

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a knight on horseback, holding a lance and a shield. Above the knight is a crown. The seal is surrounded by Latin text: "CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA" at the top and "LETTERAS OBSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER" around the bottom. There are also smaller symbols like a castle and a lion.

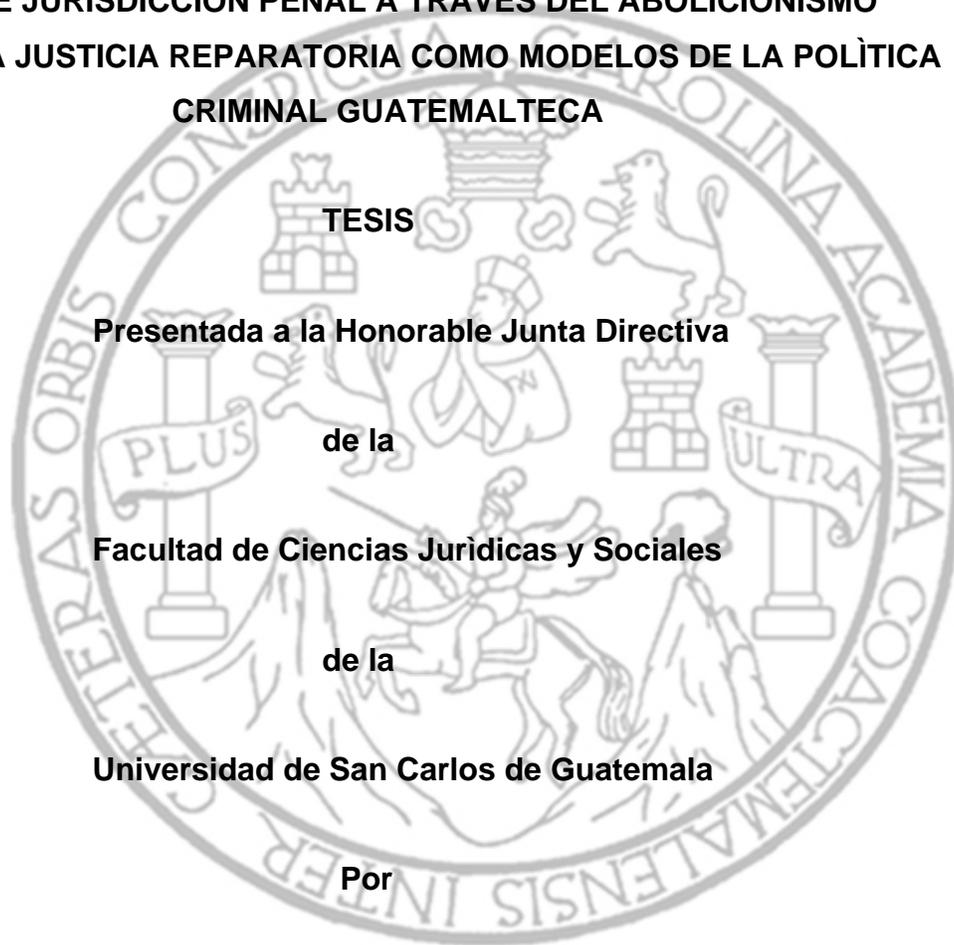
**EL DESGONGESTIONAMIENTO DE LOS ÒRGANOS
DE JURISDICCÒN PENAL A TRAVES DEL ABOLICIONISMO
Y LA JUSTICIA REPARATORIA COMO MODELOS DE LA POLÌTICA
CRIMINAL GUATEMALTECA**

HÈCTOR AUGUSTO CANASTUJ OSCAL

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2006

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

**EL DESCONGESTIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS
DE JURISDICCIÓN PENAL A TRAVÉS DEL ABOLICIONISMO
Y LA JUSTICIA REPARATORIA COMO MODELOS DE LA POLÍTICA
CRIMINAL GUATEMALTECA**



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

Por

HÈCTOR AUGUSTO CANASTUJ OSCAL

Previo a conferirsele el grado acadèmico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Noviembre de 2006

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejìa Orellana
VOCAL I : Lic. Cèsar Landelino Franco Lòpez
VOCAL II. Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III : Lic. Erick Rolando Huitz Enriquez
VOCAL IV : Lic. Br. Josè Domingo Rodriguez Marroquin
VOCAL V : Lic. Edgar Alfredo Valdez Lòpez
SECRETARIO: Lic. Avidàn Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÒ
EL EXAMEN TÈCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase :

Presidente: Lic. Hèctor David España Pinetta
Vocal : Lic. Avidàn Ortíz Orellana
Secretario: Lic. Ronald David Ortíz Orantes

Segunda Fase :

Presidente: Licda. Dora Renee Cruz Navas
Vocal : Lic. Otto Leonel Garcia Quinteros
Secretario : Licda. Benisia Contreras Calderon

RAZÒN: " Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis " Artículo 43 del Normativo para la elaboraciòn

de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

ÍNDICE

	Pàg.
Introducció	i

CAPÍTULO I

1. Política criminal	1
1.1. Definición de política criminal	1
1.2. El fenómeno criminal	12
1.3. La respuesta al fenómeno criminal	14
1.4. Política criminal y seguridad pública	16
1.5. Política criminal y estado	20
1.6. Características generales de una política criminal de un estado de derecho social y democrático	21
1.7. Diferentes planteamientos políticos criminales existentes en la actualidad	26
1.8. En dirección a una política criminal democrática	29
1.9. Construcción de un modelo de política criminal	31
1.10. Algunos criterios de política criminológica para una reforma de la justicia penal	34

CAPÍTULO II

2. El derecho Penal como modelo	37
2.1. Definición de Derecho Penal	37
2.2. Naturaleza Jurídica	39
2.3. Fines	40
2.4. Crisis del derecho penal guatemalteco	41

CAPÍTULO III

3.	Aportes del modelo abolicionista.....	51
3.1.	Definición del modelo abolicionista	51
3.2.	Fundamento del modelo abolicionista	51

Pàg.

3.3.	Realidades del aporte del modelo abolicionista	52
3.4.	Criticas al modelo abolicionista	53

CAPÍTULO IV

4.	Aportes del modelo de justicia reparadora	55
4.1.	Generalidades del modelo de justicia reparadora	55
4.2.	Definición de justicia reparadora	57
4.3.	La reparación en cuanto a la pena	57
4.4.	Clases de reparaciones a partir del proyecto alternativo sobre reparación penal	59

CAPÍTULO V

5.	Medios sugeridos para la implementación de los modelos abolicionistas y justicia reparatoria	61
5.1.	Los métodos alternos de resolución de conflictos	61
	CONCLUSIONES	75
	RECOMENDACIONES	77
	BIBLIOGRAFÍA	79

INTRODUCCIÒN

El presente trabajo contiene una descripción de los modelos de política criminal denominados abolicionista y el de justicia reparatoria, como alternativas para la desconcentración de los órganos de jurisdicción penal guatemaltecos. Así mismo tiene como objetivo que los funcionarios del sistema de administración de justicia y quienes diseñan la política criminal de turno cuenten con un elemento, que les faciliten su trabajo a unos así como brindar a los otros una salida racional y rápida de resolución de conflictos sociales de índole penal para eficientizar el trabajo de los órganos jurisdiccionales en los casos de trascendencia social. Por otro lado puede usarse como mecanismos de simplificación del proceso mismo, para disminuir las costas procesales.

Los conflictos penales tienen su base en un conflicto social sin resolver que involucra al agresor que delinque y a su víctima la cual puede ser de naturaleza individual o colectiva. Muchos de estos conflictos penales, son de poca trascendencia social, no por ello menos importantes para las víctimas, cuya resolución, amerita la implementación de mecanismos de ágil conocimiento de la situación, en donde la víctima obtenga una compensación a su derecho e interés afectado, como en donde el victimario encuentre la posibilidad de acceder a una pronta absolución de penas o cuando menos a una disminución de las mismas.

El descongestionamiento de los órganos de la jurisdicción penal guatemalteca, y que incluiría indirectamente la actividad que desarrollan otras instituciones como el Ministerio Público y la Defensa Pública Penal, solamente es posible en la

medida en que el *ius puniendi* del Estado a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes se restrinja con exclusividad a los casos verdaderamente graves o como ahora a dado por llamárseles a los casos de alto impacto.

El presente trabajo obedece, a la exagerada concentración de causas penales que hemos podido observar desde nuestra posición dentro de la Fiscalía de

(i)

delitos patrimoniales del Ministerio Público, la cual impide que el trabajo allí desarrollado, como de los órganos jurisdiccionales a cargo, generen una pronta y eficaz importación de justicia.

No pretendemos con el presente estudio, dejar fuera la jurisdicción ordinaria penal de los delitos menos graves, lo que sugerimos es que el poder estatal de castigar, se utilice como último recurso en el caso en que otros instrumentos jurídicos de la política social no resulten suficientes para prevenir estos comportamientos.

Contrariamente, observamos frecuentemente una verdadera inflación penal que otorga mayores poderes penales a los operadores del sistema de justicia, con la justificación de responder a los reclamos de seguridad del ciudadano.

Por otro lado, el sistema penal y en especial la pena privativa de libertad y su probada incapacidad para reinsertar socialmente al autor del delito han generado como consecuencia una crisis de ilegitimación de los mismos y han determinado la búsqueda de nuevos caminos para solucionar estos problemas.

Es decir, que asistimos actualmente a la descalificación objetiva del sistema penal como mecanismo de control social, comprobando que el mismo no cumplió con los objetivos que se le atribuyeron por muchos años, es decir, la prevención general y la prevención especial del delito.

Tanto el abolicionista como la justicia reparatoria como modelos de política criminal, aportan actualmente aspectos importantes que desarrollan la política criminal del Estado haciéndolo más efectivo en la impartición de justicia; brindándole a la víctima una mayor y mejor participación en la búsqueda del resarcimiento por daño recibido de parte de su victimario.

Por otro lado, tanto el modelo de justicia reparadora como el abolicionista otorgan un enfoque más profundo al conflicto al desarrollar su aspecto comunitario

(ii)

el cual proporciona al conflicto tres protagonistas a saber: La víctima, el victimario y la comunidad.

Los aspectos propios de la política criminal, tales como su definición, el fenómeno criminal, la respuesta al fenómeno criminal, y la construcción de un modelo de política criminal, los hemos dejado incluidos en el capítulo uno de este trabajo; lo cual nos ha permitido incluir dentro del capítulo dos, lo relativo al derecho penal como modelo, refiriéndonos dentro de este capítulo a su definición, su naturaleza jurídica, sus fines y la crisis por la cual atraviesa.

Han quedado incluidos dentro del capítulo tres, los temas referentes al modelo abolicionista, tales como su definición, fundamento, realidades del aporte que ofrece, así como las críticas que se le hacen. De la misma manera en el capítulo cuatro desarrollamos los aportes del modelo de justicia reparadora, y así iniciamos

con su definición, clases, la reparación en cuanto a la pena y las críticas a dicho modelo; Por último, en el capítulo cinco se desarrollaron los medios sugeridos para la implementación de los modelos abolicionista y justicia reparatoria, siendo ellos los métodos alternos de resolución de conflictos.

ÍNDICE

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1- Política criminal	1
1.1. Definición de política criminal	1
1.2. El fenómeno criminal	12
1.3. La respuesta al fenómeno criminal	14
1.4. Política criminal y seguridad pública	16
1.5. Política criminal y estado	20
1.6. Características generales de una política criminal de un estado derecho social y democrático	21
1.7. Diferentes planteamientos político criminales existentes en la actualidad	26
1.8. En dirección a una política criminal democrática.....	29
1.9. Construcción de un modelo de política criminal	31
1.10. Algunos criterios de política criminológica para una reforma de la justicia penal	34

CAPÍTULO II

2. El derecho Penal como modelo	37
2.1. Definición de derecho penal	37
2.2. Naturaleza Jurídica	39
2.3. Fines	40
2.4. Crisis del derecho penal guatemalteco	41

CAPÍTULO III

3. Aportes del modelo abolicionista	50
--	-----------

3.1.	Definición del modelo abolicionista	50
3.2.	Fundamento del modelo abolicionista	50
3.3.	Realidades del aporte del modelo abolicionista	51
3.4.	Críticas al modelo abolicionista	52

CAPÍTULO IV

4.	Aportes del modelo de justicia reparadora	54
4.1.	Generalidades del modelo de justicia reparatoria	54
4.2.	Definición de justicia reparadora	56
4.3.	La reparación en cuanto a la pena	56
4.4.	Clases de repáraciones a partir del proyecto alternativo sobre reparación penal	58

CAPÍTULO V

5.	Medios sugeridos para la implementación de los modelos abolicionistas y justicia reparatoria	59
5.1.	Los métodos alternos de resolución de conflictos	59
CONCLUSIONES		72
RECOMENDACIONES		74
BIBLIOGRAFÍA		76

CAPÍTULO I

1- Política Criminal

1.1- Definición de política criminal

Para el profesor Jiménez de Asúa, citado por Manuel Ossorio¹, política criminal es “El conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen valiéndose tanto de los medios penales (pena) como de los de carácter asegurativo (medidas de seguridad).

Alberto Binder², por su parte nos manifiesta que a lo largo del tiempo al término política criminal se le han asignado diversos significados, así por ejemplo se le ha dado un aspecto político, pero también se le ha considerado como ciencia, en ocasiones se le ha referido la calidad de escuela, y también se le usó para englobar a todas las escuelas de pensamiento sobre ese tema.

Para los efectos del presente trabajo, usaremos la connotación política que se le ha asignado, es decir que la política criminal será para nosotros uno de los aspectos de la política del Estado.

Binder nos anota que la política criminal: “...constituirá, pues, no una ciencia sino un sector de la realidad. Y un sector de la realidad que tiene que ver con cuatro conceptos básicos: el conflicto, el poder, la violencia y el Estado. Obviamente, estas cuatro realidades... son fenómenos sociales”.

“Al mismo tiempo toda sociedad supone un modo de ejercicio del poder, que la organiza y la sustenta. En otras palabras: el poder es una realidad intrínseca al fenómeno asociativo”.

¹ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**, Pág. 587

² Binder, Alberto Martín, **Política criminal, derecho penal y sociedad democrática**, Pags. 7,8 y 9

Por nuestro lado consideramos que la política criminal no es una ciencia, sino que es, lisa y llanamente una política más, al igual que la política educativa, la política económica, etc. que no son ciencias en sí mismas sino un determinado sistema de decisiones.

Lo anterior lo anotamos dado que toda sociedad se caracteriza por un cierto nivel de conflictos, ya que en la misma se generan escasez de bienes o bien hay desacuerdo respecto del modo de distribución de esos bienes, o bien hay desacuerdo respecto del modo de organizar la sociedad misma, por lo que resulta casi imposible un cierto grado de conflicto social.

Indica Binder que el conflicto, la sociedad y el poder, conllevan necesariamente una cuarta realidad que es la violencia, y esta cobra importancia desde un doble punto de vista, ya que el Estado ejerce algún tipo de violencia para calmar otros tipos de conflictos, estimando que el ejercicio del poder penal es producto de más violencia. Es así que lo primero que hace la política es organizar estos cuatro conceptos básicos: El conflicto, el poder, la violencia y el Estado dentro de dos grandes campos; uno de ellos se refiere al fenómeno criminal; y el segundo a la respuesta a dicho fenómeno.

Nos toca en este capítulo sobre política criminal ampliar el marco sobre el que hasta ahora se ha venido considerando, es decir, poder judicial y legislación procesal penal

En efecto, poder judicial y legislación procesal penal son dos capítulos de la mayor importancia a considerar por la política criminal, pero también lo son los de la legislación penal material, policía, sistema penitenciario, sistema post-penitenciario, justicia de menores y, como actualmente se menciona, las formas no penales de resolución de conflictos. Todo esto, si nos referimos a la política criminal en sentido estricto, implícita en los principios rectores en materia de prevención del delito y justicia penal.

