reclusos.

Las personas reclusas que hubieren aprobado en tal forma los diferentes niveles de educación, y que fueren profesionales o técnicos que les permita contribuir con el régimen educacional del centro, podrán participar como docentes o auxiliares, en forma remunerada, para cuyo efecto el Ministerio de Educación, las universidades y otras instituciones podrán realizar las contrataciones o pagos respectivos.

Las personas reclusas, pueden colaborar con el desarrollo de las actividades penitenciarias a la educación, el trabajo, la cultura, la higiene, la alimentación, el descanso, el deporte, la religión y la recreación; tienen derecho de obtener permisos para salir de los centros penales, de acuerdo con las modalidades específicas del régimen de ejecución de la pena, siempre que reúnan los requisitos exigidos en la ley y mediante resolución del juez de ejecución.

Se les reconoce además el derecho a la readaptación social y reeducación. Las autoridades penitenciarias tienen la obligación de diseñar y ejecutar programas y actividades dirigidos a brindar capacitación formal e informal en el área educativa, laboral, profesional y de desarrollo personal de las personas reclusas, conjuntamente con estas, la persona reclusa tiene el derecho a participar en los mismos de acuerdo con sus intereses y necesidades personales.

Las autoridades en los centros preventivos deberán favorecer el desarrollo de actividades educativas, laborales, deportivas y culturales, tomando en cuenta que las personas detenidas preventivamente, únicamente se hallan privadas de su libertad en la medida que sirva para impedir su fuga o la obstrucción de la averiguación de la verdad.

En consecuencia, no se le puede privar de sus derechos o facultades ni obligar a realizar otras actividades penitenciarias que aquellas vinculadas con la finalidad de



su detención. La persona detenida preventivamente tiene el derecho a ser tratada como inocente.

Las personas condenadas a la pena de muerte, permanecerán en espacios especialmente destinados para ellos en los centros de condena, debiendo garantizarse el respeto a sus derechos fundamentales.

La Ley del régimen penitenciario, prevé como forma de reeducación del recluso el régimen progresivo, el que se define como el conjunto de actividades dirigidas a la reeducación y readaptación social de los condenados mediante fases, en donde se pone de manifiesto el progreso de su readaptación.

“El Sistema Progresivo comprende las fases de diagnóstico y ubicación, de tratamiento, de pre-libertad y de libertad controlada. Las fases de diagnóstico y ubicación del régimen progresivo serán llevadas a cabo por los Equipos Multidisciplinarios de Diagnóstico, los mismos se crearán de conformidad con las necesidades del sistema penitenciario, cuya tarea será la de llevar a cabo la fase de diagnóstico y la recomendación de la ubicación; además, cada centro de condena contará con un Equipo Multidisciplinario encargado de las fases de tratamiento, pre-libertad y libertad controlada”. (sic.) Decreto número 33-2006, Ley del Régimen Penitenciario.

De igual manera, en su articulado, la Ley del Sistema Penitenciario en Guatemala, prevé un régimen disciplinario a cumplir por toda persona reclusa, el que tiene como fin garantizar la seguridad y la convivencia ordenada en los centros penitenciarios, y las sanciones disciplinarias dispuestas son las estrictamente necesarias para cumplir con esta finalidad.

La potestad disciplinaria en los centros penales, es responsabilidad de las autoridades del Sistema Penitenciario, y en consecuencia, ninguna otra autoridad o persona reclusa podrá ejercerla.

Las personas reclusas únicamente serán sancionadas disciplinariamente en los casos en que cometan acciones tipificadas previamente como faltas por la ley,



debidamente probadas. Esto independientemente de las sanciones penales y civiles que por dichas acciones corresponda.

Las faltas se clasifican en: leves, graves y gravísimas. Cometen faltas leves, las personas reclusas que incurran en cualquiera de los actos siguientes:

- a) Faltar al respeto debido a las autoridades, funcionarios y empleados de instituciones penitenciarias en ejercicio legítimo de sus atribuciones, dentro del centro de detención.
- b) Insultar a otra persona reclusa, así como a otras personas que se encuentren dentro del centro.
- c) Causar intencionalmente daños menores o mínimos, a las instalaciones, materiales o bienes del centro de detención o en las pertenencias de otras personas.

Cometen faltas graves, las personas reclusas que incurran en cualquiera de los actos siguientes:

- a) Desórdenes colectivos o instigación a los mismos si estos se hubieran cometido.
- b) Ingresar, consumir, poseer o distribuir bebidas alcohólicas o drogas prohibidas.
- c) Promover, colaborar, introducir o distribuir en el centro de detención, objetos que no estén autorizados por las autoridades correspondientes y que atenten contra la vida de las personas.
- d) Causar daños para inutilizar el centro.
- e) Incumplir los reglamentos o las disposiciones internas del centro.
- f) Ejecutar mediante amenaza, coacción o agresión contra cualquier interno, actos que correspondan a autoridades del sistema penitenciario.



Cometen faltas gravísimas, las personas reclusas que planifiquen, promuevan, inciten, colaboren y/o incurran en cualquiera de los actos siguientes:

- a) La resistencia violenta al cumplimiento de órdenes de funcionario o autoridad en ejercicio legítimo de su cargo, o que contravengan lo preceptuado en la presente ley.
- b) La agresión física a los funcionarios, autoridades o cualquier otra persona.
- c) La posesión de instrumentos, herramientas o utensilios laborales fuera de las áreas de trabajo.

En los casos de faltas leves podrán imponerse las siguientes sanciones:

- a) Amonestación escrita en la primera ocasión.
- b) Restricción de la visita familiar a una vez por semana en la segunda ocasión.
- c) La tercera vez se considerará falta grave.

Respecto a sanciones a faltas graves, podrá imponerse alguna de las sanciones siguientes:

- a) Restricción de permisos de salida que no podrá ser superior a dos meses.
- b) Restricción de llamadas telefónicas durante el plazo de un mes.
- c) Restricción de la visita íntima durante el plazo de un mes.
- d) Reducción de un diez por ciento hasta un quince por ciento del beneficio de reducción de pena que se le haya otorgado.

En caso de reincidencia, se aplicará el doble de tiempo establecido para la sanción.



En los casos de faltas gravísimas podrán imponerse alguna de las sanciones siguientes:

- a) El traslado de la persona reclusa a una cárcel de máxima seguridad.
- b) Pérdida del beneficio de la fase de prelibertad.
- c) Reducción de un veinticinco por ciento del beneficio de reducción de pena que se le haya otorgado.

Esta regulación legal, es evidente que carece de una profunda y consolidada implementación, sobre todo por una gran falta de voluntad política del gobierno de turno, lo que se advierte por las serias dificultades que presenta el derecho penitenciario en Guatemala, las que comienzan desde la errónea concepción de lo que es un reo, y de lo que necesita de la sociedad.

En estos términos, García-Pablos de Molina⁵⁶ refiere que: “En virtud de un saludable giro humanista, el paradigma resocializador reclama una intervención positiva en el penado que facilite el digno retorno de éste a la comunidad, y su plena reintegración social. El hombre pasa a ocupar el centro de la reflexión científica; lo decisivo no es castigar implacablemente al culpable, sino orientar el cumplimiento y ejecución del castigo de modo tal que éste pueda reportar alguna utilidad al propio infractor”.

Una característica que identifica al sistema penitenciario en Guatemala, es la no clasificación de personas privadas de libertad; segmentar y clasificar a los reclusos es tarea importante para evitar el contagio criminógeno, contribuyendo a la relación positiva y armónica entre los reos; se trata de una propuesta orientada a la elaboración del perfil de los considerados reos peligrosos.

⁵⁶ García-Pablos de Molina, Antonio. **Criminología. Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores. Menores privados de libertad.** En: **Cuadernos de derecho Judicial, XV.** Pág. 59



Es fundamental, que la tarea de segmentar y clasificar a las personas privadas de libertad esté en manos de equipos y no de una sola persona. Es mucho más probable que varios profesionales se corrompan a que lo haga uno solo. Además, quienes lleguen a conformar estos equipos han sido seleccionados a través de un concurso de oposición abierto y transparente, hay más probabilidades de que sean personas probas, honestas y profesionales.

Otro tema determinante en un sistema penitenciario, es el referido a la infraestructura y los servicios, lo cual tributa a su buen funcionamiento, esto en Guatemala, constituye un caos, dado su gran estado de deterioro, situación particular que demanda un amplio desembolso presupuestario, lo cual no resulta prioridad en la agenda política de los gobiernos.

Tanto la infraestructura como la dotación de servicios adecuados, contribuyen a establecer el clima de convivencia pacífica en los centros carcelarios y, en consecuencia, a cualquier propuesta de rehabilitación de los privados de libertad. Con ello, se garantiza también mejores resultados en materia de seguridad y en la reducción de la corrupción, al no tener los reos que pagar a los guardias o directores por servicios esenciales.

Al respecto, las innumerables medidas adoptadas hasta ahora por la autoridad no han dado los resultados esperados; parece imprescindible, entonces, implementar medidas de control que tiendan a dar señales coherentes, sistemáticas y efectivas contra la delincuencia y que contribuyan a aumentar sus costos (sanciones) o disminuir sus beneficios relativos, es decir, aumentar la rentabilidad o beneficio de las actividades lícitas, tal como lo recomienda la teoría y la evidencia internacional.

Otra arista que incide en el sistema penitenciario de Guatemala, lo es el relacionado sistema de penas y beneficios alternativos; al respecto, las penas alternativas a la reclusión, representan hoy un pequeño porcentaje de las que se aplican en el país en comparación con la pena de prisión; sistema que presenta serias carencias en cuanto al adecuado control de quienes están sujetos a él, así como en la apertura de reales oportunidades de rehabilitación.

Por ello, debe crearse un nuevo sistema que contemple una gama más amplia de penas, que permita al juez escoger entre los actuales extremos de enviar al condenado a prisión o condenarlo a los sistemas de control periódico.



Respecto a las políticas penitenciarias, se debe establecer una adecuada separación entre reos primarios y reincidentes; impulsar modelos de rehabilitación que tengan como eje la capacitación y el desarrollo de convenios con empresas que puedan emplear a los reclusos menos peligrosos. La rehabilitación, debe tener como objetivo el que el recluso, una vez cumplida su condena, perciba que los beneficios asociados al trabajo formal son mayores a los de volver al mercado del crimen.

La Constitución regula, en su Artículo 10, que los centros de detención, arresto o prisión provisional deben ser distintos de aquellos donde han de cumplirse las penas. El Código Penal, en su Artículo 44, regula la prisión como pena principal y contempla la prisión provisional, el arresto mayor, el arresto menor y la prisión simple. Por su parte, el Código Procesal Penal, en sus Artículos 259 y 260, establece y regula la prisión preventiva.

En los centros de reclusión de Guatemala, conforme a investigaciones realizadas, se comprobó que existen diferencias en el tratamiento de los reos, especialmente por motivos de fortuna o capacidad económica.

No existe una aplicación imparcial de las reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento del delincuente. Se hacen diferencias de trato desde el momento de la detención, fundadas especialmente en motivos de raza e idioma, puesto que, en muchos casos investigados en las áreas de predominante población indígena, se observó un tratamiento mucho más severo, y algunas veces discriminatorio, para con los indígenas, campesinos y analfabetos.

A nivel nacional, no se cuenta con un registro computarizado que permita rápida información y respuesta en la materia. La información y el sistema en la Corte Suprema de Justicia y en la Dirección General de Presidios presentan deficiencias.



Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno, están ocupados en generalidad por más de dos reclusos. Las construcciones existentes diseñadas para una ocupación de seis o más reos; incluso, existen centros donde los cuartos o dormitorios están diseñados para uso de más de 14 reos.

No se selecciona cuidadosamente a los reclusos, con el objeto de asignarlos a determinado dormitorio. Tampoco existe una vigilancia adecuada y regular para esta clase de situaciones. Los locales, en la mayoría de los casos, son totalmente inadecuados y distan mucho de cumplir con reglas de higiene y de superficie mínima; la iluminación es deficiente, al igual que la ventilación; la calefacción no existe en ningún caso.

En los centros de detención de mujeres, no existe ventilación artificial, y la construcción de los centros, en la mayoría de casos, no cumple con este requerimiento. La luz artificial es insuficiente. Las instalaciones sanitarias, además de ser insuficientes, en la gran mayoría de casos, no reúnen las mínimas condiciones de higiene y aseo. Las instalaciones de baño y ducha también son insuficientes y no reúnen las condiciones de higiene y aseo.

Respecto al adecuado tratamiento como seres humanos, no se dota a los reclusos de medios para su higiene; las instalaciones sanitarias son deficientes y los servicios que se prestan son por iniciativa y a cargo de los propios reclusos.

