

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a crown on top, flanked by two figures. The shield is surrounded by a circular border containing the Latin text "CONSPICTA CAROLINENSIS FACULTAS JURIS" at the top and "UNIVERSITATIS SANCTI CAROLI" at the bottom. The seal is rendered in a light red color.

**LA GRAVOSIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD
EN LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ
Y LA ADOLESCENCIA**

MANUEL GYOVANI JEREZ ROMÁN

GUATEMALA, FEBRERO DE 2006

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

**LA GRAVOSIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD
EN LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ
Y LA ADOLESCENCIA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MANUEL GYOVANI JEREZ ROMÁN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero de 2006

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

DECANO:	Lic.	Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic.	César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic.	Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br.	Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V:	Br.	Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO:	Lic	Avidán Ortiz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidenta:	Licda.	Rosa María De León Cano
Vocal:	Lic.	Gustavo Adolfo Mendizábal Mazariegos
Secretario:	Lic.	Luis Guillermo Guerra Caravantes

Segunda Fase:

Presidenta:	Licda.	Benicia Contreras Calderón
Vocal:	Lic.	David Sentes Luna
Secretaria:	Licda.	Viviana Nineth Vega Morán

Nota:

“Únicamente el autor es responsable de las doctrinas y contenido de la tesis.”(Artículo 42 del normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en ciencias jurídicas y sociales y del examen general público.)

**DESPACHO JURIDICO
LIC. ELMER ENRIQUE CUELLAR PEREZ
Ciudad de Chimaltenango.**

2da. Calle 4-11 zona 4, Chimaltenango

Guatemala 7 de septiembre de 2005.



SEÑOR DECANO:

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Ciudad Universitaria

Distinguido Señor Decano:

En su oportunidad se me nombró como Asesor de Tesis del bachiller "**MANUEL GYOVANI JEREZ ROMÁN**" a efecto de asesorar el tema de investigación denominado con el título "**LA GRAVOSIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA**".

En ese orden de ideas deseo manifestar a esa decanatura dignamente precedido por su persona, la importancia que conllevo en orientar al bachiller **MANUEL GYOVANI JEREZ ROMAN**, pues como abogado litigante estoy compenetrado en esa rama tan importante del derecho, así como de lo vulnerable que se ha convertido la niñez y adolescencia en cuanto a las medidas de seguridad que pueden ser dictadas por los Jueces.

Al bachiller asesorado le hice ciertas recomendaciones, las cuales acogió y que le sirvieron de base para un mejor desarrollo y comprensión de su trabajo.

Concluyo manifestando que el trabajo objeto de la investigación cumple con todos los requisitos exigidos por el reglamento de tesis de la facultad.

De usted respetuosamente,


Lic. Elmer Enrique Cuéllar Pérez
Asesor
Colegiado Numero 5569

Elmer Enrique Cuéllar Pérez
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y

SOCIALES. Guatemala, treinta de septiembre del año dos mil cinco.-----

Atentamente, pase a la **LICDA. JACQUELINE ARENAS ARENAS**, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis del estudiante **MANUEL GYOVANI JEREZ ROMÁN**, Intitulado: **"LA GRAVOSIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA"** y, en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.-

~~MJAE/11h~~



**BUFETE PROFESIONAL
LICENCIADA JACQUELINE ARENAS ARENAS
TERCERA AVENIDA Y TERCERA CALLE NORTE SAN LUCAS
SACATEPÉQUEZ, SACATEPÉQUEZ
Teléfono 78301373**



Guatemala 31 de octubre de 2005.

**Licenciado
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho**

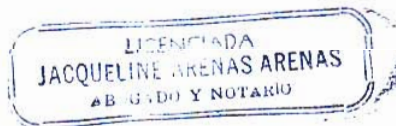
Señor Decano:

Respetuosamente informo a Usted que he procedido a revisar el trabajo de tesis del estudiante **MANUEL GYOVANI JEREZ ROMAN** intitulado **“LA GRAVOSIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA”**, por lo que me permito emitir el presente Dictamen favorable, dado a que dicho trabajo de tesis cumple con los requisitos del reglamento que norma para la elaboración de trabajo de tesis.

Sin otro particular me suscribo de Usted con las muestras de mi alta estima.

Atentamente,

**Licenciada Jacqueline Arenas Arenas
Revisora
Colegiada Numero 4082**



C/archivo.



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.** Guatemala, catorce de febrero de dos mil seis.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante **MANUEL GYOVANI JEREZ ROMÁN**, titulado **LA GRAVOSIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA**, Artículos 30 y 33 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

~~MIAE/sllh~~




DEDICATORIA

- A DIOS: Por estar siempre conmigo.
- A MIS PADRES: Edgar René Jerez Peña y Mirta Lidia Román Girón.
Por todo lo que me han brindado y significan en mi vida y en la de mi familia. Que lo que hoy alcanzo sea para su honra.
- A MI ESPOSA: Karla Alicia Santa Cruz Cordero de Jerez.
Por el amor que existe entre nosotros y el sacrificio realizado todos estos años.
- A MIS HIJOS: Manuel Alejandro, Edgar Gyovani y Rubén Andrés.
Como muestra de amor y ejemplo para ustedes.
- A MIS HERMANOS: Edgar Guillermo, Mirta Eunice, con quienes siempre puedo contar y Alex David que, aunque lejos, lo tengo en el corazón.
- A LOS PROFESIONALES: Lic. Elmer Cuéllar, Licda. Sandra Acán.
Gracias por sus enseñanzas y ayuda incondicional.
- A MIS AMIGOS: Dr. Luis Fernando Quan, Dr. Estuardo Palacios y Dra. Ana Ligia Cabrera de Palacios.
Gracias por su apoyo.
- A LOS SEÑORES: Rubén Darío Santa Cruz Coronado y Miriam Magalí Cordero Popol.
- A LAS FAMILIAS: Castro Boror, Jerez Estrada y Quiñónez Cordero.
Gracias por su confianza.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA: En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. La pena.....	1
1.1 Antecedentes.....	1
1.2 Definición.....	2
1.3 Teorías	3
1.4 Características.....	5
1.5 Naturaleza y fin.....	6
1.6 Clasificación.....	6
1.6.1 Atendiendo al fin que quieren perseguir.....	6
1.6.2 Atendiendo al bien jurídico tutelado.....	7
1.6.3 Atendiendo a su importancia en el modo de imponerlas.....	8
1.7 Regulación legal de las penas en el Código Penal guatemalteco.....	9
CAPÍTULO II	
2. Las medidas de seguridad.....	15
2.1 Antecedentes	15
2.2 Concepto.....	16
2.3. Definición.....	17
2.4. Teorías.....	17
2.5 Concepciones.....	20
2.6 Naturaleza.....	21
2.7 Fundamento.....	22

	Pág.
2.8 Justificación.....	25
2.9 Fines.....	26
2.10 Características.....	28
2.11 Las medidas de seguridad en el Código Penal guatemalteco.....	28
2.12 Las medidas de seguridad en la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia.....	29
2.12.1 El sistema sancionatorio en el derecho penal de adolescentes.....	29
2.13 El sistema sancionatorio de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia.....	34
2.13.1 Prevenir antes que reprimir.....	34
2.13.2 Prevención especial sobre prevención general.....	34
2.14 El principio de última <i>ratio</i> de la sanción.....	35
2.15 Tipología de sanciones.....	35
2.16 Del tratamiento ambulatorio, internamiento en centro especializados para la eliminación de adicciones.....	38
2.17 Sanciones privativas de libertad.....	39
2.18 Diferencias y semejanzas entre medidas de seguridad y penas.....	42

CAPÍTULO III

3. Infracción juvenil y educación social.....	47
3.1 Acciones educativas y sociales.....	47
3.2 Cuestiones educativas.....	48
3.3 Responsabilidades de los adolescentes por la infracción cometida	52

	Pág
3.3.1 Evolución de los criterios de valoración de la inimputabilidad.....	52

CAPÍTULO IV

4. Algunas teorías criminológicas explicativas.....	59
4.1 Teorías criminológicas.....	59
4.2 Las teorías criminológicas de los años 1990.....	62
4.3 Algunos aportes desde la práctica.....	65
CONCLUSIONES.....	71
RECOMENDACIONES.....	73
BIBLIOGRAFÍA.....	75

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objeto dar a conocer lo relacionado a la gravosidad que representan las medidas de seguridad desde un punto doctrinal y legal, en referencia con la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; asimismo, como las medidas de seguridad tienen un disfraz que a la larga se equiparan a las penas, ya que restringen derechos fundamentales. Es allí donde se ve el poder coercitivo del Estado, que tal como lo denominara Luigui Ferrajoli, es un gigante artificial.

Esta pieza de estudio se encuentra compuesta por cuatro capítulos: el primero hace referencia a la pena, sus antecedentes, definición, las teorías que la tratan, las características de la pena, su naturaleza y fin. A la vez se hace un análisis de la clasificación de las penas conforme al fin que quieren perseguir.

El capítulo segundo trata las medidas de seguridad, sus antecedentes, su concepto, definición; las teorías que tratan sobre las medidas de seguridad. La naturaleza, las concepciones, su fundamento, justificación, fines y características. Las medidas de seguridad en el Código Penal guatemalteco y en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. El sistema sancionatorio de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Las alternativas de prevenir antes de reprimir. La prevención especial sobre la prevención general. La imposición de la restricción de la libertad en última *ratio* y la tipología de las sanciones.

En el capítulo tercero se hace referencia a la infracción juvenil y educación social; las acciones educativas y sociales, responsabilidad de los adolescentes por la infracción cometida. La evolución de los criterios de valoración de la inimputabilidad, desde un punto de vista psicológico, biológico e intelectual.

El capítulo cuarto desarrolla lo relativo a las teorías criminológicas explicativas, en referencia a la criminalidad infantojuvenil; las teorías sobresalientes y modernas de la concepción del desarrollo de la delincuencia. Su influencia en las sociedades y el desarrollo del fenómeno criminal. A *grosso* modo se da a conocer cómo la teoría de Edwin Sutherland ha

ha mantenido gran influencia en cuanto haber concebido que el delincuente no nace sino se hace por medio del aprendizaje. La aportación de la teoría de las subculturas que da a conocer que debido a la falta de oportunidades, la delincuencia se ve proliferando en las áreas periféricas, donde no se tiene acceso a la educación, salud y urbanismo; y las formas de control informal se ven quebrantadas. También se hace referencia a la teoría del etiquetamiento, como una persona que es catalogada como delincuente desde que es joven; se convierte en un verdadero delincuente al momento de alcanzar la mayoría de edad.

CAPÍTULO I

1. La pena

1.1 Antecedentes

La pena en el transcurso de la historia ha sufrido un sin fin de transformaciones hasta llegar a humanizarse.

Uno de los personajes mas importantes que evolucionó la forma de imponer las penas fue el jurista milanés César Bonessana, mas conocido como *El Marquez de Beccaria*, a la edad de veintiséis años, crea su obra maestra *Delle Delitti Della Pene*, dicha obra concentra su oposición a los tormentos, las penas infames, aflictivas e inhumanas, que se imponían a los sindicados de algún delito, no es partidario que la tortura y el tormento sea el medio mas eficaz para lograr la averiguación de los delitos.

Se opone rotundamente a la imposición de la pena de muerte. Así como de que los juzgadores de los delitos sean independientes al legislador, o sea al creador de la ley, los jueces deben ser personas probas, moralmente solventes. Que la imposición de penas severas no es el medio para menguar los delitos. Que las penas deberían ser modificadas a cada determinado tiempo, así como los delitos. Lo que ayer era delito, hoy quizá no lo es. “Las penas deben ser impuestas de conformidad con la necesidad de la misma y en proporción del delito cometido”.¹

Además indicaba que no debe sancionarse dos delitos con la misma pena, toda vez que el infractor no tendría pesar en cometer un delito mayor o más lesivo a la sociedad. “El delito no importa que clase sea, aun de carácter privado constituye una forma de ofender a la sociedad”.²

Estos postulados hoy se hacen manifiestos en los códigos, leyes criminales o penales, constituciones y son la pieza fundamental del ordenamiento jurídico de cada país. En el caso de Guatemala el Código Penal en especial el Artículo 1º que establece que no se sancionará a

¹ **La teoría de la proporción de la pena:** se basa en que las penas deben de imponerse de conformidad con el delito.

² Bonessana, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, pág. 124.

ninguna persona sin que exista una ley previa al delito que la sancione, asimismo los artículos 1 al 23 del Código Procesal Penal indica todas las garantías procesales a las cuales los sindicados les asiste mientras no hayan sido declarados culpables, hace también una distinción entre sindicado, procesado y sentenciado, la tortura se hace a un lado, para obtener verdades sobre la averiguación de un delito, asimismo como debe respetarse el pudor del sindicado, el respeto de sus derechos humanos, es garantista en cuanto al principio de legalidad.

Con la aparición de Cesar Bonessana, en este siglo la pena se ha tornado en más humana, las penas ya no son antihumanas, aflictivas y denigrantes como lo eran en la antigüedad, dichas penas iban encausadas en lograr la humillación, la vergüenza y el sufrimiento del sindicado.

1.2 Definición

“La pena es la primera y principal consecuencia jurídica del delito, es decir, de una acción, típica, antijurídica culpable y punible. Las medidas de seguridad, la responsabilidad civil o el pago de las costas procesales son también consecuencias jurídicas del delito, pero desempeñan en el ámbito jurídico-punitivo un papel mas modesto.”³

Así afirma Maurach, citado por Gerardo Landrove Díaz, en su libro titulado *Las consecuencias Jurídicas del Delito*- “La pena es una amarga necesidad que hace posible la convivencia de los hombres”.⁴

Se puede decir que la pena es la consecuencia jurídica por la comisión de un delito, la cual los magistrados infringen sobre determinadas personas que han sido encontradas culpables del mismo en un juicio previo, restringiéndoles así uno o mas derechos constitucionales plasmado en la Constitución Política de la República de Guatemala, tales como: la vida, la libertad y otros derechos fundamentales.

³ Landrove Díaz, Gerardo, **Las consecuencias jurídicas del delito**, pág. 17.

⁴ Ibid.

en la Constitución Política de la República de Guatemala, tales como: la vida, la libertad y otros derechos fundamentales.

1.3 Teorías.

Existen varias teorías que hablan sobre la pena, dentro de ellas se encuentran:

- **Teoría de la prevención general**

“Esta teoría es conocida también con el nombre de teoría relativa, para esta teoría la pena debe de llevar una intimidación no solo de tipo personal sino de tipo general, para todos los ciudadanos, actuando como una advertencia a fin que los demás no se atrevan a delinquir, sus efectos son intimidatorios”.⁵

- **Teoría de la prevención especial**

Conocida con el nombre *de teoría relativa*, Franz Von Liszt indica “La pena sirve como una intimidación individual que recae únicamente sobre el delincuente con el objeto de que no vuelva a delinquir, previene el delito”.

- **Teoría de la retribución**

Esta teoría es también conocida con el nombre de *teoría absoluta* la cual se basa “en la creencia de que la culpabilidad del autor debe compensarse mediante la imposición de un mal penal, con el objeto de alcanzar la justicia. Su fundamento esta en el castigo retributivo que debe recibir el delincuente por la comisión de un mal causado denominado delito, en ese sentido la pena debe ser aflictiva en sufrimiento, un mal para el delincuente para lograr la amenaza penal”.⁶

- **Las teorías mixtas (de la unión)**

⁵ De Mata Vela, José Francisco, y Héctor Aníbal De León Velasco, **Derecho penal guatemalteco**, pág. 1.

⁶ Muñoz Conde, Francisco, **Derecho penal**, pág. 432.

El resultado de la lucha entre las escuelas fueron las teorías mixtas que combinan los principios de las teorías absolutas con los principios de las teorías relativas;⁷ para las cuales, la pena debe cumplir en el mismo tiempo las exigencias de la retribución y prevención. Ella debe ser justa y útil.

Una primera dirección ha dado prioridad a las exigencias de la justicia.

La segunda dirección de las teorías mixtas es la utilidad pero a diferencia de las teorías preventivas, se busca soluciones útiles que no sean injustas.⁸

La utilidad es el fundamento de la pena, solo es legítima la que opere preventivamente.

La segunda orientación es preferible desde el punto de vista de la política social, pero en derecho penal solo se pueden trabajar con una serie de criterios justificantes de la pena en su trayectoria: el momento de la amenaza, el momento de la aplicación y la ejecución.