Hay que tener también en cuenta, sin embargo, otra acepción más amplia de política criminal, referida a la totalidad del sistema de control social (no sólo al sistema penal) y que intercepta con otras áreas de la política estatal, particularmente del sector social -tales como la salud, la vivienda, la educación, el trabajo, etc.- con su incidencia en la prevención primaria de la criminalidad y en la mayor o menor frecuencia de ciertas formas delictivas. Es el concepto implícito en los principios rectores de la política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal que debe acompañar todo cambio, cuando se refieren a la prevención del delito como parte de la política social, diciendo que el sistema de justicia penal, además de ser un instrumento de control y disuasión, debe contribuir también al objetivo de mantener la paz y el orden y de reparar las desigualdades y proteger los derechos humanos con miras al logro de un desarrollo económico y social equitativo. A fin de relacionar la prevención del delito y la justicia penal con las metas del desarrollo nacional, hay que esforzarse por obtener los recursos humanos y materiales necesarios, incluida la asignación de fondos adecuados y por utilizar en la mayor medida posible todas las instituciones y recursos pertinentes de la sociedad, para garantizar así la adecuada participación de la comunidad".

Es así como consideramos que deben existir actividades de planificación intersectorial que deben tender a lograr la interacción y la cooperación entre los planificadores económicos, los organismos y los sectores de la justicia penal, a fin de establecer o reforzar mecanismos de coordinación adecuados y aumentar la capacidad de respuesta a la política de prevención del delito a las necesidades del desarrollo y a las condiciones cambiantes.

Por otro lado ha sido muy señalada la no existencia de políticas criminológicas integrales para los componentes del sistema de justicia penal, la realidad general de países como Guatemala es que los subsistemas policial, judicial, penitenciario, post-penitenciario, de menores y de legislación penal, accionan cada uno de ellos en forma muy autónoma e impulsados con frecuencia por criterios encontrados entre sí. Y es lógico que se dé tal ausencia de políticas, pues trazarlas y llevarlas adelante implica

armonizar subsistemas que responden a distintos poderes del estado, que han sido inclusive históricamente diseñados en un sistema de varios poderes dentro del poder, para promover su control mutuo.

No se trata, como solamente de una incapacidad de nuestro país. De hecho no creemos que haya muchos programas verdaderamente integrales de política criminal que se lleven a la práctica en los países desarrollados. Aunque si reconocemos existen importantes esfuerzos en varios de ellos, los cuales sin lugar a dudas nos aventajan con tal esfuerzo integral.

La ausencia de políticas criminológicas integrales (sean éstas en sentido estricto referidas sólo al sistema de justicia penal), no significa que la acción estatal en la materia haya sido totalmente desorientada y errática, ya que sí pueden señalarse líneas u orientaciones de acción legislativa, policial, judicial y penitenciaria, no siempre las más adecuadas por cierto, al menos a la luz de los instrumentos internacionales de política criminológica que en este trabajo tomamos como referencia.

Consideramos importante evaluar las políticas, líneas u orientaciones actualmente existentes, en función de dos criterios: 1) De distribución de los recursos asignados dentro del sistema penal (policía, poder judicial, Ministerio Público y sistema penitenciario). Esto será sin duda un indicador de la importancia asignada a cada subsector y del peso de cada uno de ellos dentro del sistema; y, 2) De resultados obtenidos con dicha política.

En cuanto al primer criterio de evaluación, la información de que disponemos pone de manifiesto un notable desequilibrio entre los recursos asignados a los subsistemas policial, judicial, Ministerio Público y penitenciario, que el cual dicho sea de paso no prioriza fundamentalmente a ninguno de ellos.

De la información del "Segundo estudio de las Naciones Unidas sobre tendencias delictivas, funcionamiento de los sistemas de justicia penal y estrategias de prevención del delito" se desprende que los países llamados en vías de desarrollo destinan, en promedio, solamente el 1 % del personal del sistema de justicia penal al poder judicial, mientras asignan el 94% al sector policial y el 5% al penitenciario.

El contraste se evidencia al comparar con la información sobre los llamados países "desarrollados", que exhibe que destinan respectivamente el 4% (poder judicial), el 77% (policía) y el 19% (sistema penitenciario).

En ambos grupos de países el subsector policial es el más voluminoso, sin embargo los países desarrollados destinan 17 puntos porcentuales menos que los en vía de desarrollo a policía y, en cambio, destinan el cuádruple que éstos al poder judicial. Por otra parte, los puntos porcentuales que los países desarrollados tienen de menos en policía, los vemos aparecer en el subsistema penitenciario, con lo que este sector queda también con el cuádruple de lo que tiene en los países en vía de desarrollo.

Con solamente el 1 % de los recursos humanos destinados al poder judicial, el sistema de justicia penal en los países en vía de desarrollo es esencialmente policial, no judicial. En los países desarrollados o centrales, en cambio, los poderes judiciales tienen un peso proporcional mente mucho mayor.

En el Primer estudio de las Naciones Unidas sobre tendencias delictivas, funcionamiento de los sistemas de justicia penal y estrategias de prevención del delito³, se había hecho notar que en los países menos desarrollados se asignan más recursos a las fuerzas policiales que a los otros organismos de la justicia penal.

En el Segundo Estudio se corroboró la anterior información, adicionándose los datos de proporciones de personal que antes vimos y señalándose también que entre

³ Naciones Unidas, **Quinto congreso para la prevención del crimen y el tratamiento de delincuentes**. Pág. 52

1974 y 1980 el personal de policía de los países en desarrollo aumentó de 394 a 913 por cada cien mil habitantes, mientras que en los países desarrollados su tasa se mantuvo estable.

O sea que la información de los censos de Naciones Unidas respecto de nuestros países exhibe una tendencia que se agrava en el tiempo, ya que mientras las tasas de policías por cien mil habitantes de los países desarrollados se mantuvieron estables entre uno y otro censo, en el caso de los países en vías de desarrollo se multiplicaron por dos punto tres.

Sin embargo, no para aquí el desproporcionado crecimiento policial. Habría que sumar a estas cifras el número de los cuerpos de policía privados, que han cobrado enorme importancia en los últimos años, y cuyo número se multiplica rápidamente. En países como Guatemala, constituyen verdaderas fuerzas armadas ajenas al control estatal, pues suelen pertenecer a propietarios militares o ex militares.

En cuanto a lo que a política criminológica y prevención del delito se refiere, de lo anterior se desprende una definida orientación dirigida a satisfacer la función penal básicamente por medio del aumento de los efectivos policiales; sin que fuera por asomo alguno un aumento presupuestario equilibrado de todo el sistema penal, sino esencialmente basándose en más policía.

Consideramos que este sobredimensionamiento de los recursos asignados a uno de los subsistemas se manifiesta, por lo demás, en las funciones que éste desarrolla, y en el peso de su actuación desde la etapa de prevención anterior al delito y a todo lo largo del sistema, con importante incidencia inclusive en la etapa judicial, tal y como lo trataremos de exponer a continuación con las siguientes etapas:

a) Etapa de prevención anterior al hecho delictivo:

La prevención anterior al delito ha venido descansando- sin mayor eficacia por cierto- casi con exclusividad en la policía, y el incremento del delito ha servido de fundamento, ante la ausencia de políticas criminológicas que den otra respuesta, para multiplicar los efectivos policiales. La prevención primaria de la criminalidad, por medio del sector de bienestar social (deportes, salud, educación, recreación, etc.), es en general muy reducida.

La prevención por medio de la organización de la comunidad (seguramente la de mayor importancia), es incipiente. Sería deseable que adquiriera un desarrollo importante en los años futuros, en la medida en que se consoliden verdaderos procesos democráticos en la región. Hasta el momento ha tenido un muy escaso desarrollo, en gran parte justamente por la existencia de gobiernos no democráticos o de democracias de fachada, que más bien perseguían o en el mejor de los casos obstaculizaban toda forma de organización comunitaria por el peligro que éstas implican para tales regímenes.

b) Etapa posterior al hecho delictivo

La policía "previene", interviniendo por sí o a raíz de denuncia, transmitiendo la "notitia criminis" a la autoridad del Ministerio Público. Esto en el aproximadamente 95% de los casos. En un reducido porcentaje, toma conocimiento directamente la autoridad judicial.

La investigación de los hechos es realizada, prácticamente por entero, por la policía, en forma por lo general muy empírica –es decir posiblemente con varios cursos de formación técnica pero con un nivel de formación general muy deficiente-, con especialistas y laboratorios de criminalística que pertenecen a ella.

c) Etapa de cumplimiento de la pena y de privación de la libertad durante el proceso

En el momento de la prevención policial, y en algunos casos durante la etapa de instrucción judicial, la privación de libertad se lleva a cabo en las comisarías policiales, cuyo personal tiene a su cargo la custodia de los detenidos. Cuando éstos son alojados en el sistema penitenciario, lo que como regla sucede al dictarse auto de procesamiento y prisión preventiva o la condena, nuevamente es personal dependiente del poder ejecutivo policía de seguridad penitenciaria o militar. Hay que recordar que en Guatemala el personal penitenciario es primordialmente de seguridad y administrativo, siendo la proporción del personal técnico muy reducida o en algunos casos nula. Pero la teoría indica que dicho personal debe de estar formado por médicos, psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, maestros, abogados, sociólogos, etc.

Toda la anterior información sobre recursos humanos y distribución de funciones al interior del sistema de justicia penal es perfectamente coherente con la información histórica que explica, sobre la base de nuestro pasado colonial, el sobrepeso que los poderes ejecutivos han tenido siempre entre los poderes del estado.

El sobrepeso evidente que el subsistema policial tiene en nuestra región dentro del sistema de justicia penal y en especial el que tiene dentro del subsistema judicial, nos plantea interrogantes sobre dichos temas tal cómo:

- a) ¿Existe una completa independencia de los poderes judiciales?
- b) ¿La posibilidad de objetividad del conocimiento de los hechos que se juzgan, lo que a su vez cuestiona la Justicia de las resoluciones dictadas?

Sobre este último punto, recordemos que la justicia penal trabaja con conductas humanas y, en este sentido, el Juez debe aclarar el conocimiento de los hechos como en cualquier otra ciencia fáctica, acorde con las exigencias del método científico. En esto, la exigencia de intermediación del juez respecto de la prueba no hace más que responder a una exigencia propia del método científico en las ciencias fácticas: la verificación empírica.

Al evaluar las políticas en función de los resultados obtenidos, podemos afirmar inicialmente que:

- a) Si tenemos en cuenta que un objetivo principal de la política criminal es reducir la criminalidad, los resultados de las políticas existentes no son exitosos, más aún, puede afirmarse que producen efectos decididamente negativos.

Siguiéndole la pista a los estudios de Naciones Unidas diremos que la información recogida por el III Estudio de las Naciones Unidas⁴ sobre tendencias delictivas, funcionamiento de los sistemas de justicia penal y estrategias de prevención del delito, indica un aumento en los números relativos de la criminalidad oficialmente registrada y, -obviamente- en nuestra región con gran crecimiento poblacional, en los números absolutos. En algunos países donde las estadísticas regulares no acusan el aumento, la investigación criminológica verifica que lo que ocurre es que se ha elevado la cifra negra en razón del descenso en la tasa de denuncias.

De igual modo, la información disponible indica que se da un incremento en la criminalidad no-convencional (tráfico ilícito de drogas y estupefacientes, lavado de dinero, criminalidad económica, si bien en el caso de esta última, la cifra y nivel de impunidad son muy altos).

⁴ Naciones Unidas, **Ob. Cit.** Pág. 86

- b) Otro resultado desastroso de las políticas existentes ha sido multiplicar las poblaciones penitenciarias a ritmo vertiginoso, generando hacinamiento, gravísimas violaciones a los derechos humanos de los privados de su libertad y altísimos costos al sistema (la relación de costos entre una medida de prisión y una no privativa de libertad es cinco a uno).

La política criminológica guatemalteca se basa, sin excepción, en la pena de prisión. Al respecto Elías Carranza⁵, nos indica que ILANUD llevó a cabo un estudio de los códigos penales y una dosimetría penal, de la que surge que en todos los países estudiados (Argentina, Brasil, Costa Rica, Colombia, Chile, México, Perú, Venezuela) el 75% o más de todos los delitos se sancionan con pena privativa de libertad.

Son numerosos los instrumentos internacionales que recomiendan utilizar la pena de prisión sólo como última ratio, y es numerosa también la investigación criminológica que pone en evidencia que el encierro produce patologías y no es socializante ni resocializante, lo que llevó a la doctrina y legislación más modernas a abandonar la denominada teoría del tratamiento. No obstante estos avances en la investigación, doctrina y legislación, las políticas en la región siguen orientándose en la dirección de modificar las leyes penales elevando las penas de prisión y limitando al juez las alternativas a la pena privativa de libertad, y también, pasando por encima del principio de inocencia, limitando o a la vez prohibiendo por completo la libertad durante el proceso. Esta última situación, como es sabido, alcanza en nuestra región límites impresionantes, pues las proporciones de presos sin condena sobre el total de las poblaciones penitenciarias son altísimas.

- c) Todo esto ha llevado a una verdadera explosión penitenciaria, que ILANUD ha podido constatar en al menos 18 países (Antillas Holandesas, Barbados, Bolivia, Cayman, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras,

⁵ Carranza, Elías, **Política Criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal**, Pág. 84.

Jamaica, México, Montserrat, R. Dominicana, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela), con sobrepoblaciones en casos de hasta el 95%, con elevadísimas tasas de homicidios y suicidios intracarcelarios, falta de condiciones mínimas de higiene y comida en los centros, y todo género de violaciones a los derechos humanos.

- d) Las violaciones a los derechos humanos que se producen en el sistema penitenciario son seguramente de las más graves que ocasionan los sistemas de justicia penal, pero éstos se caracterizan por general un sin número de gravísimas violaciones a todo lo largo de su accionar, lo que ha llevado a crear capítulos especiales de la criminología, la sociología criminal y los derechos humanos, y es un tema de especial importancia en nuestra región, donde se multiplica el accionar de estos sistemas con el errado criterio de responder con soluciones penales a todo género de conflictos interindividuales o sociales, aque, en razón de la destrucción de las economías y de la reducción de los presupuestos de los sistemas, éstos se deterioran rápidamente, multiplicando el irrespeto a los derechos fundamentalmente de operadores de justicia y víctimas.

Así que cuando hablamos de derechos humanos en la justicia penal y tratamos de relacionarlos con la política criminal, debe pensarse en una política criminal humanista que los países *ut supra* relacionados como avanzados en este tema incluyen.

El vocablo derechos humanos lo incluimos para hacer referencia al punto que veníamos desarrollando, para poner de relieve la necesidad de cerrar la brecha entre el estatuto de derechos humanos que se encuentra establecido en la legislación internacional y nacional y que es de la esencia de la justicia penal, y la realidad de su funcionamiento, en la que estos derechos son sistemáticamente violados. La tarea es muy difícil, y para acometerla sin caer en el desaliento ni en la hipocresía, es importante estar claros sobre la verdadera esencia del sistema de justicia penal y

sobre las limitaciones estructurales que hacen que funcione de la manera en que lo hace.

Esta distancia entre norma y realidad es una grave paradoja, que se manifiesta en forma evidente para cualquiera que como funcionario, victimario, o víctima, tenga contacto con el sistema de justicia penal, pero que por otra parte ha sido estudiada por criminólogos en muchos países de América Latina, el Caribe y por ILANUD, comparativamente, a nivel regional.

1.2- El fenómeno criminal

Son dos áreas las que el fenómeno criminal ha abarcado a lo largo de la historia: la primera de ellas se refiere a las infracciones a ciertas y determinadas reglas establecidas; mientras que la otra se refiere a ciertos estados o conductas que anteriormente se denominaban estados peligrosos, desviadas o antisociales. Así que es precisamente aquí mismo donde aparece el primer elemento importante a tener en cuenta para comprender el carácter político de la política criminal y éste es la definición de las infracciones, de aquello que una determinada sociedad, en un cierto momento, va a considerar como un crimen, es decir que es una definición relativa.