No existe ropa o uniformes para los reclusos; las condiciones de higiene y servicios de lavado y mantenimiento de la ropa de los reclusos no son proporcionadas por el sistema penitenciario, sino que son proveídos por los propios reclusos y sus familias.

La alimentación de los reclusos es deficiente, de mala calidad y mal servida, con escaso valor nutritivo. Aun cuando en la mayoría de los centros los reclusos cuentan con tiempo para actividades al aire libre, no existe en sí, un programa adecuado para estas, ni la organización e instalaciones indispensables. Los reclusos sí disponen de tiempo libre para sus ejercicios físicos, pero no existen programas de educación física y recreativa.



Los servicios médicos son absolutamente deficientes. La contratación de profesionales de la medicina se hace con salarios o retribuciones tan bajas, y tan pocos recursos técnicos y medicinales, que no puede aseverarse que existan las condiciones y cuidados que recomiendan las Naciones Unidas en las reglas mínimas.

Dentro del presupuesto no existen fondos para partidas como la adquisición de equipo médico sanitario. Asimismo, los renglones asignados para compra de medicinas y productos farmacéuticos son considerablemente bajos, tanto más al distribuirlos entre las necesidades de la población reclusa enferma en los diferentes centros del país.

Los reclusos y sus familiares costean, en la casi totalidad de casos, los gastos que signifiquen tratamiento de enfermedades o compra de medicinas. En el caso de mujeres embarazadas, de las que acaban de dar a luz o las convalecientes, no existe un programa oficial de atención. No se cuenta con personal médico especializado; en los casos que se presentan, se recurre a los hospitales civiles o a médicos pagados por los reclusos o sus familiares.

El traslado de enfermos se realiza a hospitales civiles, ya que el sistema penitenciario no cuenta con hospitales propios. En todo caso, el traslado se hace a expensas del recluso o sus familiares, o bien, dependiendo totalmente del hospital requerido, ya que los vehículos para este fin son escasos y generalmente se encuentran inoperantes. El servicio odontológico en el sistema penitenciario, es la solución a cualquier tipo de problema. Tampoco se cuenta con instalaciones adecuadas para el tratamiento de mujeres embarazadas, de las que acaban de dar a luz o convalecientes. Salvo emergencias, los nacimientos se atienden en los hospitales civiles del Estado.

En el sistema penitenciario, se permite a las reclusas conservar a sus niños; sin embargo, no existe una organización con recursos suficientes para este fin, y únicamente el esfuerzo, la autogestión de las reclusas y la colaboración personal de algunos funcionarios penitenciarios, permite la atención de estos menores. La guardería infantil funciona a pesar de la falta de recursos económicos.



No existe el examen médico inmediato al ingreso de los reclusos. Tampoco se realiza en ninguna etapa de la reclusión, y no existe la visita diaria a los reclusos enfermos. Los médicos que colaboran en el sistema, a pesar de los bajos salarios y malas condiciones en que ejercen su profesión, la mayoría de las veces cumplen con informar de los casos especiales, aun cuando en pocas ocasiones atienden los extremos de prolongación o modalidad de reclusión.

Por las condiciones como se desenvuelve la vida en los centros de detención del país, y el casi inexistente equipo de seguridad, la reglamentación y disposiciones sobre orden y disciplina se sobredimensionan, situación que se agrava por la poca capacidad del personal y su reducido número.

Aun cuando no está específicamente normado, sí existen, en la mayoría de centros de reclusión de Guatemala, múltiples casos en los cuales los reos ejercen funciones de orden y disciplina. Este sistema o comité de disciplina, ha provocado casos graves de violaciones de los derechos de los reclusos, incluso casos de violación del derecho a la vida, los cuales han sido documentados por la oficina del Procurador de los Derechos Humanos.

En términos generales, en los centros de reclusión se observa que en muchos casos, las sanciones son impuestas por empleados o guardias ordinarios, además de que no se lleva un registro de tales disposiciones.

La reglamentación de presidios de Guatemala no está adecuada. Es importante resaltar, que el funcionamiento de los comités o grupos de disciplina formados por los propios reos y avalados por las autoridades del sistema penitenciario, provocan severas violaciones al tratamiento y a las condiciones de vida de los reclusos en los centros penitenciarios.

En cuanto al régimen de visitas, este es diferente para cada centro de reclusión, y queda a discreción del director del centro, reglamentar o disponer la forma en que se desarrolle.



De la población reclusa, existe una cantidad considerable de reos que no reciben visitas. La mayoría de estas situaciones se deben a la distancia entre el penal y los lugares donde viven los familiares. Se utiliza un vocablo singular, para denominar a aquellos privados de libertad que no intiman con su familia: rusos.

En los casos de reos que no reciben visita, no existe un programa de ayuda, y únicamente grupos religiosos a los que se permite acudir a los centros de reclusión acostumbran compartir con estas personas.

No existen comisiones de familiares de presos; eventualmente se han organizado, pero con fines temporales y precisos, como las solicitudes de rebaja de penas, amnistías o mejoras específicas en la alimentación.

La introducción de tóxicos, bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes es un problema grave, especialmente en los centros de detención con mayor población. Los problemas que genera esta actividad son, básicamente, los siguientes: corrupción del personal penitenciario, indisciplina de reos, efectos nocivos en la salud de los reclusos y, en forma indirecta, el control que este tráfico ilícito les confiere a algunos reos a partir del estatus económico que les genera poder dentro de los centros. De las investigaciones, se considera que solamente con participación del personal de los centros de reclusión puede darse esta práctica.

No existen bibliotecas en los centros de reclusión; los pocos libros o documentos con que cuentan constituyen excepciones. Tampoco existe un programa oficial para implementar este servicio.

En el sistema penitenciario, no existen programas de trabajo que permitan que los reclusos se dediquen a actividades laborales. El trabajo que realizan los reclusos se genera a través de la autogestión y de las necesidades de servicios dentro de los centros de reclusión. Las autoridades que administran los centros de reclusión, a falta de programas oficiales de trabajo, conceden libertad a los reclusos para dedicarse a actividades que les permitan generar ingresos para ellos y sus familias.



Dentro de la vida de los centros de reclusión, especialmente en aquellos donde los reos están cumpliendo condenas, se ha establecido una sociedad interna que genera oferta y demanda de trabajo y servicios. La multiplicidad de actividades dentro de estos centros de reclusión, ha provocado el nacimiento de pequeñas tiendas, comedores, talleres de herrería, zapatería, sastrería, etc. Así como atención de servicios de peluquería, trabajos secretariales y otros.

La baja capacidad económica de las familias de los reos, la carencia de programas oficiales de trabajo, la mala alimentación dentro de los centros de reclusión, la falta de servicios esenciales de educación, salud y recreación, han motivado que los propios reclusos sean quienes lleven la iniciativa y gestión en las actividades laborales. Pero es normal la extorsión económica, a cambio de optar por algún local para negocio, casi siempre con la venia de las autoridades.

No existen programas de capacitación en vista de una futura inserción laboral de los reclusos. No existen programas de instrucción y recreación que constituyan una actividad permanente del sistema penitenciario. Las actividades de esta naturaleza son producto de la autogestión de los reclusos y las financian ellos mismos, sus familiares, particulares o empresas motivadas por los propios reos.

En materia de instrucción, no existe un programa que permita el reconocimiento del sistema de educación pública regular. Excepcionalmente, algunos reos solicitan su incorporación a programas de estudio por madurez, pero esa es una gestión aislada y personal.



CAPÍTULO III



3. La justicia restaurativa como alternativa a la crisis de la pena privativa de libertad

Desarrollar de manera amplia y preferente, la concepción de una justicia restaurativa en el ámbito jurídico de la pena, se presenta hoy ante la realidad existente, de una permanente crisis de las sanciones privativas de libertad y sus alternativas, como una opción atendible ante la comisión de delitos menores, y de escasa y media peligrosidad, reservándose la fuerza inocua del encierro, para aquellos que denotan peligrosidad según el juez contralor, concretándose así la intervención mínima del derecho penal.

Como hace recordar Zaffaroni, “los procesos penales se desarrollan en un mundo real, en el cual se violan derechos humanos todos los días”,⁵⁷ por otra parte, es evidente que el sistema penal ha demostrado su inoperancia como instrumento para resolver los conflictos sociales.

Al respecto, se ha llegado a decir que las leyes y las estructuras, formuladas teóricamente para proteger al ciudadano, se vuelven a menudo en su contra, lo oprimen, y terminan enviándolo al abismo de la prisión y sus secuelas desgarradoras, creando y reforzando las desigualdades sociales.

La casi imposibilidad de que una pena legítima salga del sistema penal, considerando su modo de operar, su abstracción, su lógica formal, tan ajena a los problemas de la vida cotidiana, son elementos que fortalecen la idea de buscar, fuera de él soluciones viables, acordes con la realidad,⁵⁸ como resulta la justicia restaurativa, la que se asume, ente otras acciones, mediante la asimilación del principio de oportunidad y la utilización de mecanismos alternativos a la solución del conflicto penal, como a mediación, negociación y conciliación.

⁵⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos**. Pág.18

⁵⁸ Sánchez Romero, Cecilia, *et. al*. **El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas**. En: **Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre 1994, Año 6, No 9**. Pág.47



3.1. El principio de oportunidad

El principio de oportunidad, es la institución procesal que permite al representante del Ministerio Público abstenerse del ejercicio de la acción penal en los casos previamente establecidos en nuestro ordenamiento procesal penal.

Con la reforma al derecho procesal penal en Europa continental, es que se ve el primer indicio o manifestación del principio de oportunidad, pues ya desde décadas del 1950 y 1960 reinaba el escepticismo y la resignación de los escasos resultados obtenidos con los programas de resocialización en los establecimientos de cumplimiento de penas, donde no se logró modificar a los delincuentes y reinsertarlos en la vida social mediante las más variadas formas de internamiento, y, con la ayuda del trabajo, la enseñanza, la organización del tiempo libre, la terapia social y el tratamiento pedagógico social.

Este proceso se caracterizó también por la corriente que perseguía la no incriminación, de la cual existen diversas vertientes; una de ellas es la conversión de ciertos hechos punibles en infracciones administrativas; la otra, es que en los casos de escasa gravedad, permite al fiscal a cargo, la posibilidad de pedir suspender condicionalmente el proceso antes de ejercer la acción penal, permitiéndole la atribución de una carga pecuniaria en casos de mínima importancia, con el consentimiento del acusado, todo lo cual contribuye a la descongestión del sistema penitenciario.

Pero, no es sino hasta la segunda mitad del siglo XX que toma auge este principio, cuando se ponen a la luz, las reformas del derecho penal a un derecho penal moderno, diferentes principios como el de *ultima ratio* con relación a la privativa de libertad, es decir, como la última opción, el principio de la proporcionalidad, el derecho alternativo, entre otros, todos los que hacen un análisis de algunos elementos que nos llevan a referir que es en este momento en que se expone con fuerza el principio de oportunidad en diversos países y entre ellos Guatemala.

Se entiende que un ordenamiento procesal está informado por el principio de oportunidad, cuando los titulares de la acción penal están autorizados, de cumplirse



los requisitos que la ley establezca, a hacer uso de su ejercicio, incoando un procedimiento o provocando su sobreseimiento y, por otra parte, este principio puede ser “puro” cuando las partes son dueñas absolutas de la finalización del procedimiento o “bajo condición”, si el sobreseimiento permanece con efectos suspensivos, bajo la condición de que el imputado cumpla determinados deberes.

El principio de oportunidad tiene una gran relación con los principios de política criminal de un Estado. La imposición de una condena, supone que en esa sociedad se había decidido criminalizar el hecho, realizado por el que es condenado, y perseguirlo ante los tribunales.

Los procesos de criminalización y descriminalización, ponen de relieve la mutabilidad del derecho penal. Las variaciones pueden introducirse legislativamente, o bien acusatoriamente, ejercitando o no ejercitando la acción penal en función de determinadas condiciones.

En cualquier caso, el principio de oportunidad no quiere decir que el poder de decisión del Fiscal sea absoluto en cuanto al ejercicio de la acción penal. En términos generales, el Fiscal tiene libertad de acción dentro de determinados límites, si bien dentro de ellos lógicamente está sujeto a los principios de imparcialidad, de igualdad, y al precedente, de tal manera que debe existir siempre una correlación entre las diversas actuaciones del fiscal para así mantener los indicados principios. De este modo, más viva, flexible y ágilmente actuaría el fiscal en el proceso, de acuerdo con las directrices de la Fiscalía que han de irse dictando al respecto.