El autor alemán Clausus Roxin ha propuesto una concepción “dialéctica” (teoría dialéctica de la unión) “en la medida en que acentúa la oposición de los diferentes puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis”.⁹

En el momento de la amenaza el fin de la pena es la protección de los bienes jurídicos.

En el momento de la aplicación (individualización judicial) la pena no sirve para prevención general, sino para confirmar la seriedad de la amenaza legal, pero sin sobrepasar la culpabilidad del autor.

En el momento de la ejecución, la pena sirve para la resocialización del delincuente como forma de prevención especial.

Ninguna de estas teorías explican suficientemente la utilidad y en el mismo tiempo la necesidad de la pena. En general la conclusión es que la pena es un mal necesario, pero se trata de una cuestión abierta, en que se busca soluciones para un derecho penal más humano.

⁷ Costica Bulai, **Manual de derecho penal**, pág. 251.

⁸ Ibid.

⁹ Rocín, Clausus. **Derecho penal**, Pág. 151.

1.4 Características

- **Es un castigo**

Es un sufrimiento para el condenado al sentir la privación o restricción de sus bienes jurídicos, pudiendo ser física, moral, o espiritual.

- **De naturaleza pública:**

Sólo al estado le corresponde la imposición y la ejecución de la pena, pues es en ejercicio de su soberanía.

- **Es una consecuencia jurídica**

Esto significa que debe ser determinada por la ley anticipadamente, solo la impone un órgano jurisdiccional con competencia al responsable de un ilícito, por medio de un proceso

- **Debe de ser personal**

Solo debe de sufrirla un sujeto determinado solo debe recaer sobre el condenado, en el entendido en que nadie puede ser castigado por delitos cometidos por otros. La responsabilidad penal no es hereditaria. Por lo cual es de tipo personal.

- **Debe de ser determinada**

Toda pena debe estar determinada por la ley penal, el condenado no debe sufrir más de la pena impuesta que debe ser limitada.

- **Debe de ser proporcional**

Si la pena es una reprobación de una conducta antijurídica, ésta debe de ser en proporción a la natural y la gravedad del delito.

- **Debe de ser flexible**

La pena es flexible en cuanto a revocarla o reparar un error judicial.

- **Debe ser ética y moral**

Consiste que debe ir encaminada a hacer bien al delincuente.

1.5 Naturaleza y fin

“La naturaleza jurídica de la pena, se identifica en gran manera con la naturaleza del derecho Penal, es decir de *naturaleza pública*, partiendo del *jus puniendi*, como un derecho que le corresponde exclusivamente al estado. Por lo cual la naturaleza de la pena es que debe ser pública.

El fin de la pena se constituye como una utilidad social que se traduce a la objetiva prevención del delito y la efectiva rehabilitación del delincuente”.¹⁰

1.6 Clasificación

1.6.1 Atendiendo al fin que quieren perseguir

- **Correccionales o reformatorias**

Son aquellas que tienen como objeto la rehabilitación, la reforma, reeducación del reo para que pueda reincorporarse a la vida social como un ser útil a ella, desintoxicándolo de todo tipo de manifestación antisocial.

¹⁰ Sebastián Soler, Juan, **Derecho penal argentino**, pág. 223.

- **Intimidatorias**

Las que tienen por objeto la prevención individual influyendo directamente sobre el ánimo del delincuente, generalmente tiene que ser primario, con el fin que no vuelva nuevamente a delinquir.

- **Eliminatorias**

Las que tienen por objeto la eliminación del delincuente considerado incorregible y sumamente peligroso.

1.6.2 Atendiendo al bien jurídico tutelado

- **Pena capital**

Esta pena es mal llamada pena de muerte, pues realmente es una condena a muerte, por lo que en realidad priva de vida al delincuente, o sea que es la eliminación del mismo.

- **Restringida de derechos**

Son aquellas que restringen o limitan ciertos derechos individuales, civiles y políticos.

- **Restringida de libertad**

Es la pena que tiene como principal objetivo restringir la libertad del penado al destinarle a un lugar específico, o sea que lo obligan y limitan a residir en determinado lugar tal es el caso de la detención.

- **Privativa de libertad**

Consiste en la pena de prisión que priva al reo de su libertad de movimiento pues restringe el derecho de locomoción y movilidad del delincuente obligándolo a permanecer en la cárcel.

- **Pena pecuniaria**

Esta pena consiste en afectar el patrimonio pues recae en la fortuna del condenado.

- **Penas infames y aflictivas**

Las penas infames privan o lesionan el honor y la dignidad del condenado, estas tenían como objeto humillar al condenado. Mientras que la pena aflictiva es una pena de tipo corporal su objeto es crear sufrimiento físico al condenado sin privarlo de la vida.

1.6.3 Atendiendo a su importancia y en el modo de imponerlas

- **Penas principales**

Esta clase de penas son las que gozan de autonomía en su imposición, de tal manera que pueden imponerse solas, prescindiendo de la imposición de otra u otras, pues tienen independencia propia.

- **Penas accesorias**

Son las que gozan de autonomía en su imposición y que para imponerlas necesariamente deben anexarse a una principal o sea que su aplicación depende de otra.

1.7 Regulación legal de las penas en el Código Penal guatemalteco

El Código Penal guatemalteco, enmarcado en el decreto número diecisiete guión setenta y tres del Congreso de la República de Guatemala, en el título sexto, capítulo I, tiene por contenido lo relativo a las penas, en este se hace una estructura relacionada a lo referente a las penas y su clasificación se encuentra:

▪ Penas principales

La de muerte, la de prisión, arresto y la multa. Artículo 41 del Código Penal.

Son penas accesorias, inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito; expulsión de extranjeros del territorio nacional, pago de costas y gastos procesales, publicación de la sentencia y todas aquellas que otras leyes señalen. Artículo 42 del Código Penal.

Ahora bien, “el Código Penal Español tiene una clasificación como *penas graves, leves, y penas accesorias*”.¹¹

Dentro de las penas graves están:

La reclusión mayor, reclusión menor, prisión menor, arresto mayor, extrañamiento, confinamiento, destierro, represión pública, pérdida de la nacionalidad española, inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para cargos públicos, derecho de sufragio activo o pasivo, profesión u oficio, suspensión de cargos públicos. Penas leves: arresto menor, como penas comunes a las dos clases anteriores: multas, privación del permiso de conducción y caución.

“La ciencia de la penología, como ciencia especialísima que se versa en estudiar el estudio de los diversos medios de represión y de prevención directa del delito (penas y medidas de seguridad) y de modo especial de su ejecución y de la actuación postpenitenciaria. Comprende, por tanto, dentro de su ámbito, el tratado de las penas y medidas privativas de libertad y su

¹¹ Rodríguez Devesa, Luis, **Código penal español**, pág. 29.

ejecución, y el de las restantes penas y medidas (pena capital, penas corporales, penitenciarias etc.).”¹²

▪ Penas corporales

Las penas principales indicadas en el Artículo 41 del Código Penal guatemalteco, como lo es la de muerte; es una de las penas tenidas dentro de la ciencia de la penología como penas corporales. Esta clase de penas, son aquellas que recaen especialmente sobre el cuerpo del condenado. Su principal fin es infligir dolor corporal al penado y lo principal cegar lo de la vida.

“La pena de muerte que se imponía en la antigüedad, consistía no solo en quitar la vida, sino también de hacer sufrir”.¹³

A lo largo de la historia muchos filósofos y teólogos que se ocuparon de esta cuestión defendieron unánimemente su licitud.

A finales del siglo XVIII inicia una campaña para combatir la aplicación de la pena de muerte, lo cual surge con el nombre de Beccaria, campaña que consistió *como finalidad principal no solo combatir su no aplicación sino su constante aplicación. Está época fue conocida como la época de oro del derecho penal.*

Para algunos sectores de la sociedad existen objeciones contra la pena de muerte las cuales son muy comunes, las cuales son fundadas en consideraciones de *utilidad social*, entre éstas están:

La pena de muerte carece de la eficacia intimidativa que le atribuyen sus defensores, pues la estadística demuestra, por una parte que en los países que la han suprimido no se manifiesta ningún aumento de los delitos castigados con ella (asesinatos, homicidios etc.) y por otra, que en los países que aun la mantienen no hay indicios de su disminución. Prueba de ello se puede

¹² Cuello Calón, Eugenio, **Derecho penal español**, pág. 22.

¹³ Cuello Calón, **Ob. Cit**; pág. 31.

apreciar en la sociedad guatemalteca, que a pesar de la existencia de la pena de muerte en el Código Penal guatemalteco, dicha pena no ha colaborado en nada para que disminuyan los delitos dentro del territorio. No esta demás recordar lo que Beccaria decía hace casi dos siglos y medio, “La imposición de la pena de muerte no sirve para prevenir delitos”.¹⁴

La pena de muerte carece de eficacia intimidativa especialmente para ciertos criminales, para los asesinos caracterizados por su insensibilidad moral, para los criminales profesionales para quienes la última pena es una especie de riesgo profesional que no les espanta, para los apasionados o fanáticos que delinquen por móviles políticos o sociales.

El espectáculo de las ejecuciones públicas, no crean un escarmiento ni terror en la sociedad, pues crea un efecto de desmoralización.

▪ **La pena de muerte es irreparable**

Mientras otros sectores defienden la necesidad de la aplicación de la pena de muerte invocando argumentos principales como:

La pena de muerte es la única pena que posee eficacia intimidativa para luchar contra la gran criminalidad, así lo prueban las estadísticas criminales que muestran un aumento de los asesinatos y homicidios en aquellos países que han abolido la pena capital, o que aún conservándola no la aplican. Es la única pena temida por los criminales.

Para Rafael Garófalo, citado por Eugenio Cuello Calón en su libro de derecho penal, expone “que es el medio más adecuado para efectuar la selección artificial que la sociedad debe realizar, eliminando de su seno a los individuos antisociales e inadaptables a la vida social; es el único medio para verificar la eliminación de los delincuentes, pues la prisión, aun la perpetua siempre ofrece riesgos de evasiones y la posibilidad de que una revolución abra sus puertas”.¹⁵

¹⁴ Beccaria, **Ob. Cit**; pág. 18.

¹⁵ Cuello Calón, **Ob. Cit.** pág. 8.

Como se puede notar existen muchos puntos por los cuales algunos sectores sociales, estudiosos de la ciencia del derecho penal y penitenciario se encuentran a favor y otros en contra con la aplicación de la pena de muerte.

Por años, a lo largo de la existencia de la humanidad la pena de muerte ha sido un tema que ha sido tenido como pieza y objeto de investigación y de controversia.

Otra forma como pena principal dentro de las penas corporales en el Código Penal guatemalteco en su artículo 41, se encuentra lo relativo a la de *prisión denominada también como privación de la libertad*.

Las penas de privación de libertad, como su nombre lo indica consiste en privar al penado de su libertad recluyéndole en un establecimiento penal, y sometiéndolo a un régimen especial de vida.

La pena de prisión es fruto de una experiencia secular, no obstante sus graves inconvenientes, es el medio más frecuente de defensa contra el delito en las sociedades modernas, *esta pena es hoy el eje del sistema represivo en todos los países*.

Su existencia se justifica ante todo por ser un instrumento hasta ahora insustituible de segregación de individuos peligrosos para la sociedad, por constituir el medio mas adecuado para la reforma de los delincuentes y ejercitar una adecuada intimidación sobre las masas apartando a muchos del delito realizando así una beneficiosa labor preventiva:

Esta pena debe de ser aplicada sobre los siguientes fundamentos:
“Sobre una base de humanidad, no olvidando el hombre que hay en todo delincuente, teniendo en cuenta que éste se halla fuera del derecho, sino en una relación jurídica de derecho público con el Estado y que, deducidos los derechos perdidos o restringidos por la condena, su condición jurídica es al igual a la de los ciudadanos no reclusos”.¹⁶

¹⁶ Cuello Calón, **Ob. Cit;** pág. 8.

Esta clase de pena ni su ejecución debe de ofender a la personalidad humana, ni repercutir sobre los derechos o intereses jurídicos no afectados por la condena.

“Su organización debe siempre encaminarse a la reeducación y readaptación social del culpable, finalidad que será preferente o secundaria según el grado de corregibilidad del delincuente y la finalidad a que la sanción penal aspire”.¹⁷

Esta clase de penas, dentro de los centros reclusorios deben de tener un mínimo de condiciones tales como las siguientes:

Una clasificación de los reclusos encaminada a facilitarles el tratamiento adecuado.

Un régimen de asistencia moral, religiosa, social y de educación intelectual.

Un régimen de trabajo principalmente encaminado a la formación profesional del recluso.

Un régimen sanitario, higiénico y alimenticio apropiado, una organización de cultura física y asistencia medica necesaria.

Un régimen disciplinario firme pero humano.

¹⁷ Garófalo, Rafael, **Criminología**, pág. 22.

CAPÍTULO II

2. Las medidas de seguridad

2.1 Antecedentes

Las medidas de seguridad fueron introducidas en la ciencia penal de mano del jurista suizo Carl Stooss, autor del anteproyecto del Código Penal suizo en el año de 1893, en el cual se prevenía por primera vez este tipo de medidas. En España no tiene reflejo en la legislación positiva hasta el Código Penal de 1928, muy influido en por el “Proyecto Ferri” de 1921, el cual se convertiría mas tarde en el Código Penal italiano de 1930. Su descubrimiento es, pues, relativamente nuevo. Ni de lejos se acerca a la dilatada evolución histórica de la era.

Desde entonces, las medidas de seguridad han sido consideradas, durante mas de un siglo, un elemento esencial en la definición de derecho penal constituyendo penas y medidas las dos consecuencias jurídicas esenciales de la acción penalmente relevante.

Las modernas y minoritarias tendencias dogmáticas, singularmente la representada por Jakobs, tienden a extraer del derecho penal las medidas de seguridad, y ubicarlas en otras instancias normativas o medios jurídicos de represión.

Las medidas de seguridad son la consecuencia jurídica del “injusto” realizado por un sujeto inimputable (incurso de una causa de inimputabilidad, esto es, ausencia de capacidad de culpabilidad) o semiinimputable sujeto con capacidad de culpabilidad disminuida o incompleta), o bien incluso por un sujeto imputable que en todo caso acredita una cualificada actitud de “peligrosidad criminal” de futuro y que requiere para desvirtuar ésta un tratamiento singularmente adecuado a su personalidad.

“Al igual que la pena, la medida de seguridad consiste en una privación de bienes jurídicos del autor del injusto típico.”¹⁸

2.2 Concepto

Los estudios del fenómeno de la criminalidad, desde puntos de vista sociológicos y antropológicos, han demostrado las relaciones genéricas del delito con determinados estados individuales o sociales, como ser ciertas perturbaciones psíquicas, ciertos estados irregulares de vida social. Estas observaciones han llevado a la conclusión de que el derecho penal debe interesarse por todas aquellas medidas que, en general, tiendan a evitar la delincuencia, destruyendo o combatiendo esos factores.

Claro está que la genérica prevención de males y de delitos es una función primaria de gobierno, y como tal, asume las formas más variadas, y pertenece propiamente al derecho administrativo. Pero existen medidas con ese fin genérico de evitación de daños, cuya acción se ejerce inmediatamente sobre los individuos, para los que representan, aun estando despojadas de todo sentido punitivo, una considerable restricción de libertad. Además, la aplicación de una de estas medidas puede estar vinculada a la comisión de un delito. Estas son las llamadas medidas de seguridad.

El estudio de las medidas de seguridad ha venido a integrar el plan de la materia penal y de ello se ocupa todos los códigos modernos, en virtud de la necesidad de que la actividad preventiva se desarrolle ordenada y jurídicamente y, en cuanto ella importe una restricción mediante la garantía jurisdiccional.

¹⁸ Polaina Navarrete, Miguel, **Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal**, pág. 130.

Ya se sabe cuales deben ser las condiciones que un sujeto ha de reunir para que le sea aplicable una penal y cual es el contenido amenazante de ésta.

2.3 Definición

Existen muchas definiciones acerca de las medidas de seguridad, entre ellas se encuentran las siguientes: *“Las medidas de seguridad son alternativas penales impuestas por el órgano jurisdiccional a una persona determinada que evidencia peligrosidad”*.¹⁹

“Medios que utiliza el estado para restringir determinados derechos de un sujeto que se le considera peligroso”.²⁰

2.4 Teorías

Existen dos teorías fuertes que tratan sobre las medidas de seguridad, entre estas están:

- **Teoría de la unificación**

Esta teoría afirma que entre la pena y las medidas de seguridad no existen ninguna diferencia cualitativa, y por ello se engloban o comprenden ambas medidas bajo el nombre común de sanción.²¹

No obstante sus manifestaciones equívocas, esta teoría ha ejercido influjo doctrinario (determinando que algunos autores consideren metódicamente correcto englobar bajo un solo rubro de “sanciones: las penas y las medidas de seguridad) y hasta legislativo.²²

La confusión proviene principalmente de pensar en las penas privativas de libertad, como si no hubiere penas de otra clase, y en tener presente solamente el momento ejecutivo de aquellas.