La definición de crimen se establece a partir de múltiples criterios expresados y de un modo diferente para cada sociedad. Mismos que no son uniformes sino que a veces incluso son contradictorios. Es así por ejemplo que habitualmente estos criterios de los que hablamos tienen su raíz en las concepciones religiosas, como lo es el caso del decálogo de la religión judeo-cristiana, la cual dentro de los mandamientos ordena: no robar, no matar, no levantar falso testimonio.

Con el paso del tiempo las valoraciones que se le han otorgado actualmente a conductas como las anotadas en el párrafo precedente son diferentes, por ejemplo, el Corán coincide en la mención de algunos de los delitos a que se refiere el decálogo,

pero les otorga una gravedad diferente. Aún en la actualidad, la blasfemia –es decir, el pronunciar de un modo injurioso el nombre de Alá- es una infracción mucho más fuerte en el islamismo que lo que hoy representa para la religión cristiana.

Así mismo junto a los criterios religiosos, hay otros que también han tenido mayor o menor influencia según el caso, en la configuración de la definición de delito tales como criterios sociales o políticos. Para explicar esta afirmación, pondremos el ejemplo del aborto durante el régimen fascista de Mussolini, el cual era considerado un atentado contra la política demográfica del Estado. O por ejemplo algunas formas de adulterio de la Alemania nazi, las cuales eran vistas como delitos contra la pureza de la raza aria.

Es necesario entender que es la política criminal la que decide llamar crímenes, en sentido amplio a algunos de los conflictos sociales que se presentan, lo cual trae como consecuencia lógica que siempre existirán diferencias de criterio para su eventual sanción, y esto es producto del carácter político de la definición del delito en un momento determinado en un Estado determinado.

Por supuesto que esta relatividad explicada en el delito, también se da en el segundo de los grandes campos abarcados por el fenómeno criminal, es el de todos aquellos actos que no constituyen infracciones propiamente dichas, sino que representan conductas disarmónicas o desviadas con relación al orden social en general. Es lo que algunos llaman el estado peligroso, término que ha sido empleado desde la antigüedad por los estados como instrumento de su política criminal. Es decir, que el concepto de estado peligroso siempre fue un elemento manejado por la política criminal aunque no analizado en términos teóricos, el cual no podemos dejar de lado para comprender la totalidad del fenómeno criminal.

Ha correspondido a la política criminal denominar crímenes a ciertos actos sociales que conllevan conflictos, así que según se aprecien los mismos en las distintas sociedades del orbe, así se criminalizarán o no, lo que establece en principio

una substancial diferencia entre sociedades al apreciar criterios distintos para construir una respuesta al fenómeno criminal en donde se define también los estados considerados peligrosos o desviados, de los cuales deberá tenerse considerable cuidado para señalarlos toda vez que los actos fácticos de la sociedad evolucionan cada vez con más celeridad y cambio de condiciones o características. A manera de ejemplo citaremos que hasta hace unos veinticinco años atrás, en la sociedad guatemalteca no se conocía la organización ni manifestación delincuenciales de las maras, por lo que el derecho penal sustantivo carecía –y sigue careciendo- de una figura que encuadrara la peligrosidad de los sujetos que acostumbran este estilo de vida. Sin embargo no con el anterior ejemplo está todo dicho, ya que en este preciso momento social en nuestro país, existen sectores sociales que pregonan a los cuatro vientos que las características de pertenencia que identifican a los miembros de las diferentes maras no son constitutivas de estados peligrosos o desvíos sociales que atenten contra la sociedad.

Dicho de otra forma, es la propia sociedad la que se encarga de proporcionar los nuevos hechos que en adelante conformarán el fenómeno social de momento, hacia el cual los gobiernos están obligados a definir una respuesta que en adelante será denominada la nueva política criminal de la nación.

1.3- La respuesta al fenómeno criminal

Una vez definido el fenómeno criminal dentro de una sociedad, la política criminal da paso al segundo gran aspecto de su manifestación el cual es la respuesta al fenómeno criminal, para lo cual organiza los cuatro conceptos básicos, es decir el conflicto, el poder, la violencia y el Estado.

De lo anterior establecemos que la respuesta al crimen es variable. Es decir que a lo largo de la historia, no se han utilizado siempre los mismos instrumentos para reaccionar ante el fenómeno criminal, lo cual queda demostrado con la evolución

de las penas, tal y como lo cita Alberto Binder⁶: "...La cárcel, tal como la conocemos actualmente, es un fenómeno relativamente moderno, que no alcanza a tener 300 años de antigüedad. Hace 300 años, precisamente, no se utilizaba la pena de prisión sino la mutilación, por ejemplo. Existía una escala de penas que iban desde las simplemente infames –que consistían en pasear a una persona por el pueblo- hasta la mutilación de la mano del ladrón –en sociedades musulmanas-.

Por otro lado y de manera bastante acertada agrega Binder⁷: "Esta variedad no sólo se da en la reacción ante los delitos consumados sino también en las medidas preventivas, que es otra de las formas de respuesta al fenómeno delictivo propia de la política criminal".

"También se comprueba una relatividad en la respuesta que han dado las sociedades a los estados definidos como peligrosos. Dentro de las variaciones observadas, se comprueba que, en general, el objetivo de estas respuestas consiste en someter al individuo a las reglas del grupo social, a la norma de cultura admitida, por medios más o menos violentos".

"Lo interesante es que siempre vamos a encontrar que esta respuesta del Estado, a través de su política criminal, es en todos casos una respuesta organizada".

Con base a lo anteriormente anotado, podemos llegar a una primera definición de la política criminal, la cual tomamos de la autora francesa Delmás-Marty, citada por Alberto Binder⁸: "La política criminal es el conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal".

Es el mismo profesional del derecho ut supra, quien no apunta en el mismo trabajo señalado, la definición de Anselm Von Feuerbach, quien dice afirma que: "La política criminal es el conjunto de medios represivos para encarar la lucha contra el delito".

⁶ Binder, Alberto Martín, **Ob. Cit.** Pág. 15

⁷ **Ibid**, Pág. 16

⁸ Binder, Alberto, **Ob. Cit.** Pág 16

De las definiciones anotadas de política criminal, podemos extraer algunos elementos tales como en primer lugar nos refieren que es un conjunto de métodos, lo que implica que la política criminal utiliza muchos instrumentos que hay que saber detectar, que requieren capacidad para determinarlos en un momento dado con el fin de responder al fenómeno criminal.

Por ello la organización de planes policiales de seguridad o control de armas son métodos de política criminal, así como la definición de ciertos delitos es un método de política criminal

1.4- Política criminal y seguridad pública

Los hechos delictivos, su combate, difusión y vivencia, han hecho que el tema de la seguridad pública hoy en día, tenga uno de los primeros lugares en la agenda de gobierno.

Con relación a ese aspecto, se ha hablado de la necesidad de diseñar programas, acciones y estrategias para lograr dar seguridad a la sociedad, se menciona la falta de una política criminal seria, que permita alcanzar el anhelado triunfo para la comunidad, de sentirse seguros en sus personas y bienes. Sin embargo, el concepto de la seguridad pública se ha visto reducido a la simple lucha del bien contra el mal, policías contra ladrones, y bajo esta concepción, la política criminal se entiende sólo como el aumento de penas, incremento de policías, más operativos, estigmatización de ciertos sectores sociales, todo con el único fin de reducir el índice de denuncias.

Ante tal situación, para poder hablar de política criminal es necesario, primero, ubicarla en un concepto real de seguridad pública, ya que sólo así se puede entender el rol que juega en esta búsqueda de seguridad, no hacerlo, permite continuar a lo que hasta ahora, ha mostrado su ineficacia.

La seguridad pública pese a ser un tema de moda en nuestro mundo contemporáneo, no es algo nuevo; ya que dicho concepto es uno de los pilares en la construcción de un Estado. La seguridad no es una frase reducible al evento delictivo, el término seguridad va ligado a una sensación, a una percepción de certidumbre de mantener la vida, la salud, la libertad entre muchos otros valores fundamentales de la sociedad.

La seguridad, adquiere su sentido público cuando el Estado asume el compromiso de otorgarla. Se debe recordar que la conformación del estado moderno, se da por la cesión de espacios de libertad de los hombres que confían en la creación de ese ente superior como lo adecuado para regular la vida en sociedad, preservando los varones primordiales del ser humano.

Por tal razón, el término seguridad pública no puede ser reducido a la confrontación de los hechos delictivos, a su prevención o castigo. El generar un concepto tan reducido aparta el ideal democrático de construcción del Estado moderno, y nos estancamos dentro del llamado estado absoluto, donde el poder es el centro de las acciones de gobierno y los gobernados los destinatarios, sin que los postulados de protección de esos valores fundamentales de la sociedad sean recogidos por el poder totalitario.

Es en ese escenario donde la búsqueda del castigo y de la prevención de los fenómenos antisociales encuentra su razón de ser, y por tal, concentra el término seguridad pública en el ideal de la política criminal con sentido represivo, lo principal es el resguardo del Estado; ya que él, es el que puede contener los efectos de los hechos delictivos y en esos términos, dar protección (seguridad) a la sociedad. En esta escena es donde la seguridad pública se reduce a policías y cárceles, el sentido de venganza social se agudiza y el reclamo al Estado de los satisfactores sociales se pierde en la penumbra de la lucha contra la delincuencia. Si se toman en cuenta los postulados del Estado democrático y de derecho, cuyo fin es el bienestar común a través del respeto del principio de legalidad y considerando a

la seguridad en un amplio espectro, podemos generar un verdadero concepto de seguridad pública, no limitado al fenómeno delictivo.

Un adecuado desarrollo de políticas sociales permitirá elevar aspectos como la educación, el empleo, la salud, entre otros factores que pueden ser elementos de aparición de conductas antisociales. Esto implica atender la probabilidad de su aparición desde antes que exista siquiera el ambiente propio para su desarrollo, genera además el vínculo necesario entre la política criminal y las acciones sociales del Estado, para comenzar así a trazar los puentes con el carácter subjetivo del concepto, dando inicio a la tan alejada confianza de la sociedad en las instituciones estatales.

Es decir que esto implica la creación de una estrategia global en seguridad pública, desvirtuando el papel actual de la justicia penal como solución a los conflictos sociales. Si se atiende en su adecuado espacio el fenómeno de la seguridad pública, podemos reducir el diseño y aplicación de las políticas criminales, manteniendo vigentes los principios rectores del derecho penal como el de Ultima ratio y de subsidiariedad, buscando preservar el pacto social que dio origen al Estado moderno.

Así que en el diseño de políticas criminales, tenemos el sentido estricto de la seguridad pública, que de manera necesaria debe encontrarse definido en la norma fundamental de los gobernados; es decir, debe adecuarse a los mismos para con ello permitir el desarrollo de un Estado de derecho con plena observancia al sentido estricto de legalidad. En este nivel, la referencia al plano constitucional de las definiciones del sistema de seguridad pública, permite que las leyes secundarias que se encargan de desglosarlo y hacerlo operable cuenten con la validez y eficacia requeridas en un Estado social, democrático y de derecho.

Este sistema de seguridad pública rompe con la visión lineal que a la fecha se tiene y que gira en torno de los probables responsables de cometer una conducta

típica y su sentencia como fin último, que incluso, ve en los transgresores de los ordenamientos administrativos a un posible delincuente a futuro.

La ruptura con la vieja concepción globalizada de la seguridad pública parte de concebir a ésta como integrada por un programa que adopte en inicio una conceptualización distinta en lugar del viejo concepto de la prevención; ello, debido a que en términos empíricos hablar de prevención resulta inmedible y por tanto poco sustentable, ya que un hecho delictivo en realidad no puede tenerse certeza de que va a ser cometido o no. El realizar mayores patrullajes o actos similares en una zona determinada, no le deriva el concepto de prevención, ya que no es empíricamente demostrable el evitar un hecho que no se lleva a cabo y en cambio, si se está administrando el riesgo de que ocurra, siendo más coherente decir que se llevan a cabo acciones para reducir los riesgos, sin tener que entrar al plano de la sustentación empírica sobre bases poco sólidas en el campo de la refutación.

Asumiendo este programa, tenemos que el mismo se integra por políticas criminales disuasivas; esto es, aquellas que tienden a informar a la sociedad acerca del sentido de las normas, transparentan la actuación de las instituciones y conciben esquemas ágiles de solución de los conflictos sociales sobre la base de procedimientos administrativos y para aquellos hechos que no lesionan bienes jurídicos primordiales para la sociedad; siendo en este plano donde la policía de administración de riesgo y la justicia cívica encuentran su verdadera razón de ser, ya que la policía será el garante del cumplimiento de las normas que buscan formas de conciliación de intereses sustentados en la ley de justicia cívica aplicada por jueces de ese nivel.

En el plano punitivo, debe existir un sistema de justicia penal, el cual se estructuraría sobre políticas criminales represivas sin que se vulneren los derechos fundamentales de las víctimas y de los probables delincuentes; esto es, esquemas que buscan la aplicación de la ley, soportados en investigaciones serias y tecnicadas para la comprobación de la conducta típica, antijurídica y culpable, condenando a los

responsables a penas adecuadas al grado de lesividad del bien jurídico y su responsabilidad, purgando éstas en establecimientos adecuados para tal fin y no en sitios que agraven la aflicción de la sanción.

1.5- Política criminal y Estado

Al plantearse la cuestión criminal desde la política, se está significando que dice relación con el poder, esto es, con la capacidad de definir dentro de la estructura social y, por tanto, consecuencialmente de dirigir y organizar. Es por eso que en ese sentido Estado y política criminal aparecen como consustanciales, si bien es evidente que puede haber muchas políticas criminales dentro de un Estado, en la medida que el poder esté repartido y en cuanto haya la posibilidad de diferentes movimientos de expresión.

Entonces diremos que la política criminal es el poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad y, por tanto, de dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal.

Esto implica varias consecuencias, que para definir los procesos criminales necesariamente la política criminal ha de tener en cuenta a la criminología, en la medida que ésta representa un análisis sociológico de los procesos de criminalización y, por tanto, de cuáles son los instrumentos y mecanismos a través de los cuales el poder va definiendo y construyendo el mapa criminal.

A su vez la política criminal informa todo el sistema legal en relación a la cuestión criminal, y este es el instrumento formal de definición, la criminología aparece íntimamente ligada a la política criminal y sin ella no tendría razón de ser.

Ahora bien, como la política criminal tiene relación con la cuestión criminal dentro del sistema, necesariamente ello implica comprender como un todo los

diferentes aspectos que implica el proceso de criminalización, esto es, considerarlos como un sistema de control penal. Esto es, no sólo las leyes (penales, procesal penales, etc.), sino las instancias concretas en que actúan los operadores sociales, esto es, la policía, el proceso penal, el sistema penitenciario, los diferentes organismos auxiliares (asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, médicos, etc.). Luego, mirada la cuestión criminal desde la política ello implica que no hay etapas separadas o independientes, sino que todos forman una unidad, de modo que el hecho de tener la mejor ley todavía no significa nada y, menos aún, si sólo es en un determinado ámbito (penal o procesal penal). Se requiere tener un cuerpo coherente de leyes, instancias e instituciones y operadores sociales. Nada se saca con tener una excelente ley policial, si la formación de la policía sigue manteniendo el autoritarismo y militarismo, y tampoco no es suficiente con tener la mejor ley penal si el proceso penal es inquisitorio. En otras palabras una política criminal exige también considerar líneas concretas de acción, es decir, cómo actúan los operadores sociales.

Pero, también hay que convenir que puede haber diferentes políticas criminales y lo que nos interesa a nosotros analizar es aquella propia de un Estado de Derecho social y democrático.

