

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



**INCIDENCIA DEL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO REHABILITADOR
EN LA SOCIEDAD DE GUATEMALA**

KEVIN ALEXANDER MOLINA MERLOS

GUATEMALA, AGOSTO DE 2017

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

**INCIDENCIA DEL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO REHABILITADOR
EN LA SOCIEDAD DE GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

KEVIN ALEXANDER MOLINA MERLOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto de 2017

**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:	Licda.	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

**TRIBUNAL QUE PRÁCTICO
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente:	Lic.	Igmain Galicia Pimentel
Vocal:	Licda.	Alis Julieta Perez Castillo
Secretario:	Lic.	Gerardo Prado

Segunda fase:

Presidente:	Lic.	Héctor René Granados Figueroa
Vocal:	Lic.	Adolfo Vinicio García Méndez
Secretario:	Lic.	Misael Torres Cabrera

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



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

Lic. Erick Fernando Rosales Orizabal
Abogado y Notario
 No. Col. 7043



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 28 de marzo de 2016.

Atentamente pase al (a) Profesional, ERICK FERNANDO ROSALES ORIZÁBAL
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
KEVIN ALEXANDER MOLINA MERLOS, con carné 201014472,
 intitulado INCIDENCIA DEL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO REHABILITADOR EN LA SOCIEDAD DE
GUATEMALA.

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

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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

[Handwritten signature]
DR. BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

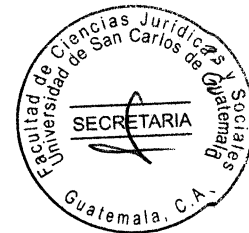
Fecha de recepción 02 / 08 / 2016 f)

[Handwritten signature]
Asesor(a)
 (Firma y Sello)
Lic. Erick Fernando Rosales Orizabal
Abogado y Notario
 No. Col. 7043

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala





LIC. ERICK FERNANDO ROSALES ORIZABAL

Abogado y Notario

21 Calle 6-49 2do nivel, oficina nueve, edificio Olisa z.1

TEL: 34799978 / 54312503

Guatemala, seis de septiembre de dos mil dieciséis

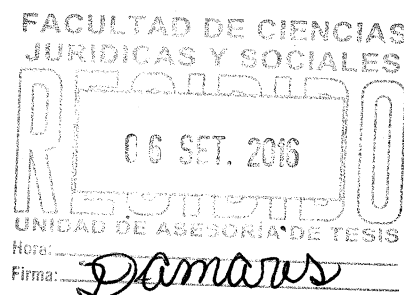
Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho



Respetable jefe de Unidad de Tesis:

En cumplimiento de la resolución dada, por la cual se me designó asesor del bachiller **Kevin Alexander Molina Merlos**, con carne: 201014472 en la realización del trabajo de tesis titulado: **"INCIDENCIA DEL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO REHABILITADOR EN LA SOCIEDAD DE GUATEMALA"**. Procedente resulta dictaminar respecto a la asesoría del mismo debido a las siguientes justificaciones:

DICTAMEN:

- a) Derivado del contenido objeto de desarrollo, análisis, aportaciones y teorías sustentadas por el autor, ello meritoriamente se calificó de sustento importante y valedero al momento de la asesoría efectuada; circunstancias académicas que desde todo punto de vista deben concurrir y son atinentes a un trabajo de investigación de tesis de grado.
- b) En la presente investigación, el bachiller utilizó la técnica de investigación documental que consistió en recopilar diversa información del tema, sus antecedentes, fundamentando y complementando su investigación, posteriormente el método científico como la serie de pasos que conducen al conocimiento de la problemática a desarrollar.



LIC. ERICK FERNANDO ROSALES ORIZABAL

Abogado Y Notario

21 Calle 6-49 2do nivel, oficina nueve, edificio Olisa z.1

TEL: 34799978 / 54312503

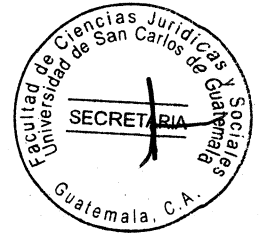
- c) Aunado a lo expuesto se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría concedida, habiéndose apreciado también el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo, exigidos por el normativo reglamentario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de nuestra Universidad de San Carlos de Guatemala, y por ende en el presente dictamen se determina expresamente que el trabajo de investigación cumple satisfactoriamente con los requisitos establecidos en el Artículo treinta (31) y uno de dicho normativo.
- d) Entre los objetivos se encuentran tanto la creación de nuevos centros carcelarios, así también el cumplimiento del fin supremo del derecho penal como rama eminentemente rehabilitadora en la vida del recluso al incorporarse en la sociedad tomando en cuenta la educación y las actividades tomadas para dicho fin, no obstante se comprueba la hipótesis que la ejecución de la pena establecida en el cuerpo legal estipulado debe de servir íntegramente de reeducar al recluso para ser integrado a la sociedad una vez cumplida su pena, mediante la participación en programas de rehabilitación y reinserción laboral.
- e) Declaro que no soy pariente dentro de los grados de ley del sustentante y otras consideraciones que estime pertinentes y que puedan afectar la objetividad del presente dictamen.
- f) Por lo expuesto concluyo que el trabajo de tesis del bachiller **KEVIN ALEXANDER MOLINA MERLOS**, intitulado: **"INCIDENCIA DEL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO REHABILITADOR EN LA SOCIEDAD DE GUATEMALA"**, no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación en teorías, análisis y aportes tanto de orden legal como de academia, ello en atención a las normativas y presupuestos reglamentarios regulados para el efecto. En consecuencia me permito dictaminar favorablemente.

~~Licenciado Erick Fernando Rosales Orizabal~~

~~Abogado y Notario~~

~~Asesor de Tesis~~

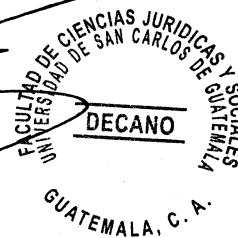
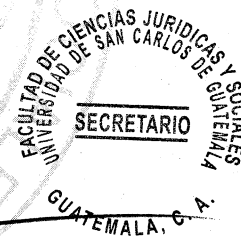
Lic. Erick Fernando Rosales Orizabal
Abogado y Notario
No. Col. 7043

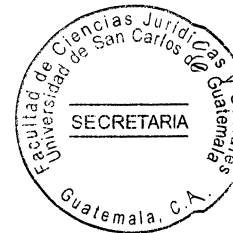


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 28 de junio de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante KEVIN ALEXANDER MOLINA MERLOS, titulado INCIDENCIA DEL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO REHABILITADOR EN LA SOCIEDAD DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por estar conmigo en los momentos más tristes y más duros en toda mi vida y por acompañarme en esta etapa, que sin su ayuda esto no fuera posible. Gracias de todo corazón padre.

A MIS PADRES:

Aura Marina Merlos García (Q.E.P.D), por ser una mujer a la cual llevo en todo mi corazón y siempre la recordare con amor y Erick Antonio Molina Castellanos, por su apoyo y amor incondicional siempre.

A MI HERMANO:

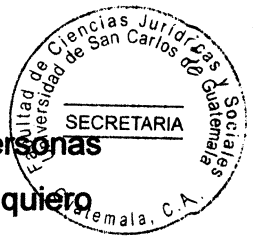
Erick Geovani Molina Merlos, mi ejemplo a seguir en esta vida, su apoyo incondicional en cada momento de mi vida, al cual le soy muy agradecido, te quiero mucho.

A MI CUÑADA Y SOBRINO:

Mercedes Recinos, por ser ese apoyo en la etapa universitaria y mi sobrino José David Molina Recinos, por llegar en el momento más oportuno y que esto sirva de ejemplo para su vida, con mucho amor bebito.

A MIS ABUELOS:

Papa Tono y Mama Tina, por ser personas sabias, las cuales admiro, aprecio y quiero mucho, gracias por su apoyo y aprecio en las etapas de mi vida, con mucho cariño.



A MIS TÍOS:

Rocael Molina, Edwin Molina, Efraín Molina y Patricia Molina, por su apoyo y cariño en todo momento, gracias por cada uno de sus gestos de amor.

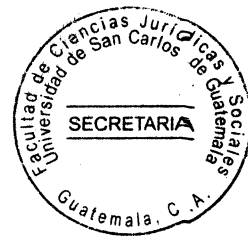
A MIS PRIMOS:

Harry, Marian, Tonito, Cristian, Andrea, Alison, Estefany con mucho cariño y respeto, en especial a Kevin Molina, por todo su apoyo y cariño en cada etapa de este proceso.

A LA UNIVERSIDAD DE

SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Por abrirme sus puertas para alcanzar la superación y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, con mucho amor y respeto.

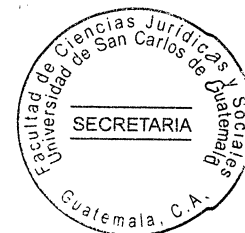


PRESENTACIÓN

La investigación efectuada constituye una de tipo cualitativo pues estudia las características del derecho penal como ciencia y su finalidad, siendo esta la rehabilitación del delincuente, estableciendo la manera en que el Estado materializa la consecución de este objetivo, a través de un marco institucional calificado y competente y una normativa de carácter programático y garantista que respeta en todo momento los derechos fundamentales de los sujetos infractores de la ley.

El contenido de sus argumentaciones y conclusión discursiva pertenecen al derecho penal, en general, lindando en algunos de sus principios y normas con el derecho penitenciario y constitucional, en el aspecto dogmático de sus disposiciones, pues es de tener en cuenta, que el derecho penal moderno se inserta en las corrientes liberales del constitucionalismo.

El objeto investigado fue la normativa relacionada a la rehabilitación del delincuente, como expresión del principio de legalidad que informa al derecho penal, en la Constitución Política de la República de Guatemala, como sujetos de investigación se encuentran los reclusos que guardan prisión en los diversos centros carcelarios, efectuada dicha investigación en el territorio de Guatemala comprendido del dos mil quince al dos mil dieciséis. La presente investigación, ofrece como aporte académico, la necesidad de que el Estado busque la rehabilitación del recluso, el estudio fue efectuado y realizado en la ciudad de Guatemala en los meses de enero a julio del año dos mil dieciséis.



HIPÓTESIS

Los actuales incidentes y muertes en los centros carcelarios por la no rehabilitación y el no educar a los reclusos en ámbitos sociales y de convivencia común, no conllevan al objetivo principal del derecho penal como ciencia, forma eficaz y concreta, la construcción de nuevos centros carcelarios con mobiliario adecuado a la rehabilitación de los reos, el aumento de ingresos económicos al sistema penitenciario para el cumplimiento de sus fines.

La imposición de nuevas tendencias como nuevas formas de desarrollo cognitivo y social de los reclusos, para al momento del cumplimiento de su condena tengan una nueva forma de pensar y vivir junto al conglomerado y que la incorporación a la misma, sea una nueva experiencia y oportunidad.

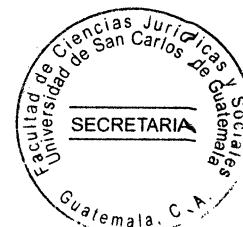


COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis de la presente investigación utilizó el método analítico partiendo del marco normativo garantista que caracteriza al derecho penal moderno, el cual funge como principio de legalidad de toda intervención estatal en el ámbito del sistema de justicia penal, poniendo especial atención a la fase de ejecución de la pena, que según las leyes de la materia es el momento en el cual el delincuente que cumple condena tiene la oportunidad de ser reeducado para que pueda ser integrado nuevamente a la sociedad, una vez cumplida su pena, mediante la participación en programas de rehabilitación y reinserción laboral implementado por el sistema penitenciario.

El hallazgo a que se arribó fue la comprobación que dentro del sistema penitenciario existen programas que buscan la reintegración social del recluso, atendiendo distintas esferas de la vida social, salud, psicológica, laboral, académica, social; evidenciado que el problema reside, más que en el aspecto presupuestario, en la sobrepoblación carcelaria, sobrepasando las capacidades y finalidades rehabilitadoras del derecho penal, en general, y del sistema penitenciario, en particular.

Nuevamente se establece que dichos programas al verificar y analizar los mismos son inactivos en el sentido que estos desde hace mucho tiempo no se utilizan, siendo comprobada dicha hipótesis de la investigación con la ineficiencia que se sufre en presupuesto e instalaciones a nivel carcelario al no realizarse la rehabilitación y readaptación de los reclusos al ámbito social, como lo establece la Ley del Régimen Penitenciario.



ÍNDICE

Pág.

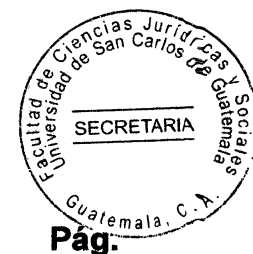
Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1. Naturaleza jurídica.....	3
1.2. Contenido.....	6
1.3. Fines.....	10
1.4. Antecedentes.....	11
1.5. Características del derecho penal.....	23
1.6. Evolución histórica del derecho penal.....	25
1.6.1. Período de la venganza privada.....	26
1.6.2. Período de la venganza divina.....	27
1.6.3. Período humanitario.....	27
1.6.4. Período científico.....	28

CAPÍTULO II

2. El delincuente.....	31
2.1. Generalidades.....	31
2.2. El delincuente.....	33
2.3. Clasificación del delincuente según la criminología positivista.....	38
2.4. Principales corrientes criminológicas.....	46



CAPÍTULO III

3. El delito.....	49
3.1. Naturaleza del delito.....	51
3.2. Criterios para definir el delito.....	53
3.3. Elementos característicos del delito.....	55
3.3.1. La acción.....	56
3.3.2. La tipicidad.....	59
3.3.3. La antijuridicidad.....	62
3.3.4. Culpabilidad.....	64
3.4.5. Punibilidad.....	67
3.5. Función de los elementos negativos del delito.....	69

CAPÍTULO IV

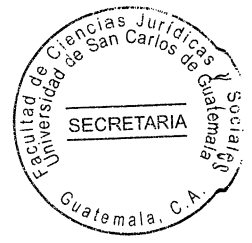
4. Sistema penitenciario.....	73
4.1. Objetivo.....	75
4.2. Fines.....	80
4.3. Principios.....	84
4.4. Funcionamiento.....	87

CAPÍTULO V

5. Incidencia del derecho penal como derecho rehabilitador en la sociedad guatemalteca.....	91
5.1. Rehabilitación del delincuente.....	95



5.2. Educación social.....	98
5.3. Ventajas de rehabilitación del delincuente.....	106
5.4. Regulación guatemalteca que lo abarca.....	107
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	111
BIBLIOGRAFÍA.....	113



INTRODUCCIÓN

La investigación realizada versa sobre la incidencia del derecho penal como rehabilitador del delincuente con miras a su reinserción social tras el cumplimiento de la pena impuesta por el sistema judicial luego de cometida una transgresión a la ley. El tema fue motivado por las múltiples dudas sobre la efectividad del derecho penal en la disminución de los altos índices delincuenciales presentes en la actualidad en la sociedad guatemalteca, lo que pareciera desvirtuar la prevención general que caracteriza a la norma penal, al ser el mismo sistema de cumplimiento de penas el que produce efectos multiplicadores de la delincuencia.

Entendiendo en este trabajo que la prevención general, como finalidad implícita a la ley penal de contener con una amenaza los impulsos o motivaciones que pudieran llevar a delinquir a una persona, conlleva a su vez, la finalidad de rehabilitación del delincuente, de manera que una vez cumplida la pena, el infractor desista de delinquir por haber sido sometido a un tratamiento humano y respetuoso de su dignidad como persona, y lo haga recapacitar sobre la necesidad de un cambio de conducta de su parte, que le permita integrarse a la sociedad, brindándole los medios u oportunidades para lograrlo satisfactoriamente.

Los objetivos propuestos en el plan de la presente investigación fueron alcanzados, pues se estudiaron los actuales mecanismos de cumplimiento de penas, implementados mediante programas de rehabilitación a lo interno de los centros de carcelarios habilitados por el sistema penitenciario.

Además, la hipótesis planteada fue confirmada analíticamente, pues se comprobó a la luz de la evidencia, que la capacidad presupuestaria y de infraestructura del sistema penitenciario es insuficiente a la población carcelaria que alberga, sobrepasando la capacidad de los programas de rehabilitación implementados y la del personal a cargo de llevar a feliz término los mismos.

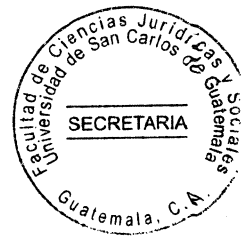


De esta manera, el trabajo inicia exponiendo en el primer capítulo, las características y finalidades del derecho penal, así como su evolución científica hasta la actualidad; en el segundo capítulo, se aborda la figura del delincuente, las teorías sobre el mismo durante las distintas etapas del desarrollo del derecho penal; en el tercer capítulo, se analizan cada uno de los elementos constitutivos del delito, los cuales deben concurrir en toda acción penalmente relevante; en el cuarto capítulo, se estudia la organización del sistema penitenciario como la instancia encargada directamente de la rehabilitación del delincuente; finalizando en el quinto capítulo, donde se arriba al cuestionamiento sobre la incidencia del derecho penal como rehabilitador del delincuente en beneficio de la sociedad.

Constituirá un aporte la presente investigación en la medida que su lectura propicie la reflexión sobre el problema, pues solo cuestionando la realidad se contribuye a buscar mejores respuestas de solución.

Se establece desde el punto de vista legal que es una problemática eminentemente humana y de décadas atrás, considerando que lo regulado en los mismos cuerpos legales no se cumple al margen de lo estipulado para que el fin supremo del derecho penal sea tomado desde su esencia el ser eminentemente rehabilitador, tomando en cuenta que al formar a las personas que cumplen una pena en cualquier centro carcelario puedan salir del mismo teniendo una perspectiva diferente de lo que es la vida, la sociedad y la convivencia en el entorno social.

Finalmente y con base a ello se formula la conclusión que existen vacíos y la no rehabilitación en el entorno social del diario vivir del recluso, a lo largo de la evolución histórica del mismo derecho penal quedándose estancado en la problemática que afecta día con día el no cumplimiento del fin establecido en los cuerpos legales citados, la imposición de penas humanitarias, que no solo infrinjan un castigo al sentenciado, sino que sea reeducado y reintegrado tras el cumplimiento de la condena.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

Partiendo del entendido de que el derecho es sinónimo del conjunto de normas jurídicas, denominado también ordenamiento jurídico, que constituye uno de los elementos configurativos del Estado, junto al territorio, la población, el poder y la soberanía, el cual se puede definir atendiendo a sus características como: “El conjunto de normas impero-atributivas (bilateralidad) impuestas por el Estado (heteronomía), que regulan la conducta externa del hombre en sociedad (exterioridad) y que de no cumplirse voluntariamente con sus mandatos puede hacerse efectivo su cumplimiento por la fuerza (coercibilidad)”¹.

Se puede definir al derecho penal como una de las múltiples ramas en que se diversifica el derecho en general, como aquel conjunto de normas jurídicas que regulan el poder sancionador del Estado (*ius puniendi*) y su actividad punitiva (*ius poenale*), así como la responsabilidad y status jurídico de aquellos sujetos que infringen el orden jurídico establecido, a quienes corresponde una pena o medida de seguridad como consecuencia jurídico-penal por tal infracción cometida por el sindicado que es juzgado en el debido proceso penal establecido en la norma.

Dicha definición no pretende ser exhaustiva ni definitiva, pues tal como se verá más adelante, en el transcurso de la evolución jurídica que ha tenido el derecho penal, se

¹ López Mayorga, Leonel Armando. *Introducción al derecho I*. Pág. 90.

han elaborado múltiples definiciones sobre el mismo, las cuales se caracterizan por estar influenciadas por los presupuestos filosóficos de la corriente de pensamiento doctrinario del que proviene, generalmente a tono con el período histórico correspondiente dentro del desarrollo evolutivo del derecho penal.

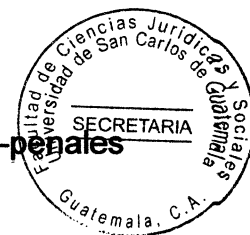
Hay autores que distinguen dos definiciones del derecho penal, atendiendo al rol asumido por el Estado; se habla entonces de derecho penal subjetivo, cuando la definición parte del punto de vista del *ius puniendi*, y de derecho penal objetivo, cuando la definición hace énfasis en el *ius poenale* del Estado.

Ius Puniendi: “Es la facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano; es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso.”² De esta conceptualización, se destaca el monopolio de la facultad de castigar que corresponde exclusivamente al Estado como ente soberano.