¹⁹ Fontán Balastra, Carlos, **Tratado de derecho penal**, pág. 232.

²⁰ Hurtado Pozo, José, **Manual de derecho penal peruano, parte general**, pág. 289.

²¹ Esta designación fue usada por Enrique Ferri. Para el estudioso del derecho penal P. Coll Gómez indica que la medida de seguridad no es una sanción propiamente dicha.

²² Tal como sucede en el código penal cubano que no se llama penal sino de defensa social y que no contiene penas, sino sanciones.

Olvidándose de este modo que, en primer lugar, dentro de un orden jurídico la pena, como amenaza de un bien jurídico tutelado.

- **Medidas de seguridad**

En el campo del derecho penal, culminado un proceso, hay dos alternativas: La primera y más común es imponer una pena y, la segunda, es la aplicación de una medida de seguridad.

El tema de las medidas de seguridad se relaciona de manera directa con la imputabilidad. El Código Penal parte de la presunción de que todas las personas son imputables, pero ha establecido ciertos casos de inimputabilidad, los cuales se encuentran en el Artículo 13: No es imputable: 1°. El menor de edad, 2°. Quien en el momento de la acción u omisión posea la causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardo o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitoria hay sido buscado de propósito por el agente.

Las medidas de seguridad son tratamientos que se brindan a los sujetos cuando están dentro de alguno de los supuestos del Artículo 13 la inimputabilidad total o relativa, y tiene como fundamento evitar que estas personas consideradas como peligrosas, cometan nuevos delitos.

La preeminencia que alcanzó la tesis de la prevención especial y la ineficacia de la pena retributiva, en la manera como había sido concebida en los viejos códigos, hicieron que irrumpieran en la legislación y en la doctrina una serie de recursos tendientes a facilitar el tratamiento de delincuentes de acuerdo a su personalidad. Estos recursos son designados con la denominación de medidas de seguridad, y que complementando o suplantando a la pena deben cumplir con la prevención especial, es decir, disminuir o hacer desaparecer las causas que hacen del agente un ser peligroso.

Los diversos movimientos propugnadores de un derecho penal de prevención especial,

exigen el abandono de la pena y su sustitución por medidas de seguridad (escuela positivista italiana, defensa social extrema).

El legislador en Guatemala, al momento de regular las medidas de seguridad siguió a los proyectos suizos, incorporó al sistema de sanciones del código diversas medidas de seguridad: el internamiento en centros de inimputables o imputables relativos. La aplicación de una de estas medidas requiere, que la personalidad del agente se adecue a una de tales categorías, y que se haya cometido una acción prevista en la ley como delito. En todos los casos, es indispensable que el agente haya actuado culpablemente y se haga merecedor a una pena.

Con esto se restringe ya de manera sensible el poder del Estado a recurrir a este tipo de medios de prevención de la delincuencia, los cuales representan en la práctica, como en el caso de la pena, la privación o restricción de derechos inalienables de la persona humana.

En la dogmática penal, se han realizado tentativas para encontrar una justificación a estas medidas. Welzel considera como base de las medidas de seguridad el principio ético-social general, de que sólo puede participar, en forma íntegra en la vida en comunidad, el que se deja dirigir por sus normas y como, según él, la libertad exterior o social sólo se justifica en base a la posesión de una libertad interior vinculada éticamente, se podrá limitar la libertad, mediante una medida de seguridad, a los agentes que no sean capaces para tener esta libertad (enfermos mentales) o a los que no tienen suficiente dominio sobre ella (viciosos, alcohólicos, etc.).

Stratenwerth, criticando la tesis de Welzel, estima, por el contrario, que la justificación de las medidas de seguridad debe buscarse en el interés preponderante de impedir la comisión de acciones delictuosas.

Es casi unánime entre los escritores el estimar que la primera aparición de las medidas de seguridad estructuradas sistemáticamente en un cuerpo legal es en el anteproyecto del Código Penal suizo de 1893, elaborado por Stoos, aunque también es cierto que antes existieron notorios precedentes históricos.

Buscar una definición de medida de seguridad es tanto como indagar en las diversas concepciones que sobre esta consecuencia del delito existen.

2.5 Concepciones

Antonio Onica, citado por Carlos Fontán Balastra, las define como privaciones de bienes jurídicos, que tienen por finalidad evitar la comisión de delitos que se aplican en función del sujeto peligroso y se ordenan a la prevención especial. “El concepto no es suficiente para delimitar el ámbito de las medidas, pues parecido contenido podría admitir una configuración actual de la pena”.²³

Antolisei intenta dar una explicación más incidente en las propias medidas al considerar que “éstas son ciertos medios orientados a readaptar al delincuente a la vida social libre, es decir, a promover su educación o curación, según que tenga necesidad de una o de otra, poniéndolo en todo caso en la imposibilidad de perjudicarlo”.²⁴ Dada su generalidad, tampoco parece ajustada a las exigencias de estos medios. Clarifica su ambigua postura de la definición y estima que las medidas de seguridad suponen una disminución de los bienes del individuo y generalmente una discriminación de la libertad personal. Esto representa en cavar un foso entre la ciencia del derecho penal y el sentido común.

Beristain Ipiña, da una comprensión aglutinadora de todos los caracteres que, a su juicio, adornan a las medidas de seguridad, y así las refiere como los medios asistenciales consecuentes a un hecho típicamente antijurídico, aplicados por los órganos jurisdiccionales al tenor de la ley, a las personas peligrosas para lograr la prevención especial.

Barbero Santos, en parecida línea, las entiende como la privación de bienes jurídicos, impuesta jurisdiccionalmente por el Estado con un fin reeducador inculcador o curativo a una

²³ Fontán Balastra, Carlos, **Tratado de derecho penal**, pág. 36.

²⁴ Hurtado, **Ob. Cit.** pág. 536.

persona socialmente peligrosa con ocasión de la comisión de un delito, y mientras aquel fin no se cumpla.

Según Welzel tanto la pena como la medida de seguridad implican una privación de libertad, que sólo puede acusar diferenciaciones insignificantes.²⁵

La argumentación de Beristain es generosa y positiva. Sin embargo, la realidad es otra: la medida de seguridad conlleva de alguna manera una privación de bienes jurídicos al ser impuesta por el Estado al individuo.

Esta afirmación no contradice que, desde la óptica de la aplicación estatal, no sea prudente ni necesario interpretarla como un medio asistencial que el Estado tiene el derecho pero al mismo tiempo la obligación de ofrecer al ciudadano y nunca como una pretensión sancionadora sustitutiva de la pena en sentido tradicional con el carácter más amenazante de su indeterminación.

De cualquier forma, el aceptar la medida de seguridad como privación de bienes jurídicos no conlleva en absoluto algún menosprecio a las finalidades preventivas de tratamiento y de readaptación que persigue esta institución jurídica.

2.6 Naturaleza de las medidas de seguridad

Un grupo de autores opina que las medidas de seguridad no han de incluirse en el derecho penal, en cuanto que son medios de tutela preventiva de carácter administrativo contra las causas del delito. Esta corriente, defendida por eminentes administrativistas, tiene acogida asimismo entre ciertos penalistas. Así, Grispigni, las entiende como medidas de derecho administrativo comprendidas dentro de la función de policía de seguridad. Manzini titula el capítulo de su tratado dedicado a las medidas con la denominación de "*las medidas administrativas de seguridad*", estimándolas, pues, como medidas de policía de naturaleza administrativa. Sebastián

²⁵ Welsen, Hans. **Las medidas de seguridad en el derecho penal alemán**, pág. 241.

Soler no las considera sanciones y Rocco las cita como medios de defensa social de naturaleza administrativa.²⁶

En cuanto a las medidas de seguridad se difiere de cualquier planteamiento administrativista, al menos sobre las medidas de seguridad, se coincide con la mayoría de penalistas que estas aparecen en el derecho punitivo como medio de lucha contra el delito y, por tanto, incluso integradas dentro de la definición de derecho penal desde el momento en que son aceptadas como una consecuencia jurídica del delito más a aplicar al individuo que ha realizado una conducta observada por la ley penal como infracción y que revela una determinada peligrosidad criminal.

Esta aseveración propicia una nítida separación entre medidas de seguridad predelictuales (tanto criminales como sociales) que pueden pensarse en el ámbito administrativo como hacen algunos de los autores mencionados y coherentemente fuera del derecho penal y las medidas de seguridad postdelictuales de las que no se ha de dudar su pertenencia al sector punitivo.

2.7 Fundamento

Pocas dudas existen en afirmar *que el fundamento inmediato de las medidas de seguridad es la peligrosidad personal del individuo*. No obstante esta afirmación necesita ser matizada. Petrocelli definió la peligrosidad como *"un complejo de condiciones subjetivas y objetivas bajo cuya acción es probable que un individuo cometa un hecho socialmente dañoso"*.²⁷

Francisco Muñoz Conde, la entiende como *"la posibilidad de que se produzca un resultado"*²⁸

²⁶ Soler, Sebastián, **Derecho penal argentino**, pág. 247.

²⁷ Instituto peruano de Ciencias Penales, **Derecho penal**, pág. 89.

²⁸ Muñoz Conde, Francisco, **Derecho penal**, pág. 211.

En ambos autores se manifiesta como un pronóstico o juicio de probabilidades referido al comportamiento futuro del individuo. Por otro lado, se exige conceptualmente la necesidad para fundamentar la medida.

En esta definición genérica de peligrosidad existen dos principios prácticamente confundidos: la peligrosidad criminal y la peligrosidad social. *La primera es la posibilidad de que un sujeto cometa un delito o siga una vida delinencial; refleja, por tanto, un individuo antisocial. La segunda es la probabilidad o realidad de que el sujeto realice actos levemente perturbadores de la vida comunitaria (actos asociales), sin llegar a cometer delitos propiamente dichos, pues no son actos antisociales; se trata, pues, de un individuo asocial.*²⁹

La peligrosidad social resulta insuficiente para imponer medidas penales, debiendo quedar su prevención a la política social del Estado y, en caso de fracaso, al derecho administrativo.

La peligrosidad criminal, concebida en definitiva como un juicio de probabilidad de delinquir en el futuro, se manifiesta a su vez de dos maneras: *peligrosidad criminal predelectual* y *peligrosidad criminal postdelectual*. En la primera la peligrosidad no se manifiesta por medio de la realización de una conducta delictiva, sino por indicios personales distintos de la concreta comisión del delito. En la segunda se expresa con un hecho tipificado como delito sin necesidad de que el sujeto sea imputable y culpable que es indicio de su inclinación antisocial. Semejante distinción introduce en la problemática de cuál de estas clases de peligrosidad constituye el presupuesto de las medidas de seguridad jurídico-penales o, dicho de otra forma, es necesario responder a la pregunta de si pertenecen al derecho penal las medidas predelectuales. En el derecho penal italiano se suele distinguir, en atención a que la prevención se dirija a impedir que el sujeto peligroso cometa o vuelva a cometer un delito entre medidas de prevención post delictum o medida de seguridad y medidas de prevención ante delito.

En España la polémica se mantiene en pie. Numerosas razones son esgrimidas a favor de la integración de las medidas predelectuales dentro del derecho penal.

²⁹ Los creadores de la peligrosidad social fueron los de la Escuela Positivista.

Beristain las ha resumido de la siguiente forma:

El derecho penal-moderno debe prevenir más que castigar; por ello la reeducación del individuo será más fácil si se ataja al de antes de cometido el delito;

La mayor y mejor defensa de los derechos del individuo requiere la actuación de un órgano jurisdiccional que generalmente actúa con mayor independencia, con mayor formación jurídica y con menor arbitrariedad que los órganos del poder ejecutivo;

Muchas legislaciones penales del pasado y del presente incluyen entre sus sanciones verdaderas medidas predelictuales; entre aquéllas se muestran las españolas ley de vagos y maleantes, ley de peligrosidad, rehabilitación social. En el caso de Guatemala, en su oportunidad existió una ley contra la vagancia.

En contra, esto es, opuesto a la admisión de las medidas de seguridad predelictuales en el derecho penal, se manifiesta Mir Puig, al que no le valen las razones adversas de estar reguladas en la ley citada y antes en la de vagos y maleantes y de ser aplicadas por los órganos de la jurisdicción criminal, para evitar su naturaleza administrativa, en razón de que la inclusión en una misma ley es un argumento formal que no prejuzga la naturaleza jurídica de un precepto, e igualmente los órganos de la jurisdicción criminal aplican asimismo normas que no son por su naturaleza penales.

El mismo Beristain alude en línea parecida a las siguientes razones:

Falta proporción entre el mal que se trata de evitar y la intromisión en el campo de la intimidad, de la libertad y de los derechos del ciudadano, la aceptación de estas medidas en la esfera punitiva abre la puerta a funestos abusos de poder;

Falta justificación, pues no son necesarias para la misión que el derecho penal tiene en un Estado social y democrático de derecho, como demuestran todos aquellos países, que son mayoría, cuyos códigos penales no las contienen y no por ello se ven quebrantadas más que en los que sí las utilizan, la paz, la justicia y la prosperidad pública;

predelictuales y, coherentemente, limitar el presupuesto de las medidas de seguridad de forma especial a las generadas por la peligrosidad postdelictual,

2.8 Justificación

Beristain, diferencia en dos bloques las opiniones de los penalistas que buscan la justificación de las medidas de seguridad a través de diversas argumentaciones:

Los vinculados a orientaciones neoclásicas exigen una justificación ético-moral, y por tal motivo aceptan sólo aquellas medidas que privan de sus derechos a quienes no pueden o no saben ejercerlos con libertad interior, o a quienes esa privación de derechos resulte en conjunto provechosa para superar la demora en su desarrollo personal;

Los más cercanos a las orientaciones positivistas que las justifican en su necesidad y utilidad social, desde el momento en que la pena por sí sola no es suficiente para alcanzar las metas del derecho penal actual.

De ambos planteamientos se pueden sacar provechosas enseñanzas. La justificación última de las medidas de seguridad es su necesidad para la sociedad.

Sin embargo, un importante sector de autores estima que esto no es suficiente, con ser bastante, para deducir de ahí su única justificación.

Para Welzel, junto a la fundamentación utilitarista de la medida de seguridad se precisa una fundamentación ético-social. Toda libertad exterior o social -escribe- sólo se justifica en base a la posesión de una libertad interior vinculada éticamente.³⁰ El que no es apto para tener esta libertad interior, dirigida por una autodeterminación ética (como los enfermos mentales) lo que a raíz de predisposiciones, vicios y hábitos perniciosos y él no tiene el suficiente dominio sobre ella, ya no puede exigir la plena libertad social. En virtud de esto se justifica la institución de las

³⁰ Welzel, Hans, **Derecho penal alemán**, pág. 259.

medidas de seguridad frente a los delincuentes por estado.³¹ A estos aspectos ético-sociales generales se agregan numerosos momentos éticos más específicos, así como el derecho y deber del Estado de cuidado, de rehabilitación y de asistencia respecto al enfermo mental, a las personas de imputabilidad disminuida, a los toxicómanos, el derecho de educación frente a los jóvenes y refractarios al trabajo, etc.

Semejante argumentación de Welzel ha sido contestada por numerosos autores. Stratenweth, por ejemplo, indica que el fundamento ético welzeliano es válido exclusivamente para las medidas de seguridad destinadas a inimputables y semi-imputables. Para este último autor, la justificación ética de la medida de seguridad se encuentra exclusivamente en el interés social preponderante de la prevención del delito, de íntima conexión con el principio de proporcionalidad.

La combinación racional entre necesidad, utilidad y libertades individuales proyecta el auténtico fundamento de la medida de seguridad.

No obstante, en la dificultad que en la práctica encuentra la aplicación de estos principios teóricos, insuficiente, a todas luces, para negar idoneidad a la necesidad y al utilitarismo en sentido científico. De todas formas es imprescindible asumir que junto a esta necesidad de las medidas se sitúan los derechos y libertades ciudadanos en una reclamada simbiosis, al igual que sucede con la pena y, en definitiva, con el derecho penal.