1.6- Características generales de una política criminal de un Estado de derecho social y democrático

De acuerdo a Juan Bustos Ramírez⁹, la política criminal de un Estado de derecho debe poseer las siguientes cualidades:

- 1- “Una política criminal en cuanto tiene que partir del mundo real y por tanto utilizando metodología y técnicas propias al estudio de los fenómenos sociales, necesariamente tendrá que llegar a la conclusión que el principio de igualdad en que se funda El Estado no es una realidad, sino sólo un programa. Esto es, que

⁹ Bustos Ramírez, **Juan, Política criminal y Estado**, Pág. 4

hay discriminación, que se da una desigual distribución de la criminalización, del poder de definir lo criminal, por tanto no sólo de bienes e ingresos. Luego, un primer aspecto a considerar es la necesidad de redistribuir el poder de criminalización, de modo entonces de ir descendiendo las cuotas de discriminación. A su vez ello significa que tal redistribución ha de abarcar todo el sistema criminal, las leyes, la policía, el proceso, etc. Por eso, aunque parezca paradójal no es extraño que, por una parte, se descriminalice comportamientos (delitos de bagatela, hechos que no afectan a un bien jurídico, etc.), más al mismo tiempo se criminalice otros (así hechos contra el medio ambiente, contra la calidad del consumo, etc.) De ahí también que no puede sorprender que a los jóvenes se les excluya del sistema penal de los mayores, pero al mismo tiempo se configure un derecho penal juvenil.

Ahora bien, precisamente esta desigual distribución de la criminalización, obliga a considerar al propio sistema de control penal como criminalizador y criminógeno, esto es, con un abuso o exceso de violencia, y, por tanto, ello requiere llevar a cabo su constante revisión.

Se trata, por otra parte, si se es coherente con el principio de igualdad, de asumir que en una sociedad hay diferencias culturales y sociales, lo que obliga a su vez a una mayor profundización crítica de la desigual distribución del poder de definir, en cuanto éste tiende a no considerar dichas diferencias y en tal sentido a operar como opresor. El caso más claro de ello es la forma como el poder penal se ha relacionado con las culturas indígenas o autóctonas, desconociendo y subyugando su cultura y por tanto su lengua y sobre todo sus formas jurídicas. También ha sido otro ejemplo relevante en nuestros países la forma de relacionarse del poder penal con los jóvenes, a los cuales se les ha aplicado una legislación propia al positivismo naturalista, que ha desconocido su carácter de personal.

2- Por otra parte, una política criminal que tiene como fundamento la libertad, no puede partir desconociéndola y convirtiendo a las personas en meros instrumentos o sujetos a tutela. De ahí que el punto de partida no puede ser una separación entre buenos y malos, entre determinados al crimen y otros que no, sino de una relación libre de las personas con el sistema. Desde esta perspectiva lo fundamental es la relación entre la persona y el Estado, en el sentido que el Estado está al servicio de la persona y para su felicidad, es el reconocimiento de la persona como ente autónomo y por eso mismo de sus derechos y garantías. La historia de esta relación la podemos dividir en tres momentos: el de la Carta Magna, en el cual sólo hay el reconocimiento de los pares, el de la Revolución Francesa en que se amplía a los ciudadanos y el posterior a la Segunda Guerra Mundial en que se extiende a todas las personas (también los niños, los jóvenes, los que no son ciudadanos).

Es decir, el programa político criminal ha de estar dirigido a establecer el máximo de espacios de libertad de las personas con el sistema. Por eso no se puede partir de la premisa que las normas son imperativos ni que motivan a las personas, ello contradice el principio de libertad, simplemente instruyen o informan sobre determinados modelos de comportamiento. Luego, no sólo la fuerza, la tortura, contradicen la libertad, sino también la manera como se concibe la relación entre el sistema y las personas. Esto es, el poder penal no puede ser configurado de tal manera que excluya el ejercicio de los derechos de una persona o lo elimine en cuanto tal. En este contexto se inscribe la discusión sobre las formas de legalización del aborto y también del consumo de drogas.

Es por eso que una política criminal en relación a la seguridad ciudadana, en cuanto la seguridad no es sino la condición básica de la libertad, no puede servir justamente para afectar la libertad. La seguridad ciudadana no se puede convertir a pretexto de situaciones de emergencia en una violación constante de los derechos fundamentales o en una informadora de una política criminal destinada a su afeción. No hay pues una equivalencia entre seguridad (u orden) y libertad; la

seguridad (o el orden) son sólo presupuestos para una mayor amplitud de la libertad y, por tanto, en caso alguno pueden ser configuradas de modo que la restrinjan.

De ahí que hoy, dado que las formas de control están repartidas, que cada vez hay más organismos de seguridad de todo tipo más allá de los aparatos públicos, las garantías a la libertad han de ser más profundas e intensas. La relación persona Estado, no es sólo con la sociedad política, sino también con la civil. El poder de control cruza a ambas y no sólo en un control blando, a través de los controles informales, sino a través de controles duros o fuertes.

3- Pero también se trata de una política criminal de un Estado social, luego ello exige que haya una socialización del poder de definición. Esto es, una efectiva participación de todos, no sólo en el sentido representativo (esto es, a través de la elección de representantes) sino también mediante la descentralización real; lo cual, por una parte puede implicar formas plebiscitarias, pero también un aumento de la desproblematización de la cuestión criminal, en el sentido de devolver a las partes la resolución de los conflictos sociales. Si la cuestión criminal no es más que un conflicto social muy intenso que se ha problematizado y definido desde el poder que lo asume y controla, se trata entonces de devolver a las personas lo que les es propio y que ellas mismas lo superen, de ahí la necesidad de intensificar las formas de mediación o reparación.

Es por eso que tampoco necesariamente puede asustar la cifra oscura de la criminalidad, pues ello en gran medida puede significar que la sociedad está en capacidad de asumir que una gran cantidad de conflictos intensos tengan otra solución o no la tengan. Otra cosa diferente, como ya hemos señalado, es el de la discriminación y que en general en las cárceles de cualquier país la mayoría de la población penitenciaria pertenezca a un determinado estrato social, al más desfavorecido.

Una socialización del poder de definir implica a su vez un control del control, esto es, propiciar instancias comunitarias participativas que ejerzan un control de los poderes de definición, tanto públicos como privados. De ahí que no sólo han de darse agrupaciones de consumidores, ecologistas y otras, sino sobre todo de defensa de los derechos fundamentales o humanos.

Una socialización del control significa partir reconociendo que dentro del sistema predominal existen de todos modos tendencias autoritarias, centralistas y mesiánicas.

4- Por último se trata de una política criminal de un Estado de Derecho; simplemente se trata de la organización jurídico social del sistema, no hay pues una fundamentación absoluta o categorial, no se trata de una cuestión de fe ni de carácter científico puro, sino de algo relativo en cuanto está destinado sólo a una mejor organización del sistema para la felicidad de las personas. De ahí que el sistema de control penal sólo es una cuestión de extrema y estricta necesidad, pero sin que ello tenga capacidad para legitimarlo, sino simplemente para hacerlo explicable desde una política criminal cuyo sentido tiene que ser el que los conflictos sociales se resuelvan por vías no violentas. De ahí que en la base misma del sistema reside su propia deslegitimación, en la medida que siempre implica una determinada violencia sobre las personas y, por tanto, una contradicción con la finalidad perseguida, que es la no violencia. Es por eso que la violencia ejercida ha de ser la mínima necesaria en sí misma, no en relación a otra, no reactiva. Luego, ello excluye violencias duras, como la pena de muerte, el presidio perpetuo, las penas largas privativas de libertad, pues así se contradice en forma sustancial la finalidad perseguida. Por el contrario, hay que privilegiar formas alternativas al control penal”.

1.7- Diferentes planteamientos político criminales existentes en la actualidad

En los últimos tiempos han renacido las posiciones preventivo generales, con las cuales nació el Derecho Penal Moderno, pues hay que recordar que la primera gran obra sistemática y garantista fue la de Feuerbach, quien la elaboró desde un planteamiento político preventivo general, que precisamente lo plasmó en el principio de legalidad de los delitos y las penas, enmarcado dentro de las siguientes consideraciones:

1. De la posición preventivo general con retribucionismo a la prevención general radical o fundamentalista.

Nos parece que Welzel¹⁰ también adoptaba un criterio preventivo general, a pesar que él defendiera una posición retribucionista. En efecto, si se considera su planteamiento "el Derecho Penal tiene una función ético social", que está para proteger los valores éticos sociales y no en primer lugar los bienes jurídicos, lo cual sólo sería una consecuencia de lo primero", es evidente que se coloca en una situación preventiva, en que la norma está destinada a motivar respecto a la no afección de esos valores éticos sociales y no a evitar la lesión de bienes jurídicos. Coherentemente, entonces, se adelanta la punibilidad y basta para ejercer la coacción penal el desvalor de acto.

En suma hay en ello, más allá de la adscripción al retribucionismo, una posición preventivo general de tendencia radical, cuyo objetivo es integrar a través del sistema penal a las personas en determinados valores ético sociales. Pero ciertamente tampoco se puede pasar por alto que Welzel pone un límite, en cuanto reconoce que esos valores éticos sociales surgen desde los bienes jurídicos y por tanto en referencia ineludible a ellos y en que la pena conforme al retribucionismo se medirá por la importancia del valor ético social y la gravedad de su afección.

¹⁰ Welzel, Hans, **Derecho Penal Alemán**, Pág. 431

Luego, no es extraño entonces que esta variable existente en la teoría finalista, globalizara la posición preventivo general radical. La motivación de la norma ya no tiene que ver con los bienes jurídicos, sino sólo con su propia validez y, por tanto, tampoco con valores éticos sociales, sino simplemente con lo que dice el sistema, una pura cuestión procesal formal, esto es, con la existencia de deberes impuestos por el poder penal. Las normas motivan a integrar a las personas en el deber, si no lo hacen van a ser infieles al deber, en cuanto ellas son parte del sistema, más allá del sistema sólo la nada, el vacío, pues la medida político criminal estará simplemente en la motivación al deber de integración al sistema; quizá el único limite será la coherencia y racionalidad del propio sistema, aunque es dudoso que pueda darse un sistema fundamentalmente coherente y racional si partimos negando la legitimidad de éste.

En general, en mayor o menor medida, las posiciones preventivo generales positivas, hoy dominantes, tienden a tener esta radicalidad, en la medida que su objetivo es la integración de las personas al sistema y para ello construyen un deber de integración y ello implica adelantar y aumentar la punibilidad con el fin de ser consecuentes con el punto de partida, que no hay nada más allá del sistema, que las personas son tales en cuanto están en el sistema, que éste está por encima de ellas. Nuevamente se invierte la relación persona-Estado, ya no se trata de las garantías de aquélla frente a éste, sino de recalcar y acentuar la subordinación de la persona frente al Estado, la pérdida de su autonomía y, al mismo tiempo, ya no se trata de la violencia mínima necesaria, sino de la violencia adecuada para someter o integrar.

Un esfuerzo para evitar estas consecuencias es partir desde el bien jurídico y que la motivación de integración surge desde los bienes jurídicos, pero con ello no se avanza más allá de Welzel, pues de todos modos el bien jurídico como base político criminal garantista y deslegitimadora queda mediatizado frente al deber de integración.

Es por eso que con una política general positiva se vuelve al retribucionismo, pero sin los límites que éste impone; en tal caso sería preferible retomar el retribucionismo, en el cual por lo menos se establece el límite.

2. El retribucionismo. Detrás del retribucionismo, aunque no se lo diga, hay una política criminal, sólo que se la oculta sobre la base de que sólo se atiende a la dogmática y que aquella sólo dice con el surgimiento de la legislación, pero nada tiene que ver con el sistema punitivo mismo. Se pretende, por una parte, hacer creer que el poder de definir nada tiene que ver con lo definido y con los procesos de implementación de éste. Por otra, que lo definido es fundamentalmente justo y por tanto que hay un merecimiento absoluto entre hecho y pena aplicable. Es una política criminal de la autoridad intocable e inmutable, no sujeta a crítica, de ahí que encontrara su mejor expresión fundante en el positivismo del siglo XIX y que en la base de la dogmática tradicional se colocara siempre una categoría científica, aparentemente indestructible y ajena a toda discusión, la causalidad.

3. La prevención general negativa o intimidatoria. El antecedente de la prevención general positiva o integradora es ciertamente la prevención general negativa o intimidatoria. Ahora bien, una política criminal destinada simplemente a intimidar a las personas, de partida implica rebajar su dignidad de tal, en cuanto estima que todas ellas configuran sus relaciones sólo con base en la amenaza, en la violencia. Por otra parte, su punto de partida resulta tan falso que tampoco logran empíricamente comprobar que ello es cierto o por lo menos que la amenaza de la pena tiene tal cualidad en relación a las personas. En otras palabras, las personas reivindican su carácter de tal y no de animales, con lo cual echan por tierra el presupuesto básico de esta política criminal, que además para ser coherente tiene necesariamente que llegar al terror estatal y aún a trastocar la jerarquía de los derechos fundamentales de la persona en cuanto sólo tiene que guiarse por la frecuencia de los hechos delictivos (o por su pretendida gravedad puntual, la llamada alarma pública) y no por la trascendencia del bien jurídico afectado.

1.8- En dirección a una política criminal democrática

Aparece de suyo que las políticas criminales preventivo generales y sobre todo las positivas radicales tienden a convertir el sistema penal en prima ratio y no en última ratio o extrema ratio como siempre se ha sostenido y en especial en los últimos tiempos. En efecto, si consideramos el planteamiento finalista, la política criminal se va a preocupar sólo de los desvalores de acto cuando todo el resto del ordenamiento jurídico se preocupa sólo de los desvalores de resultado, esto es, en la medida que un derecho subjetivo ha sido efectivamente violado. El sistema penal se convierte no en el vértice último del sistema de control o de sanciones, sino en la base misma de él. Lo esencial será la fidelidad al sistema, lo cual entonces estará en el fundamento mismo de él y sirviendo de tal a todos los demás sectores del Derecho.

Una tal concepción es propia del más marcado autoritarismo, de la creencia en la inmutabilidad fundamental del sistema y en la anticipación del mundo feliz. Todo lo contrario de una concepción de un Estado social y democrático de derecho, que por su esencia reconoce la existencia de desigualdades, asume las diferencias culturales, reivindica la libertad de las personas y su participación en él.

De ahí que una política criminal democrática tiene que partir reconociendo que el poder de definir no es más que una facultad del Estado, su autoconstatación, y que por tanto no hay una cuestión de legitimidad, sino simplemente que las propias personas le han otorgado un poder para ponerlo al servicio de las personas. Pero sin desconocer al mismo tiempo que tal servicio a través del ejercicio del control penal implica a su vez siempre violencia y que si la finalidad de un sistema democrático es resolver los conflictos sociales a través de la no violencia, ciertamente hay entonces una ilegitimidad de origen en el control penal, que necesariamente ha de estar considerada en la base de una política criminal democrática. De ahí que el ejercicio del control punitivo ha de estar basado en argumentos tan fuertes (extrema ratio) que justifiquen tal servicio y por eso mismo, por esencia, sujeto a crítica y revisión constante.

Es por eso que desde un comienzo aparecen como esenciales los principios limitativos de ese poder de definir, en cuanto su trasgresión implica desconocer su origen y su finalidad. Tales principios pedagógica y metodológicamente se pueden dividir en: de carácter material y formal, pero sin perder de vista que conforman una unidad. En ese sentido, desde un punto de vista material, la dignidad de la persona aparece coherentemente como el primero, en cuanto se ha de partir de su autonomía personal (es decir, no tutelada o absorbida por el sistema), el segundo la protección de bienes jurídicos, en cuanto ellos son propios a la persona (es decir, el reconocimiento que el control penal está al servicio de ella) y tercero la necesidad de la intervención (que recuerda la ilegitimidad de origen del control penal), en la medida en que ella puede que no sea indispensable, no sea la mejor forma o provoque mayores males. La perspectiva formal no es sino la plasmación procesal de estos principios y así hay que entender el llamado principio de legalidad de los delitos y las penas, y por eso en su base esté el principio de conocimiento, esto es, que las personas conozcan qué es lo que está prohibido, la norma sólo tiene un sentido instructivo o informador.

Estos principios hay que entenderlos no sólo aplicables al derecho penal, sino al sistema penal en su conjunto, entendiendo por tal tanto a todos los sectores legislativos de él, como a todas sus instituciones y operadores.