Oportunidad, tampoco quiere decir oportunidad política, por un lado, el fiscal se encuentra sujeto a los límites de aplicación del principio de oportunidad; por otro lado, existen en las legislaciones procedimientos para obligar al fiscal a interponer querrela en plazo determinado, cuando su negativa a ejercitar la acción penal se sale de los límites del principio de oportunidad.

Por otra parte, no existe exactamente un monopolio del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, por lo que los particulares, perjudicados o no por el



delito, pueden ejercitar la acción penal ante los tribunales, independientemente que el fiscal actúe o no.

La investigadora no considera que sea consustancial con el principio de oportunidad, el que exista un monopolio en el ejercicio de la acción penal; al contrario, estima que es muy convincente el principio de oportunidad, la existencia en el ordenamiento de la posibilidad del ejercicio por parte de los particulares de la acción popular y por último, el fiscal responde políticamente del uso de las atribuciones conferidas.

El principio de oportunidad resulta justificado en razones de igualdad, pues corrige las desigualdades del proceso de selección; en razones de eficacia, dado que permite excluir causas carentes de importancia que impiden que el sistema penal se ocupe de asuntos más graves; en razones derivadas de la actual concepción de la pena, ya que el principio de legalidad, entendido en sentido estricto, y excluyente del de oportunidad, solo se conjuga con una teoría retribucionista de la pena.

Por el contrario, cuando a la imposición de la pena se le busca un fin distinto a la pura retribución, el principio de oportunidad surge como un instrumento muy preciso para llevar a cabo tal misión, excluyendo la pena cuando por diversas circunstancias sea perturbadora para la resocialización, o cuando por diversas circunstancias carece de sentido su imposición.

La mediación, la conciliación, los acuerdos de reparación, la negociación, entre otros, constituyen diferentes modos de ofrecer solución a los conflictos penales que se producen en la sociedad.

Desde tiempos inmemoriales, los pueblos resolvieron sus contiendas a través de estos medios. Así que, ante la crisis del principio de legalidad, que implica una saturación de carga a los tribunales, se hace necesario, el principio de oportunidad como una herramienta de política criminal y de utilidad social.



3.2. De los mecanismos alternativos a la solución del conflicto penal

Como ha referido Emiliano Borja, “El Derecho Penal, qué duda cabe, es Derecho. también participa en ese proceso de desarrollo del sistema de convivencia humana. La norma penal, como toda norma jurídica, coadyuva a la construcción de un mejor orden de coexistencia de los individuos en la sociedad, del estado de cosas que se ha definido como paz social. Y es que se ha dicho, y con razón, que toda norma jurídica vive con la pretensión de tener que regular la vida social mejor a través de su propia existencia que sin ésta”.⁵⁹ (sic.)

Los denominados medios alternativos de resolución de conflictos, son procesos que guardan una característica y lógica diferente a la del proceso judicial; son herramientas que facilitan el tratamiento de conflictos, adecuándose a las características que estos poseen, y no tienen por fin desplazar o competir con el proceso judicial, ni convertirse en el único medio de solución de conflictos.

La tendencia que deberá observarse a largo plazo, es llegar a ver los medios alternativos como medios apropiados para la resolución de conflictos, a través de los cuales el tercero identifique cuál es el procedimiento más idóneo a las características que posee cada conflicto; es decir, el especialista, una vez que haya recibido un caso, deberá determinar si este guarda las características necesarias para que sea canalizado a través de una conciliación, mediación, arbitraje, negociación, proceso judicial u otro proceso híbrido de resolución de conflictos.

Entre los tipos de medios alternativos de resolución de conflictos denominados primarios por Ormachea,⁶⁰ puede encontrarse la mediación como forma de solución de conflictos, a través de la cual las partes llegan a un acuerdo consensual con la ayuda de un tercero, la negociación como vía de interrelación o medio de resolución de conflictos entre partes con el fin de llegar a un acuerdo o solución de un conflicto y la conciliación como medio de solución consensual similar a la mediación, aunque

⁵⁹Borja Jiménez, Emiliano. **Derecho penal y paz social, ensayo sobre una aparente contradicción.** En: **Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre 1994, Año 6, No. 9.** Pág.14

⁶⁰Ormachea Choque, I. **Manual de conciliación.** Págs. 44 – 46



el rol del tercero es más activo, en tanto que este puede proponer soluciones. Sin embargo, las propuestas del tercero no obligan a las partes a aceptarlas.

Otro punto de vista, considera que la constante de procesos que llegan a los juzgados y no logran una solución pronta y satisfactoria, ha contribuido a buscar soluciones alternativas a la intervención jurisdiccional en la solución de conflictos intersubjetivos, desarrollándose así conceptos como justicia no jurisdiccional, medios alternativos a la justicia del Estado, mecanismos de justicia alternativos al proceso judicial, entre otros. Su finalidad, es aliviar la presión que en conjunto recae sobre la institución procesal, mediante la creación de otros medios de solución de conflictos, menos formales o solemnes.⁶¹

La concepción muy arraigada de que el derecho penal puede solucionar los problemas de la sociedad, está presente aún en la población, especialmente en el pensamiento más conservador. Esta creencia es propia de una sociedad que delante de los problemas no analiza su origen.

Teóricamente, el derecho penal moderno está presidido por el principio de intervención mínima, la *ultima ratio* y el principio de subsidiariedad. Pero, desgraciadamente, las cosas no siempre funcionan de esta manera.

La mediación, supone el nacimiento de una nueva ideología, para la mayoría inspirada en las palabras de Nils Christie, en 1972 en Inglaterra, expresadas ya en la famosa frase que los jueces y abogados se han convertido en “ladrones de conflictos”, y que hay que devolver a la sociedad civil su posibilidad de solucionar el conflicto. Para él, los “propietarios” del conflicto, han de ser los únicos capacitados en resolverlo.⁶²

La reparación, nace del movimiento en favor de la víctima y la recuperación de su papel en el proceso penal. En efecto, el derecho penal moderno había neutralizado a

⁶¹ Ledesma Narváez, M. **El procedimiento conciliatorio. Un enfoque teórico-normativo.** Pág. 176 y ss.

⁶² Chistrie, N. **Los límites del dolor.** Pág. 25

la víctima de tal modo que quedaba totalmente ausente del conflicto. Estado y víctima eran los protagonistas.



“Por lo que resulta necesario precisar, que la reparación cumple no solamente una función individual del autor respecto a la víctima, sino también un fenómeno pacificador propio del derecho penal. La reparación, aporta el restablecimiento de la paz jurídica, a través del retorno a la situación concreta perturbada”.⁶³

Un derecho penal orientado a la reparación, es fundamentalmente un derecho penal de la resocialización. Un acto reparador implica no solamente la reparación de la víctima, sino también un acto de arrepentimiento del autor y, con ello, un paso a la interiorización.

“La reparación desde el punto de vista preventivo especial, se aprecia como el mejor esfuerzo del autor para reconocer la injusticia cometida y reincorporarse a la comunidad jurídica, además de superar los peligros del tratamiento, ya que es limitada por definición, no consiste en la interiorización de un modelo y someterse a él; y no presenta ninguna de las desventajas de la privación de libertad como el etiquetado y el deterioro social”.⁶⁴

Pero también significa, como ha puesto reiteradamente de manifiesto la doctrina alemana, que cuando el autor repara, acepta públicamente la vigencia de las normas delante de la comunidad y se reafirma la prevención general positiva.

La reparación penal no se puede confundir con la indemnización civil a las víctimas porque ambas no siempre coinciden, y, ni siquiera los criterios que rigen su ponderación son iguales. “Pena y resarcimiento civil son cosas diferentes y no manipulables.”⁶⁵

⁶³ Roxin, Claus. **La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones**. En: **Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial**, N°. 8, 1991. Pág. 19

⁶⁴ Maier, Julio. **La víctima en el sistema penal**. En: **Jueces para la democracia**. N°. 12, 1991. Pág. 68

⁶⁵ Hirsch, H. J. **La posición del ofendido en el Derecho Penal y en el derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación**. En: **Cuadernos de Política criminal** N°. 42, 1990 Págs. 561-575.



La conciliación, mediación y reparación, no es una forma de justicia más rápida. Se ha querido representar a menudo, sino al contrario, llegar a un proceso de conciliación puede ser más laborioso que la imposición de una pena. La reparación es una manera de agilizar la justicia, de “sacarse” casos, sino de introducir en términos penales en un sentido más amplio, la posibilidad de una justicia negociada.

La mediación, y la confrontación, son aspectos importantes de un proceso dinámico entre víctima y delincuente, de una participación activa para llegar a resolver el conflicto. Surge así la idea de un modelo de intervención, en que el Estado opta por ceder el protagonismo a los particulares interesados y consolidar un papel subsidiario.

La justicia reparadora, se sitúa en el seno del derecho penal, y necesita de él para decidir qué es delito, quién es el autor y quién la víctima. Pero la respuesta no se rige por términos estrictos de proporcionalidad.

La mediación-conciliación, pertenece indiscutiblemente a la justicia penal, si bien ha sacudido, o al menos así se quisiera creer, todos sus cimientos. Por un lado, no se sabe si puede inscribirse en la Prevención General, en la Prevención Especial o, pertenece a las dos, ofreciendo de esta manera una salida independiente al dilema de los objetivos penales antinómicos.

Pero junto a los fines clásicos del derecho penal, es decir, la pena encaminada al autor o a la colectividad, aparece una nueva función, que sería la llamada “Reconstitución de la paz jurídica”, cumpliendo con ello una función pacificadora, lo que ha sido denominado la tercera vía, la reparación aparece como una consecuencia jurídica distinta de la clásica pena o medida de seguridad.

Y así, empieza a ser mayoritariamente aceptado por la doctrina, que si el autor asume los hechos de una forma en que asume su responsabilidad, y repara los intereses legítimos de las víctimas, no solamente se inicia el camino de la resocialización, sino que también se contribuye al restablecimiento de la paz, a través del respeto a las normas.⁶⁶

⁶⁶ Roxin. **Op. Cit.** Pág. 76



Es evidente, en este fin de siglo, que la criminalidad ocupa los más amplios espacios del pensar y del quehacer público, y de las preocupaciones y demandas socialmente sentidas y reiteradas. Esta aseveración se ha repetido constantemente. No es desconocido; tampoco hay novedad en las formas y métodos para comprender y combatir a la criminalidad. Lo nuevo, realmente, se encuentra en las manifestaciones, dimensiones, ámbitos y circunstancias de la criminalidad moderna.

Quien haya vivido durante los últimos treinta o cuarenta años, notará el cambio en su entorno. La criminalidad se ha hecho parte de la vida en la mayoría de sociedades, de lo cotidiano; se ha aprendido, paulatinamente, a vivir con ella. Esta circunstancia resulta en sí misma, funesta. Al incorporar los esquemas antisociales en la vida de relación, lo único que se logrará es su tolerancia y, a veces, su justificación.

Es como acostumbrarse a vivir en medio de un estado de guerra; hay generaciones de países completos que así comprenden la vida. Sus decisiones, sus ambiciones, sus retos, sus sueños e incluso lo más trivial, se asume en esa circunstancia anormal y se convierte en forma de vida, aceptada con plena conformidad.

La capacidad de asombro y de indignación se anula; los sistemas individuales y colectivos de alerta, se adecúan a esa circunstancia emergente, y abandonan su real sentido de desarrollo humano y social. Las muestras de esto se encuentran, entre otras formas, al encarar las noticias por cualquier medio: lo político, lo económico, la educación o la salud, al lado de otros temas trascendentales, se pierden, ante la "nota roja", la del "sensacionalismo", la nota de la "criminalidad".

Hoy, se asume a la criminalidad como algo consustancial a la vida en comunidad. Son generaciones "de guerra", que lo primero que deben aprender es que se puede revertir el fenómeno de la incidencia, y que deben alertarse e indignarse ante ella y disminuir sensiblemente los niveles de tolerancia.

El fenómeno se siente, se percibe y genera, junto a la realidad criminológica, la "ideologización" del tema y su consiguiente efecto en la psiquis social; esto es, el tema criminal es asumido por el nuevo juego político de las sociedades y se convierte en "bandera política", en causa eficiente de crítica y confrontación de las oposiciones



políticas hacia los gobiernos en funciones. Se radicalizan las posiciones, empieza a actuar desde las legislaturas o Parlamentos, con espasmos o respuestas cada vez más estridentes o al menos, extravagantes.

De ahí el llamado “terror penal”, o las medidas de excepción que se han adoptado recientemente en algunos países, ante la crisis de respuestas sensatas o más racionales.

Por otro lado, los medios de comunicación masiva, sean electrónicos o escritos, han encontrado en la venta de noticias “rojas”, una veta importante; un público ávido de información, por razones estrictamente coyunturales, parece interesarse más en la “ola de crímenes y asaltos”, que en las notas de otra naturaleza; tal vez por saturación o desencanto, o porque es lo que más afecta al ciudadano común o de a pie.

Esto hace que el tema de la criminalidad se transforme en psicológico, y, sin reposo, se convierte en el tópico de todos los lugares de concentración y reuniones humanas de todo tipo. La tendencia social, es a incrementar la información y se produce por tradición oral, una sensación o percepción mucho más grave que la realidad, ya de por sí, temible y amenazante.

El panorama no es alentador, sin embargo, existen a la mano respuestas legales, institucionales y sociales, que de adoptarse, en un primer momento operarían como medios de contención del delito, para, posteriormente, en el mediano plazo, funcionar como instrumentos eficaces de reversión del fenómeno criminal, disminuyendo las tendencias al alza.

No se trata de ofertar soluciones mágicas, sino de promover un cambio en las estrategias y tácticas de combate a la delincuencia. Se plantea que si se vuelve a comparar la lucha contra la delincuencia, creciente y más dañina, con el arte y técnica de la guerra, no es posible seguir enfrentando con medios convencionales, nuevas formas de confrontación bélica.

Los estudiosos del crimen, han abordado, con infinita paciencia y capacidad técnica, las distintas manifestaciones del fenómeno. Así, existen copiosas páginas estudiando



al delito como conducta humana que viola la ley, que no encuentra justificación normativa alguna, y que puede atribuirse a un actor con capacidad concreta de culpabilidad. Sobre el delito, los tratadistas más conspicuos han volcado su talento y experiencia en su estudio y análisis. Existen anatomías completas del delito, en lo general y en lo particular.

Por cuanto hace al delincuente, se da la misma circunstancia y ni qué decir de la pena, o de la víctima del delito, solo recientemente se le ha puesto atención y, por cierto, con notable éxito, por la dimensión de los avances alcanzados en materia penal.

Se han rescatado los temas de la prevención general del delito, y con menor éxito, las tareas de la prevención especial. Se ha tratado de involucrar, sin avances relevantes, a la comunidad organizada, en las tareas sociales de prevención y combate al delito. Pero todo esto, con ser mucho y bueno, no ha resultado bastante o suficiente. Existe un ingrediente que no se aborda, que se deja marginado, en perniciosa actitud de no reconocer rezagos ni ineficiencias.

A partir de 1994, la delincuencia organizada asume una posición más agresiva y penetra prácticamente toda la actividad social y económica. Las curvas de la delincuencia anuncian en las estadísticas, un repunte nunca antes visto o vivido.

Las respuestas públicas y sociales han sido aisladas, inadecuadas, desequilibrantes del aparato en funciones y siempre ineficaces. No han sido pocas, pero sí irremediablemente infructuosas. Se pretende enfrentar con instrumentos aparentemente mejorados o actualizados, fuera de contexto o no correlacionados, una afrenta organizada y eficaz.

En forma paulatina, se ha comenzado a introducir pautas de “flexibilización” en la promoción de la acción penal pública. Tales los casos puntuales de “*probation*”, “juicio abreviado”, etc., que sin perjuicio de ello, no han llegado a admitir el uso de criterios de “oportunidad”. Se ha generado la imperiosa necesidad de brindar horizontalidad a la gestión de los problemas sociales.



Toda disposición reguladora de la vida social, ante todo también las normas penales, tienen que adecuarse a las especiales particularidades culturales, sociales y económicas de todo, también tradicionales de un Estado, si se quiere una ejecución lo más eficiente posible y, sobre todo, conseguir que las normas sean aceptadas por la sociedad, entonces a todo Estado que se plantee la introducción de una regulación del conflicto, se le debería colocar, como alternativa, la anteposición de un experimento modelo, semejante a toda regulación legal definitiva.

Un proyecto de resoluciones alternativas de conflictos, propone abordar las cuestiones problemáticas de carácter teórico y práctico, que pudiera generar un sistema de resolución alternativa de conflictos en materia penal en el medio nacional.

Si se analiza la admisión de los sistemas de resoluciones alternativas de conflictos desde un punto de vista negativo o crítico, implicaría que el Estado se retira de este ámbito de la esfera pública. Sin embargo, de analizarse objetiva y razonablemente, es en realidad, cuando el Estado decide de manera expresa remitir un conflicto al seno social para que, mediante mecanismos previstos, este sea gestionado por los actores sociales, es decir, que está eligiendo una forma política para la solución de ese conflicto, en síntesis, está diseñando una política criminal.

Ello, tomando a la "política criminal", como la política o acción estatal de control social y solución de conflictos, dirigida hacia las acciones humanas consideradas no solo legalmente más violentas y conflictivas en un país o región determinados en tiempos de paz. Y, justamente, el objetivo de ella es la prevención del delito, como fin último.

Como argumento contrario a quienes sostienen el lado negativo del sistema de resoluciones alternativas de conflictos el Estado se retira, podría decirse de facto en todos los casos en los que, con resoluciones de dudosa constitucionalidad, archiva una causa, sin pronunciarse sobre el fondo.

También, existiría un retiro de la actividad que le compete, si el Estado decidiera (de "facto" o de "iure"), crear zonas donde el derecho no sea aplicable, de forma permanente o transitoria; por el contrario, cuando decide un tipo de procedimiento

específico para resolver un conflicto, aunque confíe su gestión a particular, interviene aunque no directamente.



3.2.1. La mediación penal

Para facilitar a los ciudadanos el acceso a la justicia, y hacer que encuentren solución pacífica y dialogada a sus conflictos, en Guatemala se ha introducido la mediación dentro del proceso penal. Sin embargo, por la especialidad de los conflictos que se conoce en esta vía, es necesario contar a su vez con una capacitación especial, pues no siempre se trata de problemas cuantificables, sino que atañen a bienes jurídicos preciados, y en los que ha existido algún grado de violencia.

Con la institución de la mediación, se dará a los usuarios la posibilidad de optar por estas soluciones no precisamente de choque, con la participación de personal del sistema de justicia preparado para atender y ayudar a las personas a encontrar soluciones desde la apreciación propia de justicia.

Pero no solo será una solución positiva para el conflicto de los usuarios, sino para la administración de justicia, que también gana al agilizar y descongestionar el sistema de justicia mediante la aplicación de estas medidas, y de forma indirecta se estará previniendo la escalada de conflictos.

En Guatemala, se vienen practicando estos métodos en sí mismos concebidos como su derecho indígena desde antes del tiempo de la Colonia con los mayas. Consecuentemente, las comunidades indígenas siempre han tenido líderes que usan la mediación para resolver los diversos conflictos de la comunidad, representados en los consejos de ancianos, cofrades y alcaldes auxiliares.

En diciembre de 1996, con la firma de los Acuerdos de Paz entre el gobierno y la guerrilla, se contempló la apertura de centros de mediación y conciliación de servicio gratuito, y de ahí nace la idea por parte del Organismo Judicial de inaugurar el primer centro de mediación con la ayuda del gobierno de Suecia. Posteriormente, se inauguran tres centros comunales en Huehuetenango, Petén y Nebaj con auspicio del Banco Mundial.



Este derecho, es de particular importancia mencionarlo, singularmente por la influencia que la iglesia, especialmente la católica, ha tenido en la historia del país. En el Código que rige a tal derecho a partir de 1917, el Artículo 1466, establece que para comenzar el litigio, y en cualquier otro momento, siempre que abrigue alguna esperanza de éxito, el juez no dejará de explorar y ayudar a las partes, para que procuren de común acuerdo buscar una solución equitativa de su controversia, y les indicará los medios oportunos para lograr ese fin, recurriendo incluso a personas serias como mediadores.

Como puede observarse en el artículo transcrito, se menciona que el juez puede actuar como conciliador buscando la solución del conflicto, indicándoles los medios para lograr el mismo y, luego, se menciona que puede recurrirse a mediadores, lo cual genera contradicción, porque, en dicho artículo, se menciona a los mediadores, siendo claro que el método que se indica en el citado Artículo es el de la conciliación, principalmente porque el juez no actúa solamente como facilitador de la comunicación entre las partes, sino que incluso les ha de indicar los medios para dar fin a la controversia. Lo cual apunta, que la figura que se está regulando es el de la conciliación. Pero debe tomarse en cuenta que dicha contradicción, es consecuencia de la confusión que existe en la doctrina sobre la diferencia entre ambas figuras.

En el ámbito penal, el antecedente más remoto de la conciliación, es el Código de Procedimientos Penales. En el mismo, se regula de manera bastante limitada a la conciliación, ya que se aplica únicamente para los delitos de injuria y calumnia, o sea los delitos cuyo bien jurídico tutelado es el honor de las personas.

Dicha figura se encuentra regulada en el Libro V que contiene los procedimientos especiales, específicamente en el Artículo 810, establece que el juez, para darle curso a la querrela por injuria o calumnia contra particulares, dispondrá, en la misma providencia en que se mande ratificar el escrito respectivo, se cite al acusado con el objeto de procurar en el propio acto la conciliación; y solo en el caso de quedar esta sin efecto, dará curso a aquella.

En el siguiente ordenamiento legal, en orden de vigencia, no se obtuvo más avances en materia de la conciliación, ya que la misma se siguió limitando únicamente para los delitos que se cometían en contra del honor de las personas.



Es de hacer notar, que en este Código no se menciona como en el anterior, de manera expresa que la conciliación solamente puede aplicarse a los delitos de injuria y calumnia, pero si establece que la conciliación se aplicará a los delitos perseguibles de oficio lo cual al final es casi lo mismo, en virtud de que dichos delitos solamente agregándole a la difamación, son los que pueden perseguirse por dicha vía. Esta disposición se encontraba en el apartado de las disposiciones finales y complementarias, Artículo 811 de dicho ordenamiento legal, el cual textualmente establece: “Conciliación. En los procesos por delitos perseguibles a instancia de parte, el juez de primera instancia en la resolución inicial del proceso, señalará audiencia para una junta de conciliación, en la cual procurará el avenimiento de los interesados. Si a dicha junta no asistiere cualquiera de éstas, se tendrá por no aceptada la conciliación.”

En el Código vigente actualmente, ya aparecen avances en cuanto a la aplicación de la conciliación en el derecho penal y, muy especialmente, aparece ya regulada la mediación como un método alternativo para la solución de conflictos.

Para tal efecto es necesario remitirse al Libro Primero, Disposiciones Generales, Capítulo II, referente a la persecución penal, sección primera, acción penal. En dicho apartado aparece el Artículo 25 que copiado en forma textual establece: “Conciliación. Formulada la solicitud por parte del Ministerio Público, por el síndico municipal, por el agraviado o el imputado o su defensor; para la aplicación de un criterio de oportunidad, el juez de paz citará a las partes, bajo apercibimiento de ley, a una audiencia de conciliación. Presentes las partes, el juez explicará el objeto de la audiencia procediendo a escuchar, en su orden, al fiscal, auxiliar fiscal o síndico municipal, a la víctima o agraviado y al imputado.

El juez debe obrar en forma imparcial, ayudando a las partes a encontrar una solución equitativa, justa y eficaz, para propiciar la solución del conflicto. Su función es la de ser un facilitador en la comunicación y el diálogo constructivo entre las partes. Las



partes podrán ser asistidas por sus abogados. Si se llegare a un acuerdo, se levantará acta firmada por los comparecientes. Si no hubiere acuerdo, se levantará constancia de ello y continuará la tramitación del mismo.

En el acta de conciliación se determinará las obligaciones pactadas, entre las cuales se contemplará la reparación del daño y el pago de los perjuicios si hubiere lugar a ello, señalando, si así se hubiere acordado el plazo para su cumplimiento y la constitución de las garantías necesarias. La certificación del acta de conciliación tendrá la calidad de título ejecutivo para la acción civil.

Si el Ministerio Público considera que es procedente el criterio de oportunidad y la víctima no aceptare ninguna de las fórmulas de conciliación propuestas podrá otorgar la conversión de la acción a petición del agraviado”.

Es importante analizar el presente Artículo, ya que el mismo contiene la siguiente contradicción: en la parte final del párrafo segundo, establece que la función del juez en la conciliación, es ser facilitador de la comunicación y el diálogo entre las partes, lo cual sería contradictorio en cuanto a las características de dicha figura jurídica pues la doctrina establece que en la conciliación el conciliador, en este caso el juez, tiene como función la de proponer fórmulas ecuanímes a las partes para la solución del conflicto y no solamente constituirse en un facilitador de la comunicación, ya que en este caso la figura sería la de la mediación. Pero en el párrafo final del citado artículo, se establece que si la víctima no aceptare ninguna de las fórmulas de conciliación propuestas, podrá otorgar la conversión de la acción a petición del agraviado.

Como consecuencia de lo anterior, en la parte citada, dicha norma incluye la característica principal de la conciliación, o sea la proposición de fórmulas ecuanímes para la solución del conflicto, pero dicha disposición es contradictoria con la parte final del párrafo segundo, ya que el conciliador, o es un órgano cuya función es la de proponer fórmulas ecuanímes de conciliación, o la de facilitar la comunicación entre las partes, ya que en el caso de que se aplique una u otra función, cambiaría la figura jurídica aplicable, esto es la conciliación o mediación, sin embargo aunque haya contradicción, al incluirse la característica principal de la conciliación en dicho artículo, queda claro que es esta la figura que contempla dicha norma jurídica.



El siguiente Artículo, es el que establece la figura de la mediación, el cual transcribe a continuación: “Artículo 25 Quater: Mediación. Las partes, solo de acuerdo, en los delitos condicionados a instancia particular, en los de acción privada así como aquellos en los que proceda el criterio de oportunidad, excepto el numeral 6°. del Artículo 25, con la aprobación del Ministerio Público o del síndico municipal, podrán someter sus conflictos penales al conocimiento de centros de conciliación o mediación registrados por la Corte Suprema de Justicia, a través de los juzgados de primera instancia penal correspondientes, integrados por personas idóneas, nativas de la comunidad o bajo dirección de abogado colegiado, capaces de facilitar acuerdos y, una vez obtenidos los mismos, se trasladará un acta sucinta al Juez de Paz para su homologación, siempre que no viole la Constitución o Tratados Internacionales de Derechos Humanos, para lo cual bastará un breve decreto judicial que le dará valor de título ejecutivo al convenio suficiente para la acción civil en caso de incumplimiento de los acuerdos patrimoniales”.

En el presente Artículo, es necesario resaltar que se avanza en cuanto a la utilización de las figuras de la conciliación y la mediación, principalmente porque las mismas no se usan solamente para los delitos de acción privada, como en los Códigos que le precedieron, sino que también se aplica para los delitos en los que se puede emplear el criterio de oportunidad, lo cual amplía el campo de acción de dichas figuras, ya que de conformidad con el Artículo 25 del Código Procesal Penal vigente, que regula lo referente al criterio de oportunidad, también se incluyen en la aplicación de la mediación y de la conciliación, los delitos no sancionados con pena de prisión, los de acción pública cuya pena máxima no sea mayor de cinco años de prisión, en los delitos donde el sindicado ha contribuido en forma mínima para la perpetración del delito y en aquellos donde el inculcado se ha visto afectado directa y gravemente por las consecuencias del delito que cometió.

Otro aspecto muy importante que regula el Artículo 25 *Quater*, es el establecimiento de centros de conciliación o mediación para que las partes comparezcan a los mismos para solventar sus conflictos, lo cual descongestiona en gran manera el trabajo del Organismo Judicial, pues el mismo solamente interviene, en el caso de un acuerdo, por medio de los jueces de paz homologando el convenio suscrito por las partes.



La mediación, constituye una forma de expresión de la política criminal, pues los métodos no confrontativos dentro de la justicia, evidencian que la respuesta que quiere dar como estado al problema de la criminalidad, no es el tradicional, sino que se instituye como parte de esa política criminal una respuesta pacífica al problema del delito y su juzgamiento. A través de los métodos alternos, se procura que la comunidad participe directamente en el sistema de justicia penal.

Al resolver la sociedad sus propios conflictos, evitando la judicialización se propician espacios de diálogo, que revierte en la búsqueda de soluciones beneficiosas para toda la comunidad, sin la intervención estatal. Ejemplo: los diversos comités de vecinos que se vienen integrando para su propia protección.

La participación de la población en estos métodos en casos concretos, va favoreciendo una educación en ella, respecto a la conveniencia de resolver sus conflictos directamente al hacerlo de manera rápida, económica, devolviendo la confianza entre las personas a través del diálogo, cumplimiento de compromisos y a largo plazo cambio hacia una cultura de paz.

La generación de esta confianza, sin embargo, no es sencillo reconstruirla, particularmente en procesos directos entre las partes, o sea en negociación. Se requiere de facilitadores, que son mediadores y conciliadores, que puedan hacer estos acercamientos entre las partes y que con técnicas y herramientas como el diálogo, se aseguren de la mejor manera posible esos sutiles lazos de confianza que se generan en audiencias de mediación o conciliación, que sean perdurables al abandonar la sala de negociación.

Diversos documentos en apoyo a investigaciones y recomendaciones hacia la modernización del sistema de justicia, refieren a la necesidad y deber por promover y practicar los métodos alternos de resolución de conflictos, dejando la responsabilidad de asegurar su promoción en el Organismo Judicial y otras entidades del sector público, implícito en este caso el Ministerio Público.

La tarea no es fácil, particularmente en entornos sociales, políticos y económicos debilitados, sumando la cultura de silencio, confrontación e intolerancia que existe en



la sociedad guatemalteca, sin pasar por un lado que esta cultura hereditaria socialmente se conjuga con la riqueza multicultural del país, pero que, además, presenta prácticas, tradiciones y valores diferentes.

La tarea, sin embargo, no es imposible, pero sí de mediano y largo plazo para la cual se requiere además un acompañamiento de profesionales entrenados para facilitar estos acercamientos y diálogos entre las partes. Dentro de los pocos estudios e investigaciones que se han realizado en Guatemala sobre las prácticas de métodos alternos de solución de conflictos, se ha evidenciado que se están haciendo cambios a nivel comunitario.

La mediación, no es un procedimiento corrector de las deficiencias del proceso común, ni responde a finalidades integracionistas o subrogatorias del modelo jurisdiccional.

La mediación, tiene una motivación particular, pero, en general, es una fórmula de entendimiento racional, donde la crisis no se identifica necesariamente con la colocación en segundo plano de los hechos en una forma jurídica, sino que persigue una solución concertada, pacífica, sin que esté como requisito final la disyuntiva jurídica.

Con la institución de la mediación, se dará a los usuarios la posibilidad de optar por estas soluciones no confrontativas, con la participación de personal del sistema de justicia, preparado para atender y ayudar a las personas a encontrar soluciones desde una apreciación propia de la justicia.

La mediación es un procedimiento voluntario, no entre adversarios, en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a estas a que, en forma cooperativa y amigable, encuentren por sí mismos, el punto de armonía y la solución al conflicto que satisfaga a las partes involucradas.

Es un proceso eminentemente voluntario e informal, en el que participa un tercero neutral quien trata, a través de la facilitación de intercambios de ideas entre las



partes, y que estas a la vez permitan confrontar sus puntos de vista y buscar, ayuda del tercero, una solución al conflicto, libremente negociada.

En el ámbito penal, es la búsqueda de una solución libremente negociada entre las partes de un conflicto nacido de una infracción penal. La mediación es un procedimiento voluntario en el que las partes, es decir, las personas en conflicto, buscan los caminos y alternativas para solucionarlo de manera amigable y evitando la confrontación. Con la mediación se busca reencontrar armonía y paz, mediante la comunicación y el análisis de las propuestas que realizan los interesados.

3.2.2. La conciliación

Etimológicamente la conciliación proviene del vocablo latín *conciliatio, conciliatonis* que significa componer, ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí.

Guillermo Cabanellas, explica que “la conciliación representa la fórmula de arreglo concertado por las partes. El juicio de conciliación procura la transigencia de las partes, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar. El resultado puede ser positivo o negativo. En el primer caso las partes se avienen y todo queda resuelto, en el segundo, cada una de ellas queda en libertad para iniciar las acciones que le correspondan. Sus efectos son, en caso de avenirse las partes, los mismos de una sentencia y en este sentido puede pedirse judicialmente la ejecución de lo convenido”⁶⁷

Ormachea,⁶⁸ considera que la conciliación es un proceso consensual y confidencial de toma de decisiones en el cual una o más personas imparciales, conciliador o conciliadores, asisten a personas, organizaciones y comunidades en conflicto a trabajar hacia el logro de una variedad de objetivos.

Por tanto, las partes realizarán todos los esfuerzos con la asistencia del tercero para lograr su propia solución, mejorar la comunicación, entendimiento mutuo y empatía, mejorar sus relaciones, minimizar, evitar o mejorar la participación en el sistema

⁶⁷ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo I. Pág. 24

⁶⁸ Ormachea Choque, Iván. **Manual de conciliación**. Pág. 56



judicial, trabajar conjuntamente hacia el logro de un entendimiento mutuo resolver un problema o conflicto y resolver conflictos subyacentes.

Por otra parte, puede afirmarse que, desde el punto de vista de la psicología, la conciliación, consiste en un proceso en el que existe una situación de conflicto entre una o más personas, quien o quienes se someten a la intervención de un tercero imparcial, que desarrolla parte activa, y quien dirige y orienta, previo conocimiento de la situación de conflicto y por manejo de la comunicación, y propone las fórmulas de arreglo, todo lo anterior, con el fin de buscar el mutuo acuerdo como principio básico de la solución.

Con la conciliación, la resolución de este tipo de conflictos también fortalece el principio de economía del proceso, toda vez que el órgano jurisdiccional, el ente encargado de la persecución penal, y demás instancias regularmente involucradas en la búsqueda o inicio del proceso penal, pueden enfocar esos esfuerzos a lograr resultados en otros ámbitos o en otra naturaleza de problemas.

Couture,⁶⁹ define a la conciliación como “el acuerdo o avenencia de parte que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hacen innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual”.

La conciliación, desde sus albores, ha tenido como fin primordial servir de remedio a situaciones en conflicto. Etimológicamente, la *conciliatio* proviene del verbo *conciliare*, que significa concertar, poner de acuerdo, componer o conformar dos partes que se debaten en una controversia de intereses o en disidencia.

Esto lleva a decir que, la conciliación, tiene como condicionante el conflicto y como presupuesto la existencia de más de una voluntad. La conciliación, se define en su concepción general como el acuerdo que se produce entre las partes envueltas en un conflicto, las cuales desisten de su actitud litigiosa.

⁶⁹ Couture, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. Pág. 229



De la conciliación, puede decirse que no es ningún nuevo descubrimiento del mundo del derecho, aunque tal vez no se haya aplicado con intensidad en materia penal. Desde tiempos muy remotos, los seres humanos han demostrado tener la intención de promover un arreglo a los conflictos que se dan entre los individuos.

El antecedente más reciente de la conciliación, se encuentra en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y de abuso de poder, recomendadas por el 7mo. Congreso de la Naciones Unidas y adoptada por la Asamblea General en la Resolución del año 1985, donde señala el Artículo 7, como regla en el uso de la conciliación para la solución de las controversias.

La conciliación, resulta ser una de las mejores formas de abordar la solución de un conflicto generado por un delito, pues con ella se reintegra la participación que corresponde a los verdaderos dueños del conflicto, el imputado y la víctima, pero sin que un interesado directo en el mantenimiento y restauración de la armonía social, como es el Estado, quede al margen, sino que también participa en la resolución del asunto a través de la actuación principiante de sus tribunales.

Entre las ventajas de la conciliación, pueden mencionarse que es un mecanismo de solución alternativa del conflicto penal confidencial, la información es reservada, nadie se entera de su caso. En la conciliación las dos partes salen ganando, salen beneficiados, si llegan a un acuerdo. Es rápida, solo dura 30 días calendario. Es económica, porque solo hay que hacer un pago único y mínimo. Mejora la relación, toda vez que si hay acuerdo, las partes siguen siendo amigas, o mantienen una relación armoniosa.

En Alemania el acuerdo entre las partes del delito, asume un modelo conciliación autor-víctima, en cuanto refiere al Código Penal, en el *Strafgesetzbuch* (StGB) el Artículo 46a resalta la importancia de la posibilidad de que autor y víctima pudieran llegar a un acuerdo conciliatorio (*Täter-Opfer-Ausgleich*), agregando a la circunstancia de atenuante, la de prescindir de la pena cuando no se haya incurrido en pena grave, como puede ser la privación de libertad de hasta un año o multa por el equivalente de hasta 360 días.

Este supuesto, permite abarcar hechos que van más allá de delitos menores, además, las consecuencias del delito no tienen por qué haber afectado al actor como sucede en el Artículo 60 de la ordenanza procesal penal.



La conciliación entre víctimas y victimarios, en América Latina, ha ganado terreno y es impulsada en esta región por las transformaciones del sistema procesal penal a un modelo acusatorio, más que por los cambios del sistema penal sustantivo, aunque ha implicado un nuevo planteamiento de las bases de este último, por lo que constituye un tema de sumo interés para comprender la dirección en que se enfoca el rumbo de la justicia penal.

En la región latinoamericana, la conciliación penal ha provocado alguna susceptibilidad por su supuesto origen norteamericano y europeo, al estimarse ajena a sus costumbres; es cierto que, en materia penal, la conciliación comenzó a utilizarse en Estados Unidos y en Europa, sin embargo, no se trata de una institución que se pueda estimar como ajena a la idiosincrasia latinoamericana según se observa.

En primer término, se trata de una forma de solución alternativa de conflictos que ha sido utilizada de hecho con mucha frecuencia en estos países, incluso ante la existencia de un delito, sobre todo cuando estos son de poca gravedad o sus efectos son de carácter meramente patrimonial, y sin que haya mediado violencia sobre las personas.

Si bien estos sistemas penales, adoptan como regla el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, según el cual, frente a todos los hechos que se revisten como delitos, resultaba necesario iniciar una investigación policial que desembocara en un proceso penal, con el fin de averiguar la verdad en todos los casos, es indiscutible señalar también que, al margen, e incluso dentro del mismo sistema penal han, funcionado mecanismos selectivos, dentro de los cuales se deben mencionar los acuerdos previos entre víctimas y delincuentes, que permiten resolver el conflicto de manera distinta a las fijadas en la ley.



Exista o no reconocimiento formal, es evidente que en las comunidades se aplican criterios de conciliación para dirimir sus conflictos. Ello ocurre en todos los estratos sociales, incluso a lo interno de las organizaciones sociales y empresariales, debido a la tardanza e ineficacia del sistema oficial de justicia para resolver los problemas, ante el anacronismo de sus procedimientos, la corrupción, y la indiferencia estatal.

Según lo planteado por los estudiosos del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, “existen connotados conciliadores indios, reconocidos como jueces del lugar, que juegan un papel muy importante en el desarrollo de la cohesión y la armonía social dentro del grupo, que buscan un acuerdo entre las partes cuando surge un conflicto, cuya principal misión consiste en fijar la reparación del daño ocasionado, de manera satisfactoria para las partes involucradas. Dentro del proceso conciliatorio interesa, sobre todo, la reconstrucción de los hechos para la búsqueda de una verdad; el castigo por la falta está en último plano; es más importante volver a relacionar a dos miembros de la comunidad disgustados que castigar a un transgresor (...)”.⁷⁰

Estas situaciones se producen incluso hoy día entre las comunidades indígenas latinoamericanas, aunque formal y oficialmente no hayan logrado imponerse, ni sean acogidas en la ley.

En Colombia, tal y como lo regula el Artículo 41, procede la conciliación, en los delitos que admitan la indemnización integral, o el desistimiento. La celebración de la audiencia correspondiente, tendrá lugar dentro de los diez días siguientes a haber sido fijada en la resolución de apertura de la instrucción, o en cualquier momento, de oficio o a solicitud de los sujetos procesales.

Obtenida la conciliación, el fiscal o el juez, según el caso, podrán suspender la actuación por un término no superior a sesenta días para la ejecución de lo acordado. Una vez comprobado su cumplimiento, se dictará resolución inhibitoria de preclusión de la investigación o cesación de procedimiento. En caso de incumplimiento de lo pactado, se continuará de inmediato la actuación procesal.

⁷⁰ Stavenhagen, R. e Iturralde, D. **Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina.** Pág. 2



La conciliación en Guatemala, conforme a su regulación actual en el Código Procesal Penal, se prevé de la siguiente manera: formulada la solicitud por parte del Ministerio Público, por el síndico municipal, por el agraviado o el imputado o por el defensor para la aplicación de un criterio de oportunidad, el juez de paz citará a las partes, bajo apercibimiento de ley, a una audiencia de conciliación.

Presentes las partes, el juez explicará el objeto de la audiencia procediendo a escuchar, en su orden, al fiscal o auxiliar del fiscal o síndico municipal, a la víctima o agraviado y al imputado. Debe obrar el juez en forma imparcial, ayudando a las partes a encontrar una solución equitativa, justa y eficaz, para propiciar la solución del conflicto. La función del juez es la de ser un facilitador en la comunicación y el diálogo constructivo entre las partes. En todo caso, las partes podrán ser asistidas por sus abogados.

Si se llegare a un acuerdo, se levantará acta firmada por los comparecientes. Si no hubiere acuerdo, se dejará constancia de ello y continuará la tramitación del mismo. En el acta de conciliación se determinarán las obligaciones pactadas, entre las cuales se contemplará la reparación del daño y el pago de los perjuicios si hubiere lugar a ello, señalando, si así se hubiere acordado, el plazo para su cumplimiento y la constitución de las garantías necesarias. La certificación del acta de conciliación tendrá la calidad de título ejecutivo para la acción civil.

Si el Ministerio Público considera que es procedente el criterio de oportunidad y la víctima no aceptare ninguna de las fórmulas de conciliación propuestas, podrá otorgar la conversión de la acción a petición del agraviado.

3.2.3. Negociación

La justicia penal de estos tiempos, ha adoptado como uno más de sus objetivos, la búsqueda de soluciones más rápidas y menos costosas. Es así que, desde el mundo anglosajón, y también en Europa occidental,⁷¹ ha ganado terreno el movimiento de la

⁷¹ Alastuey, Dobón. **La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales**. Pág. 45



Restorative Justice, que persigue dentro de sus cometidos alcanzar una justicia menos formalizada.

A partir de la década de 1970, los reclamos de mayores derechos para las víctimas gozaron de un fuerte impulso. En estos reclamos, se exigían mejores prerrogativas para el ofendido por el delito, pero también se reclamaba una mayor participación del autor en el momento de solucionar el problema.

“De esta forma, se comenzó a explorar la posibilidad de que el tradicional modelo bipolar Estado-delincuente, basado en la idea de un enfrentamiento irreconciliable de intereses, deje paso a un modelo triangular que incluya a la víctima, por lo que, realizado este cambio de modelo, se pueda ir del modelo vigente de la dimensión vertical a una dimensión horizontal”.⁷² (sic.)

“A diferencia de la primera, en la justicia igualitaria, las decisiones provienen del desarrollo de un proceso en el que todos pueden participar en el momento de crear y ejecutar las normas”.⁷³ Este modelo, que “propicia la *integración* antes que la *disuasión*, procura la solución conciliadora del conflicto, la reparación del daño causado a la víctima y a la sociedad, y la pacificación de las relaciones sociales”.⁷⁴

La integración de todas las partes involucradas es su objetivo principal, antes que la segregación del delincuente y el olvido de la víctima. Pero también, dentro del sistema tradicional de hacer justicia, el modelo de proceso ha aceptado un procedimiento penal que contiene instancias basadas en el principio de oportunidad y la negociación entre el fiscal y el delincuente.

“Para su construcción, se han propuesto distintas vías, desde las vías alternativas al sistema legal y las soluciones informales o comunitarias, hasta las alternativas

⁷² Alastuey Dobón, **Op. Cit.** Pág. 51

⁷³ Christie, N. **El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la sobre criminalización**, en **Memorias XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal**, Universidad Externado de Colombia, 1998. Pág. 61 y s.

⁷⁴ García-Pablos, Antonio. **Tratado de criminología. (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)**. Pág. 993 y ss.



dentro del sistema penal material y formal".⁷⁵ Entonces, una vez aceptado el nuevo modelo triangular, en materia procesal, la búsqueda de la verdad material y el principio de oficialidad deben adaptarse para dar cabida a instancias de negociación, mediación o conciliación y/o aquellas que se rigen por el principio de oportunidad, permitiendo la suspensión, el archivo o la desviación del proceso.

Para ello, el procedimiento penal debe renunciar, en cierto modo, a la verdad material y conformarse con la búsqueda de una verdad formal o consensuada. En aras de tal emprendimiento, se han propuesto distintas vías, desde las alternativas al sistema legal, informal o comunitario, hasta las alternativas dentro del sistema penal material y formal.

Dentro de las alternativas que no renuncian al sistema penal, entendido como el procedimiento donde debe resolverse el conflicto causado por el delito, se encuentra la mediación y la conciliación. Asimismo, existen alternativas a la propia sentencia de condena o a la ejecución de la pena, legitimando instancias de negociación entre las partes del proceso, todas ellas relacionadas con la figura de la reparación; por ejemplo, como condición impuesta al delincuente que recibe un determinado beneficio material o procesal.

Todo este movimiento restaurador obedece, en cierta medida, a la revalorización que ha tenido la víctima en el derecho comparado, al influjo de la nueva criminología, especialmente por la victimología,⁷⁶ al movimiento abolicionista⁷⁷ y a distintas disposiciones de organismos internacionales, como el Convenio 116 del Consejo de Europa, de 1983; la Recomendación (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal, de 28 de junio de 1985; la Recomendación (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 sobre asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización; la "Declaración sobre los principios

⁷⁵ Hudson. **Op. Cit.** Pág. 76. El 10º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Viena en abril de 2000, propuso incrementar la adopción de mayores modelos de justicia restauradora o introducir la reparación en los distintos sistemas penales.

⁷⁶ Gulota, G. **La vittimologia: aspetti criminologici.** En: **Trattato di Criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense**, nº 3, **La criminología e il diritto penale.** Pág. 107 y ss.; Fattah, Ezzat. **La victime est-elle coupable? Le rôle de la victime dans le meurtre en vue de vol.** Pág. 113. Citados por Alastuey Dobón, **Op. Cit.** Pág.69

⁷⁷ Hulsman, Louk. **Sistema penal y seguridad ciudadana hacia una alternativa.** Pág. 49

fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder” ONU, de 1985; el Artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969).



En sus comienzos, la justicia penal negociada, tanto en Francia como en Inglaterra, estuvo vinculada con programas de mediación entre delincuentes y víctimas, con la idea de revalorizar la reparación, como indemnización o como reparación simbólica.

Siempre que se negocia dentro de un proceso, se busca la solución del conflicto, sea a través de una menor culpabilidad, o de aceptar unos hechos distintos de los realmente realizados, como sucede en el *plea bargaining* anglosajón, así como eludir etapas del proceso, eliminando la fase contradictoria y, de ser posible, la pena.

No puede haber duda, de que el objetivo político-criminal se dirige al encuentro de una nueva solución, algo así como un escalón intermedio entre el abandono de la persecución y la persecución, que beneficie a las partes negociadoras.

Ahora bien, muchas veces, las negociaciones comienzan fuera de la sede judicial, es decir, en la comisaría o sede de la Policía, o bien la oficina del Ministerio Público, lo que podría acentuar la desigualdad original de las partes negociadoras, provocando la deslegitimación de tal acuerdo. De todas formas, los sistemas que han aceptado el principio de oportunidad, han pretendido ofrecer todas las condiciones favorables para que acusador y acusado puedan acordar, a modo de transacción, una solución ventajosa, no sin antes renunciar a alguna de sus pretensiones o derechos.

En muchas de estas negociaciones, la Ley permite la extinción del procedimiento penal una vez operada la reparación del daño. En otras, dominadas por la idea de consenso, el proceso se suspende condicionalmente hasta el cumplimiento de condiciones o normas de conducta, por ejemplo, de la reparación del daño por el presunto culpable.

En algunos sistemas, el consenso se obtiene entre fiscal e imputado con la anuencia del juez; en otros, participa también la víctima. Por tanto, para evitar cualquier



confusión, semánticamente debe separarse la justicia penal negociada, en la que interviene el fiscal y no la víctima, de los procesos de conciliación, mediación y consentimiento entre el autor y la víctima, con participación del fiscal y el juez competente.

En el proceso penal alemán, rige la negociación del modelo fiscal-imputado, el principio de investigación, el que permite y obliga al juez la instrucción de la prueba y la formación de su libre convicción, respecto de la culpabilidad del inculpado que motive la condena, en detrimento del principio de negociación. Incluso, el juez puede rechazar la elección del proceso acelerado por parte del fiscal, o decidir unilateralmente el sobreseimiento libre cuando los hechos cometidos, a su juicio, le parecen de escasa gravedad. También puede, de acuerdo con el fiscal, decretar un archivo judicial de casos relativos a la pequeña delincuencia o contra la seguridad del Estado, así como, con el consentimiento del acusado por ejemplo, frente a la reparación del daño, puede acordar con el fiscal suspender la persecución penal. La Ley Procesal Penal Alemana (StPO) no previó hasta 1999, la posibilidad de acuerdos entre el fiscal, el acusado y el tribunal que pudieran modificar la forma del plenario, la calificación legal del hecho punible y la medida de la pena.

Sin embargo, en la práctica alemana se tornó cada vez más frecuente un acuerdo sobre la medida de la pena y un acortamiento de la vista oral, en particular en los asuntos relacionados con los delitos y la delincuencia económica. En los procesos relacionados con delitos económicos se negocia sobre la recepción de la prueba o el objeto del proceso, pero, especialmente, sobre el resultado del procedimiento; renunciando a interponer recursos en aras de la celeridad o llegando a un acuerdo para reparar los daños ocasionados, con lo que el acusado puede verse beneficiado con una pena benigna, o incluso el sobreseimiento total o parcial, la suspensión condicional de la pena o la propia aceptación de un caso de menor gravedad.

Este hecho, llevó paulatinamente a la aceptación práctica de procesos informales de negociación que permitían llegar a acuerdos informales (*informelle Absprachen*), los que se realizaban en asuntos de cierta complejidad como en materia económica, en los cuales, como en el *plea bargaining* anglosajón, el reconocimiento de la participación en determinados hechos por el acusado traería aparejada una promesa de reducción de la pena por el juez. “De esta forma, el proceso se vería acortado en



su fase contradictoria y de diligencia de la prueba, pero, además, permitiría la negociación sobre su propio objeto”.⁷⁸

Por ello, ante dicha práctica del acuerdo informal, y considerando que el legislador alemán desde 1975⁷⁹ “reforma constantemente su procedimiento penal en busca de mayor celeridad, la Ley para la Fijación de Acuerdos Compensatorios entre Autores y Víctimas y para la Modificación de la Ley sobre Instalación de Telecomunicaciones de 20/12/1999 incorporó a la StPO, en los parágrafos 153 a, ap. 1, nº 5; 155 a y 155 b, la posible admisión de los hechos por el inculpado”,⁸⁰ por lo que no se puede seguir hablando de acuerdos informales, sino de acuerdos formales en los que el fiscal y el imputado (el juez en fase de juicio) pueden negociar el prescindir de alguna etapa procesal o del propio juicio.

Este acuerdo, el cual puede ser impuesto como condición para la no persecución del hecho, ofrecido por las autoridades encargadas de la persecución, debe gozar del beneplácito de la víctima, que tiene la potestad de impedir el arreglo mediante su oposición.⁸¹ Esta potestad de la víctima es de suma importancia, y evita toda cuestión que en aras de beneficiar una justicia más rápida pudiera perjudicar los intereses del ofendido por el delito.

Negociar, significa trabajar para lograr no un acuerdo, sino el mejor de ellos. Es la ciencia y arte de asegurar un acuerdo entre dos o más partes independientes entre sí, que desean maximizar sus propios resultados comprendiendo que ganarán más, si trabajan juntos, que si se mantienen enfrentados.

⁷⁸ Schönemann, Bernd, *¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*. En: *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Pág. 295 y ss. Tiedemann, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*. Pág. 30

⁷⁹ Gómez Colomer, Juan Luis. *El sistema procesal penal alemán: su historia y principios más relevantes*. En: *Sistemas penales europeos, IV*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial. Pág. 250 y ss.

⁸⁰ *Ibid.* Págs. 253 y 263.

⁸¹ *Ibid.* Pág. 263 y s.



Pinkas Flint,⁸² la define como “un proceso de comunicación dinámico, en mérito del cual dos o más partes tratan de resolver sus diferencias e intereses en forma directa con el fin de lograr con ello una solución que genere mutua satisfacción”.

En toda negociación, concurren los siguientes elementos: la pluralidad de sujetos y la diferencia de intereses.⁸³ El objetivo que esta institución persigue, está orientado a lograr un nuevo orden de relaciones donde antes no existían, y, a modificar un conjunto de relaciones existentes por otras más convenientes para una de las partes o para ambas.

A diferencia de otros medios alternativos, la negociación se caracteriza porque son únicamente las partes quienes en el proceso negocian, tienen el manejo directo del desarrollo y solución del conflicto. Atendiendo a estas características, la negociación se puede clasificar de la forma que a continuación se dispone a relacionar.

- a) **Negociación distributiva:** es la negociación mediante la cual, el beneficio para una, se traduce inmediatamente en pérdida para la otra. Lo que gana uno lo pierde el otro, de allí su nombre tipo suma cero o ganar / perder. En este tipo de negociación, se maximiza el beneficio individual. Es por esto que se le conoce como la negociación del regateo.

- b) **Negociación integrativa:** se le conoce también como negociación basada en intereses o tipo suma no cero. Los negociadores buscan en forma conjunta una solución al problema que los aqueja. En vez de manejar el problema en forma competitiva fijando los puntos de resistencia, niveles de aspiración y metas, las partes desarrollan una metodología orientada a resolver el problema que aqueja a ambos. Planteando una situación comparativa, puede decirse que la negociación integrativa requiere una actitud similar a la que tienen dos alumnos resolviendo un arduo problema de álgebra.

⁸² Flint Blanck, P. **La negociación empresarial**. Pág. 23

⁸³ **Ibid.**



c) **Negociación racional:** puede ser definida como el tomar las mejores decisiones para ampliar el servicio a los propios intereses. En otras palabras, frente a una situación determinada, debe tomarse la decisión más acertada en cuanto a lo que conviene llegar a un acuerdo o si es preferible no acordar y, en caso de acordar, obtener el mejor resultado posible. Esta clase de negociación es la que debería emplearse en el procedimiento conciliatorio previo a la aplicación del principio de oportunidad, logrando un acuerdo satisfactorio para ambas partes, mediante la aplicación de las correspondientes técnicas y bajo la dirección del fiscal.

En América Latina, la negociación se ha asumido en el conocido procedimiento abreviado, así, en el proceso penal boliviano se establece en los Artículos 373 y 374, el cual puede resumirse de la siguiente manera:

Una vez concluida la investigación, el fiscal, previo acuerdo con el imputado y su defensor, fundado en la admisión del hecho y su participación en él, podrá solicitar al juez de la instrucción la aplicación del procedimiento abreviado, el que podrá negarlo en casos de oposición fundada de la víctima o que el procedimiento ordinario permita un mejor conocimiento de los hechos.

Durante la audiencia oral, el juez comprobará la real existencia del hecho, la participación del imputado, su renuncia voluntaria al juicio oral ordinario, así como que el reconocimiento de culpabilidad fue libre y voluntario. Finalmente escuchará al fiscal, al inculcado y a la víctima.

Aceptado el procedimiento, el juez dictará sentencia fundada en el hecho admitido por el imputado, imponiéndole una condena que no podrá superar la pena pretendida por el fiscal.

En Chile, se ofrece similar regulación procesal al procedimiento abreviado, del Artículo 406 al 415 de su Código Procesal Penal, donde se establece que, cuando el fiscal requiera la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o cualesquiera otras penas, exceptuando la de muerte, podrá solicitar al juez de garantía, proceder de conformidad al procedimiento abreviado.



El requerimiento del Ministerio Público, podrá realizarse verbalmente durante la audiencia de preparación del juicio o por escrito durante el trámite de cierre de la investigación, en cuyo caso, podrá modificar la acusación y la pena requerida, con el fin de facilitar la tramitación del procedimiento conforme a esta institución. Para resolver acerca de la solicitud del fiscal, el juez de garantía se asegurará que el imputado prestó libre y voluntariamente su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado y, especialmente, que no fue de ningún modo, objeto de coacciones ni presiones indebidas por parte del fiscal o de terceros, que conoce su derecho a exigir un juicio oral, y que comprende los términos del acuerdo y las consecuencias que de él pudieren derivarse.

El juez, una vez acordado el procedimiento abreviado, abrirá el debate y concederá la palabra al fiscal para que verbalmente realice una exposición resumida de la acusación y de las actuaciones y diligencias que la fundamentaren. Seguidamente, se escuchará al resto de los intervinientes y por último, al inculpado.

Concluido el debate, el juez dictará sentencia, en la que no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal. La sentencia condenatoria, en ningún caso, podrá fundarse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del inculpado, ni se pronunciará acerca de la demanda civil que hubiere sido interpuesta. La aplicación de este procedimiento, no se opondrá a la concesión, cuando correspondiere, de alguna de las medidas alternativas consideradas en la Ley.

En el Código Procesal de Venezuela, el procedimiento abreviado se regula en los Artículos del 373 al 375, cuando se trate de delitos que no ameriten sanciones privativas de libertad, o en los que la pena máxima imponible no supere los cuatro años de privación de libertad, o cuando se trate de delitos flagrantes, cualquiera que sea la pena asignada al delito, a propuesta del Ministerio Público.

En los casos de delitos flagrantes, el fiscal, presentado el inculpado y las actuaciones, dentro de las veinticuatro horas siguientes, lo presentará al Juez de control, quien, previa comprobación de la concurrencia de las condiciones de flagrancia que prevé la ley, remitirá las actuaciones al tribunal unipersonal, que



convocará directamente el juicio oral, a celebrarse dentro de los diez a quince días siguientes. En estos casos, la acusación del fiscal será presentada en la audiencia del juicio oral.

Cuando se trate de delitos menores, dentro de los cinco días siguientes del primer acto de procedimiento, el Ministerio Público podrá solicitar al juez de control la aplicación del procedimiento abreviado que, de aprobarlo, procederá de la forma descrita anteriormente, y, en caso contrario, ordenará la continuación del procedimiento ordinario.

Por su parte, el Código Procesal de Guatemala, regula Procedimiento abreviado del Artículo 464 al 466, donde precisa que si el Ministerio Público estima suficiente, la imposición de una pena no mayor a cinco años de privación de libertad, o de una pena no privativa de libertad, o aún en forma conjunta, podrá solicitar que se proceda por vía del proceso abreviado, concretando su requerimiento ante el juez de primera instancia en la etapa intermedia.

Para ello, el fiscal deberá contar con el acuerdo del imputado y su defensor, que se extenderá a la admisión del hecho descrito en la acusación y su participación en él, y a la aceptación de la vía propuesta, y precisa que la existencia de varios imputados en un mismo procedimiento no inhibirá la aplicación de estas reglas a alguno de ellos.

El juez oír al imputado y dictará la resolución que corresponda, sin más trámite. Podrá absolver o condenar, pero la condena nunca podrá superar la pena requerida por el Ministerio Público. Se aplicarán, en lo pertinente, las reglas de la sentencia.

La sentencia se basará en el hecho descrito en la acusación admitida por el imputado, sin perjuicio de incorporar otros favorables a él, cuya prueba tenga su fuente en el procedimiento preparatorio, y se podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación.

Si el tribunal no admitiere la vía solicitada, y estimare conveniente el procedimiento común, para un mejor conocimiento de los hechos o ante la posibilidad de que

corresponda una pena superior a la señalada, rechazará el requerimiento y emplazará al Ministerio Público, para que concluya la investigación y formule nuevo requerimiento.



La solicitud anterior sobre la pena, no vincula al ministerio público durante el debate. Contra la sentencia, será admisible el recurso de apelación, interpuesto por el Ministerio Público, o por el acusado, su defensor y el querellante por adhesión.

La acción civil no será discutida, y se podrá deducir nuevamente ante el tribunal competente del orden civil. Sin embargo, quienes fueron admitidos como partes civiles podrán interponer el recurso de apelación con las limitaciones establecidas, y solo en la medida en que la sentencia influya sobre el resultado de una reclamación civil posterior.



CONCLUSIONES



1. La pena de privación de libertad, devenida históricamente en un “mal necesario”, impide que se cumplan los fines de la sanción; en cambio, las sanciones subsidiarias a esta, se han convertido en la práctica, en una salida para lograr la reinserción del sancionado. El derecho penal debe convertirse en el último recurso a utilizar por el Estado.
2. La resocialización como institución, surge desde la segunda mitad del siglo XIX debido a la necesidad de reinsertar a las personas que resultan sancionadas por la ley; y evitar con ello, la reincidencia de los mismos en nuevos delitos; aunque cuenta con algunos principios y fundamentos que le sirven de base, desde la dogmática, no se ha logrado una definición o conceptualización concreta, que permita delimitar de forma precisa y objetiva, sus fundamentos y postulados teóricos, así como sus condiciones, requisitos y fines.
3. La resocialización, desde el mismo momento de su surgimiento, ha sido objeto de numerosas críticas que pueden agruparse, en correspondencia a los puntos que atacan en dos aspectos fundamentales: uno que fundamenta la crisis en los problemas intrínsecos que como institución presenta la tesis resocializadora, y el segundo, el cual evidencia el fracaso de la resocialización por ser catalogada como elemento destinado a legitimar la existencia de las cárceles y las penas privativas de libertad, a modo de impedir hacer más convincente su caída en descrédito.
4. El sistema penitenciario de Guatemala, regulado legalmente en el Decreto 33-2006 del Congreso de la República, no ha logrado su verdadera institucionalización en todos los centros penitenciarios de la República, por falta de voluntad política del gobierno, el que a pesar de ajustarse a las exigencias de los tratados internacionales, en la materia deviene en letra muerta.