2.9 Fines

Si la función y el fin de la pena se muestran como un problema frecuentemente discutido, no sucede lo mismo con respecto a la medida de seguridad, sobre la que existe cierta unanimidad en admitir que su finalidad esencial es la de la prevención especial.³²

³¹ Ibid.

³² Hurtado Pozo, **Ob. Cit.** pág. 286.

De este fin preventivo-especial derivan dos problemas de gran trascendencia. Por un lado, el señalamiento del necesario equilibrio entre las medidas político-criminales de prevención de los delitos y las libertades individuales; por otro lado, la exacta comprensión del término resocializar.

La mala utilización de las medidas de seguridad que puede transformarlas en un medio de ataque contra las garantías individuales provoca cierta tensión con las reglas esenciales del Estado democrático de derecho. Puede hacerse una reflexión en cuanto a que las medidas de seguridad no son determinadas, pues las mismas pueden ampliarse por mucho tiempo y resultar en perjuicio del que la cumple.

Una política criminal de medidas de seguridad que aspire a ser compatible con los postulados de este modelo de Estado deberá, en opinión de Rodríguez Mourullo, rodear al sistema penal preventivo de una serie de garantías dirigidas a evitar los peligros que las medidas de seguridad pueden comportar para la certeza del derecho. Estas son:

- **El principio de legalidad**

En la aplicación de las medidas de seguridad las mismas deben de tener su fundamento en el principio de legalidad, o sea que se aplicaran única y exclusivamente las medidas de seguridad contenidas en el Código Penal guatemalteco que regula lo concerniente a las medidas de seguridad en el Artículo 84 que establece: No se decretaran medidas de seguridad sin disposición legal que establezca expresamente, ni fuera de los casos previstos en la ley.

Dicho de otra manera la vigencia del principio de legalidad ninguna declaración de peligrosidad sin estar descrita en la ley; ninguna medida de seguridad sin regulación legal.

- Exigencia de una previa comisión delictiva;
- Medidas de seguridad al servicio del individuo;
- Eliminación de todo carácter aflictivo;

- No se trata con todo esto, en parte con el propio Rodríguez Mourullo, de defender una concepción individualista y radicalmente liberal del derecho y de la sociedad, sino de poner las prevenciones necesarias para frenar a aquellos que aniquilan al individuo bajo el pretexto de una supuesta defensa social que en definitiva, no es más que la defensa de los que mandan.

2.10 Características

Dentro de las características más importantes de las medidas de seguridad se encuentran las siguientes:

- Son medios que utiliza única y exclusivamente el estado.
- Tienen como fin preventivo, rehabilitador, no retributivo.
- Son medios de defensa social.
- Puede aplicarse a peligrosos criminales y a peligrosos sociales.
- Su aplicación es por tiempo indeterminado.
- Responden al principio de legalidad.
- Puede aplicarse por delitos o faltas cometidas.

2.11 Las medidas de seguridad en el Código Penal guatemalteco

El título VII del capítulo I del Código Penal guatemalteco se encuentra:

- El internamiento en establecimientos psiquiátricos
- Internamiento en granja agrícola, centros industriales u otro análogo.
- Internamiento en establecimiento educativo o de tratamiento especial.
- Libertad vigilada.
- Prohibición de residir en lugar determinado.
- Prohibición de concurrir a determinados lugares.
- Caución de buena conducta.

2.12 Las medidas de seguridad en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

2.12.1 El sistema sancionatorio en el derecho penal de adolescentes

Los adolescentes constituyen un grupo social diferenciado y como tal deben ser objeto de un trato jurídico penal también diferenciado que respete su propia identidad como grupo y como personas en una etapa de desarrollo y socialización, que por si misma es distinta, autónoma y diversa a la del adulto. El derecho penal de adolescentes constituye un instrumento más de control social, *se le llame como quiera llamársele su naturaleza violenta revela siempre su carácter penal*. Participa con las otras instancias de control en el proceso de socialización del adolescente y como tal debe de ser coherente en éstas dentro de un mismo programa político social al momento de implementar y aplicar una respuesta a la conducta desviada del adolescente. En caso contrario al actuar aisladamente solo tendrá eficacia como un instrumento de terror y represión sin sentido.

Con el positivismo criminológico, de finales del siglo XIX, el adolescente pasa a ser el prototipo del peligroso social, pues cuando se utilizan los métodos de las ciencias naturales para explicar la delincuencia juvenil se llega a la conclusión de que el delincuente menor de edad es un enfermo, un caso patológico que tiene que ser objeto de diagnóstico, vigilancia y tratamiento.³³

Con el positivismo criminológico se amplía el control social pues no se reacciona únicamente en contra de aquel niño o adolescente que viola la norma penal, sino también en contra de aquel que reúne las características del peligroso social: el niño huérfano, vagabundo, hijo de padres viciosos, de malas costumbres, moralmente abandonado, pervertido, etc. A los adolescentes que se encontraban en esta situación se les considero como peligrosos sociales y, por ende, futuros delincuentes de quienes la sociedad debía protegerse, aun antes de que delinquieran.³⁴

³³ Ferri, Lombroso, Gallofalo, **Escuela positiva**, pág. 213.

³⁴ Ibid.

Con el pensamiento de la escuela positivista, tanto criminológica como jurídica, se configura, justifica y regula, en una de las mayores reformas penales del siglo XX, el Derecho tutelar de menores. Este se caracterizó por su arbitrariedad en la selección y tratamiento de sus clientes, se tradujo en el típico derecho penal de autor clásico de los Estados autoritarios y además, en materia de política criminal implicó privilegiar la respuesta individual sobre la social. Con el seguimiento del estado social o de bienestar se configura el modelo educativo.

En este nuevo modelo tienen gran influencia las nuevas teorías de la desviación que abandonan el positivismo etiológico y con base en sus investigaciones proponen la no intervención del sistema judicial en los problemas delictivos de los menores de edad, en virtud de que este, lejos de solucionarlos genera la carrera delictiva y la estigmatización. Surge así el movimiento de las cuatro D, diversión, desinstitucionalización, descriminalización y *due process*. Se extiende aun más el control social como consecuencia de que se amplían sus redes, la burocracia crece y actúa con altos niveles de discrecionalidad en la selección de los adolescentes, utiliza más parámetros sociales que criminales. Esto provoca un debilitamiento del principio de legalidad y con ellos se debilita, también, la seguridad jurídica de los adolescentes frente al Estado.

Con el surgimiento del Estado social y democrático de derecho, a partir de la vigencia de la Constitución de 1985, surge una nueva visión del ser humano, de la sociedad, del derecho en general y, particularmente, del penal y de los derechos humanos, que quiere dar el paso de lo abstracto a lo particular, de lo abstracto a lo concreto, de la igualdad y democracia formal a la igualdad y democracia material.

En consecuencia, en Guatemala, la única fuente de legitimación del derecho penal de adolescentes está en el Estado social y democrático de derecho que aspira alcanzar, consiste en aceptar que la intervención de derecho penal de adolescentes en la vida social de las personas menores de edad, que siempre constituye un mal, implica un mal menor al que se trata de evitar.

Es decir, aceptar que en ausencia del derecho penal de adolescentes surgirían otros mecanismos de control social más violentos y más racionales que el propio derecho penal, tal

como se pudo comprobar en la vigencia de los modelos del derecho penal indiferente y del derecho tutelar o educativo de menores, o en su caso mecanismos informales de resolución de conflictos como justicia por la propia mano (linchamientos).

En ese contexto, el derecho penal de adolescentes en Guatemala, solo se justifica y legítima en la medida en que la violencia arbitraria que evite sea mayor a la que legalmente provoca. La tensión entre eficacia y garantía debe resolverse desde una propuesta político-criminal garantista y dentro de la perspectiva de un derecho penal de adolescentes mínimo con una triple función: por una parte, la de prevención general de los delitos; por otra, la de la prevención general de penas o sanciones arbitrarias o desproporcionadas frente a los adolescentes transgresores de la Ley Penal; y, por último, y la más importante, promover en el adolescente transgresor un sentimiento de responsabilidad por sus actos y de respeto por los derechos de terceros. Entendido así, el derecho penal de adolescentes se configura como una técnica de tutela de los derechos fundamentales, como una ley al servicio del más débil, es decir: la protección del débil contra el más fuerte, del débil ofendido o amenazado por el delito –la víctima- y del débil ofendido o amenazado con la venganza privada o pública del adolescente delincuente. Si el mal menor se puede conseguir por otro medio debe acudir a estos.

Un derecho penal de adolescentes mínimo de culpabilidad siempre será preferible a otros sistemas de control social basados en la supuesta peligrosidad social o criminal de las personas menores de edad. En ese sentido, en un estado social y democrático de Derecho solo puede optarse por configurar un control sobre las conductas externas de las personas y no sobre sus formas de ser o pensar. Optar por un derecho penal de adolescentes mínimo de culpabilidad implica la materialización de los principios constitucionales de igualdad, dignidad y libertad, en conclusión: representa reconocer una igual valoración jurídica de la diferencia del adolescente respecto a los sujetos de derecho, esto implica reconocerle una identidad propia y valorarla jurídico penalmente.

Históricamente la reacción social hacia los adolescentes que realizan conductas desviadas criminalizadas, ha sido y es de intolerancia. No obstante, en un fraude de etiquetar los mismos han sido considerados inimputables por casi dos siglos, por diversas razones (biológicas,

psicológicas, metafísicas, etc.),³⁵ pero ello no ha significado tolerancia y ausencia de respuesta penal, sino todo lo contrario intolerancia y respuesta penal arbitraria y sin límites. Respuesta que se justificaba en la supuesta tolerancia que mereciendo ser inimputables. Por ello, hoy debe reconocerse que la sociedad puede llegar a ser tolerante frente a los ilícitos penales de los adolescentes pero hasta cierto punto, es decir la discusión debe darse en sede de la edad penal mínima, una vez fijada esta debe afirmarse que los adolescentes son imputables y como tales deben ser objeto de una reacción estatal y esta, únicamente y exclusivamente, como ya se afirmó, puede derivarse de su culpabilidad y por tanto consiste en una sanción y no puede, como sucedió en el derecho tutelar derribarse de su peligrosidad social o criminal y consistir en una medida de seguridad o tutela.

La situación fáctica de la minoría de edad no es una causa que justifique funcionalmente su ubicación dentro de las tradicionales situaciones de inimputabilidad, pues además de no tener nada en común con ellas, pueden llegar a generar incoherencias intrasistemáticas, por ejemplo, cuando un adolescente que transgrede la ley penal incurre en una causa de inimputabilidad, de las establecidas en el Código Penal, enfrentamos la situación de la inimputabilidad del inimputable.³⁶

Incluir la minoría de edad en general como causa de inimputabilidad no es funcional para el proceso de la socialización y de las personas menores de edad, ya que, en lugar de propiciar su responsabilización, la construcción de identidad personal y el respeto a la ley, fomenta todo lo contrario: su irresponsabilidad; así mismo, el continuar incluyendo la minoría de edad como causa de inimputabilidad implica continuar negando que los actos de los menores de edad le pertenecen y que por lo tanto, no deben responder por ellos; además, continuar con esa inclusión es continuar con una afirmación irreal, pues no se puede afirmar que se aplican restricciones a derechos como consecuencia de actos ilícitos que la sociedad ha declarado tolerables.

El parámetro valorativo que permitiría dar una respuesta adecuada, “En sede de culpabilidad”, para el caso de los adolescentes, es el principio de igualdad legal; que puede indicarse formalmente a través de diversos grados de generalización a partir del criterio de la

³⁵ Ferri, **Ob. Cit**; pág. 112.

³⁶ Solórzano, Justo, **Principios, derechos y garantías**, pág 153.

edad de la persona, es decir, con el reconocimiento formal de diversos grados de responsabilidad penal en relación con la edad de la persona (configurando grupos etarios); y materialmente puede manifestarse a través de la aceptación de diversos grados de culpabilidad y por lo tanto de responsabilidad penal. Así se dará una respuesta adecuada a la culpabilidad de cada grupo etario designado, se tomará en consideración que la igualdad no supone otorgar a todos un trato uniforme, sino no discriminatorio, y la no discriminación no es otra cosa que la justificación del trato desigual.

El reconocimiento del principio de igualdad jurídico-penal en el caso de los adolescentes es necesario pero no suficiente, pues como concepto normativo únicamente valora y no describe. Para hacer efectivo el principio de igualdad jurídica, en materia penal, se debe acudir a la construcción teórica de garantías jurídico-penales especiales que permitan remover los obstáculos reales para que su igualdad sea efectiva y real. Estas garantías jurídico-penales deben ser adicionales al sistema de garantías ya contemplado en el derecho penal. Además de ser específicas y exclusivas de los adolescentes. Su justificación parte del reconocimiento, afirmación y protección jurídico-penal de la propia identidad del menor de edad como persona en desarrollo, inserta en un proceso de socialización autónomo, como ser humano diverso con especificidad propia e inherente.

El reconocimiento de la culpabilidad del menor de edad y por lo tanto de su imputabilidad, dentro de un concepto social y democrático de derecho, aparece como una garantía de reconocimiento de un trato jurídico-penal diferenciado. La respuesta a la culpabilidad por el injusto penal dogmáticamente solo puede ser una pena, ello no implica que sea la misma pena establecida para el adulto sino una específica, es decir: una sanción juvenil y no una medida de tutela, bienestar o educación.

El sistema sancionatorio debe ser aplicado de tal forma que la sanción juvenil, el proceso penal o los procedimientos de resolución de conflictos (conciliación, remisión, criterio de oportunidad) que regulen y promuevan las condiciones para que la libertad e igualdad del niño sea real y efectiva, remuevan los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y faciliten su

participación en la vida política, económica, cultural y social, tomando en cuenta su especificidad de persona en desarrollo , en un proceso activo de socialización.

2.13 El sistema sancionatorio de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

2.13.1 Prevenir antes que reprimir

La orientación de la nueva ley de los derechos de la niñez y adolescencia orienta todos sus esfuerzos a la promoción, implementación y aplicación de políticas públicas, pues parte del presupuesto de que la mejor manera de combatir la delincuencia de los adolescentes a través de: en primer lugar, su prevención por medio de políticas sociales y educativas orientadas a equiparar las desigualdades económicas y sociales que se presentan en nuestro país y que, en algunos casos constituyen fuentes de criminalidad; y, en segundo lugar, por medio de la adopción y aplicación de un sistema sancionatorio orientado por la reinserción de la adolescente en su familia y sociedad, que promueva la formación de ciudadanos responsables a través de la aplicación de sanciones que fortalezcan valores positivos, como el sentimiento de responsabilidad por los propios actos y el respeto por los derechos de terceros.

2.13.2 Prevención especial sobre la prevención general

El sistema de sanciones (y no medidas) que contempla la nueva ley, responde a un fin primordialmente educativo que pretende desarrollarse al aplicar la sanción con la intervención de la familia, el apoyo de la comunidad y de los especialistas necesarios (Artículo 240). En ese sentido, según lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala y la doctrina del derecho penal de adolescentes, prevalece el fin de prevención especial sobre el de prevención general. No se pretende imponer sanciones que generen intimidación en los demás miembros de la sociedad, lo cual además sería imposible por el carácter confidencial y reservado del procedimiento penal donde se nadie se entera del tipo de sanción impuesta. En consecuencia, lo que se persigue es la reinserción del adolescente en su familia y comunidad a través de su educación integral (Artículo 20 de la Constitución Política de la República), ahora bien, esto no significa que con la excusa del carácter educativo la sanción pueda ir más allá de la culpabilidad

del adolescente. En ningún caso se podrá invocar el fin de prevención especial para imponer una sanción desproporcionada al hecho a circunstancias personales, familiares y sociales del adolescente, lo que si puede hacerse es justificar con ese fin, una sanción menor a la que proporcionalmente corresponde.

Por eso se establece que el principio de culpabilidad es un límite a la fijación de la sanción, pues, como señala Llobet citado por Justo Solórzano “el riesgo de que se llegue a utilizar el principio educativo para establecer una sanción por encima de la culpabilidad es latente. En consecuencia, el principio educativo no permite en ningún caso y bajo ninguna justificación imponer una sanción que va más allá de la culpabilidad y, el principio de proporcionalidad, solo permite fijar una sanción por debajo del grado de culpabilidad del adolescente.