Ellos, a su vez, han de plasmar las exigencias básicas de un sistema democrático, que son las de redistribución del poder penal, de favorecimiento a las libertades de las personas, de devolución a los propios participantes del poder de definir y de propiciar un control del propio poder penal.

Sólo así podremos configurar una política criminal de un Estado social y democrático de Derecho.

1.9- Construcción de un modelo de política criminal

En primer lugar diremos que para la formulación o construcción de un modelo de política criminal, estaremos a lo dispuesto de lo que piense en su momento cada grupo de poder que asuma el gobierno, ya que de la calidad profesional y moral de sus funcionarios dependerán los objetivos que se tracen.

Hemos visto hasta ahora dónde radica la importancia de la política criminal, cuál es su alcance y cómo se manifiesta, sin embargo antes de entrar en detalle de los modelos a los que se refiere el presente trabajo, queremos hacer referencia a grandes modelos de política criminal que se han ido perfilando en el curso del tiempo.

La organización que la política criminal hace de las diferentes respuestas del cuerpo social al fenómeno del delito, ha ido adoptando diferentes respuestas del cuerpo social al fenómeno del delito, ha ido adoptando diferentes modelos a lo largo de la historia, según la diferente importancia que se le ha concedido a alguno de los siguientes conceptos: La idea de libertad, la idea de igualdad y la idea de autoridad.

En última instancia, podemos afirmar que todos los modelos de política criminal trabajan sobre estos tres conceptos, y sólo variarán en cuanto al contenido y el papel que le asignen a cada uno de ellos.

En primer lugar nos referiremos al modelo autoritario, el cual tiene como característica fundamental que subordinan completamente los principios de libertad y de igualdad al principio de autoridad, por lo tanto el alcance de la política criminal, prácticamente, no tiene límites.

Una política criminal que no establece sus propios límites es necesariamente autoritaria. De este tipo de política han existido innumerables ejemplo. Hoy en día cabe la pregunta si tras formas aparentemente democráticas, no se estará filtrando el viejo modelo, revestido de nuevos conceptos y nuevas palabras.

Un claro modelo de política criminal autoritaria ha sido el del fascismo, donde era la manifestación de un estado todopoderoso que no tenía límite alguno a su esfera de incumbencia.

Similares son los modelos integristas-, como algunos que se dan en el mundo musulmán, donde la política criminal manifiesta no ya un poder estatal, sino un poder religioso, igualmente o más limitado aún.

En Guatemala, hemos padecido durante largo tiempo este tipo de modelos autoritarios, lo cual se constituye como una realidad inmediata que no necesita mayores explicaciones.

Por otro lado no podemos decir de una política criminal que es ilimitada y hablar de términos absolutos. Eso no se da en la realidad histórica porque siempre se establecen límites, aunque éstos sean meramente formales, para sostener la credibilidad del modelo. Lo cierto es que, aun en estos casos los límites no cumplen una función importante y en cualquier momento, si el poder lo decide, son sobrepasados. En otras palabras, la idea de límite cumple una función cosmética o de curativa dentro del modelo de política criminal.

Como contraposición a los modelos autoritarios, encontramos lo que se ha llamado el modelo liberal de política criminal. Este se basa en la idea de que todo ejercicio de este tipo de política tiene necesariamente límites absolutos.

Estos límites no son decisiones por imposibilidad. A veces una política no llega a realizarse plenamente debido a la resistencia de los ciudadanos. En este caso, los límites le vienen de afuera y no son un mérito de la política en sí. La política criminal liberal, en cambio, se caracteriza por tomar decisiones de auto limitación. Esta auto limitación se basa en los principios de legalidad y certidumbre, es decir, en la idea de que el ejercicio de la política criminal debe ser racional y limitado.

En las concepciones más modernas, no sólo se ha entendido como absolutamente necesario establecer esta auto limitación mediante la ley sino que, además, se fijan ciertos límites sustanciales también infranqueables. Uno de estos límites infranqueables es lo que se ha llamado el derecho a la diferencia, es decir, el derecho de las personas a ser distintas del resto, a no aceptar los valores de la sociedad en que viven. Otro límite de este tipo está constituido por el derecho a la vida privada, es decir, la decisión de que la política criminal no puede de ningún modo invadir la esfera de la intimidad de las personas ni pretender modelar sus conciencias.

Como podemos apreciar, este modelo liberal le da preeminencia al principio de libertad por sobre el de autoridad y el de igualdad.

Existe un tercer modelo que se preocupa particularmente por el hecho de que, a veces, la injusticia funciona para algunos individuos de la sociedad y no para todos. Su objetivo primordial es establecer un sistema igualitario, donde la política criminal conceda un trato similar a todos los ciudadanos que se encuentren en idénticas condiciones.

Este modelo de política criminal al que llamaremos igualitario, ha tenido un resurgimiento modernamente y es de donde partiremos para fundamentar los modelos de Justicia Reparadora y Abolicionista.

En armonía con la orientación que contiene nuestra Constitución Política de la República, se debe tratar de construir un modelo *ius humanista*, es decir que al igual que la norma suprema tienda a guardar los valores más altos de la persona humana y la sociedad, no significando ello que se deba relegar al derecho en ningún momento, sino, que por el contrario, considerar a este como el instrumento privilegiado para la realización de esa política criminal, ya que es el derecho el instrumento más racional que ha elaborado la sociedad para ordenar la vida de los ciudadanos.

Creemos que para que una política criminal *ius humanista* tenga una acogida positiva dentro de sociedad a la cual se aplica, debe reunir algunas características tales como: a) Denotar transparencia en los actos de respuesta al fenómeno criminal, de donde resultan involucrados la Policía Nacional Civil, el Ministerio Público y los órganos jurisdiccionales; b) Que sea pronta y cumplida; c) Ajustarse cuanto antes a las variantes que presente el fenómeno criminal, para brindar seguridad y la transparencia enunciada *ut supra*; y, d) Debe ser lo más participativa posible, permitiendo a las fuerzas sociales que coadyuven en la organización y funcionamiento de la misma.

1.10- Algunos criterios de política criminológica para una reforma de la justicia penal

A continuación exponemos algunos criterios de política criminológica para una reforma de justicia penal los cuales consideramos importantes. Sin duda alguna sabemos que hemos omitido muchos otros, también importantes, que deberían ser tratados en un trabajo de mayor extensión.

Un programa de política criminal debería desarrollarlos y establecer una estrategia y un orden de acciones para llevarlos a la práctica teniendo en cuenta la realidad en cada caso. Son criterios generales. Pensamos que tanto en la prevención anterior al delito como en el accionar del sistema de justicia penal deberían ocupar un lugar importante, teniendo en cuenta también las distintas categorías -que presuponen formas específicas de prevención- y la realidad social, cultural, económica y jurídica de cada país.

Los hemos agrupado sistemáticamente de la siguiente manera:

- a. criterios a tener en cuenta en la política criminológica (de prevención) anterior a los hechos delictivos y a la intervención del sistema de justicia penal;

a.1- Fortalecer la prevención primaria o social de la criminalidad, con acciones a nivel de la familia, la escuela, el trabajo, (en particular el trabajo de menores), la salud, la recreación, la planificación urbana.

a.2. Fortalecer la prevención del delito por medio de la comunidad. La policía no debe apropiarse del problema delictivo. Este es un problema social, en el que deben trabajar en su solución especialmente las comunidades directamente afectadas, participando conjuntamente con la policía en la elaboración de estrategias de prevención y en el establecimiento de prioridades de acción y de movilización de recursos.

a.3. Procurar reducir al máximo posible ciertas formas de prevención directa y personal del delito, tales como armas para defensa personal y policías privadas (con prohibición total de las armas y calibres de guerra), que sustituyen la acción estatal en el uso de la fuerza, multiplican la violencia social y elevan el riesgo de vida para la propia víctima.

b. criterios a tener en cuenta a partir de la intervención del sistema de justicia penal.

b. 1. Promover una distribución presupuestaria y de recursos humanos en el Sistema de justicia penal que eleve las actuales proporciones de los subsistemas judicial y penitenciario, para garantizar la independencia del poder judicial y la juridicidad de sus resoluciones, así como para garantizar un nivel de funcionamiento del sistema penitenciario que evite las violaciones a los derechos humanos que suceden en razón de la limitación de recursos humanos y materiales elementales.

b.2. Promover, en la mayor medida posible, las formas no-penales de resolución de conflictos (Somos conscientes de que, en esta materia, un obstáculo importante es el principio de legalidad, según está establecido en nuestros sistemas jurídico penales. Este es uno de los temas importantes para trabajar en

función de una política criminal innovadora, que tenga como objetivo principal la paz social a partir de la satisfacción de los miembros de la sociedad y no indispensablemente a partir de la sanción penal).

b.3. Orientar la acción del ministerio público hacia la persecución de los delitos más graves y que causan mayor daño social, tales como criminalidad violenta, drogas y criminalidad económica. De esta manera se obtendrá un mejor resultado en términos de Justicia y una distribución más racional y eficiente de los recursos humanos existentes, al reducirse los esfuerzos proporcionalmente destinados a la persecución de los delitos menos graves. Aquí, nuevamente habría que actuar en forma innovadora frente al principio de legalidad vigente (o frente a la interpretación que se ha hecho hasta el momento de este principio, ya que en la realidad sí se produce una selección de los casos que son perseguidos por la justicia y de los que -con frecuencia por limitaciones de capacidad de trabajo- no lo son. Hay ejemplos en los que se ha logrado con éxito compatibilizar la vigencia del principio de legalidad con Instrucciones de política criminológica al ministerio público para priorizar la persecución de determinados delitos de mayor gravedad.

b.4. Revisar la situación de la víctima en el proceso, estableciendo su participación en él.

b.5. Establecer una política penológica que priorice las sanciones y medidas no privatizadas de libertad y proactivas, tales como trabajo en la comunidad, reparación a la víctima, reconocimiento del hecho y perdón del ofendido, y otras, y destine la pena de prisión sólo para los delitos de mayor gravedad, con el objeto de reducir en lo posible la violencia de respuesta del sistema penal y que ésta no sea un obstáculo para la inevitable y necesaria reinserción social de quien ha delinquido.

CAPÍTULO II

2- El derecho penal como modelo

2.1- Definición de derecho penal

Los autores guatemaltecos Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela¹¹, nos señalan que: “Tradicionalmente se ha definido el Derecho Penal en forma bipartita, desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo; consideramos que esta división aún sigue siendo válida...”

“Desde el punto de vista subjetivo (jus puniendi) Es la facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano (Fundamento filosófico del Derecho Penal), es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso...”

Desde el punto de vista objetivo (jus poenale). Es el conjunto de normas jurídico – penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva que contiene nuestro Código Penal en su artículo 1º. (Nullum crimen, nulla poena sine lege), y que se complementa con el artículo 7º. Del mismo Código (Exclusión de analogía) el derecho penal para su estudio se define de la siguiente manera:

Finalmente agregan estos autores: “En suma podemos definir el Derecho Penal Sustantivo o Material (como también se le llama), como parte del derecho compuesto por un conjunto de normas establecidas por el Estado que

¹¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela, **Derecho penal guatemalteco**, Pág. 4

determinan los delitos, las penas y/o medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen”.

Con lo anteriormente anotado podemos señalar las características del Derecho Penal:

- 1- Público
- 2- Normativo
- 3- Valorativo
- 4- Finalista
- 5- Sancionador
- 6- Cultural
- 7- Preventivo y
- 8- Rehabilitador

Así mismo podemos señalar las diferentes denominaciones que el Derecho Penal ha recibido:

- 1- Derecho Criminal
- 2- Derecho Penal
- 3- Derecho de Castigar
- 4- Derecho Represivo
- 5- Derecho Sancionador
- 6- Derecho Determinador
- 7- Derecho Reformador
- 8- Derecho de Prevención
- 9- Derecho Protector de los Criminales
- 10- Derecho Protector de la Sociedad
- 11- Derecho de Lucha Contra el Delito y
- 12- Derecho de Defensa Social

De acuerdo con la evolución histórica del Derecho Penal, las épocas que se le conocen son:

- 1- De la Venganza Privada;
- 2- De la Venganza Divina;
- 3- De la Venganza Pública;
- 4- Período Humanitario;
- 5- Época científica;
- 6- Época moderna.

2.2- Naturaleza jurídica

Los autores de Mata Vela y de León Velasco¹², no manifiestan al respecto que “Cuando inquirimos sobre la naturaleza jurídica del Derecho Penal, tratamos de averiguar el lugar donde éste nace y la ubicación que tiene dentro de las distintas disciplinas jurídicas, y así cabe preguntarnos: si pertenece al Derecho Privado, al Derecho Público o si pertenece al Derecho Social, que son los tres escaños en que se le ha tratado de ubicar”.

“El hecho que algunas normas de tipo penal o procesal penal, puedan dar cierta intervención a los particulares en la sustanciación del proceso o en la iniciación del mismo por la clase de delito que se trate (instancia de parte interesada por ser delito privado, el perdón del ofendido y el sobreseimiento del proceso en ciertos delitos privados, etc.), no es ninguna justificación válida para pretender situar al Derecho Penal dentro del Derecho Privado (como el derecho civil y el derecho mercantil); la venganza privada como forma de reprimir el delito, dejando a los particulares hacer su propia justicia ha sido formalmente desterrada del derecho penal moderno, y si bien es cierto que aún pueden darse algunos casos en nuestro medio, esto no solo es ilegal sino absurdo en una sociedad civilizada y jurídicamente

¹² **Ob. Cit.**, Pág. 5 y 6

organizada donde solamente al Estado corresponde determinar los delitos y establecer las penas o medidas de seguridad. La intervención de los particulares en la ejecución de la pena, es en los libros tan sólo un recuerdo histórico de las formas primitivas de castigar”.

“Algunos tratadistas, en época reciente y amparados por las novedosas corrientes de la defensa social contra el delito, han pretendido ubicar al Derecho Penal dentro del derecho social (como el derecho de trabajo y el derecho agrario), sin embargo tampoco se ha tenido éxito. El Derecho Penal es una rama del Derecho Público Interno que tiende a proteger intereses individuales y colectivos (públicos o sociales); la tarea de penar o imponer una medida de seguridad es una función típicamente pública que solo corresponde al Estado como expresión de su poder interno producto de su soberanía, además de que la comisión de cualquier delito (privado, público o mixto) genera una relación directa entre el infractor y el Estado que es el único titular del poder punitivo, en tal sentido, consideramos que el Derecho Penal sigue siendo de naturaleza pública”.

“Es necesario indicar, que la mencionada distinción entre derecho público y derecho privado, es en la actualidad, puramente referencial, pues en la práctica, hay muchas actividades del derecho privado que se ven inmersas en el derecho público y viceversa, al extremo que se piensa que la gran polaridad entre lo público y privado, existente en la época de filósofos del derecho como G. Radbruch, se encuentra por lo menos en crisis”.

2.3- Fines

Seguendo a los autores *supra* relacionados, nos indican: “El Derecho Penal o Criminal... ha tendido tradicionalmente como fin el mantenimiento del orden jurídico previamente establecido y su restauración a través de la imposición y la ejecución de la pena, cuando es afectado o menoscabado por la comisión de un delito... el de ser

también preventivo y rehabilitador, incluyendo entonces dentro de sus fines últimos la objetiva prevención del delito y la efectiva rehabilitación del delincuente para devolverlo a la sociedad como un ente útil a ella”.

2.4- Crisis del derecho penal guatemalteco

Se habla actualmente de la crisis del derecho penal contemporáneo y que la crisis del derecho penal guatemalteco no es sino consecuencia del primero; atribuyendo la mencionada crisis al la inadecuado planteamiento de resolución de determinadas situaciones jurídicas, así como a otras situaciones jurídicas que ni siquiera se han intentado resolver.

Por ejemplo en la historia jurídica guatemalteca, se puede contar la promulgación de cinco códigos penales hasta la presente fecha.