Ius Poenale: “Es el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva (...).”³ Destacando de dicha definición la referencia exclusiva a la ley penal como materialización de la voluntad del Estado de determinar qué conductas o acciones son

² De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco. Parte general y parte especial**. Pág. 4.

³ *Ibid.* Pág. 4.



encuadradas como delitos o faltas, así como las consecuencias jurídico-penales aplicables a los sujetos que incurran en la infracción de la norma penal.

Al respecto el tratadista argentino Eugenio Zaffaroni nos habla del empleo dual de la denominación “derecho penal”, como conjunto de normas y como sistema de comprensión de las mismas, es decir, como legislación y como ciencia, considerándolo comprensible debido a la dualidad conceptual que el derecho penal encierra, las cuales fueron mencionadas, mediante una conceptualización provisional de derecho penal, susceptible de perfeccionamiento tras el tratamiento teórico-dogmático de su contenido, como: “Conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor”⁴, haciendo la salvedad que también “cabe entender por derecho penal, al sistema de comprensión de ese conjunto de leyes.”⁵

Dichas definiciones afirman y concretan lo relacionado al derecho penal como una rama del derecho concatenado a establecer y diferenciar los diversos elementos del delito.

1.1. Naturaleza Jurídica

De la citada definición general aportada provisionalmente por Zaffaroni, se puede inferir como elemento de la misma una característica de finalidad inherente al derecho penal,

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal. Parte general.** Pág. 24.

⁵ **Ibid.** Pág. 24.

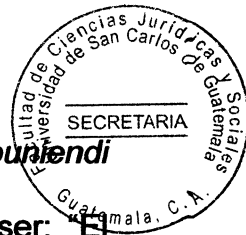


al denominarlo como “Conjunto de normas tuitivas”, es decir, que protegen algo, en este caso, bienes jurídicos. Esta función de protección implicada en el derecho penal que conlleva la tutela de bienes jurídicos ante posibles o eventuales “afectaciones susceptibles de conmover el sentimiento de seguridad jurídica de los habitantes de la Nación”⁶, permite colegir el carácter eminentemente público del derecho penal.

Sin embargo, la evolución jurídica de esta rama del derecho a través de la historia nos permite señalar que no siempre ha sido así. El monopolio de la facultad de castigar atribuida al Estado coincide con el surgimiento del Estado liberal democrático, el cual se inserta en un contexto político, social, cultural e histórico específico, en el cual, la necesidad de delimitar el poder absoluto del Estado impone el reconocimiento de derechos inherentes a la naturaleza humana de los individuos, los cuales deben ser respetados por todos los demás, en su carácter *erga omnes*, así como también, y sobre todo, por el Estado mismo.

El carácter o naturaleza jurídica del derecho penal como derecho público reconoce implícitamente la facultad que tiene el Estado de incriminar a los individuos por las posibles conductas de transgresión o afectación que pudieran dirigir contra los bienes apreciados por el Estado como susceptibles de su tutela, en otras palabras el *ius puniendi*. Algunos tratadistas discrepan críticamente al respecto, diciendo que no es correcto considerar el *ius puniendi* como un derecho subjetivo o mera facultad del Estado de incriminar y castigar a los individuos que rompan el orden normativo

⁶ *Ibid.* Pág. 32.



protector de los derechos de los habitantes, sino que debe considerarse el *ius puniendi* como un deber del Estado de castigar, pues deriva de su propia razón de ser. El Estado existe porque es necesario para posibilitar la coexistencia y, por ende, para esta función le resulta imprescindible incriminar y penar, porque de otro modo no puede tutelar adecuadamente ciertos bienes jurídicos contra ciertos ataques.”⁷ En palabras de Silvestroni: “El derecho penal debe ser concebido como un límite al poder punitivo y no como una herramienta habilitante de dicho poder”⁸

Para otros tratadistas, el derecho penal se incluye dentro del ámbito del derecho público, “Tiende a proteger intereses individuales y colectivos (públicos o sociales); la tarea de penar o imponer una medida de seguridad es una función típicamente pública que sólo corresponde al Estado como expresión de su poder interno producto de su soberanía, además de que la comisión de cualquier delito (privado, público o mixto) genera una relación directa entre el infractor y el Estado que es el único titular del poder punitivo”.⁹ Aquí es necesario hacer una acotación respecto a cómo debe entenderse esta injerencia del Estado en la coerción de las conductas que infringen un derecho garantizado por el sistema normativo que lo constituye.

En tal sentido, se recuerda lo mencionado anteriormente respecto a que el derecho penal en su concepción de límite al poder absoluto del Estado que lo faculta para penar y castigar (*ius puniendi*) surge en la época de la Revolución Francesa, en la cual se

⁷ *Ibid.* Pág. 33.

⁸ Silvestroni, Mariano. *Teoría constitucional del delito*. Pág. 90.

⁹ De León Velasco y De Mata Vela. *Ob. Cit.* Pág. 6.



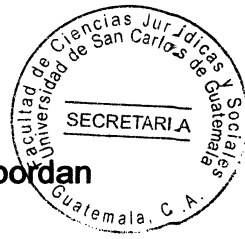
derriba el poder absoluto del Estado personificado en la figura del monarca estableciéndose en su defecto el denominado Estado de derecho.

El Estado de derecho supone el reconocimiento de la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, como uno de los derechos inherentes a su persona, materializados en la norma suprema contenida en la Constitución Política de la Republica de Guatemala, la cual viene a ser el marco de referencia de la actuación del Estado en el ejercicio de sus deberes y atribuciones, de tal manera, que resulta incorrecto hablar del *ius puniendi* como un derecho subjetivo del Estado de castigar, si dentro del conjunto de los bienes jurídicos tutelados se encuentra el Estado mismo como institucionalidad, y cuya protección, entre otras, está llamado a garantizar en aras de la coexistencia para la que ha sido organizado.

1.2. Contenido

El derecho penal al estudiar las conductas encuadradas en la legislación como delictivas al afectar bienes jurídicos tutelados por la ley, merecedoras por tal motivo de una sanción punitiva o coercitiva por parte del Estado, trata de la materia de la justicia penal, denominándosele por ello: derecho penal material.

El contenido teórico del derecho penal material requiere ser delimitado por otros campos jurídicos, que junto al derecho penal, legislan todo el ámbito de la justicia penal, haciendo del actor responsable de un delito el objeto de su abordaje científico y



legislativo. Entre las disciplinas emparentadas con el derecho penal que abordan ámbitos de su contenido el tratadista alemán Claus Roxin enumera las siguientes:

“a. El derecho procesal penal.

b. El derecho de la medición de la pena.

c. El derecho penitenciario.

d. El derecho penal juvenil, y

e. La criminología.”¹⁰

Otros tratadistas, hacen la distinción entre derecho penal como legislación y derecho penal como ciencia. En este sentido, el derecho penal como legislación hace referencia a la ley penal como conjunto de normas y principios que tipifican aquellas conductas consideradas como delitos y la respectiva pena o medida coercitiva como consecuencia jurídica a dicho supuesto; y el derecho penal como ciencia se refiere: “Al conjunto sistemático de principios, doctrinas y escuelas, relativas al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad.”¹¹

¹⁰ Roxin, Claus. **Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Pág. 44.

¹¹ De León Velasco y De Mata Vela. **Ob. Cit.** Pág. 6.

Por tanto, se puede decir, que el contenido teórico del derecho penal como legislación se divide en dos partes:

1. Parte general del derecho penal: la cual se ocupa de los conceptos, principios, categorías y teorías dogmáticas acerca del delito, el delincuente, las penas y las medidas de seguridad. Es necesario hacer notar que las categorizaciones teórico-dogmáticas no son absolutas, sino por el contrario están estrechamente vinculadas a la concepción política e ideológica que se tenga del Estado, la cual se relativiza tanto cronológica como espacialmente, en las diversas sociedades y sistemas.

2. Parte especial del derecho penal: se ocupa de las diversas clasificaciones de las figuras delictivas o ilícitos penales determinados en la legislación, así como de las penas y medidas coercitivas correspondientes a cada uno de los tipos legislados en la codificación penal.

En un sentido más amplio, De León Velasco y De Mata Vela, dicen que el derecho penal ha sido dividido para su estudio en tres ramas, siendo estas:

- a. El derecho penal material o sustantivo.
- b. El derecho penal procesal o adjetivo.
- c. El derecho penal ejecutivo o penitenciario.

Mientras que otros tratadistas como Silvestroni conciben "El derecho procesal penal" como disciplina penal autónoma, o como Roxin que concibe el derecho penal como un sistema integrado por diversas disciplinas interdependientes y complementarias, dentro de las que incluye en una obra anterior a su Tratado de derecho penal: Política criminal y sistema de derecho penal de 1970¹². La necesidad de ajustar sistemáticamente las categorías dogmático-penales (doctrinarias) sobre la base de las valoraciones desprendidas de una política criminal, las cuales informan el contenido de los tipos especiales de las figuras delictivas contempladas en la parte especial de la ley penal, al poseer la norma penal el carácter de prevención general de las conductas ilícitas ante el resto de la sociedad.

Roxin retoma el problema del distanciamiento entre el derecho penal y la política criminal, existente desde la época de Liszt, quien expresara que: "El derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal"¹³, debida en parte a la influencia de la escuela sociológica del derecho penal en la construcción de la política criminal de aquel entonces (1880's), que tendría como consecuencia la generalización del criterio de que es necesaria la inoculación, en interés de la comunidad, de todo ser humano peligroso para la sociedad, dejando a un lado toda la arquitectura conceptual del derecho penal sustituyéndola por acciones pragmáticas con el fin de reducir el crimen.

Citando a Roxin: "Y entonces Liszt, por razones propias del Estado de derecho liberal, opone frente a esa concepción la idea del derecho penal como "Carta magna del

¹² Silvestroni, Mariano. *Teoría constitucional del delito*. Pág. 35.

¹³ *Ibid.* Pág. 35.

delincuente" y como baluarte del ciudadano contra el "Leviatán del Estado". Lo correcto de esa idea con toda seguridad es que la tensión entre la lucha preventiva contra el delito y la salvaguarda liberal de la libertad constituye un problema que actualmente tiene una importancia no inferior a la que tenía en tiempos de Liszt."¹⁴

Roxin concluye como superada la tensión acerca de la oposición entre la lucha preventiva del delito y la salvaguarda de la libertad, pues en el caso del principio "*nullum crimen sine lege*" constituye por sí un postulado de política criminal no menor al combate exitoso del crimen, "Y no sólo es un elemento de la prevención general sino que la propia limitación jurídica del *ius puniendi* es también un objetivo importante de la política criminal de un Estado de derecho. "¹⁵

1.3. Fines

Para De León Velasco y De Mata Vela, el fin del derecho penal es el mantenimiento del orden jurídico previamente establecido por la sociedad como expresión de su voluntad suprema, y en los casos de un quebrantamiento a ese ordenamiento la consecuente imposición de una pena o castigo, a efecto de restablecer de alguna forma el orden normativo infringido por la conducta ilícita.

En el derecho penal moderno, la adopción de medidas de seguridad, como consecuencia jurídica a conductas tipificadas como faltas o que constituyen preámbulos

¹⁴ Roxin. Ob. Cit. Pág. 224.

¹⁵ Ibid. Pág. 224.



de acción de delitos no concretados, como es el caso de desistimientos o actos fallidos, ha venido a significar que el derecho penal haya adquirido el carácter de prevención del delito implicando la rehabilitación del delincuente y su efectiva reinserción a la sociedad como individuo adaptado y útil a la misma. Dicha tendencia, se basa en el criterio de peligrosidad del delincuente ante la cual el derecho penal mediante la imposición de medidas adecuadas aborda con el propósito de anticiparse a posibles daños dirigido contra los bienes jurídicos tutelados por la ley.

1.4. Antecedentes

Siguiendo el planteamiento metodológico del tratadista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, en su Tratado de derecho penal, parte general, "cuyo propósito es fundamentar filosófico-políticamente los derroteros seguidos por el derecho penal como ciencia, expongo como antecedentes del mismo los pensamientos que lo antecedieron y le sirvieron de base hasta desembocar en su nacimiento como ciencia en el siglo XVIII"¹⁶. Cuando Cesare Bonesano, Marqués de Beccaria publicara en 1764 su obra inmortal llamada "De los delitos y de las penas", obra cumbre de la denominada etapa clásica del derecho penal.

Para iniciar diré que la reflexión penal científica ha desairado tradicionalmente el pensamiento oriental, por el hecho de carecer de precisión y estar salpicado de cierto misticismo que no permitió desarrollar conceptos e ideas eficaces sobre el tema, pero que al decir de algunos tratadistas, influyeron o sustentaron filosófica y

¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal. parte general.** Pág. 45.



antropológicamente el ulterior pensamiento occidental, el cual parte, de común acuerdo, del pensamiento griego.

Sin embargo, el aporte más valioso que podría extraerse de su pensamiento, según Zaffaroni, consiste en su búsqueda de la dignidad del hombre dentro de los límites de su naturaleza terrena y mostrable, sin apelar a cuestiones o sustentos metafísicos para conseguirlo. De tal forma, que el pensamiento de filósofos tan connotados como Confucio, tiene una base humanista no reconocida por el pensamiento occidental, pero que la misma se puede detectar en la fundamentación filosófica de lo que Zaffaroni llama “Derecho penal antropológicamente fundado”¹⁷

La misma apreciación hace el tratadista argentino sobre el pensamiento prehispánico de las culturas indígenas al cuestionar sobre si carecía de fundamentación antropológica la noción de derecho que dentro de sus culturas concebían, concluyendo basado en los testimonios extraídos de sus expresiones literarias, como el Popol Vuh o el drama inca de Ollantay, o de sus revelaciones en torno a la conquista, que para las civilizaciones mesoamericanas e inca, el derecho penal poseía una fundamentación cercana a la filosófica, su concepción del derecho estaba lejos de tenerlo como el ejercicio arbitrario del poder, ilustrando ejemplos como, en el caso del Popol Vuh, en semi-dioses recaía una sanción a consecuencia de su ensoberbimiento de su poder, sea por su riqueza o fuerza física, en aras de la preeminencia del interés de la comunidad, o en los incas, el hecho que bajo su imperio respetasen las religiones y

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal. Parte general.** Pág. 18.

creencia de los pueblos dominados, adoptando como deidades menores dioses extranjeros y estableciendo su culto en el Cuzco.

La mayoría de tratadistas indagan por los antecedentes del pensamiento penal a partir del pensamiento griego, como origen del pensamiento occidental, pues fueron los griegos quienes por primera vez sistematizaron la problematización filosófica de hombre y la naturaleza: “De alguna manera el pensamiento griego planteó casi todos los problemas políticos-criminales del futuro y sus posibles perspectivas. Puede afirmarse que hasta hoy casi no se ha hecho más que desarrollar y explicitar las preguntas griegas”¹⁸.

Si bien es cierto, que el pensamiento mitológico griego aporta profundas reflexiones acerca de la justicia, el derecho y la moral, de la época presocrática del pensamiento griego, se identifica a los sofistas como la escuela filosófica de mayor relevancia humanista para el pensamiento penal. Siendo de sus principales representantes Protágoras, Calicles y Trasímaco, de quienes se ocupa el autor argentino, encontrando en ellos las raíces del pensamiento penal democrático, autoritario y socialista respectivamente.

Por la importancia que tiene el pensamiento de Protágoras para el tema me ocuparé con especial detalle de algunas de sus ideas. Protágoras defendió el principio de “homo mensura”, consistente en que el hombre es la medida de todas las cosas, derivando en una postura de relativismo moral y cultural, que lo obligaba a concederle más

¹⁸ Ibid. Pág. 20.

importancia a los asuntos de este mundo, en un claro desprecio por las preocupaciones divinas y ultraterrenas, enfocándose más bien en la vida política, los tribunales y la educación. Es el primer humanista entre los griegos. Concibe la pena como corrección, aborreciendo la concepción de la pena como castigo.

Adolf Menzel dice a propósito del pensamiento de Protágoras: "Nadie castiga a un hombre que ha sido malo sólo porque ha sido malo, a no ser que se trate de alguna bestia feroz que castigue para saciar su crueldad. Pero el que castiga con razón, castiga, no por las faltas pasadas, porque ya no es posible que lo que haya sucedido deje de suceder, sino por las faltas que puedan sobrevenir, para que el culpable no reincida y sirva de ejemplo a los demás su castigo. Todo hombre que se propone este objeto, está necesariamente persuadido de que la virtud puede ser enseñada, porque sólo castiga respecto al porvenir"¹⁹. De tal manera, que la idea de la pena como prevención general y especial procede de Protágoras y no de Platón como erróneamente se ha creído.

Protágoras creía que no era gracias a una alta sabiduría sino a una predisposición moral, unánime en todos los hombres, lo que determinaba la intervención en la vida pública del Estado, demostrando a su vez que el relativismo valorativo no destruye el derecho, sino por el contrario, el derecho se fundamenta en el reconocimiento de una cualidad moral común a todos pese a sus diferencias individuales, es decir, de su dignidad, sin acudir a nociones de índole metafísica para sustentarlo.

¹⁹ Ibid. Pág. 26.



Luego ya con Sócrates, el pensamiento griego hace del cuestionamiento antropológico el núcleo problemático de la filosofía. Sócrates identifica la justicia con la sabiduría. Hace del conocimiento la condición de la libertad, diciendo que “Es esclavo aquel que se deja dominar por sus instintos y que los mismos deben ser sometidos por la voluntad del hombre, dirigida por su razón una vez adquirido el conocimiento necesario de lo que es bueno para su persona”²⁰. Por tal motivo, tiene por irreflexivo a aquel quien conociendo el bien escoge el mal.

Para Sócrates cuando se elige el mal se hace por ignorancia. Solo conquista su libertad quien domina sus pasiones. El pensamiento socrático tiene implicaciones penales en el sentido que al plantear que el hombre al dejarse llevar por sus pasiones se degrada a sí mismo y a su prójimo, no le permite percatarse del hecho, que en el caso de la ley, la misma proviene del legislador, ser humano también, que puede verse motivado en su creación a legislar un mal, que degrade al subordinado a la ley, así como permitir la alienación del propio grupo dominante cuyos intereses aparecen expresados materialmente en la ley. En el caso de la filosofía de Platón, sus reflexiones resultan ilustrativas, según Zaffaroni, para el derecho penal. Platón buscó un fundamento objetivo a su filosofía, siendo este el de las Ideas, como entes inmutables y eternos, susceptibles de ser alcanzadas por la razón. Para Platón sólo aquellos que pudieran acceder a su conocimiento lograban poseer la virtud, de tal forma que dentro de su sistema, son los filósofos, los más aptos para el gobierno de la sociedad. Sin embargo, este argumento derivaba en un exclusivismo del conocimiento, que lo llevó a justificar moralmente el esclavismo y en los casos de quebrantamiento de la ley, a propugnar la

²⁰ Ibid. Pág. 26.

eliminación de los defectuosos y la falta de asistencia médica a los delincuentes en beneficio de la colectividad a la que afectaban con sus accionar, en virtud de su incapacidad de acceder a las Ideas inmutables que los transformarían en mejores personas.

Producto de su sistema es la separación de un mundo terrenal respecto al mundo de las ideas, al cual tienen acceso sólo los hombres que pertenezcan al grupo dominante, concibiendo el mundo terrenal como una especie de caída al pecado del cuerpo, pues al mundo de las ideas corresponde y sólo le es dable acceder al alma, más no al cuerpo, por residir en éste impulsos que lo llevan a sucumbir a sus pasiones e instintos.

Como puede verse, se trata de una concepción del mundo demasiado pesimista que conduce al platonismo en alcanzar un mundo supra terrenal, el mundo de las Ideas, en total desprecio del mundo cismundano. “El pensamiento de Platón con su creencia en entes trascendentales representados por las ideas, las cuales vienen a representar valores eternos e inmutables, inaugura una concepción iusnaturalista en el derecho penal, que ha influido a lo largo del desarrollo histórico del derecho penal”²¹.

El pensamiento de Platón atenta contra la dignidad humana al otorgar preeminencia a quienes tienen la posibilidad de acceder a las Ideas eternas sobre aquellos que no lo hacen, reconociéndoles autoridad legítima para imponer su voluntad sobre los demás. Sintetizando, en palabras de Zaffaroni: “Cuando se sostiene la existencia de un orden objetivo de valores y de ella se deriva la legitimidad de una legislación penal, este

²¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal. Parte general.** Pág. 19.

derecho penal, así fundado, no reconoce más limitación que los valores mismos en que se funda, pudiendo arrasar con el ser humano, si éstos no se lo impiden.”²²

Con Aristóteles, la filosofía griega regresa, se puede decir, a lo terrenal. Abandona la concepción dualista del mundo tal como la propugnara Platón, y en Aristóteles se sintetizan tanto las ideas como la materia. Para Aristóteles, “Las cosas están constituidas por una substancia mezcla de materia y forma, la materia es el principio potencial o determinable, mientras que la forma es el principio formal o determinante”²³.