2.14 El principio de última *ratio* de la sanción

Uno de los fines del proceso penal de adolescentes es su reinserción social y familiar, según lo establece el artículo 171 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. El proceso está diseñado de tal forma que permite salidas alternas a la sanción, esta constituye la última opción que el fiscal, el juez y defensor deben utilizar. La conciliación, el criterio de oportunidad reglado y remisión persiguen evitar la sanción y todo el procedimiento que conduce a ella, ya que, de por sí, es estigmatizante para el adolescente. Cuando proceda debe favorecerse la aplicación del procedimiento abreviado, este omite el proceso y el juicio y, por ende, los casos en que se presente acusación serán los menos y aún menor será la cantidad en los que se aplique una sanción producto de un debate. En ese sentido, la sanción penal de adolescentes constituye la última ratio.

2.15 Tipología de sanciones

La nueva ley contempla una oferta considerable de sanciones para que sean utilizadas según lo exija las circunstancias del caso, las personales, familiares y sociales del adolescente. El juez, una vez que ha establecido la responsabilidad del adolescente, podrá dictar cualquiera de las siguientes sanciones:

Sanciones socioeducativas. Se fijan las siguientes

- **Amonestación y advertencia.**

La amonestación es la llamada de atención que el juez dirige, oralmente, al adolescente exhortándolo para que, en lo sucesivo, respete la norma de trato familiar y convivencia social. Cuando corresponda deberá advertirles a los padres, tutores o responsables sobre la conducta seguida y les manifestara que deben colaborar con el respeto de las normas legales y sociales. La amonestación y la advertencia deberán ser claras y directas, de manera que el adolescente y los responsables de su conducta comprendan porqué los hechos cometidos son lícitos.

- **Libertad asistida**

Esta medida, cuya duración máxima será de dos años, consiste en otorgar la libertad al adolescente, quien queda obligado a los programas educativos, laborales o formativos que se le fijen y a recibir orientación de personal técnico del programa de libertad asistida de la Secretaría de Bienestar Social de la presidencia de la República. Este programa se encuentra en funcionamiento desde hace dos años y ha tenido resultados positivos, al punto de contar un porcentaje de reincidencia casi nulo (el 2%), lo cual es significativo si se compara con los altos niveles de reincidencia que, a la fecha, ha tenido sanción de privación de libertad en régimen cerrado.

- **Prestación de servicios a la comunidad**

La prestación de servicios a la comunidad consiste en realizar tareas gratuitas, de interés general en entidades de asistencia pública o privada, como hospitales, escuelas, parques nacionales y otros establecimientos similares. Las tareas deberán asignarse según las aptitudes de los adolescentes, que las cumplirán durante una jornada máxima de ocho horas semanales, los sábados, domingos y días de asueto, feriados o en días hábiles, pero sin perjudicar la asistencia a

la escuela o jornada normal de trabajo. Los servicios de la comunidad deberán prestarse durante un periodo de máximo de seis meses.

Este programa se encuentra en fase de implementación con el apoyo del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala y Unicef. En él se tiene contemplada la elaboración de una red de apoyo al programa a través de instituciones gubernamentales y privadas locales, como: Las municipalidades, Procuraduría de Derecho Humanos, los Bomberos, Policía Nacional Civil, centros educativos y recreativos, organizaciones no gubernamentales grupos religiosos, etc. Red que permitirá la presentación de un servicio a la comunidad por parte del adolescente, que puede consistir en mantenimiento, ornamentación y jardinería, apoyo y aprendizaje en el servicio bomberil, creación de bibliotecas comunales, etc.

La medida se mantendrá durante el tiempo necesario para que el servicio fijado se realice o sea sustituido.

- **Reparación de los daños al ofendido**

La reparación del daño al ofendido consiste en la adquisición, por parte del adolescente, de la obligación de hacer, a favor del ofendido, orientada a resarcir o restituir el daño que el delito generó. Para su fijación el juez debe ser creativo y el ofendido debe dar su consentimiento, pues será con quien el adolescente llevará a cabo su actividad, por ejemplo: Pintar la pared dañada, trabajar para reponer el valor del objeto robado o el costo de una curación, etc. Dado que con esta sanción se excluye la acción civil.

Cuando el adolescente mayor de quince años realice un acto que afecte el patrimonio económico de la víctima, el juez podrá determinar, teniendo especial cuidado en su situación económica, que este restituya el objeto, promueva el resarcimiento del daño o compense el perjuicio causado a la víctima. Cuando dicho acto se ha cometido por un adolescente de trece a catorce años de edad, el juez podrá también determinar la reparación del daño, quedando solidariamente obligados los padres, tutores o responsables.

- **Órdenes de orientación y supervisión**

Las órdenes de orientación y supervisión consisten en mandamientos o prohibiciones impuestos por el juez y tienen por objeto: regular la conducta de los adolescentes, así como promover y asegurar su formación.

Las órdenes o prohibiciones durarán un período máximo de dos años y su cumplimiento deberá iniciarse, a más tardar, un mes después de ordenadas, en caso de incumplimiento el juez podrá, de oficio o a petición de parte, modificar la orden o prohibición impuesta. Éstas pueden ser:

- Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él;
- Abandonar el trato con determinadas personas;
- Eliminar la visita a centros de diversión determinados; con tal propósito deberá notificar a los dueños de dichos centros.
- Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo se enseñarle alguna profesión u oficio;
- Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicas que produzcan adicción o hábito;
- Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

2.16 Del tratamiento ambulatorio, internamiento en centros especializados para la eliminación de adicciones

En el tratamiento ambulatorio el adolescente queda obligado a asistir a todas las sesiones que el especialista que le fije, por un período previamente determinado. El internamiento terapéutico consiste en el internamiento del adolescente en un centro especializado para tratar problemas de adicción o dependencias, o para tratar el padecimiento de anomalías o alteraciones psíquicas o de la percepción, que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad.

Esta orden, más que constituir una sanción, debe ser considerada como una medida de seguridad y protección del adolescente, que puede imponerse por remisión o en lugar de la sanción. En este último caso, constituye una medida de seguridad y corrección del adolescente, orientada a su protección y la de la propia sociedad. En este caso, debe comprobarse, previamente, la realización del injusto penal y luego, el juez, debe pronunciarse sobre la “inculpabilidad” del adolescente e indicar la necesidad de fijar esta medida. En ningún caso la orden de tratamiento ambulatorio puede exceder los doce meses y de internamiento terapéutico los cuatro meses.

2.17 Sanciones privativas de libertad

Este tipo de medidas son las más utilizadas actualmente por los jueces. Se utilizarán sólo en los casos permitidos por la ley, cuando no sea posible aplicar otra sanción y por el menor tiempo posible.

La sanción de privación de libertad, puede ser:

- **Privación de libertad domiciliaria**

El internamiento domiciliario es el arresto del adolescente en su casa de habitación, con su familia. De no poder cumplirse en su casa de habitación, por razones de inconveniencia o imposibilidad, se practicará en una casa de cualquier familiar. Cuando no se cuente con ningún familiar, podrá ordenarse el internamiento en una vivienda o ente privado, que se ocupe de cuidar al adolescente. En este último caso, deberá contarse con su consentimiento.

El internamiento domiciliario no debe afectar el cumplimiento del trabajo ni la asistencia a su centro educativo. Un trabajador social supervisará el cumplimiento de esta medida, cuya duración no será mayor de un año.

- **Privación de libertad durante el tiempo libre**

Esta sanción debe cumplirse en un centro especializado y tiene por objetivo lograr la reinserción social y familiar del adolescente a través de la limitación del ejercicio de su derecho de locomoción durante el tiempo libre, este tiempo puede ser aprovechado para realizar actividades de tipo formativo o culturales por parte del adolescente, tomando en el fin educativo que tiene la sanción en este sentido puede ejecutarse en lugares como bibliotecas municipales, centros culturales y otros centros educativos que se encuentran en la localidad, será supervisada por un trabajador social y por el encargado del centro, esta sanción no podrá exceder de ocho meses y el juez deberá indicar, claramente, el tiempo libre establecido para en cada día, así como el número de horas y días.

- **Privación de libertad durante los fines de semana**

Comprendido desde el sábado a las ocho horas hasta domingo a las dieciocho horas. Durante un periodo que no podrá exceder de ocho meses, el adolescente deberá realizar actividades de carácter educativo y cultural.

- **Privación de libertad en centro especializado de conocimiento**

Es una sanción de carácter excepcional. Puede ser aplicada solo en los siguientes casos:

- Cuando se trata de una conducta realizada mediante grave amenaza o violencia hacia las personas y la propiedad; un delito contra la vida, la libertad sexual, la libertad individual, robo agravado y tráfico de estupefacientes.
- Cuando se trata de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años;

Esta sanción no podrá ser mayor de seis años para adolescentes entre los quince y los dieciocho años, y de dos años para adolescentes con edades entre los trece y los quince años. Además, nunca podrá aplicarse como medida, cuando no proceda para un adulto, según el

Código Penal, y al aplicarla al juez deberá considerar el período de detención provisional al que fue sometido el adolescente. Se aplicara de acuerdo con el régimen que el juez señale, según la gravedad del delito y las circunstancias personales, familiares, educativas y sociales del adolescente. Los regímenes a que podrá ser sometido el adolescente, incluso de forma progresiva, son:

- Régimen abierto, que consiste en que el adolescente tendrá como residencia el centro y realizará “todas” las actividades establecidas en su plan individual y proyecto educativo fuera del centro, en los servicios del entorno.
- Régimen semiabierto, que consiste en que el adolescente tendrá como residencia habitual el centro y realizará “algunas”, de las actividades establecidas en su plan individual y proyecto educativo fuera del centro.
- Régimen cerrado, que consiste en que el adolescente residirá en el centro y en el realizará “todas” las actividades señaladas en su plan individual y proyecto educativo.

El régimen cerrado deberá ser utilizado por el menor tiempo posible y con fines específicos de estabilización. Esta sanción no permite por sí misma promover la reinserción del adolescente en su familia y comunidad. Por esa razón, los regímenes deben ser aplicados en forma progresiva, de tal suerte que se fortalezcan los vínculos del adolescente con su familia y la sociedad, de una forma gradual. La aplicación progresiva preparará al adolescente para el retorno de su vida en libertad; por esa razón en el programa se debe trabajar con la familia nuclear o aplicada del adolescente con el fin de preparar su retorno y reubicarlo en su entorno social y comunitario.

Este tipo de sanciones deben ejecutarse de conformidad con el reglamento de los centros de privación de libertad, el juez debe ser muy exigente en cuanto al cumplimiento de los fines en cada plan individual y al respeto de los derechos de los adolescentes por parte de las autoridades del centro y de los otros adolescentes internos. La novedad de esta ley es que establece en la corresponsabilidad jurídica de toda violación de los derechos humanos que el adolescente pueda

sufrir en el centro, del secretario del bienestar social de la presidencia de la republica y el director del centro.

Todas las sanciones privativas de libertad pueden ser suspendidas condicionalmente, por un periodo igual al doble de su duración, con base en:

- Los esfuerzos del adolescente por reparar el daño causado.
- La falta de gravedad de los hechos cometidos.
- La convivencia para el desarrollo educativo o laboral del adolescente.
- La situación familiar y social en que se desenvuelve.
- El hecho en que el adolescente haya podido constituir, independientemente, un proyecto de vida alternativa

Si durante el cumplimiento de la suspensión condicional, el adolescente comete un nuevo hecho que constituye violación a la ley penal, se le revocará la suspensión condicional y cumplirá con la medida impuesta.

2.18 Diferencias y semejanzas entre medidas de seguridad y penas

Los medios con que el derecho penal moderno se enfrenta a la delincuencia son fundamentalmente la pena y la medida de seguridad, que a la vez se presentan como las consecuencias jurídicas más relevante de la infracción criminal.

Es posición tradicional separar radicalmente la pena de la medida de seguridad.

La pena, según se ha visto antes con sumo detenimiento, arranca inicialmente como un castigo; la medida de seguridad, como una privación de bienes jurídicos. La esencia de la pena atendía a la justa retribución del mal del delito proporcionada a la culpabilidad del reo; la medida de seguridad, a la defensa de la sociedad. La finalidad de la pena era la expiación y, secundariamente, la prevención general; la medida de seguridad, la utilitaria de prevención

especial. El fundamento de la pena inequívocamente se centraba en la culpabilidad; el de la medida de seguridad, en la peligrosidad del individuo.

Sin embargo, se harán distancias y formas de comprensión entre ambas instituciones, sobre todo de la pena. Así, por ejemplo, la Escuela Positiva se opuso radicalmente a estos criterios, en su idea, ya estudiada, de transformar la pena retributiva y ejemplar en medida de prevención, individual; es decir, atraer la pena a la medida de seguridad. No obstante, tras el común reproche a los positivistas de que la novedad era más nominal que otra cosa ellos mismos se encargaron de atenuar el primitivo radicalismo de su tesis.

Semejanzas, en este afán de acercar una y otra, Crispigni estimó como caracteres compartido de las penas y de las medidas de seguridad los siguientes:

- Ambas consisten en la disminución de bienes jurídicos.
- Ambas se aplican a las personas que son autoras de un hecho que presenta los elementos objetivos y subjetivos de un delito.
- Ambas tienen por finalidad la defensa social, es decir, son medios jurídicos de tutela de la sociedad y, con más exactitud, son medios dirigidos a impedir la comisión de delitos
- Ambas tienen por objeto hacer cesar la peligrosidad de las personas que son autoras de un hecho previsto como delito.
- Ambas son aplicadas por órganos de la jurisdicción penal.

Diferencias en contra, el mismo autor acepta como criterios que las diferencian las que se detallan

- Mientras que las penas tienen por presupuesto un delito punible, las medidas de seguridad un hecho que presenta los elementos objetivos y subjetivos de un delito, si bien no es imprescindible que constituyan un delito punible.

- En tanto que las penas se aplican solamente a personas imputables, las medidas de seguridad se orientan también a personas no imputables.
- Las penas se aplican no sólo después del hecho dañoso o peligroso sino asimismo a causa de éste, en tanto que medidas de seguridad se aplican igualmente con posterioridad al hecho, pero no a causa de éste porque el delito es solamente la ocasión una de las condiciones para la aplicación de esas medidas.
- Y por tanto, mientras que las penas son siempre la consecuencia jurídicas de ese hecho ilícito que es el delito y constituyen la reacción contra éste y la sanción jurídica por él; en cambio las medidas de seguridad son adoptadas exclusivamente como medios de defensa contra el peligro esto es no son una reacción ni constituyen una sanción jurídica;
- A las penas tanto en el momento de la amenaza como en el de su aplicación concreta se les asigna una función intimidatoria de la generalidad de los ciudadanos y se adoptan en consecuencia, como medios para fines de la prevención especial, a la medida de seguridad se le atribuye finalidades de prevención especial.
- Las penas son proporcionadas tanto a la gravedad del delito como a la peligrosidad del agente, las medidas exclusivamente a su peligrosidad;
- La imposición de penas, tanto desde el punto de vista formal como desde el sustancial, es función exclusiva y específica de la jurisdicción penal, la de las medidas, si bien se confía a esos mismos órganos, lo es solamente por razones de oportunidad, en virtud del principio de economía procesal y por razones de garantía del ciudadano.

Relaciones entre la pena y la medida de seguridad, los diversos sistemas de regulación.

- Una vez que han sido planteadas, en el terreno de los principios teóricos, las peculiaridades más importantes de la medida de seguridad, y de que con anterioridad se hiciera lo mismo con las de la pena, se está en situación de mostrar las relaciones existentes entre ambas consecuencias jurídicas y de delimitar los diferentes sistemas que han ofrecido la doctrina y la legislación para combinar su presencia en el derecho positivo.
- La doble vía de penas y de medidas de seguridad tampoco escapa ni a la crítica ni a los calificativos de crisis, sobre todo cuando las medidas son privativas de libertad y, como tales, similares a la pena. Es cierto, como ya se ha dicho, y ahora es conveniente ratificarse en ello, que ambas son diferenciales, al menos teóricamente, pero también lo es que en la práctica presentan muchos puntos de coincidencia. En efecto, tanto una como otra suponen una privación de bienes jurídicos. Las dos encuentran la justificación en la necesidad de su existencia para el mantenimiento de la convivencia social. Sin embargo mientras que el fundamento y límite de la pena es la culpabilidad y la necesidad, el de la medida es la peligrosidad, cuya prognosis incluye la necesidad, y, en principio, prescinde de límite. Difieren, asimismo y de manera parcial, en los fines que conseguir los de la pena, la prevención general y especial; los de la medida la prevención especial. Lógicamente, y aquí el mayor conflicto, las dos coinciden frente a los sujetos posibles de resocializar.
- Por todo lo expuesto, no ha de extrañar que sean muchos los autores que vislumbran unitario el fin político-criminal de penas y medidas, ni tampoco que parecida precisión se halle en textos legales y en proyectos de reforma.

- Con dichas argumentaciones, incluso de carácter legal, es urgente preguntarse por el sentido de la distinción entre pena y medida de seguridad, tanto más cuanto que lo que aparece claro es que los viejos criterios de separación son poco a poco abandonados.
- En conclusión de todo lo anterior y de los contenidos de las legislaciones actualmente en vigor, se pueden señalar a tres grupos:
- En el primero se incluyen las legislaciones que diferencian de forma neta la pena y la medida de seguridad, lo que imposibilita su sustitución recíproca y propicia la aplicación de ambas consecuencias en el curso de períodos sucesivos;
- El segundo está integrado por aquellos ordenamientos en los que las penas se consideran absolutamente distintas de las medidas, pudiendo, no obstante, sustituir éstas a las penas en virtud de las facultades atribuidas a los jueces;
- El tercero lo forman aquellas legislaciones en las que no existen diferencias entre penas y medidas, tendiendo a fines comunes.
- No ofrece excesivas dudas lo apropiado de no enfrentar peligrosidad criminal y medida de seguridad, por un lado, delito y pena, por otro; ello no es así de fácil ni tampoco es conveniente. Existe entre estos conceptos una evidente interrelación, cuando no unión, que, eso sí, ha sido interpretada desde perspectivas diversas, dando lugar a varios sistemas, que manifiestan discrepancias de importancia.

CAPÍTULO III

3. Infracción juvenil y educación social

3.1 Acciones educativas y sociales

A continuación se hará referencia a aquellas acciones educativas sociales aplicadas con adolescentes en conflicto con la ley penal, en ejecución de medidas judiciales educativas en medio abierto: libertad asistida, sustitución de medidas de seguridad educativa y mediación víctima-ofensor.

La finalidad del presente es plasmar algunas ideas que rondan desde hace varios años, ideas tamizadas tanto por elementos de carácter teórico, como por la práctica educativa realizada con adolescentes responsables de acciones que son descritas por la ley como delitos. Ello se refiere a los adolescentes responsables de..., y no a adolescentes o menores delincuentes. Ya que esa o esas acciones no puede describir y escribir toda la vida de la persona. En la que se crea en la posibilidad del cambio, y no en que las personas son "esto o aquello" sino que está transitando su existencia con mayores o menores posibilidades de modificar conductas o formas de vida. Desde el momento que a un menor se le atribuye ser delincuente resulta siendo etiquetado por la misma sociedad.³⁷ No se está ante un objeto, sino frente a una persona, una familia y una realidad diversa. Aquí entra la educación como factor que puede movilizar, dinamizar e inclinar el cambio positivo, que no es otro que ofrecerle a los adolescentes mayores herramientas que faciliten su circulación social.

No debe olvidarse que los menores de edad tales como: niños, niñas, adolescentes y jóvenes están en un proceso de aprendizaje que debe ser bien realizado a efecto de lograr cambios en la personalidad del menor, y así despertar en los mismos sentimientos de respeto hacia los derechos de los terceros dentro de una sociedad.³⁸

³⁷ Barratas, Alexandro. **Criminología crítica**. Pág. 125.

³⁸ Cervello Donderis, Vicenta. **Derecho penal de menores**, Pág. 523.

Dada la naturaleza de este trabajo, muchas de las temáticas abordadas no pueden ser tratadas en su totalidad, aunque pretende dar un panorama general que abra espacio para la discusión.

3.2 Cuestiones educativas

Las acciones educativas están condicionadas tanto por las características y objetivos del proyecto y del equipo de trabajo; así como por el marco teórico e ideológico del educador que lo posiciona en y para la acción educativa.

Así la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se torna el marco ético e ideológico de la acción educativa, marco ético que condiciona en dos sentidos. Por un lado en "bajar" los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño, a la práctica concreta, a la vida cotidiana de niños y adolescentes; y por otro lado en buscar cada día respuestas más humanas. Esta búsqueda no debe quedarse sólo en la acción diaria e indispensable que se realiza, debe abarcar la dimensión de lo político como ámbito natural de concreción de los derechos humanos.

Cuando se interviene como ejecutores de medidas judiciales educativas debe tenerse claro que las acciones se enmarcan dentro del control social formal. La intervención educativa se inicia con una resolución judicial, provocada por el accionar antijurídico de un adolescente. Esta situación da a la acción y relación educativa un cariz específico, se encuentra en una situación de mediación entre las exigencias sociales de seguridad, y la necesaria protección y apoyo para colaborar con el proceso de desarrollo de adolescentes en dificultades. Debe serse consciente de ello a fin de realizar la tarea de forma eficiente y responsable, ya que de no hacerlo se abre un camino a respuestas basadas en la ideología de seguridad ciudadana, que tienden a responder de forma más lesiva hacia los adolescentes.

Es importante nutrir e integrar las distintas disciplinas, en este caso en particular se debe tomar elementos de la criminología y de la educación social, a fin de ubicar caminos de intervención que integren distintos elementos, y redunde en un enriquecimiento la acción educativa.

Desde la experiencia en el trabajo con adolescentes infractores se considera imprescindible la tarea de búsqueda sistemática de respuestas efectivas y eficientes a la criminalidad juvenil. Dicha búsqueda debe estar guiada por cuatro principios básicos:

- **Integralidad e incompletud**

Las respuestas dadas desde el Estado ante las infracciones de los adolescentes, sean éstas ejecutadas por sus organismos a través de organizaciones de la sociedad civil, tienen como objetivo la inserción del adolescente a la vida familiar y comunitaria.

Estas respuestas no deben ser agentes repositivos de las necesidades materiales de los adolescentes, sino que debe apoyar y estimular diversas propuestas a través de programas socioeducativos, propuestas construidas tomando en cuenta la opinión de los adolescentes, a fin de que funcionen como una suerte de apropiación de su destino.

Por otra parte este tipo de respuestas debe gozar, necesariamente, de incompletud, entendida ésta en oposición a la lógica de las instituciones totales donde todo es proporcionado, dirigido y dado por la institución.

Y donde en el mismo sentido es necesario rescatar los aportes y recursos que la comunidad (la local en particular) brinda o pueden brindar. De esta forma el adolescente en esa interacción con diferentes actores o servicios comunitarios (servicios de salud, recreación, capacitación, etc.) puede ir construyendo un aprendizaje que lo viabilice socialmente.

- **Respeto por los derechos humanos**

Tanto la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, como el resto de la normativa de Naciones Unidas forman la denominada *doctrina de la protección integral*, que aporta el marco ético e ideológico, así como principios legales que regulan las acciones dirigidas a adolescentes en conflicto con la ley penal.

En ese sentido se establecen un conjunto de garantías jurídicas que deben ser aplicadas en todo proceso seguido a menores de 18 años.

En primer lugar establece, que todo adolescente sospechoso o declarado culpable de haber infringido leyes penales, debe "ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros...".

También recomienda que se establezca "una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales". Así en el ámbito internacional el límite oscila entre los 12 y 14 años ya que por diversas razones se considera que esta es una edad apropiada donde se puede responsabilizar penalmente a un niño o adolescente. Por cuestiones de política criminal, debiera adoptarse los 14 años como edad mínima, a fin de no integrar tempranamente a los adolescentes al sistema penal. *Por cuanto que la profecía de que un niño es delincuente se torna en delincuente al ser mayor de edad.*³⁹

Los ejes centrales sobre los que se fundamenta cualquier intervención por parte del Estado frente a un adolescente presuntamente involucrado en un ilícito son el respeto de las garantías procesales, de los derechos humanos en general, y de los derechos de protección especial consagrados por la Convención y otras normas internacionales de Naciones Unidas.

- **Disminución de los niveles de violencia.**

Otro de los objetivos principales debe ser la disminución de los niveles de violencia, tanto de las respuestas estatales, como de las acciones protagonizada por los adolescentes.

³⁹ Esta teoría es conocida en la criminología como la teoría del Labelling aprobach. La cual también es conocida con el nombre de la teoría del etiquetamiento.

Entendiendo por violencia adolescente a la fuerza que causa un perjuicio a un tercero para obtener algo que no obtendría libremente, y que dicha violencia es una forma de accionar o interrelacionarse aprendida, por modelos imitativos familiares y sociales.

Es posible disminuir esa violencia aplicando programas de intervención educativos, que muestren formas y pautas de relación social menos violenta; así como formas alternativas para la resolución de conflictos (por ejemplo la mediación en sus diferentes variantes: familiar, social, penal, etc.).

- **Modelo de responsabilidad penal juvenil**

Aplicando la Convención internacional sobre los derechos del niño y las normas que la nutren es posible construir un sistema que responsabilice a los adolescentes por sus conductas, pero que tal responsabilización deja de lado las respuestas clásicas, tanto las paternalistas que tratan al adolescente como un incapaz al que hay que proteger;⁴⁰ como las retribucionistas que solo piensan en la privación de libertad como pena ante la infracción.

El modelo de responsabilidad penal juvenil, debe sostenerse en algunos principios básicos:

Procedimiento policial y judicial donde se contemplen y respeten todas las garantías legales:

En este sentido se torna fundamental la intervención del abogado defensor lo antes posible, esto disminuye las posibilidades de ser victimizado en el circuito policial, elemento este que profundiza el deterioro sufrido por los adolescentes captados por el sistema de control social. "La única manera de evitar en gran parte la tortura es impedir a la policía la realización de interrogaciones al sospechado de delitos." "La presencia de un defensor, aunque de hecho no pudiera hablar con su asistido por la incomunicación de éste, sirve como factor muy importante porque cierra el paso a la posibilidad de malos tratos y torturas."

⁴⁰ En Guatemala la ideología positivista tuvo una influencia fundamental -como se verá posteriormente- en la configuración de los principios inspiradores de la legislación de las leyes tutelares y de su evolución posterior, que simultáneamente también se vio influenciada por el desarrollo de todo un cúmulo de iniciativas, generalmente de inspiración paternalista, que darían lugar a un amplio movimiento de preocupación y acción benéfica dirigidas a la infancia y juventud.

Dentro del proceso judicial deben establecerse las garantías del debido proceso, y el principio de proporcionalidad, como limitante de la respuesta punitiva del Estado.

3.3 Responsabilidad de los adolescentes por la infracción cometida.

Debe tenerse en cuenta que se esta frente a una persona, un sujeto de derecho, que no ha completado su proceso de desarrollo tanto físico, psicológico, cultural, emocional y relacional, pero no frente a un sujeto incapaz y absolutamente irresponsable.

3.3.1 Evolución de los criterios de valoración de la inimputabilidad

Existen algunas diferencias a la hora de definir los criterios en que se van a basar para hacer la valoración jurídica de la imputabilidad. Así, son fundamentalmente tres los criterios utilizados a lo largo de la historia en la fijación de la minoría y mayoría de la edad penal: El *biológico*, *el intelectual* y *el mixto*.

El *criterio intelectual*, atiende a la capacidad de discernimiento, esto es, que a determinadas edades, la acreditación de su falta, supone la exención de responsabilidad penal.

Hasta comienzos del siglo XIX, la legislación penal daba un tratamiento penal al menor, fiel reflejo del existente para adultos. Se parte por tanto de una situación desfavorable en cuanto a la tipología de penas su crueldad en la aplicación (castigos corporales), una excesiva duración de las penas privativas de libertad bajo muy duras condiciones así como una inseguridad jurídica derivada de la propia dureza de las penas y del muy amplio arbitrio del juzgador para su aplicación.

Se declaraba inimputable a los menores de edad, y se introducía el concepto de "discernimiento", debiendo concurrir éste en el menor para poder derivar hacia él la responsabilidad. Sin discernimiento, el menor era puesto bajo la custodia de sus padres, encomendándoles su corrección y cuidado, aunque, si carecían de condiciones o medios para

hacerlo, el juez podía internar al menor en una casa de corrección por el tiempo que creyera oportuno, hasta el momento en que cumpliera la mayoría de edad.

“En el sistema penal romano el *infans* –menor de siete años– no era punible, y el *iudicante* no analizaba la cuestión referente al discernimiento (el conocimiento más o menos preciso sobre la sustancia delictiva del acto que el sujeto tuviera). La *infancia* era equiparada a efectos penales, con el estado degenerativo del *furiosus* quedando por ello exento de pena”.⁴¹

“En cuanto a los impúberes, se distinguía entre los *proximus infantiae* (hasta los diez años y medio para los varones y nueve años y medio para las mujeres) y los *proximus pubertati*. Los impúberes recibían la misma condición que los *infans*; en cambio, los *proximus pubertatus* podían ser sometidos a la aplicación de una pena si luego de examinar el grado de discernimiento o de las características del delito cometido, así lo indicaren”.⁴²

En la edad media se aplicaban las penas a menores pero atenuadas y según tres límites de edad. La primera categoría era para los menores de diez años y medio a los que no se les debía aplicar ninguna pena. En segundo lugar estaban los que pasaban esta edad y no llegaban a los catorce años, a quienes se les inflingía castigo en el caso de cometer determinados delitos contra la vida, la integridad física o la propiedad y aun así era inferior a la de mayores. “A los menores de diecisiete se les aplicaban también las penas en forma atenuada. En la franja que va de diecisiete a veinte años se les aplicaba en forma atenuada pero singularmente, pues no ocurría en el caso de los *gitanos vagos*.”.⁴³ A pesar de aplicarse las penas de este modo, los menores debían cumplirlas en establecimientos comunes y también eran objeto de penas crueles tales como azotes, mutilaciones y exposición en la picota. Como se puede observar ya se distinguían entonces distintas categorías según la edad -*con parámetros de la época*- que como todas las clasificaciones deberían tener un sentido que las justifique.

⁴¹ Cantarero, Rocío, **Delincuencia juvenil y sociedad en transformación, Derecho penal y procesal de menores**. pág. 90.

⁴² Ibid.

⁴³ Zarandieta, **La delincuencia de los menores**. pág. 92.

El tratamiento penal del menor toma como primera referencia para determinar su inimputabilidad el criterio biológico puro o bien la adopción de una medida correctora, siendo la circunstancia determinante para aplicar una u otra la existencia o no de discernimiento y malicia en la acción punible de forma que si existía discernimiento y malicia en la acción, ésta era penada tomando como base la señalada para el delito cometido por otra parte, si se determinaba que el menor no había obrado con malicia y discernimiento se daba a su vez una doble posibilidad, por una parte la puesta del menor bajo la custodia de sus padres, encomendándoseles su corrección y cuidado, o bien si carecían de condiciones (por ejemplo la existencia de antecedentes de abandono y la desatención del menor, enfermedad, etc. que les haga no idóneos para asumir la corrección y cuidado del menor), el internamiento del menor en una casa de corrección el tiempo que creyera oportuno, hasta la mayoría de edad.

“Resulta determinante la existencia o no de "discernimiento", palabra de significación sumamente vaga y respecto de la que una gran parte de la doctrina penal se inclina por estimar que se refiere a la existencia o no de inteligencia”.⁴⁴

La escuela liberal clásica hizo del libre albedrío la pieza fundamental de su teoría del delito. El objeto del derecho penal lo era tan sólo el delito considerado como concepto jurídico, esto es, como violación de un derecho y como ruptura del pacto social que estaba en la base del Estado y del derecho; como comportamiento humano, el delito era una manifestación de la voluntad del individuo, de su libre albedrío y, por ello, desde el punto de vista de la libertad y de la responsabilidad moral, el delincuente no era diferente a los individuos normales.

“El discernimiento en los clásicos constituyó la piedra angular del sistema de imputabilidad de los menores. El niño incapaz de discernir quedaba exento de pena y el que había discernido recibía una sanción, si bien atenuada”.⁴⁵ El criterio tradicional era el intelectual, en el cual no había una edad concreta de minoría, mayoría de edad sino que la raíz esencial para determinar la minoría, mayoría de edad penal, residía en la carencia, tenencia de la capacidad suficiente para distinguir entre lo justo y lo injusto.

⁴⁴ Cantarero, **Ob. Cit**; pág. 12

⁴⁵ *Ibid.*

Tal concepción, evidentemente, aparece ligada a la clásica configuración de la inimputabilidad, y es con ella coherente, pero en la actualidad ha perdido toda su vigencia.

La utilización del concepto de discernimiento propiciaba en cierto modo, la inseguridad jurídica, que se visualizaba en la imposibilidad del juez de alcanzar un resultado exacto en su investigación.

Esta construcción dogmática iba a sufrir en la segunda mitad del siglo XIX un duro ataque por parte de la escuela positiva, ataque que tenía como punto central de su argumentación la negación del libre albedrío. Los hombres, en opinión de esta escuela, no son libres para determinarse frente a las normas, sino que su voluntad está determinada por factores biológicos, psicológicos o sociales, que los hacen no libres; existiendo dos categorías de hombres: Los normales y los anormales (criminales).

Estas premisas han presidido, prácticamente hasta la fecha, la ciencia criminológica y han suministrado las bases ideológicas sobre las que se ha fundamentado la reacción social frente a la desviación y al delito en general y, de una manera muy especial, en referencia a la desviación y a la delincuencia de los jóvenes. Desde entonces, el pensamiento dominante ha considerado que la sociedad es "normal" y que los delincuentes son una minoría caracterizada por su "anormalidad", por su inadaptación.

Para los sujetos que se encuentran en condiciones valoradas como la normalidad biológica o psíquica se presume el libre albedrío, la pena es determinada y tiene una función esencialmente retributiva; al contrario, para los sujetos que se encuentran en condiciones valoradas como de no-normalidad biológica y psíquica (enajenados, menores, etc.) se niega la existencia del libre albedrío y debe ser, cuando menos, probada la imputabilidad; la pena se transforma en indeterminada e incierta, pierde su función retributiva y adquiere, bajo la forma de medidas de seguridad, funciones terapéuticas y de defensa social.

El segundo de los criterios de evaluación de la imputabilidad es el **criterio biológico**. Este consiste en establecer un límite de años: quien lo supera, es responsable penalmente y quien no

lo alcanza se le considera exento de responsabilidad penal. El elemento decisivo para alcanzar la inimputabilidad es la edad.

“Los criterios que fijan una edad determinada han sido objeto de diversas críticas:

Porque la atribución de consecuencias jurídicas al hecho de cumplir determinada edad rompe de forma artificiosa la continuidad del ser humano.

Porque a igual edad no se corresponde igual desarrollo físico y psíquico, ni de madurez social”.⁴⁶

Así, tiene lugar la entrada de lo que puede llamarse un **criterio mixto**: se emplea un criterio puramente biológico para determinar la mayoría, minoría de edad penal, pero el menor de edad no resulta exento de responsabilidad penal, sino que se le aplica el derecho penal juvenil en el discernimiento, que se estima distinto en un menor (en el sentido de que es incompleto, más endeble y propio de una persona que está en proceso de desarrollo) que en la de un adulto, es el que motiva que esa responsabilidad penal a la hora de hacerse efectiva lo sea a través de medidas en las que el componente retributivo se subordina más si cabe a la reeducación, resocialización y reinserción del menor.

En definitiva, el criterio biológico esta estableciendo que ya no resulta determinante de la responsabilidad o irresponsabilidad penal de un sujeto determinado, sino que atiende al tipo de responsabilidad penal que le ha de ser aplicable y ello se combina dando cabida al criterio del discernimiento para determinar qué tipo de responsabilidad le corresponde.

En el entender, la condición de imputabilidad de un individuo se legitima muchas veces con sus características personales, no siendo estas las últimas, sin embargo, el factor decisivo que explica una condición que es esencialmente jurídica. Los menores de dieciocho años, que son sujetos en desarrollo para la psicología evolutiva, resultan en última instancia inimputables por

⁴⁶ Cantarero, **Ob. Cit**; pág. 12.

una decisión política del legislador y no por sus características de tipo personal, por más que éstas sean reconocidas por la psicología evolutiva u otras disciplinas conexas.

Durante el transcurso de los diferentes ciclos evolutivos se deben estimular los procesos de responsabilización; ya que es falaz concebir que la responsabilidad en general y la penal en particular se asume de un día para otro. Es incongruente pensar que un adolescente de 17 años sea totalmente irresponsable y que otro de 18 lo sea absolutamente. Es clave estimular y propiciar los procesos de responsabilización, y un camino posible en un sistema de responsabilidad juvenil está dado con la aplicación de medidas judiciales de carácter educativo.

La idea de libertad es esencial y da legitimidad al sistema democrático ya que no se puede pensar al individuo como fatalmente determinado incapaz de un accionar alternativo. Por ello la esencia del sistema democrático tiene en su base la idea de sujetos libres y responsables capaces de actuar de acuerdo a esos postulados, por ello tienen la enorme responsabilidad de elegir a los gobernantes.

Es por ello que los procesos de formación del adolescente deben estar imbuidos por la idea de libertad, ya que se encuentra en el camino hacia la asunción plena de sus libertades y responsabilidades. Por lo que la acción educativa debe tender a la "formación de esa capacidad de actuación libre del individuo, por lo que todos aquellos instrumentos que se apliquen en estas etapas no deben ser incompatibles con la idea de libertad."

CAPÍTULO IV

4. Algunas teorías criminológicas explicativas

4.1 Teorías criminológicas

El desarrollo de las distintas disciplinas, tienden a dar explicaciones a los diferentes fenómenos y situaciones de la realidad. En el caso del delito es la criminología la que intenta desde diferentes vertientes dar luz acerca de ese fenómeno. En este trabajo no se pretende dar una descripción detallada de las teorías criminológicas que intentaron explicar a lo largo de la historia al fenómeno del crimen. Solo se dan a conocer algunas de ellas, las que mayor adhesión lograron en el mundo. En general las teorías que se expondrán, tienden a dar razones de contexto, esto es el delito como fenómeno social y no solo causado del accionar de un sujeto patológicamente determinado para el mal.

Así se describirá de forma resumida algunas teorías que intentan dar luz acerca de la delincuencia urbana.

La teoría de la *asociación diferencial* es expuesta por el sociólogo norteamericano Edwin Sutherland a mediados del siglo XX, ella plantea la asociación de "*personas que están más alejadas del cumplimiento de la norma, y que tienden a identificarse valorando positivamente su incumplimiento*".⁴⁷ El estudio realizado por el sociólogo norteamericano toma como objeto a los empresarios de grandes corporaciones, y construye un concepto de delito distinto a la tipificación penal, tomando como elemento clave que la conducta sea socialmente dañosa. Sutherland deduce que "*el comportamiento y los valores se aprenden en el curso de la vida social y se expresan en sistemas de trabajo, ideas y modos de relación comunes*".

Esta asociación incide predisponiendo a los sujetos que se asocian, a violar la ley, produciendo un acercamiento a sujetos que ven a dicha transgresión como positiva. Por ende las acciones ilegales se aprenden, estimulándose las transgresiones por medio de la imitación grupal.

⁴⁷ Sutherland, Edwin. **Delincuentes profesionales**, pág. 257.

En otro sentido las *teorías subculturales* plantean que existen algunos sectores de la sociedad que por sus características tienden a agruparse, generando un conjunto de valores y normas propios del grupo, y teniendo una relación dual con las pautas y normas de la cultura dominante, ya que por un lado se contraponen y por otro tiene coincidencias.⁴⁸

El sociólogo Stanley Cohen, uno de los principales exponentes de esta teoría, al estudiar grupos de delincuentes juveniles, identificó valores y creencias que proporcionaban cohesión al grupo, estos valores diferentes a los dominantes proporcionan "adaptación" a los miembros del grupo. *Esta teoría refuta la teoría de la anomia ya que los grupos marginales no carecen de normas, sino que ellas le son propias*, así "los jóvenes se asocian con quienes estén más cerca de la violación de las normas, alejándose de los que están cerca de cumplirlas".⁴⁹

El concepto de anomia es concebido por Durkheim relacionado a un estado de desintegración que dificulta la comunicación de las personas miembros de un proyecto común, siendo la anomia lo contrario de la solidaridad orgánica, concepto central que el autor plantea para explicar la sociedad.

Este concepto es desarrollado por Merton en su teoría del comportamiento desviado, teorizando acerca de las normas y valores sociales, y contraponiéndolos a los medios socialmente admitidos de que el individuo puede asirse para alcanzar las metas sociales. Desde lo social se estimula u obstaculizan las expectativas de las personas, dadas las dificultades para concretar estas expectativas, se produce la caída de las normas, produciendo que muchos sujetos busquen concretar sus metas fuera de lo socialmente permitido. La anomia es entonces *"el quiebre de la estructura cultural, que se produce por una asimetría entre las normas y objetivos culturales y las capacidades de las personas para actuar de acuerdo a aquellas y alcanzar sus objetivos. En esa ruptura esta para Merton, la causa de las conductas desviadas"*.

Desde *la teoría del etiquetamiento* se sostiene que el delito no se define por el acto, sino que es una consecuencia de la norma y sanción aplicada al sujeto llamado "delincuente"; "el desviado

⁴⁸ Barratas, **Ob. Cit.** pág. 145.

⁴⁹ Ibid.

es una persona a quien el etiquetamiento le ha sido aplicado con éxito, por lo que el comportamiento desviado es el que se etiqueta como tal". Otros dos elementos estudiados por Becker son los mecanismos sociales que tienden a consolidar al sujeto transgresor en el status de delincuente, así como la permanencia en ese rol: "carrera criminal". Un elemento central de la teoría es el énfasis de considerar la dependencia y valoración de la sociedad en la construcción de la norma y el delito, ya que este no tiene una existencia ontológica, sino que evoluciona históricamente según coordenadas espacio-temporales. La criminalidad que existe en lo social es aquella surgida del establecimiento y aplicación de la norma. Es ilustrativo el desarrollo práctico de la teoría del etiquetamiento que realiza Carlos Elbert diciendo que "un niño con malos antecedentes escolares, que luego es internado en un reformatorio y finalmente detenido por un delito, habría caído en esa situación como consecuencia de un proceso de etiquetamiento que le predisponía y conducía a alcanzar el rol delincuencia que le será asignado fatalmente". La asunción del rol atribuido puede derivar en la comisión habitual de delito, iniciando la carrera criminal.

En lo relativo al estigma que se crea sobre los adolescentes en conflicto con la ley penal, este es claramente selectivo ya que "funciona plenamente en los casos donde el delincuente pertenece a áreas marginadas, es difuso cuando se trata de los sectores medios pero se torna inexistente cuando pertenece a los sectores altos".⁵⁰

Respecto del estigma y de los procesos de estigmatización existen varias teorías que se acercan en forma de comprensión del tema.

Para los teóricos de la reacción social en cambio el estigma funciona en cuanto el individuo ha desarrollado conductas descritas como delitos por la ley penal.

El tema está en determinar cómo es que el estigma perpetúa la conducta, la respuesta la aportan estudios relativos al modelo secuencial de la conducta desviada de Becker, quien utiliza el concepto de carrera desviada, subdividiéndola en cuatro etapas: *la comisión del ilícito; el*

⁵⁰ Barratas, Ob. Cit. pág. 58.

desarrollo de intereses y motivos desviados; la percepción social de la desviación; la inserción en un grupo desviado organizado.

En ese sentido Becker plantea que es en la tercera etapa "la percepción social de la desviación", donde se encuentra la respuesta acerca del estigma como perpetuador de la "conducta desviada". Esto es que cuando se encuentra al individuo infractor de la ley penal, se le atribuye la cualidad de delincuente, en este caso de infractor juvenil, y todos esperan que actúe como tal, desarrollando conductas indeseables para el colectivo social. Así su condición de infractor se perpetúa y se transforma en el elemento que lo identifica que lo hace visible, sin posibilidad de desarrollar otras actividades, o de tener otras conductas positivas. Ante tal percepción de los roles, el individuo se autoetiqueta, con un status de infractor, donde el joven es condenado a reincidir en la infracción ya que no se espera otra cosa de él.

Por otro lado el **interaccionismo simbólico** concibe al individuo como activo frente a la sociedad de la que es parte. La comunicación es un elemento central de la interacción individuo-sociedad, valiéndose de los símbolos como el lenguaje para interpretarla. Esta es una teoría de la *"significación, conforme a la que los seres humanos buscan cosas según el significado que tienen para ellos, en medio de constante interacción social. El interaccionismo simbólico plantea una idea de orden y progreso basada en el consenso que implica la comunicación (idea actualmente retomada por Habermas) para el autocontrol de la persona"*.⁵¹

4.2 Las teorías criminológicas de los años 1990

Durante la década del 90 se desarrollaron varias teorías respecto al fenómeno del delito, en general se han basado en las teorías clásicas del delito fundamentalmente de la anomia y asociación diferencial. Siguiendo la línea del trabajo de Estrella Romero se dará a conocer en forma resumida tres de las teorías expuestas, ya que ofrecen algunos aportes interesantes y significativos para reflexionar acerca del delito.

⁵¹ Barratas, Ob. Cit. pág. 89.

- **Teoría general del crimen (Gottfredson y Hirschi)**

Plantea que el delito se origina por la combinación de características del sujeto con oportunidades de contexto que ofrecen beneficios. Los autores plantean que *"el delito es una manifestación de la naturaleza humana, que en sí, es hedonista y egocéntrica. Todos buscan el placer y tratamos de evitar el dolor. A la hora de dirigir el comportamiento, se realiza un cálculo racional, valoramos cuales van a ser los costes y los beneficios y, en función de ello, se decide"*. Para esta teoría la única característica distinta de los crímenes es que el autor busca los beneficios inmediatos sin medir las consecuencias futuras.

- **La teoría interaccional (Thornberry)**

Plantea la complejidad del fenómeno delictivo, ya que no se puede encontrar explicaciones simples, unidireccionales, este tipo de conductas se van forjando a través de procesos complejos multidireccionales, ya que *"el individuo no se limita a recibir las influencias criminogénicas de su medio (familiar, grupal, escolar...) como habitualmente proponen las teorías de la delincuencia, sino que el propio comportamiento del sujeto influye sobre esos agentes causales"*.

Los dos elementos claves para que la delincuencia se produzca son por un lado el deterioro y desapego de la familia y/o la escuela; y por otro un contexto de aprendizaje. Thornberry sostiene que *"una vez desligado del mundo convencional, el individuo aún ha de aprender a delinquir en un contexto desviado (habitualmente el grupo de amigos). Este contexto le reforzará las conductas antisociales y le facilitará la interiorización de actitudes delictivas."*⁵²

El elemento interaccional es clave para esta teoría, ya que así como el contexto familiar y social inciden para configurar conductas delincuentes, esas mismas conductas delincuentes colaboran con el deterioro de la familia, así como repercuten en la elección de "iguales delincuentes". Desde esta teoría se plantean una serie de desarrollos respecto a la incidencia de la edad de inicio de las conductas antisociales y su permanencia en el resto de la vida. En síntesis el autor afirma que *"el cambio hacia un estilo de vida convencional será más probable cuando más*

⁵² Barratas, **Ob. Cit.** pág. 114.

*tarde comience la actividad delictiva. Respecto a la delincuencia que surge en la adolescencia afirma que "responde a fenómenos madurativos, relacionados con la búsqueda de la autonomía."*⁵³

- **El modelo de la coerción de Patterson**

Elabora un marco teórico que intenta explicar como se va formando la conducta antisocial, su modelo explicativo abarca solo a aquellos sujetos que inician las actividades antisociales a una edad temprana, y hace hincapié en las "prácticas disciplinarias que tienen lugar en el medio familiar. El autor explica que la conducta antisocial se desarrolla en cuatro etapas:

En la familia cuando las prácticas de crianza no son adecuadas (por ejemplo ausencia de normas claras), el niño percibe que emitir conductas aversivas (llorar, romper objetos, pegar, explosiones emocionales...) le resulta beneficioso; le permite escapar de situaciones desfavorables o le permite conseguir refuerzos positivos. Plantea que se da un aprendizaje sutil donde el niño aprende conductas de manipulación sobre los integrantes de la familia. A ello se suman otros factores (dificultades socioeconómicas, divorcio, etc.), que incrementan el estrés de la familia.

En la escuela al no haber internalizado las pautas familiares el niño no está dotado de habilidades de interacción válidas para las nuevas situaciones, con lo cual probablemente se gane el rechazo de sus compañeros. Además, ha aprendido a evitar las tareas difíciles, por lo que le será difícil desarrollar habilidades académicas.

En esta etapa aparece el aprendizaje producto de "iguales desviados y el perfeccionamiento de las habilidades antisociales" el fracaso académico y rechazo de compañeros produce la sensación de exclusión, y buscará relacionarse con individuos semejantes a él.

⁵³ Ibid.

La última etapa, la de la adultez, se caracteriza por manifestarse las dificultades en la adquisición de habilidades y aprendizajes, haciendo difícil la permanencia en un trabajo estable, esto puede colaborar con el desarrollo de una carrera antisocial duradera.

Esta progresión no es inevitable, sino probable, no necesariamente los sujetos van a transitar por todos los pasos planteados, ya que muchos por distintas razones interrumpen dicho proceso. Patterson plantea que poner el énfasis en las experiencias disciplinarias de la familia, es la propuesta para impedir o bloquear el proceso coercitivo, ya que si se dio una adquisición de las normas en la infancia, ello favorecerá los procesos de desarrollo positivos.

4.3 Algunos aportes desde la práctica

Luego de exponer en forma sucinta dichas teorías, el objetivo es plantear algunas ideas y discutir acerca de esta temática, con el propósito de buscar respuestas más humanas y eficientes a la infracción adolescente

Una de las mayores críticas que se puede hacer a muchas teorías criminológicas es que pretenden dar explicación al delito en la sociedad en forma genérica, cosa imposible dada la heterogeneidad del fenómeno. Muchas veces se generalizan conclusiones obtenidas en investigaciones sobre grupos de reclusos, ello generalmente no explica porque otros sujetos expuestos a similares condiciones no cometen delitos.

Es conveniente integrar muchos de los elementos de las teorías expuestas, a fin de encontrar diferentes respuestas explicativas del delito cometido por los adolescentes, así como exponer algunas situaciones características que se constatan en el país.

En primera instancia es necesario aclarar que el delito como descripción de una conducta antijurídica es una construcción social, el hombre va creando el delito, éste no tiene una existencia ontológica, varía según el momento histórico y la sociedad específica, es decir, que lo que era delito hace 100 años no lo es hoy obligatoriamente, y lo que hoy lo es, no lo será necesariamente siempre.

El perfil de la población captada por el sistema está compuesto mayoritariamente por adolescentes de hogares pobres (el 48% de los niños nacen en este tipo de hogares) y donde se observan características tales como: deserción escolar, analfabetismo, situación de pobreza, marginalidad o indigencia, hogares sin servicios mínimos, hacinamiento; desestructuración familiar, vínculo afectivo y proceso de socialización deficitaria, baja autoestima; desempleo, subempleo, informalidad laboral, bajos salarios, etc. Estas situaciones exponen a los adolescentes a una situación de vulnerabilidad extrema, que dificulta en forma clara su proceso de integración social. Y en el mismo sentido, esa vulnerabilidad de los sujetos y sus familias, los hace mejores candidatos para ser seleccionados por el sistema de control social.

Al realizar el entrecruzamiento entre la teoría criminológica y la práctica educativa, existe una posible explicación única, aunque muchas veces las razones expuestas puedan serlo para un grupo importante de adolescentes que infraccionan. No puede dejarse de lado los elementos personales, subjetivos de las motivaciones internas del sujeto para la acción, aunque estarán consideradas solo lateralmente. También se combinan elementos de las distintas teorías, en el entendido que en la integración de esas diversas explicaciones se encuentra un buen "camino del centro" que de respuesta acerca de la delincuencia juvenil urbana.

El trabajo con adolescentes de 13 a 18 años, responsables de infracciones a la ley penal se identifica una serie de elementos explicativos de la delincuencia juvenil, es necesario aclarar que estos planteamientos no pretenden ser terminantes, ni que sean tomados como las explicaciones taxativas del delito, solo pretenden buscar un soporte teórico a elementos surgidos de la práctica educativa:

Muchos de los aportes de los teóricos de la asociación diferencial pueden ser constatables, ya que muchas veces adolescentes que viven en barrios de zonas marginales y que por diversas circunstancias no tienen ninguna actividad laboral o de formación, experimentan tiempos de ocio excesivamente prolongados. Teniendo muchas veces como única actividad la reunión en grupos juveniles en las esquinas, donde en algunas oportunidades existen otros sujetos que "roban", y ese contacto diario con el delito del otro, lo hace habitual para el adolescente. Y tal vez luego de un tiempo prolongado de exposición a esas conductas y sus supuestos beneficios, pasar a la

acción no sea tan difícil. Un signo de identificación grupal es el tatuaje, este símbolo colabora con la consolidación del carácter de "delincuente" ya que implica el desafío a la policía, esto en general los expone a una mayor represión policial.

Estas situaciones descritas, van unidas a una suerte de identificación con el grupo de pares, se van generando formas de actuación y un lenguaje propio de quienes lo integran, elemento este que reafirma la construcción grupal que puede ir integrando la infracción como pauta habitual de acción. Se generan normas internas, una de la más sagrada es no "ser un soplón", ya que colaborar con la policía es traicionar al grupo, a veces es mejor, "hacerse cargo" de una infracción de otro, antes de delatar al compañero, ayudando a los otros. Esta situación de solidaridad negativa, tiende a consolidar la cohesión grupal y las conductas ilegales. La percepción social de algunos grupos de adolescentes es claramente negativa, existiendo la asignación de determinadas categorías; muchos son sospechados y seleccionados para ocupar la categoría de delincuente juvenil, en ocasiones sólo por su apariencia. La teoría del estereotipo, plantea la importancia del estigma previo a la comisión de la infracción, ya que el individuo es preseleccionado como integrante de uno de los grupos identificados socialmente como fuente de la delincuencia. Este presupuesto teórico se concreta en la realidad social, repitiéndose diariamente y donde el objeto del rotulamiento negativo puede ser por ejemplo joven con ropa sucia, mal vestidos, pobres, que utilizan una gorra con visera.

Otro elemento que profundiza este proceso, son las detenciones policiales, en muchos casos sistemáticas, que incrementan el deterioro, generando la consolidación en el adolescente de una autopercepción negativa.

Otra explicación posible al delito se relaciona con la estimulación, muchas veces obscenas, de consumo de múltiples productos que la sociedad promueve a través de los medios de comunicación; la imposibilidad de satisfacer esas necesidades creadas, lleva a muchos a sentir tal frustración que puede desencadenar la búsqueda de concretar la satisfacción de sus necesidades por medios socialmente no permitidos. Con el dinero de los hurtos muchos adolescentes invitan a sus amigos a comer en un restaurante, a tomar alguna bebida, el consumo de drogas, esta situación los ubica en un lugar diferente, elevando su autoestima y ganando la amistad de sus

pares. Esta situación que encuentra la satisfacción de necesidades por medios ilegales, puede reforzar la consolidación de carreras delictivas.

Otro de los elementos claves para la consolidación de las conductas infractoras es el lenguaje fuera de lo normal que genera la jerga delincencial. Dotar a los sujetos del código lingüístico socialmente aceptado, es central para propiciar las mayores posibilidades de integración de los adolescentes. Ya que el uso correcto del lenguaje colabora positivamente para que las personas interactúen y transiten socialmente. Las dificultades de relacionarse con otros, de realizar algunas actividades retrasa que asuma desafíos, a veces lo primero es trabajar acerca de la adecuación y pertinencia de utilizar tal o cual palabra en los distintos contextos, a fin de que esos aprendizajes contribuyan para lograr su inserción en lo social.

Las teorías criminológicas tradicionales han tomado al sujeto como un mero receptor de las influencias del medio social (asociación diferencial), como pasivo frente al influjo de sus amigos desviados, apareciendo la delincuencia como consecuencia de males anteriores (pobreza, desestructuración familiar, violencia, etc.) y no como causa. La teoría interaccional de Thornberry, por ejemplo asume una visión compleja del delito, donde el rol del sujeto delincuente se aleja del clásico receptor pasivo, para transformarse en actor decisivo en la construcción de las relaciones con su medio. Las propias conductas delictivas de los individuos deterioran el clima familiar, disminuyen las posibilidades de éxito escolar, impulsan a los sujetos a buscar amigos desviados y *crispan* las relaciones sociales. Son interesantes estos aportes, ya que visualizan al delito en forma compleja y dinámica, esto es, tomando en cuenta la incidencia del adolescente en los procesos de deterioro de los vínculos. Reconocer la incidencia del adolescente en la interacción que profundiza el deterioro, no es culpabilizarlo, sino ubicar este hecho debe incentivar a encontrar formas de intervención eficaces que tomen en cuenta todos los elementos que inciden en el delito. Dos elementos claves que se puede visualizar es el valor de los procesos de responsabilización del sujeto, esto es asumir sus conductas, para modificar aquellas que lo perjudique, y por otro lado abordar el conflicto y sus formas de resolución, a fin que ellas sean racionales y beneficiosas para el adolescente y su familia.

La oportunidad de cometer el delito es también, clave para entenderlo, la interacción de la víctima de la infracción es necesario tomarla en cuenta, los estudios acerca de la criminología situacional ilustran a este respecto. Es constatable que los adolescentes cuando van a realizar un arrebato, por ejemplo-, buscan a las personas más fáciles, que lleva la cartera regalada. No se puede dejar de lado esto al analizar el delito, ya que inciden muchos factores, consolidando el carácter complejo y multicausal del tema, y alejándose de aquellas explicaciones reduccionistas y simples.

Es necesario recalcar algunos aspectos a tomar en cuenta para valorar el fenómeno de la delincuencia juvenil:

- Atender la selectividad del sistema de control social.
- Buscar mayor fundamentación teórica a las intervenciones.
- Propender a la generalización de medidas de carácter educativo en medio abierto.
- Propiciar los procesos de responsabilización de los adolescentes por la infracción cometida.
- Potenciar con la acción educativa el proceso de autonomía del sujeto.
- Analizar la interacción adolescente familia, sociedad y delito.
- Valorar y potenciar la participación e incidencia de la familia en el proceso educativo del adolescente.

CONCLUSIONES

1. La pena es el único instrumento con el cual cuenta el Estado para sancionar las conductas antisociales de determinados miembros de una sociedad.
2. Las medidas de seguridad son disposiciones del Estado para prevenir todas aquellas conductas lesivas a la sociedad, que representan riesgo y peligro, las cuales se basan en las teorías de la escuela positiva.
3. El poder del Estado es la fuerza con la que cuenta el mismo para imponer al conglomerado social su voluntad, donde lesiona derechos fundamentales.
4. Tanto la pena como las medidas de seguridad tienden a restringir derechos fundamentales, tales como: la vida, la seguridad, la libertad, el patrimonio, entre otros.
5. Las medidas de seguridad van encaminadas a reformar la conducta previa antisocial de una persona inimputable, su imposición tiene como finalidad despertar en la persona de quien la cumple, sentimientos y conciencia de la responsabilidad, del respeto de los derechos de los terceros.
6. Hoy día las medidas de seguridad, en especial la restricción de la libertad, ha tenido un alto consumo, por cuanto que los jueces imponen como única y exclusiva, dicha medida.

7. Las medidas de seguridad, por tener características de ser indefinidas, se tornan más gravosas que las mismas penas, por cuanto que la persona que cumple una medida de seguridad, pasa largo tiempo cumpliéndolas, es allí donde se da la cifra de la injusticia; entre tanto, la pena se impone por un determinado tiempo y al momento de cumplirse o al mostrar determinado comportamiento correcto se puede salir pronto de prisión.
8. Las medidas de seguridad deben cumplir como única función, la reforma del niño, niña o adolescente.
9. En cuanto a la imposición de las medidas de seguridad, debe tomarse en cuenta como punto principal, al niño, niña o adolescente, como centro de protección, quien de ser objeto ha pasado a ser sujeto de derechos.
10. La imposición de la medida de seguridad de restricción de la libertad debe utilizarse como última *ratio*.

RECOMENDACIONES

1. Los juzgadores deben de tomar en consideración, al momento de imponer sanciones de conformidad con la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que dichas medidas deben ir encaminadas a la prevención especial y no sobre la general, por cuanto que no se puede justificar la protección general sobre la situación de un niño, niña o adolescente.
2. Conforme a las corrientes modernas del derecho penal, los jueces deben utilizar el derecho penal con una mínima intervención. Aplicando medios alternativos que tiendan a sustituir las medidas de seguridad.
3. Se deben crear centros de aprendizaje con un personal especializado, a efecto de que los niños, niñas y adolescentes, al momento de cumplir alguna medida de seguridad, pueda garantizarse que se llevará a cabo una prevención especial.
4. Los jueces, previo a dictar una sentencia donde se imponga una medida de seguridad, deben valorar su eficacia en la personalidad del niño, niña y adolescente.
5. Todos los niños, niñas y adolescentes deben ser sometidos a una valoración biopsicosocial, a efecto de realizar un balance en cuanto a su vida, a su comportamiento, integridad física, su contexto social y su realidad actual, para reforzar esas áreas que necesitan de tratamiento.

6. Debido a la carencia de recursos económicos y personal especializado en los centros donde se cumplen las medidas de seguridad de restricción de libertad, deben ser apoyados económicamente por parte del Estado, para que desempeñe un papel más efectivo.
7. Es importante que se incremente la promoción de becas en favor de los niños, niñas y adolescentes, para tener acceso a la educación primaria, secundaria, diversificada y superior.
8. A través de los ministerios de Educación y de Cultura y Deportes, se deben promover las artes, el deporte, entre otros; así como la necesidad de poner de moda los valores éticos, sociales y morales, como una forma de política criminal primaria para evitar conductas dañosas a futuro.
9. Que se brinde apoyo a todas aquellas situaciones informales para la prevención del delito; así como de hacer conciencia de una paternidad y maternidad responsable de los padres de familia.

BIBLIOGRAFÍA

BARRATAS, Alexandro. **Criminología crítica**. 2ª. ed. Distrito Federal, México. Ed. Porrúa 1998. 365. Págs.

BONESSANA, César. **Tratado de los delitos y de las penas**, 4ª. ed. Brasil. Ed. Heliasta S. R. L. 1993. 284 Págs.

CANTAREROS, Rocío. **Delincuencia juvenil y sociedad en transformación, derecho penal y procesal de menores**. 2ª. ed. Buenos Aires. Argentina. Ed. Depalma. 1990. 758 Págs.

CERVELLO, Vicenta. **Derecho penal de menores**. 2ª. ed. Valencia, España. Ed. Technos. 1999. 346 Págs.

COSTICA, Bulai. **Delincuencia juvenil**. 2ª. ed. Argentina. Ed. Depalma. 1995. 294 Págs.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal, parte general**, 2ª. ed.; Barcelona, España, Ed. Bosch, 1931. 478 Págs.

DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco, **Derecho penal guatemalteco**, 12ª. ed.; Guatemala, Ed. Lerena, 2000. 734 Págs.

FONTAN BALASTRA, Carlos. **Tratado de derecho penal**, 2ª. ed. Valencia, España. Ed. Valencia. 1998. 1869 Págs.

GALLÓFALO, Lombroso y Ferri. **Escuela positiva**, 4ª. ed.; Buenos Aires, Argentina, Ed. Educa, 1979. 241 Págs.

HURTADO POZO, José. **Manual de derecho penal peruano**. 2ª. ed. Lima, Perú. Ed. Peruana. 1983. 301 Págs.

Instituto peruano de ciencias penales. **Colección de textos jurídicos**, 2ª. ed. Lima, Perú. 2001. 126. Págs.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **Las consecuencias jurídicas del delito**, 3ª. ed.; Valencia, España, Ed. Valencia, 1991. 658 Págs.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**. 4ª. ed.; Valencia, España, Ed.; Tirant lo Blanch, 1991. 658 Págs.

POLAINA NAVARRETE, Miguel. **Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal**, 2ª. ed. España. Ed. Tecnos. 1997. 689 Págs.

RODRÍGUEZ DE VESA, Luís. **Derecho penal**. 3ª. ed. España. Ed. Tirant Lo Blanch. 1995. 351 Págs.

ROXIN, Clausus. **Derecho penal, edición especial**, 3ª. ed. Valencia, España. Ed. Valencia. 1985. 852 Págs.

SOLER, Juan. **Derecho penal argentino**, 9ª. ed. Argentina. Ed. Buenos Aires, Argentina. 1983. 875 Págs.

SOLÓRZANO, Justo. **Principios, derechos y garantías**, Guatemala, Ed. Ediciones superiores, S. A. 2004. 210 Págs.

SUTHERLAND, Edwin. **Delincuentes profesionales**, 4ª. ed. España. Ed. Technos. 1999. 135 Págs.

WELSEN, Hans. **Las medidas de seguridad en el derecho penal alemán**. 3ª. ed. México. Ed. Harla. 1998. 352 Págs.

ZARANDIETA, L. **La delincuencia en los menores**. 2ª. ed. España. Ed. Tecnos. 1998. 1951 Págs.

Legislación:

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

Código Penal Guatemalteco. Congreso de la República, Decreto número 97-96. 5 de julio de 1973.

Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Congreso de la República. Decreto número 27-2003. Julio de 2003.