Señalan los profesores de León Velasco y de Mata Vela¹³: “Entre los más sobresalientes indicios que revelan crisis en nuestro ordenamiento penal, podemos mencionar con relación a su parte general; la falta de definiciones respecto de los institutos más importantes como son el delito y la pena... también es indicio de crisis en esta parte, la enumeración de una serie de medidas de seguridad (reeducadoras y curativas principalmente), que sólo sirven de ornamento, ya que por lo general nunca se aplican, por un lado porque no existen establecimientos adecuados para ello, y por otro porque la práctica criminológica brilla por su ausencia”.

“...la parte especial... presenta un sin número de figuras delictivas, que si bien es cierto son vigentes, no son positivas, por cuanto que su tipificación es completamente adversa a nuestra realidad social; aparte de ello existe un incongruente sistema de penas mixtas (prisión y multas), para determinados delitos,

¹³ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela, **Ob. Cit.**, Pág. 20

que desde ningún punto de vista pueden ser conformes con los fines asignados modernamente a la pena, como consecuencia del delito”.

Mientras esto sucede en Guatemala, el 17 de julio de 1998 se lleva a cabo lo que constituye un hito trascendente para la historia de los pueblos del mundo. En Roma, la comunidad internacional aprobó el estatuto para la creación de una corte penal internacional, se proclamó formalmente la defensa global de los derechos humanos y la voluntad común de una acción coordinada por todas las naciones para que los crímenes que agravian a la humanidad no queden impunes. Así como la firma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 determinó el fin de las guerras y la superioridad de las razas, abriendo paso a la igualdad de las personas proclamada en su artículo.1º, el Estatuto orienta una nueva concepción universal en torno a la defensa de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad.

Casi 100 países han ratificado el Estatuto de Roma y esa jurisdicción penal universal ha comenzado a tener vigor, a través de la instalación del tribunal y la fiscalía.

El multilateralismo es el espacio supranacional constituido desde el poder soberano de los Estados, para garantizar globalmente el respeto a los derechos humanos y la búsqueda de una paz duradera. La Corte Penal Internacional es la consagración suprema del multilateralismo para luchar contra la impunidad de los crímenes que nos agravian. Pero no es suficiente que las naciones descansen en la sola existencia de la Corte para impartir justicia, sino que deben asumir sus responsabilidades en el plano interno y externo que permitan fortalecer este camino.

Con la existencia de esta Corte cobra vital importancia el principio de complementariedad el cual implica ahora para los países firmantes y ratificantes del Estatuto, una serie de obligaciones internas de implementación que surgen del principio de complementariedad, porque lo que se ha creado es un verdadero sistema jurídico penal internacional que debe funcionar de manera armoniosa y coordinada

entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción internacional. No se trata de una instancia superior ni forzada, no es un tribunal de apelación, sino que, por el principio de complementariedad, la primera obligación de juzgamiento recae sobre la justicia del Estado, y solo si éste no quiere o no puede ejercerla, por cualquier motivo, la Corte llevará adelante el enjuiciamiento de los crímenes establecidos como de su jurisdicción por el Estatuto de Roma. No sustituye los sistemas de justicia penal nacionales, sino que actuará complementariamente con éstos. La Corte no despoja a ningún Estado de su competencia, sino que sólo interviene si aquél no lo hace.

El propio preámbulo del Estatuto dice¹⁴ que: "...La Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de jurisdicciones penales nacionales..." El artículo.1º indica de modo expreso: "Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales..."

El principio de complementariedad actuará como una garantía para fortalecer la soberanía nacional y establecer pautas elevadas de protección de los derechos humanos en las respectivas jurisdicciones locales.

Por tanto, el sistema reconoce en las jurisdicciones nacionales la obligación primaria del juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos y recién ante la inacción de éstas, aparece la jurisdicción de la Corte Penal Internacional para asegurar que no queden impunes. Los Estados deben cumplir con esta obligación y la Corte será un complemento efectivo en el sistema internacional de justicia.

El sistema también influirá de manera decisiva para que los estados realicen los mayores esfuerzos para asegurar una justicia eficaz e independiente, procurando mejorar los sistemas de justicia nacionales.

¹⁴ Estatuto de la Corte Penal Internacional, Pág. 3

El Estatuto de Roma no afecta la soberanía de los Estados, sino que al contrario, es una manifestación del ejercicio de poder soberano de los estados para la constitución de un sistema universal

Dándole una rápida vista a los deberes de los Estados parte diremos que para que pueda funcionar ese sistema complementario, y tanto para la actuación de la justicia local, como para habilitar la actuación de la justicia internacional, los Estados han quedado obligados, por la firma del Tratado, a realizar algunas acciones, entendidas no como simples potestades, sino como auténticos deberes jurídicos de las naciones firmantes tales como:

El deber de implementación: Esto significa la obligación de traer a nuestra legislación penal positiva las normas específicas que permitan la actuación del tribunal penal internacional; en particular, la tipificación de los delitos dentro de cada sistema nacional.

De no existir esa definición de los crímenes, no podrá cada país, proceder al juzgamiento por aplicación de la competencia primaria que le corresponde. La legislación de implementación está, por tanto, destinada a criminalizar los hechos o conductas especificados en el Estatuto de Roma dentro del orden jurídico nacional.

Los Estados deben disponer de un ordenamiento jurídico normativo armónico y compatible con el Estatuto.

Entre los artículos 5 al 8 están definidos de manera exhaustiva los crímenes de competencia de la Corte, tipificando con claridad las conductas configurativas de cada uno de los delitos de: Genocidio, Crímenes de lesa humanidad y Crímenes de Guerra, restando definir al de agresión.

Esa descripción de conductas criminales debe estar incorporada dentro de la legislación penal de los Estados Parte, para garantizar una competencia complementaria eficaz entre ambas jurisdicciones.

Pero el deber de implementación de los estados debe ser tomado como un piso. Toda vez que el derecho internacional les imponga obligaciones más exigentes que las del Estatuto de Roma, éstos deben satisfacerlas y sólo de ese modo quedará satisfecho adecuadamente el deber jurídico de la implementación. Recordemos que el Estatuto de Roma, aunque consagra estándares elevados de protección, no siempre expresa los más altos parámetros de protección de derechos humanos, porque la búsqueda de adhesiones para la aprobación del Estatuto en 1998 fue cercenando contenidos.

También es necesario tener en cuenta que en muchos casos será insuficiente la incriminación doméstica de crímenes de acuerdo a la tipificación tomada de Convenciones Internacionales que, en algunos casos penalizan más allá del Estatuto (por ejemplo la perpetración esporádica o aislada contra la exigencia de una práctica sistemática y generalizada del Estatuto), pero no siempre comprenden con amplitud las otras conductas descritas por el Estatuto. Por ejemplo, la tortura. Muchos Estados han tipificado este delito de conformidad con lo establecido en la Convención contra la Tortura de la OEA de 1985 que entró en vigencia el 28 de febrero de 1987, refiriendo comportamientos perpetrados por agentes estatales o por particulares que cuenten con su aliento o tolerancia. El Estatuto de Roma ha incorporado una novedosa descripción que incluye los actos de tortura cometidos también por particulares, sin vinculación directa o indirecta con las autoridades estatales, aunque sí condicionada a que haya sido cometida como práctica generalizada o sistemática contra una población civil.

Por tanto, la definición del Estatuto comprende comportamientos que no estaban en la Convención, y aun para aquellos Estados que fueran parte de aquella, deberán ahora ingresar este concepto más amplio.

Esta adaptación será indispensable para que los Estados puedan cumplir con su obligación y puedan hacer comparecer a los acusados de esos crímenes a sus propios tribunales de conformidad con lo dispuesto por el Estatuto de Roma. De lo contrario, la jurisdicción local cederá ante la universal por la imposibilidad del Estado de llevar adelante el juzgamiento.

En cuanto al Delito de Genocidio, el delito aparece incorporado con la ratificación, ya que el Estatuto de Roma ha adoptado la definición de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio de 1948, entendiendo por tal a un delito autónomo distinto de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Se entiende por Genocidio (artículo.6 del Estatuto), "cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, radical o religioso, como tal:

- a) matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo".

En cuanto a los Crímenes de Lesa Humanidad, en el artículo.7, 2da.parte, ha sido coincidente con la definición de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas de Belem do Para de 1994: "...la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".

Pero además, agrega a los particulares como autores comprendidos dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional, y un nuevo elemento temporal que no se encontraba en otros instrumentos: "por un período prolongado".

Dentro de los delitos sexuales: Por primera vez un tratado internacional de derechos humanos ha incorporado de manera tan explícita la perspectiva del género. Así como lo ha hecho en la exigencia de una equidad para la integración del tribunal, también se ha considerado en la tipificación de los delitos. Los delitos sexuales y la persecución por razón del género son delitos que agravian al conjunto de la humanidad y podrán ser perseguidos por el nuevo sistema jurídico penal universal.

Este gran avance en el derecho internacional de los derechos humanos también constituye un parámetro para el derecho interno. Así como dijimos que para los demás delitos el Estatuto es sólo un piso por no tener los estándares más altos en materia de protección, lo contrario podemos afirmar en cuanto a los delitos sexuales que, sin duda, son un estándar muy alto que abrirá un nuevo camino para la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

El artículo.7.3 define de este modo: "...se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad..." Y luego el Estatuto utiliza reiteradamente el concepto género para calificar, por ejemplo, a la violencia. En el artículo.21.3 dice: "La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición."

Los artículos.7 y 8, descriptivos de conductas configurativas de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra respectivamente, recogen dentro de su

enunciación, los delitos de índole sexual: violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

El Estatuto agrega además normas especiales de procedimiento y prueba para víctimas y testigos de la violencia sexual:

- a) No se requerirá la corroboración del testimonio de la víctima en los casos de violencia sexual;
- b) El consentimiento de la víctima no podrá ser utilizado como argumento de la defensa;
- c) No se admitirán pruebas sobre la conducta sexual de la víctima.

Dentro de lo dispuesto para la protección de las víctimas: Este punto es la instalación efectiva del nuevo paradigma en materia de derechos humanos: la consideración del papel de la víctima como una de las partes fundamentales dentro del proceso penal.

El Estatuto les reconoce tres tipos de derechos:

- a) A la participación en el proceso;
- b) A la protección;
- c) A la reparación.

Se ha basado en la definición de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las Víctimas de delitos y abusos de poder, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 40/34 de 1985. Son las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de

algún crimen de competencia de la Corte. "Las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder".

Dentro de proceso penal, se reconoce a las víctimas: a) derecho a la actuación; b) derecho a la información; c) derecho a la asistencia; d) derecho a participar en la reparación.

Dentro de la reparación, el Estatuto garantiza:

- a) La rehabilitación;
- b) La restitución;
- c) La indemnización;
- d) La satisfacción; y,
- e) La no repetición.

Como podemos observar con esta breve descripción incluso a nivel internacional, contamos con instrumentos propios de una política internacional criminal, que no hacen sino criminalizar y penalizar, por lo que cae de su propio peso que aún son muchos los países que persisten en este tipo de respuestas en su lucha contra el crimen.

CAPÍTULO III

3- Aportes del modelo abolicionista

3.1- Definición del modelo abolicionista

En su trabajo de política criminal elaborado conjuntamente por el Ministerio Público y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala¹⁵, nos exponen que: “Doctrinariamente existen dos conceptos del abolicionismo. En un sentido restringido se incluye a quienes propugnan por la abolición de alguna figura o institución del sistema penal como la cárcel, la pena de muerte, etc. En un sentido amplio se incluye a quienes propugnan de verdad por la abolición completa del sistema penal y de toda forma de resolución coercitiva del conflicto”.

3.2- Fundamento del modelo abolicionista

El modelo de política criminal denominado abolicionista, tiene su principal fundamento criminológico en los planteamientos de la criminología radical o crítica, la cual descalifica objetivamente al sistema penal como mecanismo de control social, indicando que el sistema penal no cumple con los objetivos que aparentemente se le han atribuido por muchos años, es decir: La prevención general y la prevención especial.

¹⁵ Ministerio Público y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, **Módulos I y II, Política criminal y métodos alternativos de resolución de conflictos**, Pág. 6

Esta corriente, establece que el sistema penal, es incapaz de responder a la conflictividad social y por ello no solo es ilegítimo sino ineficaz.

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

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

Uno de los autores más destacados del modelo abolicionista, es Hulsman, señala el documento conjunto de las instituciones *supra* indicado¹⁶ el cual plantea que “el abolicionismo no es una utopía sino una realidad; pues en la realidad el sistema penal está abolido porque si no se aplica. Lo que sucede es más bien que existe una intervención violenta del Estado que no se justifica por el propio sistema pues quebranta los controles que éste se ha inventado para legitimarlo... por ello, plantea la necesidad de abolir el sistema penal por mera solidaridad a los condenados a las víctimas, a la sociedad en su conjunto y con los funcionarios que les corresponde asegurar el sistema penal”.

3.3- Realidades del aporte del modelo abolicionista

Históricamente dentro de los antecedentes más directos del abolicionismo se encuentra el movimiento de abolición de la esclavitud, movimiento abolicionista de la pena de muerte, así como de los castigos corporales.

¹⁶ Ministerio Público y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, **Ob. Cit.** Pág. 7

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

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

3.4- Criticas al modelo abolicionista

Entre las principales se le señalan:

- a) Desconfía al monopolio de la respuesta estatal, pero cree ciegamente en la respuesta social.
- b) Los valores que propugna no son acordes con la realidad de los valores de las sociedades modernas.
- c) Se le cuestiona que abolir el derecho penal incluye abolir los límites al derecho penal lo cual puede producir la instauración de una sociedad disciplinaria sin controles.
- d) Científicamente se dice que parte de supuestos no demostrables, especialmente en cuanto a que no es científicamente demostrable que la abolición del sistema penal produzca respuestas no violentas por parte de la sociedad.

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

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

CAPÍTULO IV

4- Aportes del modelo de justicia reparatora

4.1- Generalidades del modelo de justicia reparatora

La jurista Gabriela Vázquez¹⁷, señala que el establecimiento de una política criminal democrática, requiere que el poder estatal se restrinja a los casos verdaderamente graves; es decir, se utilice como último recurso en el caso de que otros instrumentos jurídicos de la política social no resulten suficientes para prevenir estos comportamientos.

No obstante ello, observamos frecuentemente una verdadera inflación penal que otorga poderes penales a los operadores del sistema punitivo, con la pretensión de responder a las reclamaciones de seguridad de los ciudadanos. Sin embargo la crisis de legitimación del sistema penal y en especial, de la pena privativa de libertad y su probada incapacidad para reinsertar socialmente al autor del delito, ha determinado la búsqueda de nuevos caminos para solucionar estos problemas.

Entre estas transformaciones sustanciales el ingreso de los intereses de la víctima, a través de diferentes mecanismos jurídicos, adquiere una relevancia singular; en especial, en lo que se refiere a la reparación del daño. En este caso, debe entenderse la reparación del daño como cualquier solución que objetiva o simbólicamente, restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima.

¹⁷ Vázquez Smerilli, Gabriela J., **La reparación del daño producido por un delito “Hacia una justicia reparatora**, Pág. 1.

Se trata entonces, de abandonar el modelo de justicia punitiva hacia la construcción de un modelo de justicia reparatoria.

En un momento en el que la sociedad clama por más seguridad y las decisiones de política criminal son cada vez más punitivas. Están surgiendo nuevas posturas en la Administración de Justicia que van más allá de la respuesta inmediata y que persiguen el restablecimiento de la paz jurídica. La solución del conflicto es posible a través de medios diferentes a los tradicionales.

Es posible una Administración de Justicia que busque soluciones incidiendo en las causas del conflicto y que individualicen el castigo.

Es importante recuperar a la víctima en la resolución del conflicto, buscando la conciliación víctima-delincuente y adjudicar a la sociedad un papel protagonista en la recuperación del infractor.

La justicia reparatoria es concebida como substitutivo de los sistemas tradicionales de justicia penal, la idea de justicia reparadora se ha aplicado en situaciones muy diversas, que van desde los programas víctimas-victimarios creados en el contexto de los procedimientos judiciales contra menores, hasta la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica.