5. Constituyen la conciliación, la mediación, la negociación, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, las principales tendencias que actualmente conforman el principio de oportunidad y presencia como limitación, la inaplicabilidad a todos los tipos penales, solamente se aplica a aquellos que por su naturaleza carecen de peligrosidad social.
6. La mediación penal, en particular, resulta un instrumento admisible, válido y legítimo para la resolución alternativa de conflictos, que tiene como objetivo primordial el restablecimiento de la paz, la solución del conflicto, evitar la realización de un juicio, extender el servicio de justicia a los marginados, dar una respuesta ágil y útil a la sociedad, descomprimir los juzgados penales, evitar la estigmatización del sindicado, mejorar el servicio de la administración de justicia y recuperar la credibilidad de la sociedad en su conjunto.
7. La aplicación de criterios de oportunidad, en el proceso penal de Guatemala, posibilita el reconocimiento de una justicia restaurativa, en tanto ofrece a la víctima, a la comunidad y al acusado la solución del conflicto penal, por vía pacífica, alejada de la intervención estatal, constituyendo además una expresión de la intervención mínima del derecho penal en los conflictos sociales.
8. Los mecanismos alternativos a la solución del conflicto en la realidad social de América Latina, constituyen como expresión de justicia restaurativa, una tercera vía del derecho penal, que tiende a resolver los conflictos penales y restaurar la paz social, permitiendo a través de la reparación y conciliación un medio idóneo y eficaz para lograr su objetivo y restablecer consecuentemente la credibilidad en las instituciones.

RECOMENDACIONES



1. A la Dirección del Sistema Penitenciario en Guatemala, como máximo responsable de la ejecución de las sanciones privativas de libertad, que cumpla las exigencias previstas legalmente en la Ley del sistema penitenciario y en la Constitución de la República en materia de derechos de los sancionados a efecto de minimizar los efectos que marginan y estigmatizan al recluso.
2. Dado que el régimen de reeducación progresivo que reconoce la Ley del Sistema Penitenciario en Guatemala, y que en la realidad y la práctica no ha ofrecido resultados alentadores, se recomienda la realización de estudios por parte de los especialistas del sistema, a fin de buscar fórmulas innovadoras que permitan implementarlo de manera que se advierta en el condenado, su real reeducación y dejen de constituir las prisiones guatemaltecas centros de egreso de especialistas en la comisión de actividades ilegales.
3. A los operadores del sistema de justicia penal, de conformidad con las pautas reconocidas en el Código Procesal Penal, hacer un mayor uso del criterio de oportunidad, así como también de los mecanismos alternativos a la solución del conflicto como expresión de la justicia restaurativa, para lograr minimizar los efectos marginadores de la sociedad de las penas privativas de libertad, que se pudieran imponer en ocasión de la comisión de delitos menores y de media peligrosidad social.
4. Incorporar a los programas de formación académica y profesional, los resultados de la presente investigación, junto a otros relacionados con el tema como una propuesta de resolución de conflictos penales, de manera que se promueva en América Latina la necesidad de aplicar y perfeccionar los métodos pacíficos de solución de casos penales.
5. Que el Organismo Judicial promueva entre los operadores del sistema de justicia penal, cursos de mediación, negociación y conciliación, a fin de propiciar su mejor uso en beneficio de la solución del conflicto penal tanto para el acusado,

como para la víctima, así también, para el propio sistema judicial; lo propiciará su descongestionamiento.



BIBLIOGRAFÍA



- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Garantismo Procesal versus Prueba Judicial Oficiosa**. Lima, Perú: Editorial Juris. 2006.
- ALASTUEY, DOBÓN. **La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales**. Valencia, España: 2000.
- ANGULO ARANA, Pedro Miguel. **“El Principio de Oportunidad en el Perú, serie derechos y garantías”**. Lima, Perú: Editorial Palestra. 2004.
- ANITUA, G. y BORINSKY, M. **“Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos”**. En: *Sistemas procesales penales comparados*. Editorial Ad Hoc. 1999.
- ARMENTA, Deu. **Criminalidad de bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España**. Barcelona, España: Editorial PPU. 1991.
- BARDALES RÍOS, Artemio. **El Principio de Oportunidad en el Proceso Penal Peruano**. Lima, Perú: Librería y Ediciones Jurídicas. 2003.
- BARATTA, Alessandro. **“Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”**. En: *Cuadernos de Política Criminal Nº 24*. Madrid, España: 1984.
- BERNAL CUELLAR, Jaime y EDUARDO MONTEALEGRE, Lynett. **El Proceso Penal – Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio – Tomo I**. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, Quinta Edición. 2004.
- BINDER, Alberto M. **Funciones y difusiones del Ministerio Público Penal**. *Revista de ciencias penales de Costa Rica*. Noviembre 1994. Año 6. N.9.
- BINDER, Alberto M. **“La Fuerza de la inquisición y la debilidad de la República”**. En: *Revista del Instituto de Ciencia Procesal Penal*. Lima, Perú: Primera Edición. Junio, 2006.
- CARNACINI. **Tutela jurisdiccional y técnica del proceso**. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1953, núm. 12.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VI**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta. 1989.
- CAFFERATA NORES, J. **El Principio de Oportunidad. Cuestiones actuales sobre el proceso penal**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Del Puerto, 1997.

CARVAJAL BARRIONUEVO, Marcela y GONZÁLEZ MAROTO, Renée. **El Principio de Oportunidad Reglado**. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica. 1997.



COUTURE, Eduardo. "La enseñanza de Chiovenda sobre interpretación de leyes procesales". En: **Revista de Derecho Procesal**. Año 1971. N° 3 y 4

CEREZO MIR, José. **Problemas fundamentales del Derecho Penal**. Madrid, España: Editorial Tecnos. 1982.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. **El proceso penal teoría y práctica**. Lima, Perú: Palestra Editores, Quinta edición. 2003.

DÍAZ CABIALE, José Antonio. **Principios de Aportación de Parte y Acusatorio**. Lima, Perú: Editorial Comares. Primera edición. 1996.

DIEZ RIPOLLES, José Luis. **El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena, Actualidad Penal, N° 1**. Madrid, España: 2001.

DEVOTO, Eleonora A. **Sobre la mediación penal. Algunas consideraciones relativas a su justificación teórica**. Disponible en: <http://www.servilex.com.pe/>. Fecha de consulta: 20 de mayo de 2015.

ESQUINAS VALVERDE, P. "La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?". En: **Revista penal, n° 18**. 2006.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IV. Buenos Aires, Argentina: Editorial Driskill, S. A. 1978.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal**. Madrid, España: Editorial Trotta. 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **El Garantismo y la Filosofía del Derecho**. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, Primera reimpresión, 2001.

FERREIRO BAHAMONDE, G. En: **La víctima en el proceso penal**. Madrid, España: 2005.

FEUERBACH, Paul Johan Anselm. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, Gissen, 1832**. En castellano: "Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania". Traducción de Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Editorial Hammurabi.

FLORES, Imer B. **Apuntes para una teoría y práctica del derecho judicial: Algunas reflexiones críticas sobre la técnica jurídica**. (s. a.) (s.l.e). 2008.

GARCÍA PABLOS, A. **El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada**

“victimización terciaria”. En VV.AA, **La victimología**. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.



- GARCÍA, Cotarelo. **El régimen económico de la Constitución española. Lecturas sobre la Constitución española**. Madrid, España: 1994.
- GIMENO SENDRA, Vicente. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Editorial Colex, Primera edición. 2008.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Formas Alternativas de Resolución de Conflictos**. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Desalma. 1995.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch. 1989.
- HENDLER, Edmundo S. **Las garantías penales y procesales – Enfoque histórico comparado**. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Del Puerto. 2001.
- JAKOBS, Günther. **Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación**. Madrid, España: Marcial Pons. 1995.
- JESCHECK, Hans–Heinrich. **Tratado De Derecho Penal; Parte General**. Granada, España: Editorial Comares, Cuarta Edición. 1993
- MELGAREJO BARRETO, José. **Manual del Principio de Oportunidad**. Lima, Perú: Jurista Editores. 2002.
- MIR PUIG, S. **Derecho Penal. Parte General**. Barcelona, España: Editorial IB de F Séptima Edición. 2007.
- MORALES MIRANDA, Micaela. **Debido Proceso, Principio de Oportunidad y Legalidad**. Panamá: ILANUD. Development Associates. ILANUD. 1995.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. **Manual del derecho procesal penal**. Lima, Perú: Editorial Alternativas SRL. Primera edición. 1996.
- PALACIOS DEXTRE, Darío y MONGE GUILLERGA, Ruth. **El Principio de Oportunidad en el Proceso Penal Peruano**. Lima, Perú: Editora FEAT. 2003.
- PEÑA GONZÁLES, Oscar. **Manual de Conciliación Extrajudicial**. Lima, Perú.
- PÉREZ PÍNZÓN, Álvaro Orlando. **Los principios generales del proceso penal**. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. “La víctima ante el Derecho penal; especial referencia a las vías formales e informales de reparación y conciliación”. En: **Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva serie**. Universidad de Córdoba, Argentina, n° 3, 2000.



- QUERALT, J. J. **“Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos”**. En: **Política criminal y un nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin**. J. M. Barcelona, España: Editorial Bosch. 1997.
- RESTREPO FONTALVO, Jorge. **Criminología, un enfoque humanístico**. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A. 2002.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **El Consenso en el Proceso Penal Español**. Barcelona, España: Editorial Bosch. 1997
- RONDÓN VALDÉS, Jorge. **Trabajo de Diploma. Principio de Igualdad y Contradicción; una visión actual de estos principios**. Universidad de Oriente. 2005.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General**. Madrid, España: Editora Civitas. 1997.
- ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Traducción de la 25° edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. pastor. Revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aire, Argentina: Editores del Puerto SRL. 2000.
- STAVENHAGEN, Rodolfo e ITURRALDE, Diego. **Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina**. México: Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1990.
- SILVA FORNÉ, Diego. **“La Codificación Penal y el Surgimiento del Estado Liberal en España”**. En: **Revista de Derecho Penal y Criminología, 2° época, N° 7, enero 2001**.
- URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. **“El Principio de Oportunidad en el proyecto de Código de Procedimiento Penal –estado actual-”**. En: **Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia**. Bogotá, Volumen XXIV, Número 74, Enero / Diciembre 2003.
- TORRES CARO, Carlos. **El Principio de Oportunidad: Un Criterio de Justicia y Simplificación Procesal**. Editorial Gráfica Horizonte. 1994.
- TOZZINI, Carlos A. **El Principio de Legalidad en el “Penalista Liberal” controversias nacionales e internacionales en Derecho Penal, procesal penal y criminología homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi. 2004.
- VARONA MARTÍNEZ, G. **La mediación reparadora como estrategia de control social. Una nueva perspectiva criminológica**. Granada, España: Editorial Comares, 1998.
- VECINA FUENTES, J. **“El Principio de Oportunidad en el proceso penal Español”**. II Congreso internacional de Derecho Penal. Consecuencias

jurídicas del delito. (Septiembre de 1997) Perú: Editorial Universidad Pontificia Católica del Perú, 1997.



VELÁSQUEZ LYONS, Luis Felipe. **“Política Social y Política Criminal”**. **Lecciones de Criminología**. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A., 1988.

VIADA, C. **Lecciones del Derecho Procesal Penal**. Madrid, España: Imprenta Alpe SL. 1950.

VON HIRSCH, Andrew. **“Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena.”** En: ARROYO ZAPATERO, Luis y NEUMANN, ULFRID, Nieto Martín Adán. (Coord.): **Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo**. Cuenca, España: Editorial Universidad de Castilla-La Mancha. 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las Penas Perdidas**. Buenos Aires, Argentina: Editoria EDIAR, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El Derecho Penal liberal y sus enemigos**. España: Lectio Doctoralis. Universidad de Castilla-La Mancha, Enero, 2004.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal Parte General**. Buenos Aires, Argentina: Editorial EDIAR. Segunda Edición. 2005.

Legislación:

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

Código Procesal de Costa Rica, aprobado en 1996.

Código Procesal de Perú, aprobado en 1995.

Código Procesal de Venezuela, aprobado en 1998.

Código Procesal del Salvador, aprobado en 1996.

Código Procesal Federal de México, reformado en 1993.

Constitución Política de Perú, promulgada en 1993.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1948.

Ley 62, Código Penal Cubano, promulgado en 1987.

Ley Orgánica y de Procedimientos de la Justicia de Menor Cuantía, Reg. Oficial de Mendoza, 1880.

V. Código de Procedimientos Penales de Costa Rica. San José, 1985.

Ley 5. Ley de Procedimiento Penal, promulgada en 1977.