Aristóteles se plantea el problema de la ley injusta, concibiendo un derecho natural como marco de referencia del derecho de los hombres las cuales deben plegarse al primero. “Concibe al Estado como derivado de la naturaleza política del ser humano, significando un intento de fundamentación antropológica del derecho como expresión del Estado para limitar las acciones humanas”²⁴. En el Estado aristotélico la pena conlleva una función de intimidación, porque la multitud obedece más a la necesidad que a la razón, alcanzando el plano moral la idea de la intimidación, pues para Aristóteles la finalidad del Estado está dirigida a la educación moral de la población.

Con Aristóteles la filosofía alcanzó la categoría de ciencia del ser, al valorar la necesidad de filosofar para responder a las preguntas por las causas finales, es decir, los principios de los que todo proviene. Aristóteles es el fundador de la ontología y la metafísica como tales, de las que desliga a la teología, como ciencia que interroga por el ser divino, por tratarse de objetos de reflexión independientes uno del otro y

²² **Ibid.** Pág. 78.

²³ **Ibid.** Pág. 39.

²⁴ **Ibid.** Pág. 40.

resultando insuficientes las respuestas que pudiera darse acerca de todas las cosas partiendo solamente de la concepción de Dios.

En cuanto a su concepción antropológica, Aristóteles no cree que la voluntad se someta al conocimiento como pensaba Platón, y más bien considera pertinente indagar por la causa que lleva a caer en la ignorancia pese a tener conocimiento de las consecuencias que pueden sobrevenir.

Arribando de una vez a la época medieval, Zaffaroni identifica tres grandes hitos: el pensamiento de San Agustín, la escolástica y la mística. Lejos de caer en los aspectos que caracterizan a la Edad Media como época de oscurantismo o de idealización romántica, la época medieval aporta determinadas concepciones que han influido poderosamente en la evolución del pensamiento penal.

Para el pensamiento medieval el ser humano podría ascender al conocimiento lo mismo por la fe que por la razón. Considera al ser humano como imagen divina, que lo sitúan en un lugar preponderante dentro de la naturaleza respecto a los demás seres. “En San Agustín, el ser humano alcanza un nivel superior al obtenido en la antigüedad. Bajo la influencia del cristianismo en la filosofía la idea del hombre desemboca en el concepto de persona humana, la cual sintetiza dentro de su contenido lo universal y lo infinito, que en el pensamiento griego no llegó a alcanzar”²⁵. La naturaleza humana tiene una calidad moral en virtud de su trascendencia.

²⁵ **Ibid.** Pág. 48.

Concebir al hombre como persona moral lo supone responsable de las elecciones que hace en virtud de su libre albedrío. Dependiendo de las elecciones que haga el hombre puede conquistar su libertad. La libertad no la obtiene el hombre por el hecho de serlo, sino en virtud del empleo que haga de sus elecciones a favor de su libertad. De esta manera San Agustín se opone a cualquier determinismo de la naturaleza humana: “El hombre concebido como persona moral siempre es responsable, porque responsabilidad y personalidad moral son dos conceptos inescindibles y quizás únicos en el fondo”.²⁶

En el pensamiento medieval confluyen o derivan dos modos de pensamiento opuesto, por un lado, la vertiente del racionalismo, y por otro, la vertiente del irracionalismo, el cual concede a la fe supremacía sobre la razón, implicando influencias desastrosas para el ulterior pensamiento penal, al punto que Zaffaroni se pregunta: “¿Cómo es posible que un pensamiento que llegó a concebir el amor a Dios como amor al hombre, haya llegado a servir de puntal ideológico a todas las hogueras inquisitoriales?”²⁷

Concluyendo en que la mera señalización del hombre como fundamento filosófico no garantiza una adecuada fundamentación antropológica para el derecho penal, y que más bien, la actitud dogmática que ve en el hombre una imagen ideal inmutable, lidia con el dinamismo cambiante propio de la naturaleza del ser humano, estableciendo como verdad apodíctica ese “deber ser” que funciona como lecho de Procusto, equivaliendo esto al criterio positivista de excluir de la sociedad a quien no cumpla con

²⁶ *Ibid.* Pág. 51.

²⁷ *Ibid.* Pág. 48.

la expectativa mediante la pena o el castigo, solución que conlleva consecuencias nefastas para el conglomerado social en general y en particular, para los individuos disidentes.

Ya desde las postrimerías de la época medieval se va gestando, con el pensamiento de Santo Tomás, el racionalismo filosófico, que profesa una absoluta fe en la razón, opuesta al voluntarismo que degeneraba en una especie de positivismo divino, abriendo el camino a un iusnaturalismo secularizado, escindiendo el ámbito jurídico-político de la moral. En esta época, destacan figuras como la de Maquiavelo, Hobbes, Leibniz y Kant. Con Kant el racionalismo alcanza su punto culminante en el sentido que este emprende la crítica a la razón intentando determinar los límites de la misma, que resulta incapaz de aprehender las “cosas en sí”, escindiendo a su vez la realidad en un mundo comprensible y otro compuesto de categorías a priori que no lo es, conduciendo a una concepción limitada o finita del ser humano.

En el Renacimiento se pretende una vuelta al origen, en el plano espiritual y científico, específicamente a los sistemas de pensamiento de Platón y Aristóteles: “Como un intento de emancipación de la tutela dogmática ejercida por la Iglesia desde tiempos de la escolástica”²⁸. Sin embargo, estos intentos propiciaron una escisión en todos los ámbitos de saber, como en el caso de Descartes en quien la razón constituye una esfera apartada del mundo humano y el mundo natural, o de Hobbes, quien llegó a aplicar las funciones mecanizadas del mundo natural a las acciones humanas, concluyendo en una especie de determinismo materialista que negaba la voluntad libre.

²⁸ *Ibid.* Pág. 70.

De esta época proviene la escisión entre el derecho y la moral, concibiendo al primero como norma de conducta externa y la segunda como norma de conducta interna, y que los tratadista ubican como el origen de la concepción del delito que llega hasta nosotros, que separa lo objetivo y lo subjetivo en su definición. Incluso en pensadores utópicos como Thomas Moro, se rastrean tendencias correccionalistas en una “política penal” como claro antecedente de doctrinas que serán retomadas en siglos posteriores. En el caso de Hobbes, su obra concibe el estado natural del hombre como esencialmente malo, donde la convivencia resulta ser una guerra contra todos, la que lo obliga a buscar la paz mediante el uso de la razón, decidiendo ceder su libertad primigenia a una voluntad suprema de la que el Estado es expresión. De ahí que defiende el régimen político monárquico absolutista de la época, como manifestación del poder omnipotente del Estado, el cual emerge como único proveedor de seguridad y paz frente a las veleidades instintivas de los individuos, recordando que: “El hombre es un lobo para el hombre” y de dónde deriva la necesidad que el estado concentre su poder, pues la más mínima concesión que hiciera del mismo equivaldría a su resquebrajamiento, pues “cualquier concesión de poder por parte del jefe del Estado es una pérdida de seguridad que atenta contra la recta razón.”²⁹

Es con la Revolución Francesa en el siglo XVIII, que se arriba a lo que se denomina pensamiento iluminista, de difícil caracterización pues el mismo es producto de un entrecruzamiento de corrientes de pensamiento que explican sus contradicciones. Para efectos de esta exposición se hará énfasis en un aspecto de suma importancia para la

²⁹ *Ibid.* Pág. 73.

materia del derecho penal como es “El reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre, como garantía de limitación del poder absoluto del Estado frente al individuo, y que propició el nacimiento del derecho penal como ciencia, gracias a la reflexión filosófica de pensadores como Cesare Bonesano, marqués de Beccaria, en Milán, quien recibió el influjo intelectual de los pensadores iluministas franceses de la talla de Montaigne, Rousseau, Montesquieu, D’Alembert y Voltaire”³⁰.

En su obra Beccaria denuncia la crueldad de las penas infligidas a los delincuentes mediante el tormento, y propugna por una aplicación de la justicia penal pronta en el tiempo y más humanitaria, pues de esta manera se logra que la asociación del hecho con la consecuencia penal haga impresión en el ánimo del delincuente y le evite el desgaste y denigrante de un proceso lento que tiene connotaciones de pena anticipada acompañada muchas veces de torturas y humillaciones dentro de las prisiones.

Para Beccaria el fin de la pena es: “No atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido, el fin no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros igual”³¹, recomendando que las penas a imponer deben ser cuidadosamente elegidas para su mejor eficacia rehabilitadora.

Puede detectarse en la concepción que tiene Beccaria sobre el fin de la pena una función de prevención general y especial que luego sería desarrollada por las corrientes

³⁰ **Ibid.** Pág. 63.

³¹ De León Velasco y De Mata Vela. **Ob. Cit.** Pág. 16.

contemporáneas del derecho penal. “De esta manera se aprecia en la obra **del** tratadista milanés la elevación del derecho penal a un rango de disciplina científica que antes de él no había alcanzado”³².

1.5. Características del derecho penal

Para los tratadistas guatemaltecos De León Velasco y de Mata Vela el derecho penal posee ocho características, siendo las siguientes:

- a. El derecho penal es una ciencia social y cultural: en contraposición a las ciencias naturales, cuyo objeto de estudio es el “ser” de la realidad natural regido por el principio de causalidad que explica la relación entre los fenómenos, el derecho penal pertenece a las ciencias sociales cuyo objeto de estudio es el “deber ser”, regido “Según palabras de Hans Kelsen-por el principio de imputabilidad, el cual ofrece un cariz “teleológico” dentro de la realidad social”³³. Su método es racionalista y especulativo, a diferencia del método experimental utilizado por las ciencias que estudian la naturaleza.

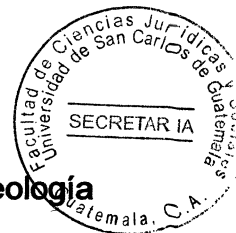
- b. El derecho penal es normativo: lo cual implica que como ciencia jurídica esté compuesto por normas que regulan el comportamiento externo de las personas dentro de una sociedad. Toda norma establece un supuesto estructural que prescribe una expectativa, el “deber ser”, del comportamiento que deben

³² **Ibid.** Pág. 17.

³³ **Ibid.** Pág. 13.

observar los sujetos en su interacción social, al cual corresponderá según encuadre o se distancie al juicio de valor contenido en la norma una consecuencia jurídica de carácter jurídico-penal.

- c. Es de carácter positivo: se refiere al hecho que la norma penal una vez promulgada por el Estado, en el ejercicio de su *ius puniendi*, es de observancia obligatoria para todo el conglomerado social; convirtiendo a la norma en derecho vigente por su mera promulgación, pero en derecho positivo en virtud de su cumplimiento, lo que demanda de parte del Estado la aplicación de sanciones penales o medidas cautelares según cómo lo establezca la ley penal.
- d. Pertenece al derecho público: como anteriormente se expuso, la prerrogativa concedida al Estado de poder legislar figuras jurídicamente reprochables por el hecho de vulnerar bienes jurídicamente protegidos aplicándoles una sanción penal, determina la naturaleza del derecho penal como perteneciente a la esfera del derecho público
- e. El derecho penal es valorativo: comprende el hecho que el Estado, al estar llamado a proteger bienes jurídicos, realiza una valorización, es decir, un juicio de valor mediante la norma penal respecto a los bienes, derechos e intereses que está en la disposición de proteger.



- f. **Es finalista:** al pertenecer a las ciencias sociales obedece a una teleología conforme a la cual encamina la aplicación de sus conocimientos, en este caso, es la seguridad jurídica que el Estado garantiza mediante el derecho penal.

- g. **Es fundamentalmente sancionador:** esta característica comprende que la norma penal no sólo tiene como función prescribir determinada conducta en los individuos subordinados al poder del Estado, sino además de imponer penas, ya como retribución o como prevención, como una consecuencia lógica sobrevenida luego de la afectación contra bienes jurídicos tutelados por la legislación penal.

- h. **El derecho penal debe ser preventivo y rehabilitador:** con la adopción de las medidas de seguridad gracias al aporte científico de la escuela positivista, el derecho penal asume una nueva faceta: la de ser preventivo y rehabilitador buscando la reinserción del delincuente, a la vez que previene futuros delitos.

1.6. Evolución histórica del derecho penal

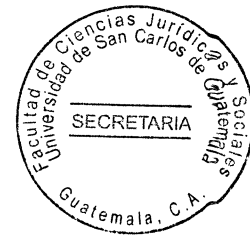
Los estudiosos del derecho penal agrupan en cuatro etapas la evolución histórica que ha seguido la aplicación de penas ante conductas que vulneran la armonía necesaria para la convivencia y coexistencia pacífica dentro de la sociedad. Esta esquematización obedece a razones del estudio con el propósito de facilitar la comprensión de su desarrollo pues en la realidad, han sido relativas en el sentido que



en el tiempo y en el espacio han subsistido características de etapas disjuntas simultáneamente en cada uno de ellas. Las etapas son las siguientes:

1.6.1. Período de la venganza privada

Este período se presenta en sociedades que no están jurídicamente organizadas, lo que implica que no existe una noción acabada de Estado, que asuma el rol sancionador para mantener la paz dentro del conglomerado social que lo constituye. Fue descrita a partir de las costumbres observadas por los romanos en los pueblos bárbaros vecinos. Se caracteriza por la reacción tomada por aquel que se considerara agraviado injustamente en alguno de sus derechos, ante lo cual procedía a tomar justicia por su propia cuenta, en la mayoría de casos inhumanamente y sin discriminación, trascendiendo a la persona agraviante, involucrando al resto de la familia que en ese entonces por consistir en sistemas de parentesco muy amplios, desataba guerras intestinas entre tribus o clanes completos entre sí, degenerando en situaciones desproporcionadas que ponían en peligro, incluso, la integridad de la nación. Como intento de limitar la venganza privada surgió entonces la “ley talional”, enunciada por el precepto “ojo por ojo y diente por diente”, considerando que el castigo o venganza implementada debía ser proporcional al daño recibido. También, se estableció un mecanismo de composición mediante el cual el agraviado podía “pagar” por la ofensa infligida a efecto de evitar la venganza personal. La venganza no fue exclusiva de pueblos bárbaros pues Roma consagró la venganza privada, la ley del talión y la composición en las XII Tablas (siglo V a. C).

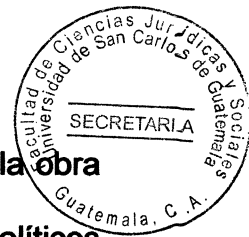


1.6.2. Período de la venganza divina

Se caracteriza por la transferencia que se hace respecto al sujeto legitimado para aplicar el castigo o la pena ante una ofensa o conducta delictiva, confundiendo el delito con el pecado, considerando que con ello se ofende a Dios, por tal motivo, se castiga al delincuente en nombre de Dios, siendo sus intermediarios la clase sacerdotal. Este período se presenta en sociedades teocráticas donde los sacerdotes y la iglesia detentan un poder político preponderante, asumiendo la facultad de castigar. En cuanto al procedimiento se adoptó el sistema inquisitivo sobre el acusatorio predominante en el período de la venganza privada. La prueba reina era la confesión, la cual era muchas veces obtenida por medio de la tortura. La pena en este período tiene carácter retributivo. Resulta contradictorio que haya sido en este período donde la sociedad aplicaba la pena en nombre de Dios, con el objeto de redimirlo mediante el dolor, en el que precisamente se hayan implementado los métodos más aberrantes de castigo que ha conocido la historia de la humanidad. En las postrimerías de esta etapa la venganza divina adoptó la característica de practica pública (venganza pública), como los juicios por magia o hechicería, con la distinción que su aplicación se trasladó al brazo secular del Estado.

1.6.3. Período humanitario

Se ha señalado en este trabajo que la obra del marqués de Beccaria inaugura la etapa humanitaria del derecho penal, al abogar por penas más humanas que erradicaran los métodos infames de la tortura y el suplicio, así como la práctica pública de las



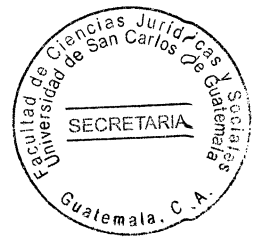
sentencias de muerte, como la horca o la decapitación. Es razonable pues que la obra de Beccaria no haya sido recibida con buenos ojos por los sectores políticos conservadores, pro monárquicos, y principalmente la Iglesia, pues atentaba contra su poder fáctico. En este período, se introduce el concepto de derechos humanos, lo que significó una limitación al poder absoluto del Estado, impidiendo que abusara de su poder al momento de aplicar justicia, circunscribiendo su accionar sancionador y administrativo al dictado de la ley, contenido en la Constitución Política de la Republica de Guatemala como ley suprema. En consecuencia se establece como deber del Estado garantizar su protección, incluso a los delincuentes, y de aplicar penas que no degraden su dignidad como persona humana.

1.6.4. Período científico

Surge de la mano con el período humanitario con la obra “De los delitos y de las penas”. En este período, aparece la denominada escuela clásica del derecho penal, siendo Francesco Carrara uno de sus más destacados representantes, quien sistematiza los conceptos del derecho penal erigiéndola como ciencia independiente, a la que corresponde un método específico cuyo objeto de estudio es el delito y la pena. Luego surge la denominada escuela positivista, que significa una época de crisis para el derecho penal, pues representantes como Enrico Ferri propugnan su inclusión como rama subsidiaria de la sociología criminal, de manera que sus investigaciones siguieran el método experimental o positivista, en contraposición del lógico abstracto propuesto por la escuela clásica, y se enfocan en estudiar, más bien, la persona del delincuente, fundándose en conceptos anatómicos (frenología), evolucionistas y antropológicos,



degenerando en un determinismo de visos racistas y clasistas, que estereotipaba a todo aquel que proviniera de un ámbito social de condiciones extremas. El fin de la pena adquirió un carácter correccional de defensa de la sociedad contra aquellos individuos, que por las circunstancias socioeconómicas y culturales, estaban propensos según los positivistas a delinquir.





CAPÍTULO II

2. El delincuente

Autor de una infracción, es decir, de cualquier acto previsto y castigado por la ley penal y que puede ser objeto de una investigación en este campo, en un concepto general, delincuente es la persona que ha cometido un delito.

El estudio del delincuente es emprendido en criminología según distintos criterios, que dan origen a los grupos y ramas en que se la divide.

2.1. Generalidades

La criminología es la disciplina que estudia el fenómeno social del crimen, los diversos aspectos que califican como criminoso un acto, así como la conducta (y figura) del delincuente. La criminología, como ciencia independiente surgió en el contexto de la sociedad capitalista, si bien supeditada a métodos y procedimientos de carácter biologicista y antropológico, en sus inicios, llegando a involucrar nociones psicologistas y sociológicas que adulterado las conclusiones a las que en su momento ha arribado, y que al decir de Massimo Pavarini, permiten declarar que: "Ciertamente es posible hoy sostener una relativa autonomía entre práctica de la segregación y ciencia



criminológica, pero así no ha sucedido en el pasado y ni siquiera vale completamente para el presente.”³⁴

Pavarini reprocha de las conclusiones provenientes de la criminología sobre su objeto de estudio el delincuente que las mismas son generalizaciones hechas a partir de un objeto de estudio reducido a encarcelamiento, es decir, sometidos a prisión como forma de segregación que la sociedad adoptó como medida para preservar el orden social establecido, lo que se traduce en un condicionamiento o sesgo en sus hallazgos que desvirtúa su pretensión de objetividad y neutralidad científica. Esta limitación, respecto a la situación del delincuente ha propiciado que la criminología haya contribuido utilitariamente a medidas de exclusión basadas en simplificaciones, por no decir deformaciones teóricas, a la hora de dar respuestas a las diversas demandas de orden social, que han variado debido a cambios de índole social, cultural, política y económica de la sociedad de que se trate.

En palabras de Pavarini: “Singular historia la de la criminología: una y otra vez, en situaciones distintas, el saber criminológico, ha sido reivindicado por el moralista, por el político, por el filósofo, por el jurista, por el cultivador de las ciencias estadísticas, por el médico, por el psicólogo, por el psiquiatra, por el sociólogo. Para entenderlo mejor, muchas ciencias han visto como apéndice propio lo que nosotros llamamos criminología. En los manuales, todo esto ha animado el más descarado sincretismo. Un capítulo dedicado a cada uno de los mil saberes: criminología clínica, antropología

³⁴ Pavarini, Massimo. **Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.** Pág. 19.

criminal, sociología criminal, psicología criminal, psicoanálisis criminal, sociología de la desviación, etc. Todos juntos, aun cuando recíprocamente tienden a excluirse, a negarse uno al otro toda dignidad.”³⁵

De ahí, que al decir del tratadista italiano el objeto de la criminología quizás no tenga sentido por sí mismo, y que más bien el mismo lo tiene en función de algo distinto, externo, como lo es la preservación del orden social, deviniendo como una ciencia comprometida políticamente desde sus inicios, interesándose en el fenómeno delincencial en función de su potencial amenaza al sistema establecido orientado conforme a los intereses hegemónicos de la organización social implicada.

2.2. El delincuente

Según Cabanellas, delincuente es: “La persona que delinque; el sujeto activo de un delito o falta, como autor, cómplice o encubridor.”³⁶ “También, incluye en esta definición al: “Individuo condenado por un delito o una falta penados”.³⁷

En otra definición en la que hace alusión a aspectos relacionados a los elementos del delito, Cabanellas dice: “Delincuente es el que, con intención dolosa, hace lo que la ley ordinaria prohíbe u omite lo que en ella está mandado, siempre que tales acción u omisión se encuentren penadas en la ley.”³⁸

³⁵ **Ibid.** Pág. 17.

³⁶ **Ibid.** Pág. 20.

³⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Pág. 115.

³⁸ **Ibid.** Pág. 116.



El concepto de delincuente se introduce con la denominada criminología positivista, siendo Cesare Lombroso su primer exponente. Hasta la década de 1870 la criminología se había interesado únicamente en estudiar el crimen y las circunstancias en que se producían, siendo hasta el trabajo de Lombroso que extiende su campo de estudio centrándose en la figura del delincuente, en sus comportamientos, psicología, rasgos fisiológicos y anatómicos, llegando incluso a considerar aspectos genéticos como lo son las “taras mentales”.

Manuel Osorio, recuerda que para la escuela clásica del derecho penal, el delincuente era una persona normal, capaz de discernir entre el bien y el mal, en virtud de ello merecedor de penas represivas como consecuencia de su comportamiento transgresor, mientras que para la escuela positivista, el delincuente es un ser determinado a delinquir porque genéticamente posee desde el nacimiento características anatómicas, fisiológicas y psicológicas propias, lo que se traduce en la negación de la doctrina del libre albedrío.

Lombroso inspirado en los recientes descubrimientos en las ciencias naturales aplicó el método experimental a descubrir las causas del comportamiento criminal. La interpretación causal del comportamiento criminal lo hizo concluir que el fenómeno de la criminalidad es un fenómeno natural, y por lo tanto, determinista. La criminología crítica (de la que hablaré más adelante) ataca esta concepción naturalista pseudocientífica del positivismo, pues desatiende el proceso de definición delictiva efectuado por la ley penal, es decir, de criminalización, el cual obedece a motivos de índole político-cultural (normativos) más que naturales: “En consecuencia la criminología positivista, no

prestando ningún interés a las razones que subyacen al proceso de definición por qué ciertas acciones son definidas como criminales y otras no, implícitamente atribuye al mismo poder represivo o sea al poder estatal la autoridad sobre lo que no podía ser diverso. El positivismo criminológico, no poniendo por lo tanto en cuestión el problema del orden social, hace ciencia acrítica, fácilmente instrumentalizable para la finalidad de legitimación del orden constituido”³⁹

Influido por las ideas de Charles Darwin, Lombroso se da a la tarea de aplicar los postulados evolucionistas para el estudio del delincuente, resultando de sus observaciones su obra Tratado antropológico del hombre delincuente, publicada en 1875, la cual representa el nacimiento de la criminología como ciencia. En esta obra, plantea la noción del delincuente como un ejemplo característico de lo que Darwin llama “evolución atávica” según la cual el delincuente presenta comportamientos instintivos propios de especies animales, contenidas en su naturaleza, como resabio genético de especies primitivas.

Galera nos dice que: “Entre los principales estigmas que la nueva escuela señala se pueden citar los siguientes: la frente huidiza y baja, acusada prominencia de los arcos ciliares, recordando a las formas antropoides; existencia del tubérculo de Darwin, frecuente en los mamíferos y en especial en los monos; gran desarrollo de los arcos zigomáticos y de la mandíbula, que recuerda a los animales carnívoros; existencia de asimetría craneal, etc.”⁴⁰, sin olvidar: “La presencia de un hoyuelo occipital medio,

³⁹ Pavarini. *Ob. Cit.* Pág. 45.

⁴⁰ Galera, Andrés. *La antropología criminal española de fin de siglo.* Pág. 156.

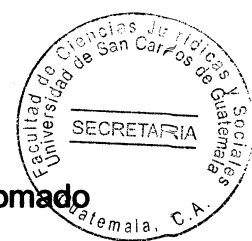


cavidad donde se aloja la vermis inferior del cerebelo, análogo al que se encuentra en diversos animales”⁴¹, considerado como el indicio principal de cualquier tendencia criminal, y que Lombroso descubrió mientras diseccionaba el cráneo de uno de los criminales más famosos de Italia en aquella época.

Con el desarrollo de la sociedad capitalista, la criminología incorpora otros métodos y apreciaciones a su ámbito de estudio, obedeciendo a los fenómenos socioeconómicos y culturales que se presentan, arribando al enfoque sociológico del problema de la criminalidad y del delincuente. En Francia es Emile Durkheim, quien supera la determinación biológica del delincuente como ser determinado a delinquir, y más bien considera el aspecto social que implica que dentro de la sociedad: “Fundada sobre la adhesión a modelos colectivos y a los valores dominantes y sobre un reducido nivel de especializaciones sociales”⁴², fruto de una división de trabajo que asigna a cada ciudadano un rol o función dentro de la estructura social, la delincuencia viene a ser la expresión de una “ruptura cultural” que indica la falta de armonización entre una diversidad de valores y necesidades que obedeciendo a una jerarquización de las diferencias dentro de la sociedad resultan relegadas deviniendo marginales, representando un síntoma de la falta de integración social de todas las diferencias en virtud de esa división social del trabajo implicada, problema a lo que antepone Durkheim como solución “nuevas formas de solidaridad” que sustituyan el derecho represivo por un derecho de tipo cooperativo para que en esta nueva tendencia se

⁴¹ **Ibid.** Pág. 156.

⁴² Pavarini. **Ob. Cit.** Pág. 57.



pueda rehabilitar al delincuente y al reincorporarse a la sociedad pueda ser tomado como un sujeto valorado como tal.

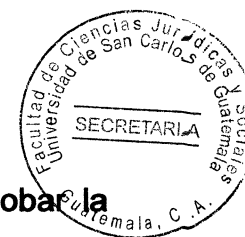
Para Durkheim: "Si la criminalidad es entonces un atentado a la conciencia común sobre la que funda una sociedad integrada, en una sociedad fundada sobre la división social del trabajo ¿qué significa el acto de quien viola la norma penal?. En la nueva sociedad la criminalidad es *anomia*, esto es no aceptación del propio *rol social*, de la propia colocación en la jerarquía de las funciones."⁴³ En otras palabras, el delincuente significa un cuestionamiento al orden social fundado sobre la diversidad, "sobre la diferenciación de las oportunidades y de las gratificaciones"⁴⁴.

Para Pavarini, Durkheim llega al corazón del problema, pues plantea la desigualdad dentro de la sociedad, lo que explica el fenómeno criminal en general y del delincuente en particular. Luego, basados en el enfoque sociológico sobre la delincuencia, la criminología estadounidense sustituye en la tradicional nomenclatura criminológica que clasifica al delincuente, el concepto de desviado.

La criminología desde su nacimiento hasta las primeras dos décadas del siglo XX, había utilizado el concepto de delincuente para describir a la persona que mediante su conducta viola la norma penal, encontrando como causas de su comportamiento un fundamento biológico o natural que lo explicaba, pero siempre supeditada respecto al "parámetro legal" de definición, pero por el que no indagaba.

⁴³ *Ibid.* Pág. 58.

⁴⁴ *Ibid.* Pág. 58.



Con el término desviación, los criminólogos estadounidenses pretenden englobar la dimensión sociológica que implica que el desviado es aquel que se califica negativamente respecto a una norma social: “Parece por tanto implícita una referencia al sentido común, a aquello que la gente define como distinto, anormal; operando así, no se puede evitar una implícita adhesión a una visión consensual, integrada de la sociedad y de reflejo un juicio de desvalor sobre el comportamiento que se define desviado.”⁴⁵

2.3. Clasificación del delincuente según la criminología positivista

Antes de enumerar las principales teorías que han surgido en el desarrollo científico de la criminología, expondré alguna de las nociones básicas respecto al delincuente que fueron planteadas por los tres representantes principales de la escuela positivista: Cesare Lombroso en su obra Tratado antropológico del hombre delincuente de 1875, Enrico Ferri en su sociología criminal de 1884, y Raffaele Garófalo en su obra Criminología de 1891. Para ello, seguiré la síntesis expositiva de sus clasificaciones que realiza el profesor Dr. Constancio Bernaldo de Quiros, en su trabajo “La clasificación de los delincuentes” y por el mismo Enrico Ferri, en la exposición contenida en el capítulo III de su sociología criminal.

En un principio Lombroso habló de dos categorías de delincuentes:

- a) Los criminales (o criminales verdaderos) y

⁴⁵ Ibid. Pág. 64.

b) Los criminaloides.(o criminales atenuados).

Luego Ferri, a partir de las dos clases originarias, distingue cinco categorías de criminales, que es la más reconocida a partir de entonces, y es adoptada por la escuela positivista, incluso por el mismo Lombroso. Las cinco categorías propuestas por Ferri son las siguientes:

- a) Criminal loco.
- b) Criminal nato.
- c) Criminal habitual o por hábito adquirido.
- d) Criminal por ocasión y
- e) Criminal por pasión (o por arrebató pasional).

Los criminales locos, o psicópatas como los denomina Bernaldo de Quirós, incluyen aquellos individuos que: “Son, literalmente, los enfermos mentales, o, por lo menos, los enfermos mentales afectos a hipofunciones, hiperfunciones o disfunciones, permanentes o transitorias, que alcanzan al sentido de responsabilidad personal de las propias acciones, fundado, como es sabido, en la capacidad de conocer el carácter ilícito del acto realizado y en la de orientar la conducta propia siguiendo la



percepción”.⁴⁶ Pertenecen más al dominio de la psiquiatría que de la criminología, e incluye preponderantemente los cuadros clínicos de epilepsia y esquizofrenia.

Enrique Ferri, aduce en reivindicación ante las opiniones que relegan esta tipología multivariada y especializada de delincuentes al tratamiento exclusivo por la Psiquiatría, el hecho que en la medida de que se cometan crímenes como parte de las manifestaciones patológicas de un cuadro clínico de locura o enfermedad mental, corresponderá siempre a la criminología su abordaje en virtud de ser un tema que demanda acciones que van en interés de la seguridad pública.

Existe una variedad de subclases dentro de la categoría del criminal loco:

- a. Locos morales: “Consistente, en síntesis, en la ausencia o atrofia del sentido moral” o de lo que Ferri prefiere llamar sentido social que permite distinguir lo permitido de lo prohibido. Generalmente congénita: “Coexiste con una integridad aparente del razonamiento lógico, y presenta la condición psicológica fundamental del criminal nato.”⁴⁷

- d. Delincuentes locos de la “zona intermedia” (denominados por Lombroso como “mattoides”): Que incluye casos extremos de locura, tales como los necrofilomaníacos, profanación de cadáveres con fines sexuales, o misdeísmo, especie de predilección de asesinatos en masa susceptible de ser padecida entre los militares.

⁴⁶ Bernaldo de Quirós, Constancio. **Clasificación de los delincuentes**. Pág. 191.

⁴⁷ Ferri, Enrico. **Sociología criminal**. Pág. 167.

Corresponde tratar ahora la segunda categoría. Según Bernaldo de Quirós, el término de delincuente nato se le debe al frenólogo español Cubí, quien lo teorizó unos veinte años antes que Lombroso. En palabras de Ferri: “Son, propiamente hablando, aquellos en los que se notan de una manera más sobresaliente los caracteres especiales revelados por la antropología criminal. Son tipos de hombres salvajes y brutales, o pérfidos y perezosos, que no distinguen el homicidio, el robo, el delito en general de cualquier industria honrada; que son delincuentes como otros son buenos obreros que tienen acerca del delito y la pena, ideas y sentimientos por completo opuestos a los que legisladores y criminalistas les atribuyen.”⁴⁸ Y quienes ven en la prisión no un lugar de castigo, sino más bien de descanso pues disponen de cama y alimento gratis y a la cual están dispuestos a caer, considerando el encierro como gajes o riesgos de su oficio delictivo o como consecuentes temporadas de vacación por la clase de actividad que desempeñan.

La categoría de delincuente habitual es aquella que incluye a los individuos: “Que no presentan o presentan de una manera menos clara, los caracteres antropológicos del criminal nato; pero una vez cometido el primer delito, con alguna frecuencia en una edad muy temprana, y casi exclusivamente contra la propiedad, no tanto por sus tendencias innatas como por una relajación moral que le es propia y a la cual se une el empuje de las circunstancias y de un medio corrompido, verdadero centro de infección criminal, con frecuencia también, como lo hace notar Joly, animados por la impunidad

⁴⁸ *Ibid.* Pág. 170.

de que son seguidas sus primeras faltas, persisten después en el delito, adquieren el hábito crónico y hacen de aquél una verdadera profesión”.⁴⁹

Ferri, como buen sociólogo que era, detecta en el comportamiento del delincuente habitual la influencia de la misma sociedad que luego de cumplir con una condena margina al delincuente, provocando su reincidencia en el delito por la misma condición de miseria y exclusión en que se ve inmerso, que lo imposibilita a integrarse normalmente a la sociedad, obstaculizándole la adopción de una vida honesta. También, ve como posible factor de la habitualidad el hecho que los múltiples ingresos a prisión lo han corrompido más que escarmentado, pues: “Ciertas instituciones que debiendo ser preventivas, son por el contrario nuevas causas de delito, como el domicilio obligatorio, la amonestación, la sumisión a la vigilancia de la autoridad, etc.”⁵⁰

Además de los índices antropológicos, Ferri precisa dos características sociológicas en los delincuentes habituales:

- a) La precocidad y
- b) La reincidencia.

Si bien es cierto, las precisa igualmente aplicables al delincuente nato, aunque por distintos motivos, pues en los delincuentes natos la reincidencia y precocidad obedece

⁴⁹ Ibid. Pág. 172.

⁵⁰ Ibid. Pág. 172.



a su patología psíquica congénita, mientras que en los delincuentes por hábito es debido, en cierta forma, a la complicidad del sistema que los excluye e imposibilita su reintegración honesta a la sociedad. A la luz de los datos suministrados por las estadísticas, tanto Lombroso como Ferri concluyen: “Que los delitos más graves, acarreado las penas más largas, necesariamente han de presentar una reincidencia menor”.⁵¹

Respecto a los criminales por arrebatos pasionales presentan las siguientes características que los diferencian de los demás tipos criminales: “Son éstos, individuos cuya vida ha sido hasta entonces sin tacha, hombres de un temperamento sanguíneo o nervioso, y de una sensibilidad exagerada, a la inversa de los criminales natos y habituales; tienen en ocasiones un temperamento que participa de del loco o del epiléptico, y cuyo arrebatos criminal puede ser justamente una manifestación disimulada.

Con frecuencia (sobre todo las mujeres), cometen el delito en su juventud bajo el impulso de una pasión que estalla, como la cólera, el amor contrariado, el honor ofendido. Son violentamente dominados por la emoción, antes, durante y después del crimen, que no cometen a hurtadillas ni por traición, sino abiertamente y a menudo por medios mal escogidos, los primeros que caen en su mano.”⁵²

Identifica a los delincuentes por pasión el hecho que generalmente se arrepienten del acto cometido, siendo raramente condenados, pero tanto en libertad tras ser absueltos

⁵¹ **Ibid.** Pág. 179.

⁵² **Ibid.** Pág. 181.

como en prisión dan muestras claras de arrepentimiento al punto de desear suicidarse, consiguiéndolo muchas veces, o en el caso de estar en prisión, son aquellos que se corrigen dentro, o en todo caso, no se corrompen, lo que no sucede con el perfil de los delincuentes natos ni habituales.

En el caso de los delincuentes ocasionales, Ferri supone cierta disposición natural, muchos más atenuada que en los criminales natos y habituales, que posibilita su comportamiento delictivo motivado por un estímulo externo, que bien puede ser una condición de necesidad, o un suceso de fuerza mayor. “La diferencia fundamental nos explica Ferri entre el criminal de ocasión y el criminal nato consiste siempre en que, para el último, el estímulo exterior es secundario comparado con la tendencia criminal interna, que tiene por sí misma una fuerza centrífuga, por virtud de la cual el individuo es arrastrado a buscar el delito y a cometerle; mientras que en el primero se encuentra mejor una falta de resistencia o debilidad a los estímulos exteriores, que constituyen en consecuencia la principal fuerza determinante.”⁵³ En otras palabras, es su predisposición genética la que en última instancia no le permite asumir su deber de respetar la ley.

Se puede decir, entonces, que de las dos condiciones psicológicas que determinan el delito, a saber: la insensibilidad moral y la imprevisión, es la segunda de estas la que se relaciona con el delito de ocasión, mientras que la insensibilidad moral es la característica en los hechos criminógenos de los delincuentes natos y habituales, al que Lombroso cree poder agregarles factores como la miseria, la sexualidad, las

⁵³ Ibid. Pág. 183.



condiciones atmosféricas, el alcoholismo, la edad y los patrones aprendidos, **entre** otros.

Lombroso distingue dos clases de criminales de ocasión:

a) Los pseudo-criminales: hombres normales que cometen involuntariamente un delito, o son autores de delitos políticos o perpetran delitos que no acarrearán perjuicio para la sociedad ni implican perversidad de su parte.

b) Los criminaloides que cometen delitos comunes, pero motivados por las razones antes mencionadas.

Luego de Ferri, es Raffaele Garófalo quien propone tres categorías de delincuentes a partir de su definición del delito natural consistente en la acción de ofensa a los sentimientos altruistas y de piedad en que se basa según él toda organización social, esto enmarcado en la globalización del término delincuencial penal tomado en cuenta.

Los tres tipos de delincuente son los siguientes:

a) Los delincuentes privados del sentimiento de piedad.

b) Los delincuentes privados del sentimiento de probidad y

c) Los delincuentes privados conjuntamente de los sentimientos de piedad y probidad.

d) Los delincuentes cínicos.

Añadiendo esta última categoría para incluir a los delincuentes sexuales, inicialmente considerados dentro de la primera clase, como uno de los delincuentes con trastornos más agravados o delicados que producen cambios en su entorno social, cooptando y cegando su ámbito psicológico produciendo repercusiones en su vida, esto en consideración que afecta tanto la vida del delincuente y la de la víctima al vulnerar un bien jurídico tutelado que es protegido por el Estado.

2.4. Principales corrientes criminológicas

“Alessandro Baratta expone cronológicamente las principales teorías desarrolladas en el transcurso de la evolución de la criminología enumerándolas de la manera siguiente⁵⁴.”

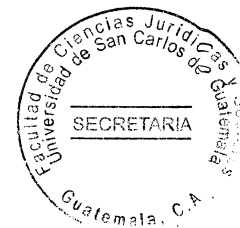
a) Escuela liberal clásica del derecho penal.

b) Criminología positivista.

c) Teorías psicoanalistas de la criminalidad y la sociedad punitiva.

d) Teoría estructural-funcionalista de la desviación y la anomia (Durkheim y Merton).

⁵⁴ Baratta, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal.** Págs. 5-8.



e) Teoría de las subculturas criminales (Sutherland).

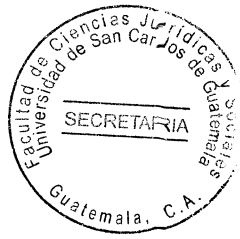
f) Teoría de las técnicas de neutralización.

g) Labelling Approach (Enfoque encasillador) o enfoque de la reacción social.

h) Teorías sociológicas del conflicto entre las que destacan la Teoría de la criminalización de Turk.

i) Criminología liberal contemporánea (como conjunto de teorías heterogéneas no susceptibles de integrar en un sistema) entre las que destaca la criminología crítica.

Estas fuentes y teorías criminológicas antes mencionadas, indican que conforme ha transcurrido el tiempo y con el transcurrir de la modernización del derecho penal han surgido diversas teorías que buscan definir, diferenciar y buscar una solución al problema englobado en dicho criminal, que es su actuar tanto interno como externo que es el que lo hace ser una persona o un sujeto que tenga cualidades de ordenamiento eminentemente criminal, estos comportamientos son objeto de una evaluación tanto a nivel psicológica como social.



CAPÍTULO III

3. El delito

Cabanellas nos recuerda que: “La palabra delito proviene del latín *delictum*, expresión también de un hecho jurídico y doloso castigado con una pena”⁵⁵, el cual hace referencia al quebrantamiento de una norma legal mediante una acción o conducta externa que apareja como consecuencia una sanción de carácter penal.

Sin embargo, para Muñoz Conde, esta definición del delito, generalmente utilizada por las legislaciones penales, aporta únicamente el aspecto formal de su definición, y no dice nada respecto a los elementos que estructuran la conducta ilícita merecedora de una pena. Es decir, que el derecho penal requiere una definición más técnica del delito fundamentándose en los preceptos legales de la legislación penal, tanto en su parte general como especial, a partir de los cuales se puedan identificar los demás elementos constitutivos del delito.

Esta es la función que pretende realizar la teoría del delito dentro de la dogmática jurídico-penal: definir técnicamente el delito, a fin de como indica Silvestroni: “Desterrar la arbitrariedad y permitir una aplicación coherente y previsible del derecho penal”⁵⁶. Del mismo criterio es el tratadista español Muñoz Conde cuando dice que para definir el delito: “Se debe partir del derecho penal positivo todo intento de definir el delito al

⁵⁵ Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág. 115.

⁵⁶ Silvestroni. **Ob. Cit.** Pág. 184.



margen del derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión o moral⁵⁷.

A este respecto, se cita lo dicho por el tratadista argentino Mariano Silvestroni sobre la teoría del delito como la herramienta conceptual que permita analizar todos los casos bajo el mismo método establecido conforme a lo prescrito en la ley penal, cuyas normas deben ser interpretadas a través del prisma de los principios y garantías reconocidos en la Constitución Política: “La definición del delito se vincula con una pauta de política constitucional. En un Estado liberal, democrático y de derecho, el delito sólo puede ser definido previamente por la ley. Ninguna apelación al pueblo, a su sentido de justicia o a la sabiduría de los gobernantes, puede reemplazar la precisa definición técnica de lo que puede habilitar una reacción punitiva. (...) Por esta razón, la vigencia de todos los principios constitucionales exigen, inexorablemente, no sólo que el delito provenga de la ley, sino también una definición técnica del delito, que aspire a suprimir las lagunas y a pautar las decisiones de los órganos que deben aplicar el derecho.”⁵⁸

Por tanto, atendiendo a los elementos que dentro de la teoría general del delito estructuran el concepto técnico de delito, y que más adelante desarrollaré con detenimiento, se puede definir entonces el delito como: “La acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible”⁵⁹

⁵⁷ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**. Pág. 1.

⁵⁸ Silvestroni. **Ob. Cit.** Pág. 184.

⁵⁹ Muñoz. **Ob. Cit.** Pág. 4.

3.1. Naturaleza del delito

Los penalistas guatemaltecos De Mata Vela y De León Velasco nos previenen que múltiples han sido los esfuerzos de parte de algunos autores por indagar acerca de la naturaleza del delito tratando de establecer una definición abstracta o filosófica del mismo que fuera aplicable a todos los tiempos y lugares, sustrayéndose a las particularidades del caso que pudieran presentarse como concurrentes. Dicho esfuerzo ha resultado vano, pues es claro que la definición del delito siempre ha estado subordinada a la realidad social y humana de la que deriva, las cuales evolucionan a través del tiempo y el lugar, de tal forma que lo que ayer se consideró como delito actualmente ya no lo sea, o viceversa; todo ello respondiendo a las necesidades y fines que la sociedad establezca en un momento dado.

Sin embargo, proponen acudir a los postulados de las dos grandes escuelas del derecho penal que en sus inicios se plantearon la interrogante acerca de la naturaleza del delito: la escuela clásica y la escuela positivista, para orientar conceptualmente sobre el tema.

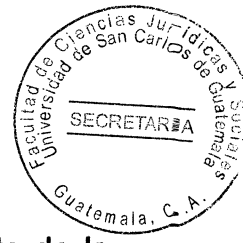
Para la escuela clásica, el delito tenía la naturaleza de “ente jurídico”, pues consistía en la infracción a la ley mediante la conducta externa del individuo, quien lesionaba de esta manera la seguridad ciudadana que la ley estaba llamada a garantizar y preservar, redundando su actuar en un resultado dañoso para la sociedad, la cual tutelaba sus intereses mediante la aplicación de una pena, como defensa social ante el delito.



Es claro que para la escuela clásica el delito sólo podía entenderse en relación al ordenamiento jurídico infringido mediante el delito. Esta concepción es congruente con el principio de legalidad que enuncia “*nullum crimen, nulle poena, sine lege*”, pues de no estar contemplada con anterioridad en la ley una conducta tipificada como delito, el delito no puede existir. En otras palabras, a partir del postulado clásico del delito como contradicción a lo prescrito por la ley, se puede derivar como conclusión que la naturaleza del delito es esencialmente normativa, enfoque que más tarde desarrollan algunas de las teorías sociológicas del conflicto en criminología, haciendo énfasis en el proceso de la criminalización por parte de la sociedad como explicación del delito.

En la escuela positivista, deben distinguirse dos enfoque distintos, el enfoque etiológico del delito, representado principalmente por las teoría de Lombroso, y el enfoque sociológico, representado por Enrico Ferri y Raffaele Garófalo, respectivamente.

Independientemente del enfoque de que se trate, respecto a la naturaleza del delito la escuela positivista lo interpreta como un “fenómeno natural y social”, derivado de la naturaleza o realidad humana. En contraposición a lo postulado por la escuela clásica, que establecía la responsabilidad humana en función del libre albedrío que permitía imputar al individuo la acción delictuosa cometida, el positivismo negaba el libre albedrío, y concebía el delito como una ofensa a los valores imperantes dentro de la sociedad, derivada de motivos antisociales e individuales determinados por las circunstancias psicobiológicas y antropológicas del delincuente, que lo condicionaban inevitablemente a delinquir. En otras palabras, concebían el delito como resultante inexorable de las circunstancias naturales y sociales del delincuente.



Se puede concluir que el positivismo sostuvo una concepción determinista tanto de la naturaleza humana como de la sociedad, y en consecuencia del delito, ante lo cual, el derecho penal debía sancionar las infracciones a la ley mediante la pena como mecanismo de defensa ante la peligrosidad del individuo. Esta noción de peligrosidad también los llevó a adoptar las denominadas medidas de seguridad ante la inexorable vocación del delincuente a transgredir las normas socialmente consensuadas.

3.2. Criterios para definir el delito

Según Zaffaroni, dice que: "Tradicionalmente, dentro del derecho penal, se puede decir que han subsistido dos definiciones de delito, una *strictu sensu* y otra *lato sensu*"⁶⁰

La definición *lato sensu* es la usual de muchas legislaciones, pues se refiere al delito como la conducta que por infringir la ley conlleva una pena, sin hacer referencia al resto de elementos o estratos que constituyen la definición técnica a la que ha arribado en su evolución la teoría general del delito, contentándose con su mera enunciación formal. Por el contrario, la definición *strictu sensu* es aquella que pormenoriza la enumeración de los elementos constitutivos del delito.

Respecto al sentido restringido de la definición de delito, la misma obedece- según Zaffaroni a criterios formales, "realistas" o políticos, llegándose a elaborar teorías que han pretendido definir el delito de manera unitaria o totalitaria, rechazando un enfoque estratificado de y sistemático de su análisis, encontrando entre los intentos de definición

⁶⁰ *Ibid.* Pág. 5.



unitaria del delito los provenientes de la teoría pura del derecho o el nacional-socialismo con la denominada escuela de Kiel en Alemania, y el positivismo italiano, que han resultados infructuosos y han pasado de moda al no aportar seguridad y certeza para aplicar el derecho a partir de sus planteamientos.

Para el autor argentino: "La primera definición de delito con clara base sistemática probablemente sea la debida a Tiberio Deciani, jurisconsulto italiano (1509-1582), que en su *Tractatus Criminalis*, de aparición póstuma en 1590, decía que "delito es el hecho, dicho o escrito del hombre, por dolo o por culpa prohibido por la ley vigente bajo amenaza de pena, que ninguna justa causa puede excusar."⁶¹ Ve la necesidad de una construcción estratificada de la teoría del delito, que supere los enfoques unitarios que a nada han llevado, y propone como posible criterio sistemático, el iniciar el análisis del delito partiendo del análisis de la acción o la conducta al autor, rechazando de plano el sentido inverso, es decir, analizar el delito partiendo de su autor hacia la acción por consistir en una práctica ya en desuso, de estirpe hegeliana, que consideraba: "Que nadie puede actuar con relevancia jurídica sin libertad, es decir, sino es imputable"⁶², teniendo como consecuencia el desconocerle al inimputable su capacidad para actuar justificadamente, pues al no haber imputabilidad no pueden existir los demás elementos.

También, rechaza el criterio objetivo-subjetivo, por consistir en un reduccionismo dicotómico del concepto de delito, limitándolo a la antijuridicidad y la culpabilidad,

⁶¹ Zaffaroni; Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Pág. 15.

⁶² *Ibid.* Pág. 21.



prevaleciente durante mucho tiempo y no superada del todo, y que resulta insuficiente a la hora de análisis de casos como el de la tentativa, pues al valorar el aspecto objetivo del delito aprecia únicamente la acción o el resultado descrito por el tipo legal: “Sin la fórmula de la tentativa, la conducta que no consuma delito alguno no estaría prohibida. No obstante, es imposible determinar si una conducta queda abarcada en esta fórmula o cae fuera de ella, si no se toma en cuenta el fin de la misma”.⁶³

3.3. Elementos característicos del delito

Apegándome a la definición de delito propuesta anteriormente por el tratadista español Francisco Muñoz Conde, los elementos característicos del delito son los siguientes:

- a) La acción.

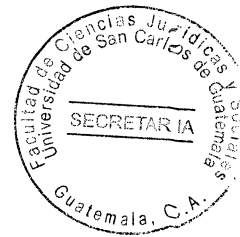
- b) La tipicidad.

- c) La antijuridicidad.

- d) La culpabilidad, y

- e) La penalidad o punibilidad.

⁶³ **Ibid.** Pág. 25.



3.3.1. La acción

“La norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular”⁶⁴. Esto quiere decir que sólo la conducta externa del hombre puede ser la base de una reacción jurídico penal por parte del Estado. El derecho penal es un derecho penal de acto y no un derecho de autor, de esta concepción se colige que los pensamientos e ideas no pueden ser constitutivos de delito, “ni siquiera la resolución de delinquir”, media vez no se materialicen en un acto externo que acarree una consecuencia penal, y siempre y cuando, a esta conducta externa se le puedan aplicar los demás elementos del delito.

Para Muñoz Conde, un derecho penal de acto puede ser controlado y limitado democráticamente, no así un derecho penal de autor, que la historia ha demostrado estar basado en una concepción totalizadora del Estado, que más bien a estado ligado a intereses políticos e ideológicos, que atentan contra los derechos fundamentales de los ciudadanos siendo una problemática de gran gravedad en todo el entorno social, coartando derechos de una parte de la ciudadanía y favoreciendo otra parte que forma parte de la democracia.

No toda acción o conducta humana tiene relevancia penal, únicamente aquella que aparezca descrita con precisión en la norma penal. En la realidad externa (realidad ontológica), la conducta humana puede revestir tres formas de comportamiento que ha llevado a clasificar en tres clases de los delitos: delitos dolosos, culposos y delitos de

⁶⁴ Muñoz. **Ob. Cit.** Pág. 7.



omisión. Es decir, que tanto los actos positivos, como las omisiones son penalmente relevantes, y poseen una estructura ontológica distinta que hay que estudiar.

“Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante.”⁶⁵. A partir de los trabajos de Hans Welzel, se habla que el contenido de la voluntad humana que siempre va dirigido a la realización de un fin, que la acción humana siempre será una acción final.

“El concepto de acción que se acaba de exponer es de la teoría final de la acción, formulada por el alemán Hans Welzel, a principios de los años 30 y sobre la que se ha construido en años posteriores todo un sistema de la teoría general del delito, cuyas líneas fundamentales seguiremos aquí.”⁶⁶

La teoría finalista plantea distintos sentidos de acción según sea su correspondencia a las consecuencias perseguidas, en este sentido, no existe una “acción en sí”, pues la misma comprende también los medios puestos en movimiento y las consecuencias ulteriores vinculadas a ellos, además del objetivo final de la acción.

Así Welzel nos dice: “La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento “finalista” y no solamente “causal”. La “finalidad” o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad

⁶⁵ Ibid. Pág. 9.

⁶⁵ Ibid. Pág. 10.



según un plan tendente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobre determina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es “vidente”, la causalidad “ciega”.⁶⁷

En base a esta concepción de la acción final se pueden distinguir dos fases de la acción:

a) la fase interna: se realiza en la esfera del pensamiento del autor, contemplando el objetivo que se propone alcanzar, así como los medios idóneos para el efecto. Incluye también los hechos o consecuencias concomitantes a la acción, de forma de prever todas las condiciones que aseguren el éxito de la acción propuesta, es en si el actuar de la persona, del sujeto desde el aspecto psicológico y neurológico.

b) la fase externa: se refiere a los actos externos realizados con miras a la obtención del fin propuesto, una vez elegidos los medios idóneos para su consecución y contemplados los efectos concomitantes que procuren el éxito de los planeado.

⁶⁷ Welzel, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Pág. 20.



Es de aclarar que para el derecho penal no la conducta penal tiene relevancia penal sino también son merecedores de un juicio de desvalor los medios empleados o los efectos concomitantes que producen un resultado delictuoso, aunque la acción final no haya pretendido a dicha consecución.

3.3.2. Tipicidad

El tipo es la descripción en la ley penal de una conducta prohibida. Hace referencia al principio de legalidad penal: Sin tipo no hay delito. Según Muñoz Conde: “El tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal.”⁶⁸

La tipicidad implica el principio de legalidad, enunciado en la fórmula “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Es indicio de antijuridicidad, pues para que una conducta delictiva se pueda subsumir o adecuar a la descripción realizada por la ley debe encuadrar en supuesto de hecho contenido en el tipo penal, el cual consiste, a su vez, en una valoración de antijuridicidad hecha por el legislador de la conducta implicada.

Según esto, se pueden distinguir tres funciones que viene a cumplir el tipo penal:

a) Función seleccionadora de las conductas penalmente relevantes.

⁶⁸ Muñoz. Ob. Cit. Pág. 32.

b) Función de garantía de que los comportamientos descritos y subsumibles pueden ser sancionados penalmente. El tipo es expresión del principio constitucional de legalidad limitando el poder del Estado.

c) Función motivadora general, en el sentido que al establecer una pena para las conductas prohibidas descritas en el tipo conmina a los ciudadanos a abstenerse de actuar según la norma prescrita, es decir, conforme a la conducta prohibida.

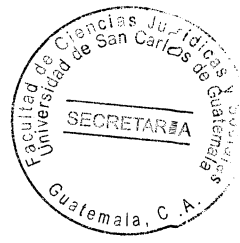
La noción de tipo como lo concibe la dogmática moderna proviene a partir del trabajo de Ernst Von Beling, para quien del delito-tipo: “Proviene los demás conceptos jurídico penales, en el sentido de que sin aquel no puede logarse ninguna determinación jurídica penal concreta y definitiva”.⁶⁹

El tipo describe tanto la conducta interna como externa del comportamiento delictivo, en congruencia con los postulados de la escuela finalista imperantes en el derecho penal. Mediante un verbo, llamado rector o verbo típico o núcleo del tipo, el tipo describe la acción prohibida, individualizando la conducta penalmente relevante.

Silvestroni manifiesta: “Podría decirse que el tipo describe la conducta y sus circunstancias, pero lo cierto es que estas forman parte de aquella en cuanto son abarcadas por la subjetividad y por ello, es correcto definir al tipo como descripción de la acción penalmente relevante”.⁷⁰

⁶⁹ Beling, Ernst von. *La doctrina delito-tipo*. Pág. 14.

⁷⁰ Silvestroni. *Ob. Cit.* Pág. 206.



Los elementos del tipo aceptados por la dogmática jurídico-penal son:

- a) El bien jurídico tutelado.
- b) El objeto de la acción.
- c) El autor, y
- d) La acción.

Partiendo de los elementos anteriores, numerosos tratadistas caracterizan el tipo penal con los siguientes subelementos:

- a) El deber jurídico penal.
- b) El bien jurídico.
- c) El sujeto activo.
- d) El sujeto pasivo.
- e) El objeto material.



f) La voluntad dolosa o culposa, la actividad o inactividad corporal, las referencias de tiempo, espacio y ocasión, los medios idóneos, el resultado material.

3.3.3. La antijuridicidad

Todo delito como acción típica conlleva una operación de desvalorización de la conducta hecha por el legislador en la tipicidad, a la cual se subsume la conducta delictiva: Eso es la antijuridicidad. El concepto de antijuridicidad es unitario, esto quiere decir, que no se circunscribe al derecho penal, sino que se presenta en relación a todo el ordenamiento jurídico, del cual el derecho penal únicamente: “Selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos antijurídicos, generalmente los más graves, conminándolos con una pena.”⁷¹ Se puede decir que antijuridicidad e injusto son términos equivalentes, si bien es cierto, autores como Welzel explican sus razones para distinguirlas, la antijuridicidad como elemento positivo del delito estableciendo que sin ser esta una causa contemplado en dicho delito no resulta siendo una violación a un bien jurídico tutelado.

La antijuridicidad alude a todo el ordenamiento jurídico, conforme a la cual una conducta es reprobada o tolerada. Para que exista antijuridicidad en el derecho penal tienen se tienen que excluir las causas de justificación, establecidas en el propio Código Penal (art. 24), pero referidas al resto del ordenamiento. Por ejemplo, la causal de justificación de legítimo ejercicio de un derecho, invoca otras normas externas al

⁷¹ Muñoz. Ob. Cit. Pág. 65.

derecho penal que facultan legitimando la acción de un policía que durante una persecución y tiroteo hiere a unos de los delincuentes que pretendía aprehender.

Roxin distingue dos clases de antijuridicidad: la antijuridicidad formal, consiste en la contradicción de la conducta injusta con el ordenamiento jurídico; y la antijuridicidad material, consistente en la lesión efectiva de un bien jurídico. La utilidad del contenido material de la antijuridicidad tiene utilidad por tres razones: a) para graduar el injusto según su gravedad, b) para la interpretación del tipo cuando la conducta no sea subsumible al tipo materialmente, y c) para determinar el contenido de las causas de justificación.

Para Silvestroni, siguiendo a Roxin: “La distinción entre forma y sustancia no es un problema propio de la antijuridicidad: en realidad el juicio de desvalor de todos los peldaños de la teoría del delito debe estar imbuido de un contenido material. (...) Tanto el examen de los elementos del tipo, de las justificantes y de las causales de inculpabilidad, deben estar dirigidos a verificar si, además de la afirmación formal de determinado presupuesto de la pena, éste concurre materialmente, a partir de criterios substanciales provenientes de la Constitución y en las demás leyes que establecen y regulan el mismo.”⁷²

La antijuridicidad es diferentes a la tipicidad, pues existen conductas antijurídicas reguladas en otras materias normativas que no son típicas, y también, conductas típicas que por concurrir alguna causal de justificación no son antijurídicas. “Cuando opera una

⁷² Silvestroni. **Ob. Cit.** Pág. 285.



causal de justificación la conducta típica se torna conforme a derecho y genera un deber de tolerancia.”⁷³

La antijuridicidad sirve para justificar u ordenar la afectación de un bien jurídico cuando exista un conflicto de bienes, lo cual implica necesariamente una valorización de los intereses en juego, y la preferencia por aquel interés que sistemáticamente es apreciado como menos importante respecto a otro de mayor importancia, y que por tanto se tolera. Por interés, se hace referencia a un bien jurídico. En el ejemplo del agente de policía que hiere a un delincuente en un operativo, el bien lesionado de la integridad de la persona es preferible a la lesión del bien jurídico la seguridad nacional, si el caso de trata de un jefe de una organización criminal internacional.

3.3.4. Culpabilidad

Según Ossorio, la culpabilidad tiene al menos dos acepciones: “En sentido lato, significa la posibilidad de imputarle a una persona un delito, sea de orden penal o de orden civil. En sentido estricto, representa el hecho de haber incurrido en culpa determinante de responsabilidad civil o de responsabilidad penal.”⁷⁴

El análisis de la categoría de la culpabilidad como elemento del delito debe sobrevenir una vez se han confirmado la acción, la tipicidad y la antijuridicidad. La culpabilidad presupone la idea de la libertad, sin la cual no es siquiera concebible. “En este sentido,

⁷³ **Ibid.** Pág. 286.

⁷⁴ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 245.



para tratar como libre al autor que mantiene intacta su capacidad de gobernarse hasta con que otra persona situada en su lugar hubiera podido actuar de otro modo en las mismas circunstancias.”⁷⁵

No existe un acuerdo sistemático para definir la responsabilidad dentro de la teoría del delito, pues se ha abordado el tema desde diversos enfoques, sin embargo se puede decir que la culpabilidad es la reprochabilidad que penalmente se hace al autor de una acción típica y antijurídica. La antijuridicidad es un juicio de desvalorización que recae en la acción típica respecto al orden normativo establecido socialmente, y la culpabilidad es el juicio de desvalorización que recae en el autor de esta acción típica.

La noción de culpabilidad ha sufrido una evolución conceptual dentro de la teoría del delito que va, básicamente, de enfoque psicológico al normativo. Para la escuela clásica, e incluso positivista, la culpabilidad se fundamentaba en un presupuesto de base empírica: “Como la relación subjetiva del sujeto con el resultado”⁷⁶ Según esto, se consideraban formas de la culpabilidad, el dolo y la imprudencia, y a la imputación como el presupuesto ontológico de la culpabilidad.

“La concepción normativa de la culpabilidad se inicia a partir del trabajo del tratadista alemán Frank con su obra “Sobre la estructura del concepto de culpabilidad”. Luego con el finalismo, el dolo y el deber de cuidado infringido por imprudencia, fueron

⁷⁵ Schönemann. Bernd. **Sobre el estado de la teoría del delito.** Pág. 94.

⁷⁶ Roxin. **Ob. Cit.** Pág. 794.



incorporados a la categoría de la tipicidad, dejando sin componentes lo que antes **había** sido sustento de la teoría psicológica de la culpabilidad.”⁷⁷

a. Elementos de la culpabilidad

El juicio de atribución o reproche al autor de una conducta típica y antijurídica que implica la culpabilidad requiere, para poder realizarse, de ciertos presupuestos o elementos, como fundamento material para que pueda efectuarse. Es decir, exige el conocimiento, por parte del individuo, de la prevención establecida en la norma penal de preservarse determinado bien jurídico, conocimiento que funciona como motivación normativa de su conducta.

Si este extremo no se presenta, debido a circunstancias como inmadurez psicológica o cognitiva, por desconocimiento del contenido de la prohibición, o por encontrarse en una situación en la que no se le puede exigir un comportamiento distinto, se dice entonces que no se encuentra motivado por la norma o que su voluntad se encuentra alterada a tal punto que lo incapacita para observar la norma, lo que se traduce en no poder atribuírsele el comportamiento típico y antijurídico, no concurriendo la culpabilidad.

Para poder efectuarse el juicio de atribución mencionado, es necesario que existan los siguientes elementos específicos:

⁷⁷ **Ibid.** Pág. 795.



a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad: la cual hace referencia a la capacidad para motivarse racionalmente debida a factores como la edad o madurez psíquica, los cuales de no darse, impiden la concurrencia de culpabilidad en la acción cometida u omitida.

b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido: implica que la norma penal en la medida que permita conocer el contenido de su prohibición, podrá motivar al individuo a su acatamiento; de lo contrario, si el sujeto desconoce la antijuridicidad de su comportamiento no tendrá razones para abstenerse de él.

c) La exigibilidad de un comportamiento distinto: hace referencia al hecho que la norma jurídica siempre tiene un ámbito de exigibilidad de la conducta individual, fuera del cual exime de responsabilidad; pero corresponderá al actor la determinación cognitiva de su actuar en el caso concreto. "Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad faltará ese elemento y con él, la culpabilidad."⁷⁸

3.3.5. Punibilidad

Las características de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son suficientes para configurar una determinada conducta como un delito. Sin embargo, algunos establecen un elemento más: el de la penalidad o punibilidad, el cual consiste en: "Una forma de

⁷⁸ Muñoz. Ob. Cit. Pág. 105.



recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias (diversas en cada caso), puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, se exigen en algunos delitos concretos”.⁷⁹

Algunos tratadistas optan por excluirla de las categorías configuradoras del delito, mientras otros la analizan como elemento constitutivo de tal concepto. Otros conciben la punibilidad como mera consecuencia del delito: Autores como de Mata Vela y De León Velasco adoptan una postura más bien ecléctica, considerando la punibilidad como elemento positivo del delito cuando la misma se estudia a partir de la Teoría general del delito; y como consecuencia del delito cuando se aborda desde: “La penología”, término de problemática definición según los expresa el mismo Manuel Ossorio en su artículo sobre la penología”.⁸⁰

La punibilidad siendo un elemento positivo del delito estableciendo que un acto o un hecho penado por la ley debe ser eminentemente castigado.

Lo cierto es, como dice Welzel que: “Todo grado de culpabilidad da lugar, en principio, a la punibilidad”⁸¹, entendida como elemento constitutivo del delito.

El autor mexicano Raúl Plascencia en su Teoría del delito, cita a la jurista Olga Islas de González, quien sobre la punibilidad entiende: “La conminación de privación o

⁷⁹ **Ibid.** Pág. 134.

⁸⁰ **Ossorio. Ob. Cit.** Pág. 712.

⁸¹ **Welzel. Ob. Cit.** Pág. 201.



restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado, y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste”.⁸²

En otras palabras, la punibilidad es la pena prescrita en la norma penal, sin excusas absolutorias y adecuadas a las condiciones objetivas de punibilidad, que deviene como consecuencia jurídica a un supuesto de hecho materializado por la conducta típica, antijurídica y culpable de un individuo. Acotando que por excusa absolutoria se entiende según Jiménez de Asúa cuando: “Aquella causa que hace que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie una pena por razones de utilidad pública”⁸³, y respecto a las condiciones objetivas de punibilidad aquellas: “Circunstancias que, estando fuera de la descripción típica, condicionan la aplicación de la pena”.⁸⁴

3.4. Función de los elementos negativos del delito

“Los elementos llamados “negativos” del delito, tienden a destruir la configuración técnico-jurídica del mismo, y como consecuencia tienden a eliminar la responsabilidad penal del sujeto activo”.⁸⁵

⁸² Plascencia, Raúl. **Teoría del delito**. Pág. 181.

⁸³ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 394.

⁸⁴ Silvestroni. **Ob. Cit.** Pág. 351.

⁸⁵ De Mata Vela y De León Velasco. **Ob. Cit.** Pág. 186.



El Código Penal, Decreto 17-73 en el Título III de su Parte General, denomina a los elementos negativos del delito como causas que eximen de la responsabilidad penal, distinguiendo tres clases de causas de la siguiente manera:

Causas de inimputabilidad (Artículo 23 del Código Penal):

- a) La minoría de edad.

- b) El estado mental transitorio, entendida como incapacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo a esa comprensión. En la doctrina a esa causal se le denomina *actio libera in causa*.

Causas de justificación (artículo 24 del Código Penal):

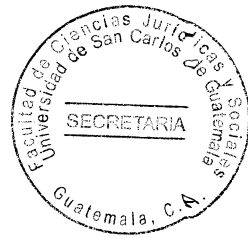
- a) Legítima defensa, siempre que concurren alguno de las tres circunstancias descritas en la norma penal.

- b) Estado de necesidad, bajo las tres condiciones enumeradas en la ley.

- c) Legítimo ejercicio de un derecho.

Causas de inculpabilidad (Artículo 25 del Código Penal):

- a) Miedo invencible (en la doctrina llamado también error invencible).

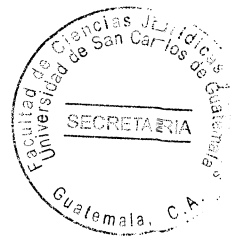


b) Fuerza exterior.

c) Error (en la doctrina correspondiente al error de prohibición), también llamado legítima defensa putativa.

d) Obediencia debida, siempre que reúna las condiciones estimadas en la ley.

e) Omisión justificada (o la no exigibilidad de una conducta distinta).



CAPÍTULO IV

4. Sistema penitenciario

El sistema penitenciario es el aparato institucional encargado del resguardo y reeducación de las personas que tras un proceso penal en su contra por la comisión de un delito resultan sentenciadas al cumplimiento de una condena.

El sistema penitenciario, es un elemento más que forma parte dentro de un sistema más amplio llamado sistema de justicia penal, dentro de cual se puede identificar a las instituciones encargadas de la investigación y prevención de los ilícitos penales, las cuales intervienen en una primera fase, y que constituyen los entes administrativos de control estatal encargados de implementar la política criminal.

En una segunda fase, dentro del entramado del sistema de justicia penal intervienen los órganos jurisdiccionales encargados de la administración y aplicación de las leyes a los casos concretos de contravenciones penales, entiéndase los juzgados de instancia y tribunales de sentencia penal respectivos.

Y finalmente, se encuentra en una fase ulterior al proceso penal, la correspondiente a la ejecución y cumplimiento de las penas impuestas por los tribunales, generalmente de prisión, más no exclusivamente, y en donde al sistema penitenciario como el marco institucional diseñado para el efecto, dentro de un marco jurídico legitimador.



La base legal del sistema penitenciario ubicado en la Constitución Política en su Artículo 19, fundamento que establece el objeto y finalidad del mismo, así como las garantías constitucionales de la población reclusa que deben ser observadas a lo interno de los centros penitenciarios. También, se encuentra su fundamento legal en la legislación de carácter ordinario en el Decreto número 33-2006 del Congreso de la República, Ley del Régimen Penitenciario.

Si bien es cierto, ni la Constitución Política ni la Ley del Régimen Penitenciario tienen una definición del sistema penitenciario. Se encuentra una definición aproximada en Ossorio, quien dice: "Llámesese así al conjunto de normas legislativas o administrativas encaminadas a determinar los diferentes sistemas adoptados para que los penados cumplan sus penas"⁸⁶

Sin embargo, lo relativo a su finalidad y estructura ha dependido del contexto socio histórico de la sociedad en que se inscribe, pues a través de su evolución ha sufrido variaciones en su funcionamiento respondiendo a las exigencias ideológicas del sistema económico capitalista, como ha sucedido con las teorías de criminalización anteriormente estudiadas.

El régimen penitenciario como sinónimo de cárcel surge simultáneamente con el modo de producción capitalista. Es en la época de las teorías clásicas del derecho penal que se aboga por penas más indulgentes y humanitarias que desterraran la tortura y los castigos físicos denigrantes característicos de regímenes políticos monárquicos y

⁸⁶ Ossorio. Ob. Cit. Pág. 825.

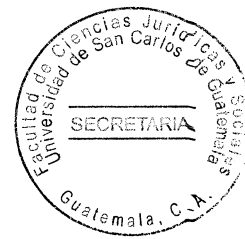


totalizadores, que se opta por la privación de la libertad, convirtiéndose la prisión en la pena por antonomasia dentro de la sociedad capitalista como medida correctiva ante la conducta desviada de los delincuentes, proveyendo, a su vez, de seguridad al resto de la sociedad ante las potenciales transgresiones de aquellos marginados y excluidos por el sistema económico dominante.

Esto último, se encuentra insinuado en el mismo Decreto número 33-2006 que en su primer considerando recuerda que: “Es deber del Estado de Guatemala, garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”, en virtud de lo cual, crea las disposiciones jurídicas que sustentan el actuar operativo del Estado en la custodia y reeducación de aquellas personas que en algún momento de su vida infringieron la leyes que tutelan los derechos de la sociedad, garantizando a su vez, el adecuado tratamiento de estos últimos con el propósito de lograr su posterior reinserción a la sociedad, en estricta observancia de sus derechos humanos.

4.2 Objetivo

El objetivo del sistema penitenciario lo enuncia la Constitución Política en el primer párrafo del Artículo 19 cuando dice que: “Debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos”, enunciando a continuación las normas o garantías mínimas que deben respetarse a la población reclusa, como individuos que no por habérseles restringido su libertad pierden su status de persona para el derecho penal.



En otras palabras, el deber estatal de garantizar la seguridad de las personas y su desarrollo integral como persona, se aplica tanto a la sociedad en general, incluyendo a la población reclusa confinada en cualquier centro de detención. La justificación de ello se debe a la consideración del recluso como persona socialmente condicionada por las circunstancias personales, que en determinado momento propiciaron la comisión de algún ilícito penal, concibiendo la posibilidad de su ulterior reintegración a la sociedad una vez cumplida su condena o pena.

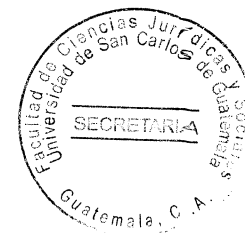
El rol del sistema penitenciario entonces es implementar las acciones adecuadas para reeducar y rehabilitar al delincuente, mediante programas y tratamientos educativos, ocupacionales y terapéuticos, que motiven al recluso a retomar los valores e intereses que le permitan desenvolverse dentro de la sociedad a la que ha de regresar tras cumplir el tiempo de privación de su libertad, acoplado su comportamiento en función de las expectativas sociales, consistentes básicamente en el respeto a las normas y el desempeño en alguna actividad productiva que le permita desarrollarse integralmente como persona.

El concepto de readaptación social y de reeducación que sustenta nuestra legislación, deriva de los orígenes de la prisión como pena ejemplar, en el sistema moderno de derecho penal, y que coincide con lo que el tratadista Pavarini identifica como la primera fase en la evolución ideológica que ha sufrido la prisión en el desarrollo de la sociedad capitalista en que nace.

El tratadista italiano identifica tres fases en la configuración ideológica de la cárcel: a) una primera etapa que denomina “cárcel y fábrica”⁸⁷, en la que las teorías dominantes pretenden reinsertar al ámbito laboral a los infractores de la ley, mediante un tratamiento que busca inculcar los valores de productividad y utilidad del desempeño de las personas a fin de contribuir y beneficiarse al mismo tiempo, del crecimiento y desarrollo industrial y económico de la sociedad: “La cultura de trabajo y la sucesiva inserción en el mercado laboral son, por lo tanto, pasajes, obligados en todo proceso de inclusión social”⁸⁸; b) la segunda época, la ubica a mediados del siglo XX, en el modelo de desarrollo asistencial o Welfare State, adoptando medidas reformistas y progresistas que abogan por medidas alternativas al proceso penal, medidas sustitutivas, beneficios penitenciarios, o regímenes penitenciarios más abiertos, que transfieren la noción de seguridad a la sociedad, en virtud de su capacidad socioeconómica para hacerse cargo de la marginalidad mediante programas asistenciales, lo que llama cárcel y sociedad; y c) finalmente, el modelo de cárcel y guerra, que vislumbra en las recientes políticas adoptadas, las cuales ya no responden a teorizaciones de base sociológica de la criminalidad, renunciando así a explicar las causas del fenómeno delincencial, enfocándose en la eficacia de su reducción, implicando un consecuente endurecimiento de las leyes penales, ampliando los delitos a perseguir, repercutiendo en una elevación de la población penitenciaria a nivel global, adoptando una retórica beligerante contra los delincuentes en general, declarándoles la “guerra” con miras a su reducción, sin poner en cuestión los motivos o las condiciones que propician su comportamiento al margen de la ley.

⁸⁷ Pavarini, Massimo. **Castigar al enemigo: criminalidad, exclusión, inseguridad**. Pág. 45.

⁸⁸ *Ibid.* Pág. 48.



Para Alessandro Baratta, las intenciones de resocialización de la cárcel seguirán siendo mínimas si persiste el distanciamiento de lo que él llama “microcosmos carcelario” respecto al “macrocosmos social”: “No se pueden segregar personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas”⁸⁹, abogando por un sistema carcelario más abierto que permita a la sociedad reconocerse en el instituto carcelario.

Baratta ve en la utilización de términos como resocialización y tratamiento, resabios conceptuales provenientes del positivismo que veía en el delincuente a una persona anormal y mala mientras suponía acriticamente a la institución carcelaria como buena, recomendando su preferencia por el término reintegración social del delincuente, pues dicha noción implica mantener un canal comunicativo abierto entre la sociedad y la institución carcelaria.

Resulta significativo que la mayoría de la población reclusa provenga de estratos sociales marginales, viniendo la cárcel a constituir un esquema de marginación secundaria, luego de una marginación primaria ejercida socialmente por los mecanismos excluyentes del mercado de trabajo en el contexto de las sociedades globalizadas.

El concepto de rehabilitación está ligado, desde los inicios de la institución carcelaria como instituto de castigo penal, a una noción de “retorno a la competitividad”, como medida correctiva (correccional) que reconduzca la conducta transgresora del

⁸⁹ Resocialización o control social. Pág. 3.

delincuente hacia las actividades que le permitan alcanzar las expectativas que la sociedad industrial impone a sus integrantes.

El autor noruego Thomas Mathiesen al reflexionar sobre los componentes ideológicos de la rehabilitación presidiaria, concluye que los mismos obedecen o responden a las expectativas de la ética burguesa de la sociedad moderna, así: “El imaginario de la rehabilitación se ha nutrido de referencias muy tradicionales (...): el trabajo diligente, la buena escolaridad, una moralidad respetable y una fuerte disciplina”⁹⁰, entre los cuales han destacado unos sobre otros en base a los requerimientos en boga presentes en la sociedad.

Nótese que la Constitución Política adopta los tan cuestionados conceptos de readaptación social y de reeducación de recluso, así como de la noción de tratamiento, terminología que asume ingenuamente la funcionalidad efectiva de la cárcel como rehabilitadora, siempre y cuando se circunscriba su intervención a la observancia de normas mínimas que garantizan la abolición de prácticas de tortura, de cualquier índole, y de trabajo forzoso, así como de tratos inhumanos y discriminatorios hacia la población reclusa.

Contempla la división entre centros de detención preventiva y de cumplimiento de condena, como factor influyente en el tipo de socialización a que es sometido el recluso en su interior, que ha llevado a concluir, tras numerosos estudios en diversos países y épocas, que las prisiones vienen a funcionar como escuelas del crimen, debido a que

⁹⁰ Juicio a la prisión. Pág. 82.



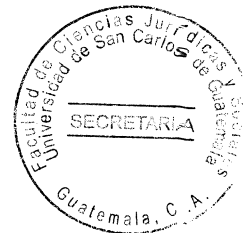
durante el período de privación de libertad, el recluso internaliza el proceso de “carcelización” que lo lleva a reincidir en el delito, una vez regresa a la sociedad después de cumplir su condena.

En este sentido, la Constitución Política es congruente con las normas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su primer Congreso sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en 1955, las cuales contienen la descripción de prácticas y disposiciones que permitan modernizar e implementar un sistema penitenciario respetuoso de los derechos fundamentales de la población reclusa, de acuerdo a su dignidad de persona, en el entendido que las mismas actúan como medidas de prevención situacional del crimen, tanto en el aspecto del tratamiento como en el aspecto de la infraestructura.

Por último, la ley máxima garantiza el derecho fundamental de los reclusos a mantener comunicación con sus familiares, abogado defensor, asistente religioso, médico, o representante consular si fuera el caso, a efecto de que mantenga sus vínculos con el exterior mientras se encuentra privado de libertad, estableciendo mecanismos administrativos de impugnación si en determinado caso alguna de estas garantías fueran violentadas por las autoridades o el personal del sistema penitenciario.

4.3 Fines

El Artículo 3 del Decreto número 33-2006 del Congreso de la República de Guatemala enuncia como fines del sistema penitenciario, los siguientes:



- a) **Mantener la custodia y seguridad de las personas reclusas en resguardo de la sociedad; y**

- 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.**

De lo anterior, se integra al objetivo anteriormente expuesto, enunciado igualmente en el segundo considerando de la Ley del Regimen Penitenciario de la siguiente manera: “Son fines del sistema penitenciario la readaptación social y reeducación de las personas reclusas; así como cumplir con las normas mínimas para la custodia y tratamiento de las mismas.”

Ambas acotaciones responden a una disposición más amplia, de carácter constitucional, establecida en el Artículo 2 de la Constitución Política, en el que se enuncian como deberes del Estado garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

El mismo Artículo aparece transcrito en el primer considerando de la ley de la materia. Se puede deducir en base a ello, tomando los respectivos considerandos como un razonamiento silogístico en el que cada uno de ellos representa una premisa del cual se colige la ley. Según esto, cada uno de los considerandos vendrían a anteponerse uno al



otro respectivamente a manera de como lo hace en la lógica dialéctica la tesis y la antítesis, de forma que puede argumentar que el primer considerando expresa que en función del deber del Estado para con la sociedad de garantizar su seguridad y la justicia a los habitantes de la República es que se crea el sistema penitenciario, como el aparato institucional encargado del confinamiento material de los delincuentes a efecto de que cumplan con su condena, como retribución simbólica ante la sociedad por el delito cometido.

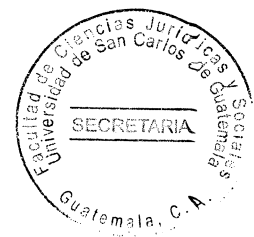
El sistema penitenciario, en este caso, lo interpretó no sólo en el sentido jurídico normativo, como el que plantea la definición aportada por Manuel Ossorio, cuyo sinónimo viene a ser la expresión “régimen penitenciario, sino además, el término sistema hace alusión al aspecto físico y espacial que implica el aparato institucional, es decir, el conjunto de cárceles y centros de detención, construidos y destinados para el cumplimiento de las penas de prisión por las personas condenadas por algún delito, o que están a la espera de determinar su situación jurídica respecto al mismo.

En otras palabras, el sistema penitenciario como conjunto de espacios de reclusión para los delincuentes dentro de la sociedad, supone a su vez, la segregación espacial de los mismos, como prevención situacional implementada por el Estado o la clase dominante en el poder para garantizar la seguridad de la sociedad en general, coincidiendo esta idea con el primer fin enunciado en el Artículo 3 del Decreto número 33-2006.



El segundo considerando, el cual coincide con el segundo fin del citado Artículo, aborda el papel de garante que está llamado a desempeñar el Estado de los derechos humanos de la población reclusa, que si bien se encuentran en una situación de privación de su libertad como consecuencia jurídica por el rompimiento de una norma, esto no le despoja de su status de ciudadano, habitante de la República, al que la Constitución Política prescribe garantizar también su seguridad, la justicia, la vida, la paz y el desarrollo integral, incluso su libertad de acción y determinación, pues la pena privativa de libertad afecta únicamente el radio de locomoción de la misma, pero no restringe la variedad de posibilidades en que se manifiesta la libertad de una persona.

De lo anterior se desprende, que la Ley del Régimen Penitenciario viene a ser la síntesis de dos premisas fundamentales, la seguridad y protección de la sociedad y el respeto de los derechos humanos de las personas reclusas siendo un fin primordial del derecho penal y de la pena, teniendo como resultado la reinserción y reeducación del recluso al momento de concluir con dicha pena y ser tratado como sujeto de derechos y obligaciones en la sociedad, teniendo este mismo, el trato equitativo e igualitario que con los demás sujetos que no han cometido ningún ilícito congeniando disposiciones que apuntan a la consecución de ambos extremos, por parte del Estado, con base en los principios de igualdad, humanidad y apertura, y los propios de un Estado de Derecho.



4.4. Principios

Las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, adoptadas y aprobadas por la Organización de las Naciones Unidas desde 1955, por versar en derechos humanos podría corresponderle el rango de preeminencia sobre el derecho interno, por la materia que norma. Sin embargo, no es la intención de este trabajo dilucidar la naturaleza jurídica de las reglas mínimas, sino el establecer que las mismas han sido complementadas por diversos convenios en materia de derechos humanos dirigidas al sector de la población reclusa de los países parte.

En el ámbito internacional las reglas mínimas desempeñan un papel directriz en lo que a derechos humanos de la población reclusa se refiere, el aspecto consubstancial del tema que se refiere a la organización penitenciaria idónea, proporcionalmente al tratamiento adecuado de la población reclusa a fin de hacer efectivas las fines por los que se establecen los sistemas penitenciarios, es decir, la reeducación y reintegración a la sociedad de los reclusos tras el cumplimiento de su condena.

Las misma Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos se enuncian a sí mismas como principios rectores aplicables a la administración de los sistemas penitenciarios y a los objetivos a que deben tender, relativa al tratamiento de los reclusos. De tal manera, resultan esenciales para la interpretación de las mismas las reglas 56, la observación preliminar número 1 y la regla 27, para la integración e interpretación de las mismas.



La Regla 56 establece lo siguiente: “Los principios que se enumeran a continuación tienen por objeto definir el espíritu conforme al cual deben administrarse los sistemas penitenciarios y los objetivos hacia los cuales deben tender, conforme a la declaración hecha en la observación preliminar 1 del presente texto”.

Remitidos a la consideración 1 de las Reglas Mínimas leemos: “El objeto de las reglas siguientes no es de describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente establecer, inspirándose en conceptos generalmente admitidos en nuestro tiempo y en los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos.”

Por lo anterior, se deduce que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos devienen, en su integridad, principios de todo régimen o sistema penitenciario. Las reglas 58, 59, 60 y 61 condensan la definición del régimen progresivo, el cual es el adoptado por nuestra legislación en la materia, de entre las modalidades que existen o han existido en otros países y épocas.

El Decreto número 33-2006 retomando el contenido del paradigma normativo internacional enumera siete principios generales sobre los que se basa nuestro sistema penitenciario, siendo los siguientes:

Principio de legalidad: toda política y actividad penitenciaria está sujeta a las garantías y dentro de los límites prescritos por la Constitución Política y los convenios y tratados ratificados por Guatemala en materia de derechos humanos. Implica el hecho que nadie

podrá ingresar a un centro penal en calidad de detenido sin orden de juez competente.

Aplica dicho principio a las sanciones o restricciones administrativas que limiten un derecho fundamental o impongan una medida disciplinaria.

Igualdad: nadie puede ser objeto de discriminación a lo interno de los centros penales, lo que no implica que se tomen como discriminatorios las medidas de organización y distribución de los reclusos conforme a edad, tipo de delito cometido, antecedentes, etc. o en los casos de preferencia por la condición de mujeres embarazadas o lactantes respecto a las que no lo son.

Afectación mínima: las personas reclusas conservan todos los derechos establecidos en la Constitución Política, salvo aquellos que su situación jurídica restrinja o que estén afectados por sentencia firme. Las medidas disciplinarias sólo restringirán en lo necesario para mantener la seguridad y el orden a lo interno de los centros.

Control judicial y administrativo del privado de libertad: el cumplimiento de las penas deberán ejecutarse bajo el estricto control del juez de ejecución, debiendo tener en cuenta las disposiciones relativas al régimen progresivo. Las condiciones de las instalaciones penitenciarias están bajo la responsabilidad del Director General del Sistema Penitenciario, quien velara porque sean dignas y no atenten contra los derechos inherentes de los reclusos. Toda decisión de traslado de reos deberá plantearse ante el juez de ejecución respectivo.



Derecho de comunicación: es el derecho del recluso mantener contacto consuetudinario con el exterior, especialmente su familia, y en su idioma materno.

Principio de humanidad: este principio establece que la persona reclusa debe ser tratada conforme a su dignidad como persona, a quien corresponden derechos inherentes, prohibiendo el trato denigrante y la tortura o exacciones.

Participación comunitaria: para el cumplimiento de sus fines, las autoridades del sistema propiciarán la colaboración y participación de entidades que realicen actividades deportivas, educativas, religiosas, o laborales, que contribuyan a la reeducación y reintegración de la persona reclusa durante el tiempo de ejecución de la pena.

4.5 Funcionamiento

El régimen progresivo adoptado en el país es definido por la Ley de la materia (Artículo 97) como: “Un conjunto de programas y actividades de carácter evaluativo, educativo, terapéutico, cultural, social, deportivo, de formación, capacitación, trabajo y demás acciones que promuevan la autorrealización, autodeterminación y compromiso de las personas reclusas al lograr su rehabilitación total.” El mismo, se complementa con el régimen de redención de penas, pues el segundo es aplicable en base a los resultados de avance mostrados por el recluso en el régimen progresivo.



El sistema progresivo comprende cuatro fases, cada una de las cuales están bajo el control y seguimiento de un respectivo equipo multidisciplinario, quienes realizarán sus actividades de conformidad con las directrices técnicas de la Subdirección de Rehabilitación Social y de la Dirección General. Las fases que conlleva el sistema progresivo son las siguientes:

- a) Fase de diagnóstico y ubicación: cuyo objeto es definir la ubicación y establecer un plan de atención técnica individualizado para la persona reclusa con sentencia firme. Este estudio, es solicitado por el juez de ejecución previo a definir la ubicación del reo para el cumplimiento de su pena.**

- b) Fase de tratamiento: esta fase da inicio al día siguiente en que el juez de ejecución resuelve la ubicación de la persona reclusa, y dura hasta cuando la persona haya cumplido la mitad del tiempo de la pena, siempre que exista dictamen favorable por la Subdirección de Rehabilitación Social, y dicho dictamen dependerá de la respuesta positiva que haya observado la persona privada de libertad desde su internamiento. Los equipos interdisciplinarios deben llevar un registro sistematizado de cada persona reclusa que incluya lo referente al trabajo, capacitación, educación, conducta y demás hechos relevantes de su confinamiento en el centro.**

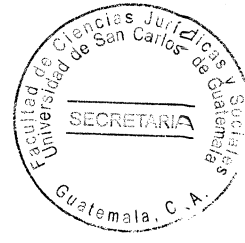
- c) Fase de Prelibertad: la ley define esta fase como: “En la que progresivamente la persona reclusa afianza su vinculación familiar y su relación con la comunidad exterior, con la finalidad de alcanzar en forma gradual su readaptación social”. Esto se concretiza en el sentido que el recluso, previa autorización de la Subdirección de**

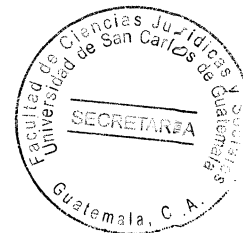


Rehabilitación Social y con la aprobación de la Comisión Nacional de Salud Integral, Educación, Trabajo, podrá desempeñarse laboralmente en alguna entidad pública o privada dentro de la jurisdicción departamental del centro de detención. Dicho actividad, la podrá realizar sin necesidad de custodia, sólo con la autorización del juez de ejecución penal respectivo.

Otra modalidad con que se implementa esta fase es la concerniente a las denominadas salidas transitorias, consistentes en permisos de salida de fin de semana o de salidas diurnas con la obligación de pernoctar en el centro, ejecutadas de conformidad a lo dispuesto por el juez de ejecución correspondiente. El incumplimiento voluntario de las condiciones impuestas para las salidas conlleva como sanción el retroceso a la fase de tratamiento.

d) Fase de libertad controlada: es la última fase del régimen progresivo, obteniendo la persona reclusa su libertad bajo control del juez de ejecución, con el dictamen favorable de la Subdirección de Rehabilitación y la aprobación de la Dirección General. Los requisitos para que se otorgue la libertad bajo control judicial son que la persona reclusa haga la solicitud fundamentada y que la misma sea para desarrollar trabajo o estudio fuera del centro penal siempre y cuando haya cumplido al menos la mitad de la pena. También, puede otorgarse este beneficio a personas a quien se les ha diagnosticado enfermedad terminal, bajo las condiciones determinadas por el juez de ejecución.





CAPÍTULO V

5. Incidencia del derecho penal como instrumento rehabilitador

Al inicio de este trabajo de tesis, se explican sucintamente las características del derecho penal, siendo una de ellas la de ser rehabilitador del delincuente en el sentido que en la aplicación de las penas el juzgador sopesará la gravedad del delito, de tal forma, que la misma sea proporcional a la acción cometida, teniendo como consecuencia que en los delitos tipificados como menores o calificados como tentativas o desistimientos, se podrá imponer, en consecuencia, una medida de seguridad, buscando prevenir acciones futuras que constituyan un delito mayor o un delito consumado, como en los casos de medidas de seguridad establecidos en el Artículo 7 del Decreto 97-96 Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.

Se suelen utilizar como sinónimas del concepto rehabilitación, los términos de reinserción, resocialización, reintegración social, readaptación social y reeducación. Sin embargo, conviene precisar su alcance y definición, pues técnicamente los mismos son utilizados en contextos distintos.

Para iniciar, se puede indicar que los términos rehabilitación, readaptación social y resocialización se basan en la ideología de los postulados positivistas que conciben al delincuente como una persona desviada de la normalidad observada dentro de la sociedad por cada uno de sus integrantes y que por esa misma conducta anormal o desviada la persona entra en conflicto con el orden normativo establecido por la misma, ante lo cual, el sistema penitenciario mediante la pena de privación de la libertad o



institucionalización del individuo intervendrá previniendo la consumación de **actos delictivos**.

Mathiesen nos recuerda el origen de la palabra “rehabilitación”, cuando dice que la misma es utilizada haciendo referencia a un contexto carcelario en el entendido que la cárcel rehabilita. El término proviene del francés y del latín, pues: “La partícula francesa *re* quiere decir “retorno” o “repetición” y el término latino *habilis* quiere decir “competente (sic)”⁹¹, denotando un retorno a la competencia de aquel individuo por efecto de su reclusión carcelaria.

La crítica que se hace a la connotación del término rehabilitación es que el sentido o buen logro de la misma, recae en la misma persona rehabilitada, pues las autoridades intervienen únicamente segregando al individuo del resto de la sociedad, pero la sola decisión administrativa de institucionalizarlo con el fin de rehabilitarlo no garantiza el resultado; por el contrario, lo responsabiliza doblemente, pues deviene responsable de la acción delictiva cometida y responsable a su vez del buen logro del resultado de su rehabilitación.

En la ley de la materia, Decreto 33-2006, que en su Artículo 28, habla del derecho a la readaptación social y reeducación, encontramos un ejemplo de lo dicho anteriormente cuando en su contenido se encuentra lo siguiente: “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

⁹¹ **Ibid.** Pág. 61.



personal de las personas reclusas, conjuntamente con éstas, la persona reclusa tiene el derecho a participar en los mismos de acuerdo con sus intereses y necesidades personales.” La pregunta que nos surge y que queda en el aire es ¿Y si ninguno de los programas se acopla a los intereses y necesidades del recluso?.

La experiencia de reclusión para un individuo una vez finalizada o concluido el tiempo de su condena no le devuelve la dignidad, el honor y los derechos perdidos durante su tiempo de cautiverio. En otras palabras, el aspecto moral que implica la pena de prisión, no es subsanado una vez finalizada ésta. Si el Estado realmente tuviera interés en rehabilitar o reintegrar a la sociedad al individuo privado de su libertad implementaría un sistema, al menos simbólico, en el que se le devuelva al ex presidiario sus derechos, honor y dignidad tras el encierro. Todo lo anterior, requiere de una inversión presupuestaria.

La realidad cotidiana muestra lo contrario: “Asignamos recursos exclusivamente, o casi exclusivamente, a las cárceles, o a la construcción de más cárceles. Sólo disponemos de rituales para el ingreso a ellas; rituales que oficialmente y con pompa y circunstancia imponen la denigración y quitan la dignidad y el honor”⁹².

El término utilizado más modernamente es el de reinserción social. El sentido de este término conlleva el retorno a un estado anterior, en el cual el infractor de la ley se encontraba inserto al conglomerado social en el que se desenvolvía.

⁹² *Ibid.* Pág. 64.



Se puede definir como: “El regreso del recluso a la vida extra penitenciaria, el regreso del infractor a un estilo de vida prosocial, englobando no sólo la dimensión conductual, que correspondería a que la persona deje de delinquir, sino a que una dimensión simbólica donde el individuo es reintegrado a la sociedad y deja atrás la condena que ha cumplido o le ha sido remitida, junto con los prejuicios asociados a ésta.”⁹³

La crítica a esta concepción, estriba en el hecho de dar por supuesto que el estado anterior del sujeto infractor era prosocial. En otras palabras, supone que el recluso estaba insertado a la sociedad previo a su condena de prisión, de ahí que sería mejor hablar de “inserción social” y no de reinserción, pues generalmente el individuo delincuente infringe la ley en circunstancias “al margen de la sociedad”, lo que implica que no estaba inserto a la misma.

El mismo informe sigue el criterio esgrimido por el autor Mercedes Gallizo, respecto a una reinserción exitosa, la cual engloba al menos dos criterios: primero: restaurar la participación de una persona dentro de la sociedad; y segundo: que la persona logre tener una autonomía suficiente que le permita decidir sobre su vida. Para alcanzar ambos objetivos son importantes las competencias (conocimientos, habilidades, destrezas) que la persona posea para desenvolverse adecuadamente, así como los recursos que le permitan cubrir sus necesidades en salud, educación, vivienda, y mantener un adecuado nivel de calidad de vida.

⁹³ Fundación Paz Ciudadana. **Reinserción social y laboral de infractores de ley: estudio comparado de la evidencia.** Pág. 12.



En el citado, informe se concluye que la reinserción social será afectiva: “Cuando el infractor logre alcanzar una participación activa y prosocial en su entorno comunitario, logrando satisfacer sus necesidades a través de medios lícitos y el ejercicio pleno de sus derechos sociales.”⁹⁴

5.1. Rehabilitación del delincuente

Como se concluye en el apartado anterior, que cuando se habla que el derecho penal es rehabilitador, lo es en el sentido que busca evitar futuras infracciones a la ley por un individuo en particular, del cual se tiene el conocimiento antecedente de que ha infringido la ley provocando un daño a terceros tras la vulneración de un bien jurídicamente tutelado por la ley penal, o en el caso de que no haya consumado el hecho, por el peligro que supone su tentativa o desistimiento.

En otras palabras, si alguien cometió un delito, el derecho penal prescribe una pena o medida de seguridad con el propósito de evitar o prevenir específicamente (prevención especial) que el sujeto vuelva a delinquir. Es decir, evita su reincidencia.

En el caso que el delito no haya podido alcanzar su fin, ya sea por causas independientes a la voluntad del agente, como en el caso de la tentativa, o porque el autor haya desistido voluntariamente del cometer el hecho, la pena o medida de seguridad contemplada por el derecho penal pretende reducir o atenuar la peligrosidad

⁹⁴ Ibid. Pág. 12.



que representa la persona respecto a la víctima, al considerar las intenciones que ha tenido el potencial delincuente en su contra.

De hecho, el Código Penal establece como criterio primordial para la imposición de una medida de seguridad el denominado estado de peligrosidad, como se concluye del tenor del Artículo 86 del Código Penal, que en su segundo párrafo establece: “Sin embargo, en cualquier tiempo [los tribunales de justicia] podrán reformar o revocar sus resoluciones al respecto, si se modifica o cesa el estado de peligrosidad del sujeto.”

Luego el Artículo 87 de la misma ley enumera como indicadores del estado peligroso los siguientes: 1. La declaración de inimputabilidad, 2. La interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado, 3. La declaración del delincuente habitual, 4. El caso de tentativa imposible de delito, 5. La vagancia habitual, 6. La embriaguez habitual, 7. la drogodependencia (“Cuando el sujeto fuere toxicómano”), 8. La mala conducta durante el cumplimiento de condena y 9. La explotación (sexual).

A la luz de las garantías constitucionales y los principios procesales del moderno proceso penal, los criterios de fundamentación aportados por el Código Penal para la imposición de una medida de seguridad y el concepto de rehabilitación inferido a partir de las medidas de seguridad y los criterios en los que estas se basan no son coherentes con el moderno sistema de derecho penal, que se caracteriza por ser esencialmente garantista.



El estado de peligrosidad que la ley penal aporta como criterio jurisdiccional se presta a subjetividades y arbitrariedades, que más bien consisten en una segunda marginación de la sociedad mediante la medida impuesta, que esgrime como criterios fundantes conductas que denotan u obedecen a una marginación primaria, al recaer en personas excluidas de la sociedad y de los servicios públicos que Estado, como sociedad organizada, está llamado a proveer, y que lo hace en una forma precaria, insuficiente e insatisfactoria. En otras palabras, el estado de peligrosidad estereotipa al potencial delincuente y vulnera los derechos y garantías de personas vulneradas por el sistema de exclusión y marginación social que caracteriza a la sociedad guatemalteca.

De ahí que a nivel constitucional, no se utilice el término rehabilitación, sino se hable de readaptación social y de reeducación como fines del sistema penitenciario, entendiendo al derecho penitenciario como prolongación o extensión del mismo derecho penal, en una fase ulterior a imposición de la pena.

Se puede decir, que en un sentido material, el derecho penitenciario, personificado en sus instituciones penitenciarias, siendo la cárcel la institución penitenciaria por antonomasia, tampoco cumple con la rehabilitación (readaptación y reeducación) del recluso, pues numerosos estudios e informes lo han demostrado a la luz de la evidencia. Y es que resulta contradictorio, parafraseando a Baratta, que la sociedad pretenda resocializar al delincuente aislándolo de ella misma.



5.2. Educación social

La criminología crítica hace énfasis en la retroalimentación educativa que se puede dar entre la sociedad y la institución carcelaria a efecto de desentrañar las causas subyacentes en la problemática de la delincuencia. La prisión es espejo de la sociedad, constituyendo un microcosmos a lo interno de la institución del macrocosmos de los conflictos existentes fuera de ella. En otras palabras, la cárcel esclarece las falencias estructurales que existen dentro de la sociedad que reproducen las causas-raíz que detonan el fenómeno criminal.

La experiencia de reclusión es una oportunidad para reflexionar y aprender acerca de las causas estructurales que motivan la existencia de instituciones como la prisión dentro de una sociedad desigual y excluyente, en la cual la mayoría de la población carece de oportunidades debido a una ausencia material del Estado, y quienes infringen la ley reproducen conductas condicionadas por factores socioculturales y económicos, cayendo en un círculo vicioso de marginación primaria-secundaria para volver a una circunstancia de marginación primaria nuevamente debido a la estigmatización sufrida por el ex presidiario una vez ha cumplido su pena. Se entiende que la cárcel representa un tipo de marginación secundaria.

Esta reflexión propiciaría, en el recluso, la toma de conciencia como clase marginada que le permita identificar las causas de esta exclusión estructural que lo ha condicionado, y reconocer la necesidad de exigir el cumplimiento programático de los



derechos sociales garantizados en la Constitución Política como única forma eficaz de prevención del delito.

Todos los expertos coinciden en que la reinserción debe iniciar a lo interno del reclusorio, mientras el recluso cumple su condena. Además, debe consistir en programas de atención integral que aborden los factores de riesgo que propician o exponen al individuo a delinquir. La reinserción implica por tanto, la no re-delincuencia del recluso, es decir, tiende a que los sujetos que han cumplido una pena de prisión desistan de reincidir. La reincidencia constituye un indicador del éxito o ineficacia de un programa de rehabilitación.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos interpreta como derecho a una perspectiva social la regla Numero 64 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, enuncia: "El deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso. Se deberá disponer, por consiguiente, de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda postpenitenciaria eficaz que tienda a disminuir los prejuicios hacia él y le permitan readaptarse a la comunidad."⁹⁵

El mismo parecer expresa la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito cuando dice: "Es más probable generar resultados de reintegración positivos cuando se confrontan los factores que predisponen a los criminales hacia una conducta delictiva y

⁹⁵ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **Manual de buena práctica penitenciaria. Implementación de las reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos.** Pág. 121.



cuando sus necesidades físicas y sociales pueden ser tratadas de una manera continua e integral tanto durante como después de su encarcelamiento”⁹⁶

Un estudio de la Oficina para la sociedad civil ha determinado que para abordar los factores de riesgo que aumentan la probabilidad de que un ex recluso reincida, las áreas de intervención en reinserción por parte del Estado, fueron agrupadas de la siguiente manera:

Salud: esta área engloba tanto la salud física como la salud mental, como áreas de intervención independientes. El área de salud física, asume que la población reclusa es menos saludable que la población en general, como consecuencia de las condiciones del encierro, así como las condiciones previas al mismo, pues generalmente quien delinque es persona socioeconómicamente marginada, y no cuenta con los ingresos necesarios para costear una atención médica adecuada.

El área de intervención en salud mental parte del entendido que los factores cognitivos facilitan la interacción social como reductor del comportamiento antisocial. La interacción social y la comunicación permiten al sujeto transmitir de mejor manera sus ideas o necesidades de índole afectiva, profesional o económica, a manera de lograr sus metas y propósitos con medios pro sociales, teniendo en cuenta que es un medio totalmente necesario para los seres humanos, como personas eminentemente sociables en todo el entorno.

⁹⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. **Guía de introducción a la prevención de la reincidencia y la reintegración social de delincuentes.** Pág. 12.



Este programa pone en evidencia: “Su importancia en términos de revelar la necesidad de atender a las problemáticas afectivas específicas de este tipo de usuarios, algo que no se considera en otro tipo de programas y que debiese ser parte indispensable en cualquier iniciativa de reinserción social”⁹⁷

Consumo de alcohol y drogas: Partiendo del hecho que un alto porcentaje de la población reclusa, tuvo, tiene o tendrá un problema de consumo de sustancias al momento de su egreso, el período de cumplimiento de su condena es una oportunidad para romper con el ciclo de consumo y reincidencia.

Entre las modalidades de intervención utilizadas hasta ahora están: a) la desintoxicación; b) mantenimiento con metadona; c) programa de tratamiento para abuso de sustancias sin hospitalización; d) comunidades terapéuticas; e) Programa de tribunales de tratamiento de drogas.

La modalidad de mantenimiento con metadona no ha demostrado ser efectivo en la reducción del consumo, pues no busca desintoxicar a la persona sino únicamente mantenerlo en un nivel funcional. La metadona es una droga narcótica sintética que imita el efecto de la heroína.

En el contexto estadounidense la modalidad, que según estudios, ha resultado ser efectivo en pro de la reducción del consumo de drogas es la de comunidades terapéuticas. Consiste en programas de auto ayuda, residenciales, no farmacológicos,

⁹⁷ Fundación Paz Ciudadana. **Ob. Cit.** Pág. 30.



que generan un cambio actitudinal y de mejoramiento de la autoestima sobre una **visión** con valores. Buscan reducir los comportamientos anti sociales y elevar la **empleabilidad** de los usuarios.

Educación: la evidencia demuestra que los infractores de la ley poseen un historial infantil y juvenil de bajo estímulo académico, lo que convierte esta área de intervención en una prioridad que supla la educación formal que en su momento no fue atendida. Los programas en esta área contribuyen en un buen porcentaje a disminuir la reincidencia elevando las capacidades personales y destrezas necesarias para una mejor empleabilidad. Además, fortalece la autoestima y la motivación.

Las modalidades en esta área son: a) educación para adultos/alfabetización; b) programa de habilidades para la vida; c) programas de educación superior.

El nexo teórico que explique la manera en que los programas académicos disminuyen la reincidencia no ha sido demostrado por estudios empíricos, pero entre las variadas explicaciones que se dan están, por un lado, que la formación permite adquirir destrezas y capacidades por parte del individuo que elevan sus posibilidades de empleabilidad al estar mejor calificado para desempeñarse en un trabajo; y por otro, que la educación promueve el desarrollo moral y la maduración del individuo, generando en su persona ideas sobre el bien y el mal, que motivan un cambio actitudinal o conductual posterior.



Entorno social: además de las capacidades individuales del recluso y sus posibilidades de desarrollo, la evidencia empírica ha demostrado que la existencia y calidad de las redes sociales del sujeto son determinantes a la hora de reinsertarse a la sociedad. A esto se le llama capital social y en su mayoría los infractores de la ley dicho concepto resulta negativo.

“Existe evidencia empírica que sustenta la idea de que los vínculos sociales significativos no sólo limitarían la conducta criminal en el individuo, sino que limitarían cualquier conducta que pudiera amenazar éstas relaciones establecidas.”⁹⁸, el informe sobre re inserción social y laboral de infractores de ley.

Este rubro tiene al menos tres áreas de intervención específica: a) vida en pareja; b) pares; c) familia.

El matrimonio tiene una importancia relevante pues representa el proyecto personal de vida futura, que se traduce en un mecanismo de control social al implicar un cambio de rutina y reducir así el tiempo de interrelación con pares que pudieran dedicarse a actividades e intereses anti sociales. Un factor importante, transversal a todas las edades, es la característica prosocial que debe tener la pareja. Si bien es cierto, implica un cambio gradual más que radical.

⁹⁸ Ibid. Pág. 32.



Los pares constituyen un aspecto muy importante para el desistimiento delincencial, pues aportan los vínculos sociales que estimulan o disuaden de infringir la ley. Este elemento lo aporta generalmente el ambiente laboral del sujeto, que le permite, elevar su autoestima y mejorar su actitud al contacto con colegas no infractores. También, es recomendable el promover círculos de interrelación con pares ex infractores, pues el intercambio y sistematización de las experiencias son estimulantes para quien está en proceso de desistimiento.

La familia influye determinadamente en el proceso de reinserción social del ex recluso, tanto cuando su influencia es constructiva, como cuando es negativa. Uno de los factores negativos que influyen en la conducta anti social del sujeto, obedece a la presencia de un miembro de la familia que participe en actividades delictivas o haya cumplido condena en prisión; también los casos de familia con antecedentes de abuso, negligencia o estilos parentales rígidos, y modelos de desintegración familiar, donde falta uno de los padres.

Asistencia económica: parte de la realidad que muchos de quienes quedan en libertad regresan a sus barrios, generalmente vulnerables, donde viven otros ex reclusos, lo que podría propiciar la reincidencia. Consiste en la implementación de programas de creación de oportunidades económicas o asistencialistas, sin embargo, en la práctica no han demostrado ser muy efectivos.

Vivienda: en cierto modo, es un aspecto que incide de la misma manera que los pares, pues constituye el ambiente social en donde el recluso regresa a vivir tras su puesta en



libertad, pero que generalmente consistirá en contextos socioeconómicamente precarios y marginales, en los que estará más expuesto a la reincidencia y que por tanto ameritan una intervención más intensa y estratégica con el objeto de influir positivamente en el barrio o comunidad en que le toca desenvolverse, programas que en contexto como el actual, debido a la desfinanciación de la administración pública en general, son difíciles de abordar.

Empleo: el trabajo constituye un pilar fundamental en el proceso de reinserción social, pues aporta los ingresos económicos que permiten el sostenimiento independiente del ex recluso, además que propicia el contexto que le permitirá entablar relaciones significativas con pares que se dedican a actividades que no infringen la ley.

La estabilidad laboral contribuye con el desistimiento en reincidir en actividades delictivas, pues permite contar con una fuente estable de ingresos. En ese sentido, constituye una barrera complicada el hecho que las personas con antecedentes penales no sean contratadas a la hora de aplicar a una oferta de trabajo, debido a las representaciones sociales en torno al encarcelamiento. Además, que no existe un plan de incentivos para las empresas que contraten personas que han delinquido.

En este aspecto, se implementan diversos programas como; programas de empleo transicional, entrenamiento vocacional, desarrollo de ética vocacional, programas de trabajo intra penitenciario, programas en centros semi cerrados de reclusión, programas de colocación laboral. La evidencia empírica indica que son los programas multimodales que contengan un componente de entrenamiento vocacional resultan más

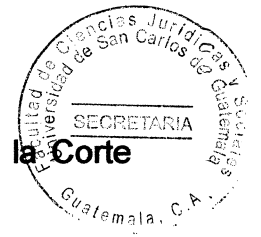
efectivas que aquellos programas centrados en el trabajo intra penitenciario y de colocación laboral resultan más promisorios a la hora de reducir la reincidencia el desistimiento de los egresados de un centro de reclusión.

5.3. Ventajas de rehabilitación del delincuente

Entre las ventajas de la rehabilitación del delincuente está la eficacia del derecho penal como prevención del delito, en el sentido que el apercibimiento que conlleva la norma penal de la imposición de una pena como consecuencia de la comisión u omisión de una acción típica y antijurídica, disuade al conglomerado social de realizarla.

En materia del derecho penitenciario y política criminal, la rehabilitación del delincuente se traduce en la no reincidencia de su parte y en la disminución de índices de delincuencia.

Sin embargo, técnicamente esta prevención y rehabilitación la alcanza el derecho penal mediante la imposición de penas y medidas de seguridad. En la práctica, el abuso de las penas de prisión, el alto porcentaje de reos sin condena dentro de los centros carcelarios del país, el endurecimiento de las penas, las condiciones de hacinamiento y falta de inversión presupuestaria en programas de reinserción, contradicen los fines propuestos, desvirtuándolos y vulnerando más bien los derechos y garantías procesales de las personas reclusas, habiendo casos en los que el Estado de Guatemala ha sido condenado a resarcir por vulnerar los derechos humanos de personas durante su



reclusión en el sistema penitenciario, como el caso de Raxcaco Reyes ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otro lado, la cuestión de la imposición de medidas de seguridad en base al criterio de peligrosidad extralimita la potestad punitiva del Estado en detrimento del garantismo penal característico del derecho penal liberal. En otras palabras, bajo el argumento de la prevención y rehabilitación de quien infringe la ley se le otorgan facultades excesivas al poder punitivo del Estado, en clara contradicción de principios como el de legalidad y mínima intervención pues faculta al juez a imponer una medida sin la necesidad de que se haya cometido una acción tipificada como delito, o antes de que se haya probado su comisión en juicio, como en el caso de las medidas de seguridad contempladas en la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, como se colige del tenor del Artículo 7 del Acuerdo 30-2010 de la Corte Suprema de Justicia que faculta al órgano jurisdiccional ante quien se presente la solicitud de una medida de seguridad a resolver, “inmediatamente, sin necesidad de la presencia de la víctima ni del presunto agresor”.

Dicha normativa contiene el Reglamento de gestión para los juzgados y tribunales con competencia en delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer.

5.4. Regulación guatemalteca que lo abarca

La Constitución Política de la República de Guatemala estipula en el Artículo 19 que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los



reclusos, así como cumplir con el tratamiento de los mismos. Luego establece como normas mínimas de tratamiento las siguientes:

- a) Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, no podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos.

- b) Deben cumplir las penas en los lugares destinados para el efecto. Los centros penales son de carácter civil y con personal especializado; y

- c) Tienen derecho a comunicarse, cuando lo soliciten, con sus familiares, abogado defensor, asistente religioso o médico, y en su caso, con el representante diplomático o consular de su nacionalidad.

Estas normas mínimas aluden sucintamente a las Normas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos, que es el documento más antiguo en la materia (1955) y que ha contribuido al desarrollo de la política y práctica penal a nivel internacional, estableciendo los estándares mínimos que debe observar todo sistema penitenciario.

El hecho que la rehabilitación (readaptación social y reeducación) sea establecida a nivel constitucional como uno de los fines del sistema penitenciario, además de consistir



en una limitación del poder punitivo del Estado frente al reconocimiento de los derechos fundamentales de los infractores de la ley, deja ver que la Constitución Política otorga el rango de derecho fundamental y garantía el derecho a la rehabilitación social, o derecho a la readaptación social y reeducación como lo denomina el Artículo 28 de la Ley del Régimen Penitenciario, Decreto 33-2006.

El Artículo 32 del Reglamento de la Ley del Régimen Penitenciario, Acuerdo gubernativo 513-2011, asigna a la Subdirección de Rehabilitación Social, instancia subordinada jerárquicamente a la Dirección General del Sistema Penitenciario la responsabilidad de la ejecución de las políticas penitenciarias en pro de la readaptación social y la reeducación del recluso, coordinando, en base a lo propuesto por la Comisión Nacional de Salud Integral, Educación y Trabajo, órgano técnico asesor y consultor de la Dirección General que conglomerara a representantes multisectoriales de la sociedad civil y el gobierno ejecutivo, programas post-penitenciarios de reinserción laboral y social.





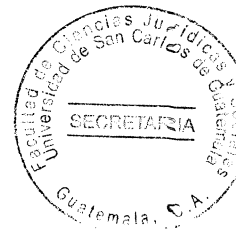
CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El derecho penal a lo largo de su evolución histórica, ha llegado a alcanzar el prestigio de una disciplina científica, pues los principios y teorías a las que ha arribado son producto de la confrontación empírica y técnica con los fenómenos estudiados. Es un rasgo propio del derecho penal moderno, heredero de los postulados liberales de la Revolución Francesa y el constitucionalismo, el que se fundamente en respecto y observancia de los derechos humanos de toda persona frente al Estado, lo cual se denomina como garantismo penal, el cual tiene su fundamento en la Constitución de los Estados democráticos modernos.

De ahí que el fin principal del derecho penal sea la rehabilitación del delincuente mediante la imposición de penas humanitarias, que no infrinjan un castigo al malhechor, sino que busquen reeducarlo y reintegrarlo tras el cumplimiento de su condena. Sin embargo, la sociedad ha utilizado como mecanismo de rehabilitación una institución que social y axiológicamente desacreditada a la luz de numerosos datos empíricos, como lo es la prisión, pues la función inmediata de la misma es la alienación de los individuos infractores de la sociedad, pero la prioridad que el Estado le confiere mediante asignaciones presupuestaria y mediática es precaria y discriminatoria, lo cual permite deducir que la misma, solo funge como una forma de contener el problema y no para solucionarlo.

De tal forma que el derecho penal contemporáneo tienda a la aplicación de medidas desjudicializadoras y alternativas a la pena de prisión, como medida que redunde en el descongestionamiento de las prisiones. Lo anterior, aunado a una debida y permanente fiscalización y monitoreo interinstitucional del sistema penitenciario, que vele por el cumplimiento de las Reglas Mínimas de Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas y una asignación presupuestaria coherente con las necesidades del sistema, contribuirá a que el propósito rehabilitador del derecho penal sea alcanzado. Eso, sin olvidar que la mejor prevención del delito es la inversión social en servicios públicos y oportunidades laborales dignas para la población vulnerable a caer en la delincuencia.





BIBLIOGRAFÍA

- BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal.** Argentina. Buenos Aires 1ª. ed. 1ª. Reimpresión. Siglo XXI Editores, 2004.
- BARATTA, Alessandro. **Resocialización o control social.** Ponencia presentada en el Seminario "Criminología crítica y sistema penal" organizado por la Comisión Andina de Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social. Lima. Septiembre de 1990.
- BELING, Ernst von. **La doctrina del delito-tipo.** Argentina. Buenos Aires. Editorial Depalma. 1944.
- BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio. **Clasificación de los delincuentes.** págs. 189-196. s.d. Disponible <http://juridicas.unam.mx>
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Argentina. 14ª Edición. Editorial Heliasta, 2000.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco. Parte General y parte especial.** Guatemala. 12ª Edición. F&G Editores y Editorial Llerena. 2000.
- FERRI, Enrico. **Sociología criminal.** Disponible <http://juridicas.unam.mx>
- Fundación Paz Ciudadana. **Reinserción social y laboral de infractores de ley: Estudio comparado de la evidencia.** Chile. Santiago, 2015.
- GALERA, Andrés. **La antropología criminal española de fin de siglo.** Revista Investigaciones Psicológicas. España, 1987.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **Manual de Buena Práctica Penitenciaria. Implementación de la Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos.** Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José C.R. 1998.
- LÓPEZ MAYORGA, Leonel Armando. **Introducción al derecho I.** Guatemala. 2ª. Ed. Editorial Lovi. 1999.
- MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión.** Buenos Aires. 1ª. Ed. Editorial Ediar. 2003.
- MUÑOS CONDE, Francisco. **Teoría general del delito.** Bogotá. 2ª Reimpresión a la 2ª Ed. Editorial Temis. 2004.



Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Guía de introducción a la prevención de la reincidencia y la reintegración social de delincuentes.
Naciones Unidas, Nueva York, 2013.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.
Guatemala. 1ª. Edición Electrónica. Datascan.

PAVARINI, Massimo. Castigar al enemigo: criminalidad, exclusión, inseguridad.
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador, Quito. 1ª Ed. Colección Ciudadanía y violencia Volumen 8. 2009.

PAVARINI, Massimo. Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Argentina. Buenos Aires. 1ª. Ed. Siglo XXI Editores Argentina. 2002.

PLASCENCIA, Raúl. Teoría del delito. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 3ª. Reimpresión. 2004.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. España. 1ª Ed. Trad. de la 2ª. Ed. Alemana por Diego-Manuel Luzón Peña. Editorial Civitas. 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre el estado de la teoría del delito. (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). "La culpabilidad: estado de la cuestión." España. 1ª. Ed. Civitas Ediciones, S.L. 2000.

SILVESTRONI, Mariano. Teoría constitucional del delito. Buenos Aires. 1ª. Ed. Editores del Puerto SRL. 2004.

WELZEL, Hans. Teoría de la acción finalista. Buenos Aires. Editorial Depalma. Disponible en <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo I. Buenos Aires. Ediar. 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo II. Buenos Aires. Ediar. 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo III. Buenos Aires Ediar. 1996.

Legislación:

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

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

Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República, 1994.

Ley del Régimen Sistema Penitenciario, Decreto Ley 33-2006 del Congreso de la República, 2006.

Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia Intrafamiliar, Decreto 97-96 del Congreso de la República, 1996.