En la mayoría de las acciones penales, el juicio se centra en el autor, el delito cometido y la pena. La justicia restauradora abarca todos los métodos - como el diálogo y la mediación - que tratan de restaurar sociedades fracturadas y heridas por medio de procedimientos centrados en la víctima, cuyos elementos esenciales son la comunidad y el diálogo.

Estas maneras de proceder han sido muy eficaces en grupos pequeños o al nivel de la comunidad. La cuestión que se plantea por lo que respecta al programa sobre Impunidad, Verdad, Justicia y Reconciliación es saber si esos métodos pueden ser eficaces también en el plano nacional e internacional. Algunas experiencias, tales

como la de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica y la de la Comisión de la Verdad de Guatemala, han demostrado que estas comisiones llenaron un espacio que los tribunales en lo penal habían dejado vacío.

4.2- Definición de justicia reparatoria

El modelo de justicia reparatoria, consiste en construir la ilicitud penal como la producción del daño, es decir, como la afectación de los bienes e intereses de una persona determinada. En este modelo, se percibe el delito más como un conflicto que como una infracción y otorga a la víctima un protagonismo en la resolución del caso penal más acorde a su condición de damnificada por la infracción penal.

Asimismo, este modelo propicia un diálogo entre victimario y víctima, el que se plasma en la posibilidad de establecer mecanismos de solución entre las partes que permitan el restablecimiento objetivo o simbólico de la situación a su estado anterior.

4.3- La reparación en cuanto a la pena

En la presente época, el problema es determinar como se puede considerar la reparación de la víctima dentro del derecho penal material, especialmente en el sistema de las consecuencias jurídicas.

A este respecto Julio Maier¹⁸, sostiene que "... el imputado se ve sometido a una propuesta compensatoria bajo "la espada de Damocles" de la aplicación de una pena y la víctima se verá sometida a un enfrentamiento relativamente compulsivo con el autor presunto, quizás no querido por ella. Sin embargo, estos problemas no son insuperables. Puede pensarse en la posibilidad de que, durante el procedimiento, el imputado, eventualmente, pueda evitar los efectos de una sentencia condenatoria,

¹⁸ Maier, Julio B., *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al derecho penal argentino*, Pág. 40.

total o parcialmente, por apelación voluntaria al proceso compensatorio. Asimismo, la víctima tiene la posibilidad de preferir el sistema absolutamente privado del litigio con el autor presunto por apelación a las reglas del derecho privado... De esta forma se plantea la posibilidad de un modelo que parte de una función dependiente de la reparación, sobre la base de los siguientes aspectos:

- a) El centro de gravedad de la reparación se halla en la determinación de la pena y se tiene en cuenta a favor del autor para la medición de la misma;
- b) La prestación resarcitoria se conforma como causa de eximición de la pena del derecho material;
- c) El proyecto alternativo deja inalterada la pretensión penal, pero concede al autor la eximición de la pena, en caso de que se cumpla con la reparación hasta el inicio de la primera audiencia;
- d) Otros sostienen que la solución adecuada de la reparación hay que buscarla en la suspensión de la pena a prueba y en casos leves, en la amonestación con reserva de pena. De esta forma, con la suspensión de la pena a prueba queda garantizado que la pena suspendida, pero ya impuesta, asegura la prevención general. En cuanto a la amonestación con reserva de pena existe la posibilidad práctica de satisfacer los fines de la pena por intermedio de la pena reservada pero ya determinada y por otro, ejercer una presión sobre el autor a favor de los intereses de restitución del ofendido, eligiendo la reparación como imposición”.

4.4- Clases de reparaciones a partir del proyecto alternativo sobre reparación penal

El proyecto alternativo sobre reparación penal¹⁹, sostiene que el campo político-criminal se ha expandido más allá del sistema tradicional de sanciones y que se deben buscar caminos sustancialmente nuevos para superar la comisión del hecho. Por ello, el proyecto persigue el objetivo de integrar la reparación en el sistema sancionador y procesal existente para evitar la pena hasta donde sea posible, en atención a prestaciones de reparación del autor.

El proyecto define la reparación como la compensación de las consecuencias del hecho, mediante una prestación voluntaria del autor que sirve al restablecimiento de la paz jurídica.

Así que entre las prestaciones de reparación se consideran:

- a) Indemnización de daños frente al lesionado;
- b) Indemnización de daños frente a terceros, en especial aseguradoras, a las cuales haya sido traspasada la pretensión del lesionado;
- c) Otras prestaciones materiales como pagos en dinero a instituciones de utilidad pública;
- d) Prestaciones inmateriales como disculpas o actos de conciliación; y,
- e) Prestaciones laborales, en especial, trabajos comunitarios. Pueden ser efectuadas distintas prestaciones de reparación al mismo tiempo.

Por último es necesario agregar que la reparación completa conduce a la renuncia a la pena en caso de mera determinación de culpabilidad; mientras que la reparación incompleta conduce a una atenuación obligatoria de la pena.

¹⁹ Jürgen Baumann, Anna-Eva Brauneck, Mnfred Burgstaller, Albin Eser, Barbara Huber, Heike Jung, Ulrico Klug, Horst Luther, Werner Maihofer, Bernd-Dieter Meier, Meter Riess, Franz Riklin, Dieter Rössner, Klaus Rolinski, Claus Roxin, Heinz Schöch, Horst Schüler-Springorum, Thomas Weigend, **Proyecto alternativo sobre reparación penal**, Pág. 32

CAPITULO V

5- Medios sugeridos para la implementación de los modelos abolicionista y de justicia reparatoria

5.1- Los métodos alternos de resolución de conflictos

Es evidente, en éste fin de siglo, que la criminalidad ocupa los más amplios espacios del quehacer público y de las demandas sociales más sentidas y reiteradas.

En esto no hay nada novedoso; y son muy pocos las nuevas formas y métodos para comprender y combatir a la criminalidad. Lo nuevo, realmente, lo encontramos en las manifestaciones, dimensiones, ámbitos y circunstancias de la criminalidad moderna.

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

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

Hoy se asume a la criminalidad como algo consustancial a la vida en comunidad. Son generaciones. El fenómeno se percibe y genera, junto a la realidad

criminológica, la psicologización del tema; es decir que el tema criminal es asumido por el juego político de las sociedades y se convierte en bandera de promesas, en causa eficiente de crítica y confrontación de las oposiciones políticas hacia los gobiernos en funciones. Se radicalizan las posiciones y se empieza a actuar desde las legislaturas o Parlamentos, con respuestas cada vez más resonantes.

De ahí el llamado terror penal a las medidas de excepción que se adoptan en algunos países ante la crisis de respuestas sensatas o más racionales a la criminalidad.

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

Existe un ingrediente que no se aborda, que se soslaya, en perniciosa actitud de no reconocer rezagos ni ineficiencias.

Los modelos gubernamentales para enfrentar al delito, son obsoletos y en el mejor de los casos convencionales, lo que ha provocado un avance de la delincuencia, que cuenta con mejores organizaciones, equipamiento, recursos y lo más importante medios legales para evadir la Justicia. En donde se pretende enfrentar con instrumentos aparentemente mejorados o actualizados, fuera de contexto o no correlacionados, una afrenta organizada y eficaz.

Parece que los expertos en materia de ciencias penales, los políticos, los técnicos y los administradores, al lado de otros especialistas, deben trabajar en la construcción y operación de un nuevo mecanismo que le permita a la sociedad combatir con eficacia a ese enemigo común que es la delincuencia organizada.

Los modos de lucha han cambiado y ya no puede pensarse en obsoletos métodos, hoy la eficacia exige pensar en nuevas respuestas. Tal vez tan dispares de esos gigantes de antaño, que generen recelos y desconfianza de los más tradicionalistas.

En primer lugar, es preciso comprender que la lucha requerirá de un esfuerzo conjunto y simultáneo; muchas acciones, de todos los protagonistas, cotidianas y eficaces, interconectadas y sincronizadas. El combate al delito, diríamos como premisa inicial, no es cuestión de policías y ladrones, es mucho más que eso.

Los gobiernos modernos deben asumir que el diseño e implantación del nuevo sistema de combate, requiere de una política uniforme y congruente; de una voluntad decidida y firme; de presupuestos bastantes y crecientes; de un marco jurídico racional y moderno; de instituciones públicas eficientes e ínter actantes; de nuevos servidores públicos capaces, profesionales y honestos; de instalaciones dignas, funcionales y adecuadas; de equipos tecnológicos, policiales y criminalísticos de primer nivel y verdadero avance; de una sociedad culturizada, participativa y organizada y de respuestas sistémicas y predeterminadas, en las fases tácticas de combate al crimen.

La distancia entre la realidad actual y esta utopía no es tanta; depende de dar el primer paso. Este consiste en comprender que el cambio radical no es un lujo o una excentricidad. Es, en rigor, cuestión de supervivencia.

Por otro lado, si reconocemos que criminológicamente existen comisiones delictuosas que impactan directamente la seguridad pública, como lo son los delitos violentos, seriales o provenientes del crimen organizado; así, los homicidios y lesiones intencionales, las violaciones y secuestros y los robos violentos en sus diversas modalidades de organización. Que existen otras comisiones delictuosas que atentan directamente contra la esfera de los particulares, sin inmiscuirse en la sensación social de seguridad pública y que se persiguen mayoritariamente por querrela del ofendido, como lo son los fraudes o los abusos de confianza u otras

comisiones de delitos patrimoniales no violentos, o los delitos cometidos por servidores públicos.

Es así como se establece legalmente que el Ministerio Público ha de ser, en la fase procesal, parte diligente y eficaz, representando dignamente a la sociedad en los juicios, manteniendo su acusación con plena responsabilidad y vigilando que se desarrolle con puntualidad el debido proceso legal.

La víctima del delito debe encontrar espacios suficientes en el actuar del Ministerio Público, para garantizar su presencia y satisfacción de sus intereses en juicio. Esta institución debe organizar los mecanismos y procedimientos necesarios, para incorporar a la víctima en su quehacer representativo y debe procurar que se le brinde a la misma, la atención que requiera en la recuperación de su salud física y mental.

Uno de los elementos del Ministerio Público para lograr eficacia y presencia social, es el rescate de los espacios y dimensiones humanas de su quehacer y representatividad. No basta ahora el mejorar la calidad de la atención al público y el ampliar territorialmente su cobertura de servicios, es menester generar verdaderos sistemas desconcentrados y de delegación y avocación de facultades. Una buena red de delegaciones municipales de la Procuración General, garantiza eficiencia, presencia, respuesta inmediata y todo montado en la capacidad de decisión y solución de conflictos en el lugar mismo en que se generan. No es suficiente una aislada agencia investigadora del Ministerio Público, que no cuente con el entorno de los demás servicios y capacidades técnicas y de competencia.

Así mismo el organismo judicial aspira, con plena legitimidad y equidad, a su fortalecimiento, autonomía cabal, reconocido prestigio y modernidad y para lograrlo, no se le pueden escatimar recursos y esfuerzos para su engrandecimiento. La calidad y respetabilidad del organismo judicial, es la señal inequívoca de una civilización avanzada.

La reforma de esta rama del Estado moderno es ineludible; no sólo han de promoverse y ampliarse su nueva organización; la formación profesional de sus integrantes; la tecnología a su disposición; marcos legales más adecuados y menos rígidos y obsoletos. Es preciso dotarla de nuevos y mejores medios de administración y planeación, que no sólo permitan marcar el rumbo de esta función primigenia, con criterios profesionales y autónomos, sino que habrá que incorporar a este organismo, a nuevos esquemas de evaluación y medición precisa de una productividad judicial.

En un tercer panorama tenemos que debe de aceptarse y encararse que uno de los señalamientos más frecuentes, es el fracaso de nuestro régimen penitenciario, el cual visto desde cualquier punto de vista a colapsado requiriendo más que un funcionario buena gente o con buenos propósitos una verdadera política de Estado.

Es el momento de horizontalizar la gestión de los problemas criminales.

Por otro lado es el momento de plantear la respuesta al problema criminal a través de los métodos alternos de resolución de conflictos. El cual podría a nuestro criterio iniciar a implementarse en ciertas y determinadas comunidades controladas o supervisadas para posteriormente ser instalada en la totalidad de la República guatemalteca. Es decir abordando las cuestiones problemáticas de carácter teórico y práctico que pudiera generar un sistema de resolución alternativa de conflictos en materia penal.

La función tutelar del Estado, en la protección de los derechos de su habitantes, no termina con la organización del Poder Judicial eficiente, sino que requiere ofrecer y apoyar otras formas de solución de conflictos que pueden resultar, de acuerdo con la naturaleza del conflicto, más efectivos y menos costosos en términos económicos y afectivos, rápidos en relación al tiempo empleado en su solución (proceso judicial), convenientes en cuanto pueden impedir la recurrencia del conflicto y socialmente más valiosos, ya que posibilitan la relación futura de las partes.

No es privatizar la Justicia, sino que el Estado ofrece apoyo entregando los mecanismos alternativos a la decisión judicial, integrando así, las necesidades del Estado para con la sociedad.

Esto significa en otras palabras, la posibilidad de acceder con el menor costo posible, a un procedimiento efectivo no necesariamente judicial, de tutela de los propios derechos de los individuos que forman parte de un todo: la sociedad.-

El conflicto es y será inherente a la vida. Entonces es necesario, para lograr el bienestar social e individual, una opción en la forma de dirimir conflictos, adoptando un modelo basado en la cooperación y pacificación.

Va educando a los individuos, les va impregnando en su intimidad de una verdadera y efectiva protección, va creando una conciencia de no-violencia, de que se puede dirimir un conflicto sin violencia sin agravios, o al menos atenuarlos, bajar el nivel de discusión, partiendo del principio de la igualdad ante la sociedad y ante la ley, y que todas las partes de un conflicto, merecen y deben ser atendidas y protegidas por el Estado.

Los tipos de procedimientos alternativos para resolución de conflictos que consideramos pueden fácilmente potenciarse en nuestro país son:

a) La mediación: Que es el método caracterizado por la mayor horizontalidad en la relación entre las partes y el Mediador, quien no puede proveer soluciones ni identificar conflictos, sino solamente coadyuvar a su identificación por las partes. En estos casos, se trata de un proceso generalmente breve, de pocas sesiones (incluyendo las individuales con cada parte), y aparece como aconsejable, para los casos de bajo impacto social y mucha predisposición al diálogo, o bien para aquellos casos donde únicamente existe o subyace un conflicto emergente, y la víctima pretende solo un resarcimiento económico.

- b) Conciliación: En este caso, la posición del conciliador es más fuerte, y por definición, se le permite identificar conflictos y ofrecer alternativas de solución. Resulta un método aconsejable para los casos donde las partes están en situación de clara desigualdad social, donde alguno de los partícipes tiene mal predisposición al diálogo, donde el conflicto tiene dos caras, una emergente y otra subyacente, o bien donde hay más de una persona involucrada por cada parte.
- c) Conferencia de conciliación con moderador: En estos casos el proceso es mucho más largo, más formalizado y menos horizontal.

Se trata de una serie de audiencias donde las partes presentan su versión personal del problema (ayudadas de algún elemento probatorio) frente a un grupo de tres consejeros, quienes sobre el final efectúan un diagnóstico de las posibilidades de este caso en el sistema judicial. Una vez finalizada esta primer etapa, se los invita a solucionar el conflicto con mediación o conciliación.

De analizarse objetiva y razonablemente, es en realidad, es la oportunidad cuando el Estado decide de manera expresa remitir un conflicto al seno social para que mediante mecanismos previstos éste sea gestionado por los actores sociales, es decir, que *está eligiendo* una forma política para la solución de ese conflicto, en síntesis, está diseñando una política criminal.

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

El derecho penal guatemalteco, no es extraño a la vía de los métodos alternos de resolución de conflictos, tal y como lo establece el Código Penal, que textualmente indica:

“Artículo 25 Ter.- Conciliación. Formulada la solicitud por parte del Ministerio Público o por el síndico municipal, o por el agraviado o el imputado o su defensor para la aplicación de un criterio de oportunidad, el juez de paz citará a las partes, bajo apercibimiento de ley, a una audiencia de conciliación.

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

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

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

Por nuestro lado podemos afirmar que el criterio de oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público, bajo el control del juez, de no ejercer la acción penal debido a su escasa trascendencia social o mínima afectación al bien jurídico protegido, a las circunstancias especiales en la responsabilidad del sindicado o cuando el imputado sufre las consecuencias de un delito culposo. El cual tiene aplicación a favor de cómplices y encubridores cuando declaren en el proceso descubriendo a los autores.

El criterio de oportunidad nace de la necesidad que tiene el Ministerio Público de seleccionar las causas en las que va a trabajar. El fiscal no puede atender por igual a todos los casos que ingresan en su oficina, por lo que debe elegir aquellos que ameritan una investigación. Esta selección en el sistema anterior se realizaba sin criterios legales, sino sencillamente basada en la arbitrariedad del fiscal, con grave perjuicio a la igualdad material y a la eficacia de la persecución penal sobre los hechos más graves. El criterio de oportunidad reglado pretende transparentar criterios claros racionales y unos límites de manera que la decisión del Ministerio Público de prescindir de la acción sea totalmente controlable. Ya que frente a la enorme carga de trabajo que afronta el sistema penal sólo pueden plantearse dos tipos de respuesta. O bien una respuesta caótica –que oculta, en realidad el problema y deja, por lo tanto, que el sistema ejerza su propia selectividad sin ninguna orientación de tipo político, o bien responder estableciendo líneas de política procesal que permitan orientar la selectividad del sistema conforme a aciertos valores.

El sistema penal debe ser un sistema de transformación o resolución de conflictos. Esto debe llevar a la eliminación de los criterios retributivos, que pretende hacer intervenir al Estado con todo su poder coactivo en todos los casos. Por ello es obligación del Ministerio Público evitar la entrada en el proceso penal de aquellos casos que se hayan solucionado o puedan fácilmente resolverse mediante un acuerdo entre las partes. Este es el único método para alcanzar cierto grado de eficacia. La eficacia del sistema penal no se mide sólo por el número de sentencias condenatorias planteadas por el sistema, sino también por la salida de los casos a través de mecanismos que permiten el acuerdo entre las partes. Los análisis cuantitativos del sistema penal revelan que muy pocos casos son resueltos, lo que hace que el principio de legalidad (todos los casos pueden ser perseguidos) no sea más que una ficción y además, evidencian que existen mecanismos de composición dentro del proceso penal claramente prohibidos por el legislador y que quedan al margen del control público.

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

De esta manera, aún incipientemente, la reparación ha sido sumada al proceso penal guatemalteco, al que es necesario en estos momentos de incremento delictual, darle un lugar preferente en la búsqueda del restablecimiento de la paz jurídica, mediante la aceptación voluntaria de responsabilidad.

Debido a todo lo anteriormente planteado, creemos que los métodos alternos de resolución de conflictos, constituyen desde ya un fuerte aliado de los órganos de jurisdicción penal, puesto que han probado en la práctica su eficacia en la resolución de conflictos, misma que debe ser impulsada para acelerar el conocimiento de otras figuras de tipo penal, sin contemplar claro esta los delitos denominados de alto impacto social.

Es preciso elaborar una política criminal, que deberá iniciarse con la estadística, como dato en “bruto” de la realidad social, procesar esa información adecuadamente y luego devolverla a la sociedad mediante un modelo al medio donde serán ejercidas las funciones del facilitador para la solución de conflictos.

Es necesario, descongestionar los tribunales, mejorar el acceso a la justicia, aumentar la participación de la comunidad y propiciar un clima de diálogo y paz social, que como fin último facilitará los elementos para atenuar y prevenir el delito.

Finalmente es necesario contar con el personal interprofesional adecuado y capacitado en esta área tan sensible. Primeramente, debe tenerse en claro que resulta fundamental proveer formación teórica y técnica a los profesionales, desde sus respectivas áreas de estudio (abogados, psicólogos, asistentes sociales, etc.), que serán aquellos que tendrán luego a su cargo la resolución de conflictos y atención a las víctimas de delito.-

Para ello, es necesario establecer tres niveles de formación:

Una formación práctica, que tenga por objetivo, desarrollar prácticas en negociación y mediación a través de la participación en ejercicios de simulación.

Ello requiere una metodología educativa con distintos niveles participativos, con ejercicios individuales, grupales y de simulación, estudio de casos, que tienda a asegurar una máxima eficacia en la resolución de conflictos.

Una formación teórica, destinada a toma de decisiones, analizando previamente el conflicto, desarrollando su génesis, tipo de conflicto y su evolución, como asimismo, la estimación de los costos del conflicto.

Analizar a continuación, las funciones socio-psicológicas del mismo, distinguiendo entre conflictos ocasionales o recurrentes.

Luego, buscar medios contrarios y favorables, alternativos del o de los conflictos, buscando una resolución pacífica de los mismo, mediante la negociación y la mediación dentro de marcos teóricos.

A continuación deberá ir tipificándose el mismo y mediante una descripción de los distintos medios, sus diferencias específicas y sus campos de aplicación en el caso concreto.

Es preciso que el operador, maneje los elementos básicos de la negociación, sus estilos, ya sea, mediante negociación de tema único o por regateo, o en su caso, establecer una negociación de tema múltiple, construyendo un paquete que deberá diseñar y preparar para la negociación y la mediación.

Debe recabar información de las partes individualmente y luego evaluarla, estableciendo la relación entre las posiciones, intereses, necesidades encontradas.

Motivar la posibilidades de cada parte a los fines de satisfacer sus intereses y necesidades mediante la configuración de opciones que debe entregar el mediador a las partes del conflicto.

Deberá utilizar técnicas de generación de opciones, como preguntas, posibilitando que las opciones fluyan de las partes producto de su voluntad y su propia creatividad.

El Mediador, debe entregar elementos, adecuados a cada parte (atendiendo su nivel educativo, social, económico, y al tipo de conflicto), para que genere sus propios recursos que colaboren para elaborar soluciones o medios para alcanzarlas, aunque sea, medianamente.

El Mediador, debe definir para sí en forma previa el tipo de cuestión a tratar: económico, familiar, comunitario, y los motivos que crearon la situación delictiva.

Analizará, los aspectos intrínsecos, como la voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad y objetividad, comparando distintos enfoques teóricos sobre mediación.

Utilizar la comunicación en la construcción de la interacción y del acuerdo, visualizando las diferencias culturales en el proceso de mediación.

Debe indagar sobre posibles terceros interesados y no representados por las partes en conflicto (no integrados a la mediación, pero que tenido participación).

El mediador debe parafrasear sobre las posiciones o presentación de las historias de las partes, realizando una primera manifestación del conflicto.

Debe realizar preguntas informativas y re-contextualizadas, preguntas circulares, ir detectando y reconociendo los intereses y necesidades, la influencia de éstos sobre los temas en juego.

Debe generar opciones y alternativas, clasificar y seleccionar las opciones mutuamente aceptables, ir construyendo el acuerdo.

La construcción del contexto, las reglas del proceso y el acuerdo de mediación, dependen de estrategias comunicacionales, que aseguren la eficacia de su tarea.

Es importante cuando se trata de mediación comunitaria, realizar una cuidadosa evaluación de las necesidades locales, la identificación de las partes involucradas, detectar posibles problemas étnicos o culturales.

Uno de los campos más discutidos de aplicación de la mediación, constituye la intervención en las cuestiones entre víctima y victimario, porque en estos casos, nos encontramos ante individuos entre los cuales ha existido violencia física, moral o en sus intereses realizada mediante la comisión de un delito en perjuicio de su víctima.

CONCLUSIONES

- 1- Es la propia sociedad la que se encarga de proporcionar los nuevos hechos que en adelante conformarán el fenómeno criminal de momento, hacia el cual los gobiernos están obligados a definir una respuesta que en adelante será denominada la nueva política criminal de la nación.
- 2- A lo largo de la historia, no se han utilizado siempre los mismos instrumentos para reaccionar ante el fenómeno criminal.
- 3- Para la formulación o construcción de un modelo de política criminal, estaremos a lo dispuesto de lo que piense en su momento cada grupo de poder que asuma el gobierno, ya que de la calidad profesional y moral de sus funcionarios dependerán los objetivos que se tracen.
- 4- Es indicio de crisis, la enumeración de una serie de medidas de seguridad (reeducadoras y curativas principalmente), que sólo sirven de ornamento, ya que por lo general nunca se aplican, por un lado porque no existen establecimientos adecuados para ello, y por otro porque la práctica criminológica brilla por su ausencia.
- 5- Existen en la legislación penal vigente, una serie de medidas de seguridad que nunca se aplican, porque no existen establecimientos adecuados para ello, y porque la práctica criminológica no existe en el sistema penal del país.
- 6- Existen en la legislación penal vigente, una serie de medidas de seguridad que nunca se aplican, porque no existen establecimientos adecuados para ello, y porque la práctica criminológica no existe en el sistema penal del país.
- 7- El modelo de política criminal denominado abolicionista indica que lo único que puede justificarse para intervenir en la conflictividad calificada hoy como

delincuencia es la autogestión social que genera una respuesta social al conflicto basada en la mediación y no en la represión.

- 8- El planteamiento del modelo de política criminal denominado abolicionista ha influido grandemente en la reorganización de la respuesta estatal ante el delito. Ha roto el paradigma de concepción del delito como una simple categoría jurídica a una naturaleza de conflicto social.
- 9- El modelo de justicia reparadora, señala que el establecimiento de una política criminal democrática, requiere que el poder estatal se restrinja a los casos verdaderamente graves.
- 10- En el modelo de justicia reparatoria, se percibe el delito más como un conflicto que como una infracción y otorga a la víctima un protagonismo en la resolución del caso penal más acorde a su condición de damnificada por la infracción penal.
- 11- La prestación resarcitoria del agresor debe conformarse como causa de eximición de la pena del derecho material;
- 12- El derecho penal guatemalteco, no es extraño a la vía de los métodos alternos de resolución de conflictos, tal y como lo establece el Código Penal.

RECOMENDACIONES

- 1- La política criminal del Estado debe construirse en armonía con la orientación que contiene nuestra Constitución Política de la República, es decir que al igual que la norma suprema tienda a guardar los valores más altos de la persona humana y la sociedad, así la política criminal debe tratar de construir un modelo *ius humanista*.
- 2- Para que una política criminal *ius humanista* se manifieste positivamente dentro de la sociedad a la cual se aplica, debe denotar transparencia en los actos de respuesta al fenómeno criminal, ser pronta y cumplida, ajustarse cuanto antes a las variantes que presente el fenómeno criminal y, debe ser lo más participativa posible.
- 3- Debe aceptarse la reparación del daño como cualquier solución que objetiva o simbólicamente, restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima. abandonando el modelo de justicia punitiva hacia la construcción de un modelo de justicia reparatoria.
- 4- El modelo de la política criminal que se adopte debe propiciar un diálogo entre victimario y víctima, el que se plasma en la posibilidad de establecer mecanismos de solución entre las partes que permitan el restablecimiento objetivo o simbólico de la situación a su estado anterior.
- 5- Debe sumarse al sistema de política criminal el pago de prestaciones inmateriales como disculpas o actos de conciliación, así como prestaciones laborales, en especial, trabajos comunitarios.
- 6- Dentro de este modelo que asuma la política criminal del Estado debe tenerse que la reparación completa conduce a la renuncia a la pena en caso de mera

determinación de culpabilidad; mientras que la reparación incompleta conduce a una atenuación obligatoria de la pena.

- 7- Las medidas alternativas de resolución de conflictos ya establecidas en el código procesal penal guatemalteco, deben ser extendidas a otras figuras delictivas.
- 8- El descongestionamiento de los órganos jurisdiccionales, permitirá que los mismos atiendan de mejor manera y con mayor rapidez los procesos generados por la comisión de hechos más graves.

BIBLIOGRAFÍA

- BINDER, Alberto Martín. **Política criminal, derecho penal y sociedad Democrática**, Guatemala, Ed. Impresores Unidos, 2004.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Constitución Política de la República de Guatemala**, Guatemala, Ed. Impresiones, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal II**, Buenos Aires, Argentina, Ed. Jurídicas Europa – América, 1971.
- CARRANZA, Elías. **Política Criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal**, www.usaid.gov/our-work/cross-cutting-programs/wid/pubs/wlr-guatemala.pdf
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal y De Mata Vela José Francisco. **Derecho Penal guatemalteco**, Décima tercera Edición, Guatemala, Ed. Crockmen, 2002.
- FERNÁNDEZ SOSSAREGO, Carlos. **¿ Existe un daño al proyecto de vida?**, s/n Ed. Argentina, www.revistapersona.com.ar/11sessarego.htm
- GALGUERA GONZÁLEZ, María Elena. **Daño Moral Cuantificación en Materia Civil** México, www.tepantleto.com.mx/biblioteca/libro4/14p1t9c5html
- JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires Argentina, Ed. Losada, 1950.
- LÓPEZ REY Y ARROJO, Manuel. **Teoría y práctica de las disciplinas penales**, Instituto Latinoamericano para la prevención del delito y el tratamiento del Delincuente. (s.l.e) (s.e) (s.f.e)
- Naciones Unidas Quinto congreso para la prevención del crimen y el tratamiento de delincuentes. México, (s.e) 2004.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales**, Buenos Aires, Argentina, Ed. Eliasta, 2004.
- RODRÍGUEZ, Alejandro. **Mecanismos de salida al procedimiento común**, Guatemala, Ed. Impresores Unidos, 2004.
- VÁZQUEZ SMERILLI, Gabriela J. **La reparación del daño producido por un delito, hacia una justicia reparadora**, Guatemala, Ed. Editores Siglo Veintiuno, 2001.
- VEHILS RUÍZ, Juan Xavier Moral, **Revista jurídico electrónica**, Argentina.

Legislación:

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

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Número 106, 1963.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto número 2-89, 1989.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

BIBLIOGRAFÍA

- Binder, Alberto Martín Política criminal, Derecho Penal y Sociedad Democrática, Guatemala, Impresores Unidos, 2004.
- Castillo González, Jorge Mario Constitución Política de la República de Guatemala, Guatemala, Editorial Impresiones Gráficas de Guatemala, Cuarta Edición, 2002.
- Carnelutti, Francesco Derecho Procesal Civil y Penal II, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, Argentina, 1971.
- Carranza, Elías Política Criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal www.usaid.gov/our_work/cross-cutting_programs/wid/pubs/wlr_guatemala.pdf
- De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela Derecho Penal Guatemalteco, Guatemala, Editorial Crockmen, Décima tercera Edición, 2002.
- Fernández Sossarego, Carlos ¿Existe un daño al Proyecto de Vida?, s/n Ed. Argentina, www.revistapersona.com.ar/11sessarego.htm
- Galguera González, María Elena Daño Moral Cuantificación en Materia Civil México, www.tepantleto.com.mx/biblioteca/libro4/14p1t9c5html
- Jiménez de Asua, Luis Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires. Ed. Losada. 1,950.
- López Rey y Arrojo, Manuel Teoría y Práctica de las disciplinas penales, Instituto Latinoamericano para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente
- Naciones Unidas Quinto congreso para la prevención del crimen y el tratamiento De delincuentes. México, S/Ed. 2004.
- Osorio, Manuel Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales Buenos Aires: Ed. Eliasta.

- Rodríguez, Alejandro Mecanismos de salida al procedimiento común, Guatemala, Impresores Unidos, 2004
- Vázquez Smerilli, Gabriela J. La reparación del daño producido por un delito, Hacia una justicia reparadora, Guatemala: Editores Siglo Veintiuno.2001.
- Vehils Ruíz, Juan Xavier Moral, Argentina, Revista jurídico electrónica www.ambito-jurídico.com.br/aj/dcivil0005.htm

Legislación:

- Constitución Política de la República de Guatemala. 1,985.
- Código procesal Penal Guatemalteco. Decreto |51-92 del Congreso de la República.
- Código Civil Guatemalteco. Decreto Número 106
- Ley del Organismo Judicial, Decreto Número 2 – 89 del Congreso de la República
- Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil