

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



**LA IMPOSICIÓN INDIVIDUAL
DE LA PENA EN LA CIUDAD DE GUATEMALA**

SINKLER DANILO DE PAZ CARRILLO

GUATEMALA, JUNIO DEL 2009

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

LA IMPOSICIÓN INDIVIDUAL DE LA PENA EN LA CIUDAD DE GUATEMALA

TESIS

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

Por

SINKLER DANILO DE PAZ CARRILLO

Previo a conferírsele el grado académico de

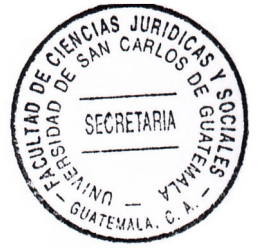
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio del 2009.

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



DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana.
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López.
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla.
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez.
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López.
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos.
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana.

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

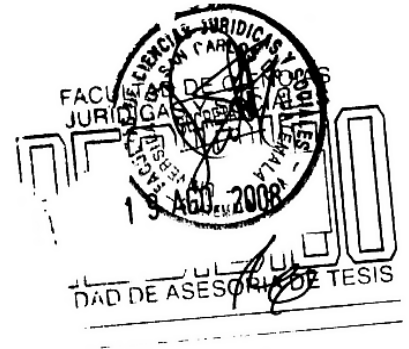
Presidente: Lic. Cesar Augusto Conde Rada.
Vocal: Lic. Pedro José Luis Chinchilla.
Secretaria: Lic. Jorge Leonel Franco Morán.

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Crista Ruiz de Juárez.
Vocal: Licda. Viviana Nineth Vega Morales.
Secretario: Lic. Juan Rámiro Toledo Álvarez.

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

Licda. Sadie Ivonne Cardillo Romero
15 av. 3-40 z. 13 edificio Asunción oficina 2B
Telefonos: 23852623 – 23851588



Guatemala 19 de Agosto del 2008

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Su despacho.

Licenciado Carlos Monroy:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa jefatura, con fecha veinticuatro de Julio del año dos mil ocho, en el que se me dispone nombrarme como **ASESORA** del trabajo de tesis del Bachiller **SINKLER DANILO DE PAZ CARRILLO**, y para lo cual rindo el siguiente dictamen:

- a. El trabajo de tesis presentado por el Bachiller **SINKLER DANILO DE PAZ CARRILLO** se intitula "**LA IMPOSICIÓN INDIVIDUAL DE LA PENA EN LA CIUDAD DE GUATEMALA**".
- b. De la revisión practicada, se establece que el trabajo contiene una gran contribución técnica y científica a estudios del Derecho Penal, además la técnica de investigación utilizada fue de carácter documental - bibliográfico.
- c. Las conclusiones realizadas resultan congruentes con su contenido y las recomendaciones son consecuencia del análisis jurídico de la investigación realizada, habiendo empleado en su investigación los métodos históricos, deductivo e inductivo y con realización a las técnicas, ficheros, realizando de esta forma aportaciones valiosas y propuestas concretas de solución.

En tal virtud y después de haber satisfecho las exigencias del suscrito revisor y haber cumplido con los requerimientos científicos y técnicos de conformidad



con la normativa respectiva establecida en el Artículo 32 del ~~normativo de~~ elaboración de tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Examen General Público, resulta procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE** para que el presente trabajo continúe el trámite respectivo, a efecto se ordene la impresión del mismo y se señale día y hora para su discusión en el correspondiente examen público.

Me suscribo cordialmente


f) _____
Licda. Sadie Ivonne Cardillo Romero.
Colegiado 7,675
Licda. Sadie Ivonne Cardillo Romero
ABOGADA Y NOTARIA

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Y SOCIALES.** Guatemala, veintinueve de septiembre de dos mil ocho.

Atentamente pase al (a la) LICENCIADO (A) BELTER RODOLFO MANCILLA SOLARES, en sustitución del (de la) revisor (a) propuesto (a) con anterioridad LICENCIADO (A) MARIO FRANCISCO GARCÍA DANILO para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante SINKLER DANILO DE PAZ CARRILLO, intitulado "LA IMPOSICIÓN INDIVIDUAL DE LA PENA EN LA CIUDAD DE GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a la) estudiante, si así lo estima conveniente la modificación del bosquejo preliminar de temas y de las fuentes de consulta originalmente contempladas, asimismo, el título del punto de tesis propuesto. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

c.c. Unidad de Tesis
CMCM/ragm



Lic. Belter Rodolfo Mancilla Solares.
6ta. Calle "A" 8-42 z. 7 Quinta Samalloa.
Telefono: 52045296



Guatemala 27 de Octubre del 2008.

SEÑOR
JEFE DE LA FACULTAD DE ASESORIA DE TESIS
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
LICENCIADO CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
SU DEDESPACHO.



Licenciado:

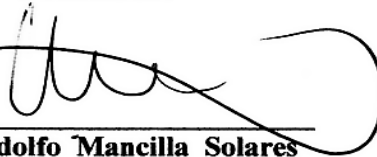
De la manera más atenta me permito comunicarle que he cumplido con la función de REVISOR de Tesis del Bachiller SINKLER DANILO DE PAZ CARRILLO, intitulado "LA IMPOSICIÓN INDIVIDUAL DE LA PENA EN LA CIUDAD DE GUATEMALA", el cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece la normativa de esta facultad, y emito el dictamen siguiente:

I. Considero que el tema investigado por Bachiller de Paz Carrillo, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión de que el mismo, no solo reúne los requisitos exigidos por el normativo correspondiente, sino además, se presenta con un temática de especial importancia para lograr imponer y aplicar la sanción penal de una forma más adecuada a la persona juzgada.

II. La bibliografía empleada por el Bachiller de Paz Carrillo, fue la adecuada al tema elaborado y sus conclusiones resultan congruentes con su contenido y las recomendaciones son consecuencia del análisis jurídico de la investigación realizada, habiendo empleado en su investigación los métodos históricos, deductivo e inductivo y con realización a las técnicas, ficheros, fichas de trabajo etc...; haciendo aportaciones valiosas y propuestas concretas de solución.

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del normativo de elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y Examen General Público, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis revisado, para que continúe su trámite hasta culminar su aprobación en el examen Público de tesis.

Sin otro particular, me suscribo muy cordialmente


f) **Lic. Belter Rodolfo Mancilla Solares**
Colegiado: 4476

BELTER RODOLFO MANCILLA SOLARES
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12 GUATEMALA, C. A.

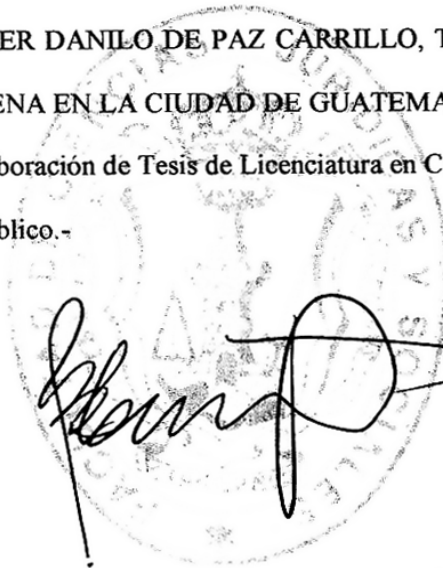


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

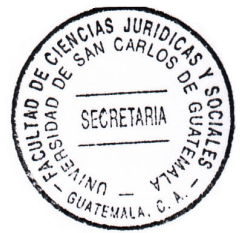
Guatemala, trece de abril del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante SINKLER DANLO DE PAZ CARRILLO, Titulado LA IMPOSICIÓN INDIVIDUAL DE LA PENA EN LA CIUDAD DE GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/slh



ACTO QUE DEDICO



A DIOS:

Por darme la vida, la familia y los amigos que tengo, así como haberme permitido llegar a cumplir este gran sueño, estar conmigo en todo momento y nunca desampararme con sus bendiciones, dándome salud y sabiduría para lograrlo. •

AL SANTO HERMANO PEDRO:

Por ser mi protector e interceder por mí ante el poder supremo, gracias.

A MIS PADRES:

Alfredo Danilo de Paz Escobar y María del Carmen Carrillo de Paz, por su comprensión, ayuda y por los principios enseñados. Mis logros van dedicados a ustedes. Gracias por su apoyo y por creer en mí.

A MIS HERMANAS:

Alejandra, Rocío y Daniela de Paz Carrillo, por brindarme su amor y fortaleza día a día.

A MIS AMIGOS:

Grandes personalidades que he ido conociendo a través de los años y me han brindado su valiosa amistad y apoyo.

A LOS LICENCIADOS:

Belter Rodolfo Mancilla Solares y Sadie Ivonne Cardillo Romero, por el aporte de sus conocimientos y consejos.



A LA FACULTAD:

**De Ciencias Jurídicas y Sociales,
por la educación recibida y por
formarme como un buen profesional**

A:

**La Universidad de San Carlos de
Guatemala, por formar profesionales
con carácter, filosofía y plena
capacidad.**



ÍNDICE

Pag.

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

CAPÍTULO I

1. La pena	1
1.1 Definición	1
1.2 Efectos	2
1.3 Clasificación doctrinal de las penas	3
1.3.1 Penas corporales	4
1.3.2 Penas privativas de derechos	4
1.3.3 Penas privativas de libertad	5
1.3.4 Penas pecuniarias	6
1.4 Teorías	7
1.4.1 Teoría absoluta de la pena	8
1.4.2 Teoría relativa de la pena	12
1.4.2.1 Teorías de la prevención especial	12
1.4.2.2 Teorías de la prevención general	15
1.4.3 Teoría mixta o de la unión	17
1.4.4 Explicaciones generales	20
1.4.5 Análisis de las teorías humanización de la pena	21
1.5 Humanización de la pena	23
1.5.1 Etapas en la transformación de la pena	23
1.5.2 Principal avance hacia la humanización de las penas	26
1.6 Disposiciones internacionales	31
1.7 Utilidad y límites de la pena y la necesidad de una política criminal acorde con la concepción de última ratio	32
1.8 Consideraciones sobre el bien jurídico y su análisis a la luz del principio de mínima intervención	40



	Pag.
1.9 La pena y su proporción	43
1.10 La penología.....	45

CAPÍTULO II

2. Victimología	49
2.1 Antecedentes históricos	49
2.2 Definición	50
2.3 La victimización	52
2.3.1 Clases de victimización	53
2.3.1.1 Primaria	53
2.3.1.2 Secundaria	54
2.3.1.3 Terciaria	54
2.4 La desvictimación	55
2.5 La víctima	55
2.5.1 Ámbitos de la víctima	56
2.5.1.1 En la guerra	56
2.5.1.2 En los desastres naturales	56
2.5.1.3 En el derecho penal	57
2.5.2 Clases	57
2.6 El victimista	58
2.6.1 Características	59

CAPÍTULO III

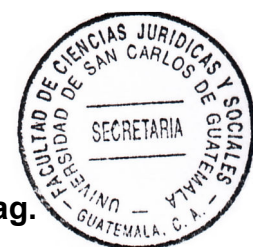
3. Criminología	61
3.1. Definición	61



	Pag.
3.2 La criminología como ciencia	62
3.3 Objeto	62
3.3.1 El delito	63
3.3.1.1 Filosófica	63
3.3.1.2 Sociológica	63
3.3.1.3 Legal	63
3.3.1.4 Doctrinaria	64
3.3.2 El delincuente	64
3.3.2.1 Criterios para definir al delincuente	64
3.3.3 La víctima	65
3.3.4 El control social	66
3.3.4.1 Clases de control	66
3.4 Antecedentes históricos	66
3.4.1 Etapa pre científica	66
3.4.1.1 Escuela clásica	68
3.4.2 Etapa científica de la criminología	68
3.4.2.1 Escuela positiva	68
3.5 Modelos biologicistas	69
3.6 Modelos psicologicistas	70
3.7 Modelos sociológicos	71
3.7.1 Escuelas	71
3.7.1.1 Escuela cartográfica	71
3.7.1.2 Escuela antropológica	74
3.7.1.3 Escuela socialista	75

CAPÍTULO IV

4. La individualización de la pena	79
4.1 Definición	79



4.2 Sistema de determinación de la pena	79
4.3 Individualización legal, judicial y administrativa	80
4.3.1 Individualización legal	80
4.3.2 Individualización judicial.....	80
4.3.2.1 Criterios que deben regir la individualización judicial	81
4.3.3 Individualización administrativa	82
4.4 Pautas para individualizar la pena judicialmente	82
4.4.1 La prohibición de la doble valoración	83
4.4.2 Circunstancias referidas al hecho y a la culpabilidad	84
4.4.3 La intervención de la víctima	85
4.4.4 La ejecución del hecho	86
4.4.5 La calidad de los motivos del autor	88
4.4.6 La conducta precedente	89
4.4.7 Función de la peligrosidad	90
CONCLUSIONES	93
RECOMENDACIONES	95
BIBLIOGRAFÍA	97



INTRODUCCIÓN

La pena produce una serie de efectos en el conjunto de individuos que componen la sociedad, que se suponen positivos para ésta y que según la teoría relativa de la pena, serían los objetivos en los que se fundamentaría la aplicación coactiva de la pena. Debido a la naturaleza pluricultural y multiétnica, así como a las diferencias sociales, económicas, geográficas, religiosas y debido a los antecedentes familiares y de desarrollo humano de cada individuo, resulta contradictorio que las penas tengan una regulación preestablecida para la colectividad de sujetos que habitan el país; pues, de realizarse un estudio criminológico de cada una de las personas que delinque en relación con el hecho concreto juzgado, se establecería de mejor manera la pena idónea y adecuada a aplicarse a cada persona.

La hipótesis es la siguiente: la aplicación individualizada de la pena considerada proporcionalmente al estado peligroso del sujeto e independiente al tipo y gravedad del delito, incidiría en que los fines de su aplicación fueran más congruentes con el espíritu resocializador constitucional.

Los métodos utilizados para la presente investigación fueron el método analítico y el método deductivo, utilizado este último después de la recopilación de los temas de carácter universal y general de la problemática.

La presente investigación se basa en la teoría absoluta, teorías relativa y la teoría mixta o de la unión sobre la naturaleza y fin de la pena.

La presente investigación se desarrolla en los siguientes capítulos, tratando en el primero de ellos la pena, su clasificación así como las diferentes teorías sobre la naturaleza y fin de la pena, utilidad y límites



de la pena y la necesidad de una política criminal acorde con la concepción de última ratio, consideraciones sobre el bien jurídico y su análisis a la luz del principio de mínima intervención.

El segundo capítulo desarrolla el tema de la ciencia penal de la victimología, sus antecedentes históricos, clases de victimización, la desvictimación, la víctima y los ámbitos de esta, el víctima y sus características.

En el tercer capítulo se hace un estudio de la criminología como ciencia, el delito, el delincuente, clases de control social así como de las diferentes escuelas como la cartográfica, antroposocial y la socialista.

En el cuarto y último capítulo se desarrollan los temas como la individualización de la pena, su individualización legal, judicial y administrativa y se establece pautas para individualizar la pena judicialmente .



CAPÍTULO I

1. La pena

1.1 Definición

Es la consecuencia jurídica del delito, que consiste en la privación o restricción de los derechos de una persona, impuesta por un órgano jurisdiccional en sentencia firme, para castigar y rehabilitar a dicha persona.

La pena ha sido definida por un sin número de tratadistas; para el presente trabajo de tesis se tomó, dentro de las mas acertadas, la siguiente: "Pena: Es una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del Estado, al responsable de un ilícito penal. Es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la personalización. O sea que la pena consiste en la ejecución de la punición impuesta por el Juez en su sentencia condenatoria."¹

Es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la "restricción de derechos del responsable". Por ello, el Derecho que regula los delitos se denomina habitualmente derecho penal, en lugar de otras denominaciones como derecho criminal o derecho delictual.

También se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito.

¹ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal tomo I**. Pág. 71.



En cuanto a su etimología, pena (dolor) deriva del término en latín poena y posee una connotación de dolor causado por un castigo.

El Derecho Penal moderno aboga por la proporcionalidad entre el delito y la pena. En muchos países se busca también que la pena sirva para la rehabilitación del criminal (lo cual excluye la aplicación de penas como la pena de muerte o la cadena perpetua).

Es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la restricción de derechos del responsable.

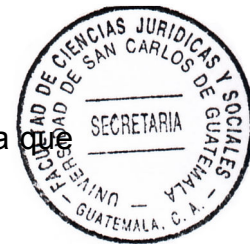
Es la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito.

El orden jurídico prevé además las denominadas medidas de seguridad destinadas a enfrentar situaciones respecto de las cuales el uso de las penas no resulta suficiente o adecuado.

De este modo, podemos sostener que el Estado cuenta con dos clases de instrumentos; penas y medidas de seguridad.

1.2 Efectos

“La ejecución de la pena de prisión no solo tiene por objeto el cumplimiento de la misma, sino que también se le asigna la finalidad de crear medidas de prevención



especial, tales como resocialización, reducción, reinserción, etc. de la persona que cumple una condena.”²

La pena produce una serie de efectos en el conjunto de individuos que componen la sociedad, que se suponen positivos para ésta y que según la teoría relativa de la pena, serían los objetivos en los que se fundamentaría la aplicación coactiva de la pena. Así, tanto la teoría retributiva de la pena (o teoría absoluta de la pena), como la teoría relativa antes mencionada coinciden en que la pena, tanto en su vertiente coactiva como en su vertiente coercitiva tiene, o ha de tener los siguientes efectos:

- a) Prevención general: Dirigida al conjunto de la sociedad.

- b) Prevención especial: Dirigida al sujeto que ya ha sido penado.

Por otro lado, la teoría retributiva habla del efecto retributivo de la pena (en un sentido similar a venganza), mientras que la teoría relativa menciona la necesidad de que la pena suponga una reinserción del penado en la sociedad.

1.3 Clasificación doctrinal de las penas

A pesar de la connotación de dolor, las penas pueden ser de multitud de formas diferentes, no necesariamente dolorosas, en función del tipo de sanción que quiera imponer el Estado.

² Albeño Ovando, Gladis Yolanda. **Derecho procesal penal**. Pág. 94.



1.3.1 Penas corporales

En sentido estricto, las penas corporales son las que afectan a la integridad física. También puede entenderse pena corporal en sentido amplio como aquellas que no sean pecuniarias. En aplicación del sentido estricto, penas corporales son:

- a) Tortura: Se suele entender que se trata de un trato inhumano o degradante y que va contra los derechos fundamentales, pero en muchos países se sigue usando (azotes, amputaciones, etcétera).

- b) Pena de muerte: La más drástica, abolida en muchos países. Sin embargo, no se considera trato inhumano o degradante, al contrario que la tortura o los azotes.

- c) Penas infamantes: Aquellas que afectan el honor de la persona. Son comunes en los delitos militares (por ejemplo, la degradación).

1.3.2 Penas privativas de derechos

Son aquellas que impiden del ejercicio de ciertos derechos (generalmente políticos como el voto o familiares como la patria potestad), privan de ciertos cargos o profesiones o inhabilitan para su ejercicio. Hoy en día también son muy comunes la privación del derecho de conducción de vehículos de motor y la privación del derecho al uso de armas. También son importantes las inhabilitaciones para el ejercicio de cargos públicos durante un tiempo determinado. Son de muy variado contenido y existe una tendencia a su expansión.



Se trata en la actualidad de una categoría residual abierta que se define por ser aquellas penas distintas de privación de libertad y multa. Propiamente hablando toda pena priva de algún derecho.

Entre estas, se pueden señalar: inhabilitación absoluta, que priva definitivamente del disfrute de todo honor, empleo o cargo público durante el tiempo señalado; inhabilitación especial para el ejercicio de un derecho concreto (como el disfrute de empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, de los derechos de patria potestad, tutela, guardia o curatela y del derecho de sufragio pasivo); suspensión de empleo o cargo público; privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores, o a la tenencia y porte de armas; privación del derecho a residir en determinado lugar, a acudir a él, o a aproximarse o a comunicarse con determinadas personas.

1.3.3 Penas privativas de libertad

Se denomina de esta forma a la pena emitida por el juez como consecuencia de un proceso penal y que consiste en quitarle al reo su efectiva libertad personal ambulatoria (es decir, su libertad para desplazarse por donde desee), fijando que para el cumplimiento de esta pena el sentenciado quede recluido dentro de un establecimiento especial para tal fin, llamado comúnmente cárcel, aunque cada ordenamiento jurídico le de un nombre concreto (correccional, establecimiento penitenciario, centro de reclusión, etcétera).

La pena privativa de libertad, tal como su nombre lo indica, consiste en privar de libertad de tránsito al individuo sentenciado; se diferencia de la "prisión preventiva" porque la pena privativa es resultado de una sentencia y no de una medida transitoria como sucede con aquélla.



Asimismo se diferencia de las denominadas "penas limitativas de derechos" en que la pena privativa no permite al reo conservar su libertad ambulatoria mientras la "pena limitativa de derechos" por cuanto ésta no afecta en modo alguno la libertad del reo para desplazarse y solamente impone la obligación de realizar ciertos actos (por ejemplo, prestar servicios a la comunidad) o el impedimento de ejecutar otros (ejercicio de una profesión, por ejemplo).

Pese a que viene a ser una concreción de la pena privativa de derechos, la doctrina la sitúa en un campo aparte debido a su importancia. Es la sanción penal más común y drástica en los ordenamientos occidentales (a excepción de la pena de muerte, de escasa extensión). Supone la privación de la libertad del sujeto y dependiendo del grado de tal privación, pueden distinguirse las siguientes: Prisión, arresto domiciliario, destierro y trabajo comunitario o trabajos de utilidad pública.

1.3.4 Penas pecuniarias

La pena pecuniaria es aquella que afecta al patrimonio del penado. Hay que diferenciar en este caso la pena del resarcimiento de la víctima (responsabilidad civil). Entre este tipo de penas tenemos: la multa, el comiso, la caución y la confiscación de bienes.

Esta clasificación de las penas toma en consideración la naturaleza del bien de que privan al sentenciado. Se caracterizan porque recaen directamente sobre el patrimonio, imponiendo al delincuente la obligación de pagar una suma de dinero a favor del Estado o en entregar los bienes u objetos materiales utilizados en la comisión del delito o los obtenidos como producto del mismo.



1.4 Teorías

La forma de castigo del crimen más antigua que se conoce es la ejecución del delincuente, una práctica que ha ido siendo abolida de forma progresiva en los últimos tiempos (si bien en algunas legislaciones sigue tratándose de una pena aplicada en los delitos más graves). Una fórmula posterior consistió en el confinamiento de los delincuentes en penales de colonias aisladas, como es el caso de la isla del Diablo en la Guayana Francesa. Una tercera fue y sigue siendo la prisión.

El desarrollo de las teorías modernas sobre las penas, que conciben éstas como instrumentos cuya principal finalidad es la reforma o reinserción del delincuente, y que encuentran su reflejo en las legislaciones penales contemporáneas, arranca de la obra del jurista italiano del siglo XVIII marqués Cesare Bonesana Beccaria. Este autor se mostraba contrario a la imposición de penas crueles e injustas y afirmaba que la pena a asignar a cada delito debía ser lo bastante dura como para que la persona la valorara en relación con las ventajas que el delito le pudiera reportar, pero no más. Otros tratadistas entendieron que la imposición del castigo debía evaluar las circunstancias atenuantes, los diferentes grados de participación (autoría, complicidad, encubrimiento) y las circunstancias eximentes (por ejemplo, cuando el criminal es un loco o un niño). El posterior desarrollo de las nociones de libertad condicional y libertad vigilada, así como de los tribunales de menores y reformatorios demuestran, en efecto, la progresiva consideración de la rehabilitación del delincuente como finalidad de mayor importancia que la del castigo en sí. En la actualidad, la rehabilitación de los condenados se plantea mediante diferentes métodos correctivos, desde los experimentos consistentes en el aprendizaje vigilado de un oficio hasta las prácticas de asistencia a necesidades sociales en los periodos de libertad condicional, a modo de voluntariado social.



Todo ello para lograr la plena reinserción del condenado. El principal obstáculo con el que en un principio se encontró esta política de reeducación vino dado por la combinación de dos factores: la falta de educación social de no pocos de los presos y la escasa preparación técnica de la que adolecían con frecuencia los funcionarios de prisiones.

Por ello, desde hace tiempo, las autoridades penitenciarias se esfuerzan por desarrollar programas de aprendizaje en los recintos carcelarios que sirvan al presidiario para aprender supervisado de un modo solvente por un equipo capaz de prestar la ayuda precisa al proceso de rehabilitación.

Desde la antigüedad se discuten acerca del fin de la pena, habiéndose desarrollado fundamentalmente tres concepciones, las que en sus más variadas combinaciones continúan hoy caracterizando la discusión. Encontramos así:

1.4.1 Teoría absoluta de la pena

Son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. "absoluta" porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social.

Esta concepción recibe su característica de "absoluta" debido a que ve el sentido de la pena, no en la prosecución de alguna finalidad social útil, sino que sostiene que dicho sentido radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, o sea que agota todo el fin de la pena en la retribución misma, explicada por Kant como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia y fundamentada dialécticamente por Hegel como la negación de la negación del derecho.



Así, niega una concepción del castigo que se fundamente en razones de utilidad social que ilícitamente convierta al hombre en un "medio" instrumental en beneficio de la sociedad ya que tanto para Binding como para todos los defensores de la teoría de la retribución, las concepciones preventivas resultan incompatibles con la dignidad humana porque sólo cabe motivar con el castigo a los animales, respecto de los seres humanos la única motivación admisible es la que surge de la propia norma, concebida como una orden –no matarás- que precede a la descripción legal –al que matare a otro... se le impondrá una pena de..., cuya existencia es independiente de la sanción.

El mal de la pena esta justificado por el mal del delito, es concebida como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la Ley del Tali3n. Ella niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado, ha de imponerse por el delito aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia debe igualmente aplicarse. Esto no significa que las teorías retribucionistas no asignen funci3n alguna a la pena: por una u otra vía le atribuyen la funci3n de realizaci3n de justicia. La opini3n m3s generalizada afirma que la pena presupone la reprochabilidad del comportamiento sometido a ella y expresa esa reprochabilidad. Es concebida por 3sta teoría como reacci3n por lo sucedido y desvinculada del porvenir ya que su fin es reparar el delito y no evitar delitos futuros. Esto explica la s3lida interconexi3n establecida entre las teorías del delito y la pena:

- El fin de la pena es restablecer el orden alterado por el delito.
- El delito, condici3n de la pena, exige la realizaci3n de un comportamiento contrario a la norma, m3s, la existencia de culpabilidad en el autor del mismo.



- El sistema se basa en el libre albedrío siendo culpable aquél sujeto que pudiendo motivarse en el respeto de la norma optó por la opción contraria y delinquirió. haberse mantenido al margen de las exigencias que le plantaba el orden jurídico, no obstante haber podido ajustarse a ellas (el haber podido obrar de otro modo) es el criterio generalmente aceptado sobre el cual se fundamenta el juicio de culpabilidad.
- La medida de la pena depende de la gravedad del hecho realizado y el grado de culpabilidad del autor, estableciéndose así un criterio de proporcionalidad entre el delito y la pena.

Las críticas formuladas a esta teoría explican su progresiva decadencia que se pone de manifiesto en virtud de que la misma ha sido abandonada por la doctrina penal contemporánea al menos en su perfil ortodoxo de concepción absoluta. Al respecto se hacen las siguientes consideraciones:

- Fundamenta el "para que" del castigo pero no explica ¿cuándo? el Estado debe hacerlo.
- No fija un límite en cuanto al contenido de la potestad penal estatal. Presupone la necesidad de la pena que debería en realidad justificar; llevada al extremo concluiría en que debe castigarse al delincuente aunque ello no resulte necesario en el caso concreto.
- Imposibilidad de verificar el libre albedrío. Presupone el libre albedrío o libertad de voluntad respecto de lo cual se sostiene que es irracional fundamentar el derecho del Estado a imponer penas en la existencia de una culpabilidad basada en él, debido a que la libertad de voluntad del autor no es empíricamente demostrable.



- La retribución como pago del mal con el mal y la racionalización de la venganza.
El pago o la devolución de un mal corresponde al arraigado impulso de venganza humano. La afirmación de que con la pena se ejerce una retribución fáctica solamente puede justificarse en la medida en que ella impide los actos de justicia por propia mano. Se entiende que el criterio retributivo no puede ser absoluto debido a que resulta evidente que no toda culpabilidad debe ser castigada ya que la pena, en el caso concreto, puede producir efectos contraproducentes (no explica ¿cuándo? el Estado debe aplicar la pena).

La idea de retribución compensadora es vulnerable debido a que la pena no borra el mal causado por el delito sino que en realidad añade un segundo mal, "el criterio talonario no permite recuperar el ojo de la víctima quitando un ojo al autor".

Más allá de las críticas a la teoría hasta aquí expuesta, el Derecho Penal contemporáneo no ha evolucionado hacia un abandono total de los puntos de vista retributivos debido, fundamentalmente, a la fragilidad de las teorías preventivas propuestas como alternativas. La sistematización de los presupuestos de punibilidad, formulados por la escuela clásica desde perspectivas retributivas se ve como un conjunto de garantías del gobernado frente al Estado y en los modelos propuestos en su reemplazo parecería estar corriendo riesgo, ello origina un rechazo de éstos, además, la circunstancia de que no se haya formulado aún ningún sistema que ofrezca presupuestos de incriminación (teoría del delito) diferentes a los enunciados como consecuencia de la concepción retributiva, da más fuerza a la sensación de que el abandono de dichas teorías produciría inseguridad jurídica.

Además, debe concederse a esta teoría la virtud de haber concebido a la pena como una reacción proporcional al delito cometido, estableciendo un límite a la pretensión punitiva estatal.



1.4.2 Teoría relativa de la pena

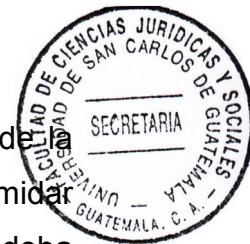
Las teorías preventivas renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena, ella será entendida como un medio para la obtención de ulteriores objetivos, como un instrumento de motivación, un remedio para impedir el delito.

Para explicar su utilidad, en relación a la prevención de la criminalidad, se busca apoyo científico. La teoría relativa de la pena se divide en dos criterios, los cuales se explican a continuación:

1.4.2.1 Teorías de la prevención especial

Desarrollada por diversas corrientes de pensamiento penal, como la escuela alemana de Liszt, el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social. Aunque cada una de ellas presente matices, resulta factible enunciar sus principales formulaciones. Es la posición extrema contraria a la teoría de la retribución. Según éste punto de vista preventivo-especial, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles, es decir, evitar las reincidencias (versión moderna de la teoría) y sólo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, se procurará readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización. Así, la necesidad de prevención especial es la que legitima la pena, según Von Liszt; "sólo la Pena necesaria es justa". Se habla de "relativa" porque su finalidad está referida a la "evitación del delito".

La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena.

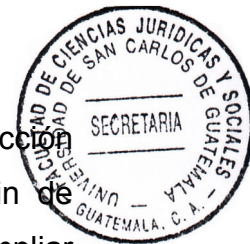


Von Liszt, se dedicó a clasificar delincuentes considerando que la eficacia de la pena de prisión o de la multa, como medios de intimidación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o inocular, según la personalidad de cada individuo sobre el que la pena deba cumplir su función preventiva, de modo que para dicho autor la prevención especial actúa de tres maneras: Corrigiendo al corregible: resocialización; intimidando al intimidable; haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.

La necesidad de la pena es la que fundamenta en esta teoría de la imposición. Pese a que existen razones para considerarlo concepción dominante, éste punto de vista también es vulnerable.

Algunas objeciones a la teoría de la prevención especial hacen las siguientes consideraciones:

- a. El ideal de corrección explica el fin que persigue la pena pero no contiene ninguna justificación del ius puniendi.
- b. No sirve para fundamentar la conminación de penas, sino en todo caso, para fundamentar la aplicación y ejecución de penas.
- c. No posibilitan una delimitación del ius puniendi en cuanto a su contenido.
- d. Pueden crear el riesgo de fundamentar el Derecho Penal contra los inadaptados (enemigos políticos) o los asociales (mendigos, vagabundos, etcétera). Resulta válido cuestionar el derecho del Estado a someter a tratamiento contra su voluntad a una persona, especialmente si es adulta, porque puede traducirse en una manipulación de la personalidad para obligarla a dejar de ser lo que quiere.



La imposición coactiva de un proceso de resocialización entra en contradicción con la idea de un estado de Derecho que exige pluralismo. Así, el fin de resocialización será de tan poca precisión que podría ampliar incontroladamente el poder del Estado en el campo del Derecho Penal. Incluso debería perseguirse un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, aún a riesgo de que la duración sea indefinida.

- e. Imposibilidad de determinar la necesidad de la pena. En la mayoría de los casos, nuestros conocimientos empíricos no bastan para delimitar la necesidad de la pena, lo que resulta extensivo a lo relativo a naturaleza y quantum de la pena. En aquellos supuestos en que resulte posible determinar la falta de necesidad de prevención especial la única conclusión viable sería la impunidad
- f. En el ámbito de individualización de la pena, surgen nuevas objeciones por la imposibilidad de predecir los efectos del tratamiento (si la pena se prolonga hasta que el tratamiento tenga éxito, el condenado queda a merced de la intervención estatal).
- g. Ilegitimidad de la resocialización coactiva: El Estado o la sociedad no tienen derecho alguno que les permita readaptar a según las reglas socialmente impuestas, en forma coactiva, al autor de un delito determinado. No se puede, además, agotar el sentido de la pena en la readaptación social del condenado y el propósito de evitar la reincidencia. La razón por la cual la teoría de la prevención especial quedó detenida en su evolución, no logrando superar las críticas apuntadas, se relacionan con su prematuro abandono de los conocimientos de las ciencias sociales y de la investigación empírica para construir las categorías de autor que debían servir de base al sistema.



1.4.2.2 Teorías de la prevención general

Tiene origen científico en Feuerbach, concibe a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar al peligro derivado de la delincuencia latente en su seno. Esta coacción formulada en abstracto se concretiza en la sentencia, cuando el juez refuerza la prevención general al condenar al autor debido a que por éste acto está anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan idéntica conducta (por eso, la lógica de éste criterio exige que las penas sean cumplidas, de lo contrario, el fin intimidatorio se ve afectado).

Así, en su formulación pura, estas concepciones no se fijan en los efectos que la pena puede surtir sobre el autor mismo, de manera que, "prevención general", significa también evitación de los delitos mediante la producción de efectos sobre la generalidad.

Estas teorías suelen ser identificadas con el aspecto intimidatorio de las penas ya que su justificación estará dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores. La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere mayor efectividad con su imposición y ejecución. La conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza. Según Feuerbach; La ejecución de la pena tiene lugar "para que...la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza".

Esta teoría parece presentar la ventaja de no tener que recurrir al criterio clásico de la culpabilidad sino al de motivabilidad del autor.



Así, el tipo penal consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin para motivar (mediante la amenaza con una pena) para que esa conducta no se realice.

Además, la teoría de la prevención general positiva indica que, la prevención general puede ser entendida de un modo diverso al precedentemente expuesto. Por una parte, puede manifestarse por la vía de la intimidación a los posibles delincuentes (prevención general negativa) y por la otra, como prevalecimiento o afirmación del derecho a los ojos de la colectividad. Así se adjudica a la pena ya un fin de conservación del orden, o de conservación del derecho, o para fortalecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad, o bien reforzar las costumbres sociales y la fidelidad al derecho o como afirmación de la conciencia social de la norma.

Algunas objeciones a la teoría de la prevención general explican lo siguiente:

1. Esta formulación encierra el peligro de su intrínseca debilidad para fundamentar cuándo es legítimo que el Estado use la pena, deja sin resolver la pregunta siguiente; ¿frente a qué supuestos tiene el Estado la facultad de intimidar? Ello explica su tendencia a favorecer el "terror penal" (como ocurrió en la baja Edad Media con la práctica de las ejecuciones ejemplares) Tampoco aporta datos acerca de ¿cuáles son los comportamientos esperados y cuáles los indeseables?
2. Podría terminar en una tendencia al terror estatal porque podría conducir a un Derecho Penal más ocupado por su propia eficacia que por servir a todos los ciudadanos. No es posible determinar cual es el énfasis punitivo que es necesario aplicar al delincuente para lograr el efecto intimidatorio en el resto del tejido social.



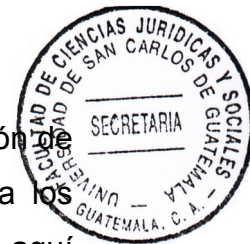
3. Indemostrabilidad de la coacción psicológica: Las suposiciones sobre el efecto intimidatorio de las penas ejemplares sólo pueden pretender el status de una cuestión de fe. - Es muy difícil verificar cual es el efecto preventivo general de la pena. La idea de que la intensidad de la amenaza es proporcional al efecto preventivo resulta, al menos, dudosa.

4. Utilización del delincuente para amedrentar a otros hombres: El interés público en la evitación de delitos no basta para justificar, respecto del afectado, lo que la pena a él le ocasiona: la garantía de la dignidad humana prohíbe utilizar al hombre como medio para los fines de otros hombres. Es impugnable en sí mismo un criterio que utiliza al hombre de esa forma ya que no se lo castiga por su acción sino por comportamientos que se supone que otros hombres pueden realizar, asumiendo sentido la objeción kantiana a que los seres humanos sean manejados como instrumentos para prevenir las intenciones de otros.

1.4.3 Teoría mixta o de la unión

Estas sostienen que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas teóricas antes mencionadas y proponen teorías multidisciplinarias que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones previas.

La polémica entre teorías absolutas y relativas de la pena evidencia que existe más de un fin de la pena ya que ninguna de las mencionadas concepciones agota el fundamento para su explicación. De allí se derivan teorías de la unión que procuran articular una síntesis entre las doctrinas en pugna. Parten del supuesto realista de que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas puras precedentemente señaladas porque ellas ofrecen varios flancos a la crítica.



Surgen así teorías pluridimensionales de la pena que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones puras hasta aquí analizadas.

Los intentos para presentar una fundamentación coherente de la pena, que contemple al mismo tiempo las teorías absolutas y las relativas, son variados. Además, éstas "teorías de la unión" son dominantes en el Derecho penal contemporáneo. Algunos autores señalan que su existencia pone en evidencia una crisis cuya manifestación más evidente es la ausencia de respuestas doctrinarias y legislativas armónicas para justificar el "IUS PUNIENDI" Estatal, "con todas las consecuencias de inseguridad que de allí se derivan".

Comúnmente las teorías mixtas le asignan al Derecho Penal la función de protección a la sociedad, sin embargo, tal función no reviste iguales características en todas las teorías. Pueden reconocerse dos grupos de fundamentaciones:

1. Aquellas que postulan que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y que los fines de la prevención sólo juegan un papel complementario dentro del marco de la retribución.
2. Las que sostienen que fundamento de la pena es la defensa de la sociedad, y a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido.

En ambos casos, la protección de la sociedad es entendida en el sentido de protección de bienes jurídicos y las conminaciones penales se justifican sólo y siempre por la necesidad de protección de bienes jurídicos.



En algunos exponentes de éstas teorías mixtas, la prevención general se presenta como la forma concreta de protección de bienes jurídicos en virtud de que el fin de protección de bienes jurídicos, por sí solo, no legitima la pena. Se sostiene que el criterio unificador se concreta en la afirmación de que cada concepción tiene influencia diversa según el momento en que se la considere. De modo que el criterio preventivo general es el que más gravita a nivel legislativo, es decir cuando se sanciona la norma que prevé sanción para todo aquel que realice determinado comportamiento. Los puntos de vista retributivo pasarían a primer plano durante el proceso y especialmente en la individualización judicial de la pena, ya que al sentencia debe establecerse considerando preferentemente la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor. Pasarían a segundo plano consideraciones preventivas especiales vinculadas a la personalidad del autor u al pronóstico de reincidencia, limitándose la influencia de la prevención general a una función residual, relacionada con evitar la imposición de una pena tan reducida que suponga efectos contraproducentes para el control social.

La teoría de más incidencia durante la ejecución sería la prevención especial en su versión moderna, debido a que el sistema penitenciario debe orientarse al logro de la readaptación social del condenado.

En resumen: la teoría de la pena aquí sostenida puede ser resumida de la siguiente manera; la pena sirve a finalidades de prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzar esta medida, en tanto esto sea necesario para las necesidades de prevención especial y no se opongan a ello requisitos mínimos de prevención general.



1.4.4 Explicaciones generales

El objeto de estudiar las teorías de la pena es lograr determinar: ¿Cuál es el significado del acto al que llamamos castigo? ¿Qué sentido tiene para quien padece el castigo (El condenado) como para quien lo impone (La sociedad a través de los órganos correspondientes de justicia)?

Lo anterior nos lleva a dos preguntas ¿Por qué se Pena? y ¿Para que se Pena? Se ha tratado de responder de dos formas a estas preguntas:

- a. Punitur quia peccatum est: Castigar porque se ha pecado. Las teorías absolutas, responden en este sentido. Al autor se le castiga porque ha “pecado”, esto es, por delito ejecutado, de manera que la pena no persigue finalidades ulteriores y se justifica a si misma. Se puede presentar en dos criterios: 1) Teoría Absoluta: Retribucionista. La retribución significa que la pena debe ser equivalente al injusto culpable según el principio de la justicia distributiva.

Lo que no tiene que ver con “venganza”, sino con “medida”, ya que el hecho cometido se convierte en fundamento y medida de la pena (Esto se llama principio de proporcionalidad de la pena con el delito cometido); y esta ha de ajustarse, en su naturaleza y quantum a aquel. El principio retribucionista descansa sobre dos principios inmanentes: El reconociendo de que existe la culpabilidad, que puede medirse y graduarse y el que puedan armonizarse la gravedad de la culpa y la de la pena, de suerte que esta se experimente como algo merecido por el individuo y por la comunidad. 2) Teoría Absoluta: Expiatoria acá la imposición de la pena tiene un carácter moral. El sujeto sufre la pena para comprender el daño causado. Mediante la pena expía su culpabilidad.



b. Punitur, ut ne peccetur. Castigar, para que no se peque. Las teorías relativas profundizan esta máxima, teniendo una sola corriente que es la preventiva. Para ellas la pena es un medio para obtener un fin que es la prevención del delito. En la prevención se “mira hacia el futuro” ya que se centra en la peligrosidad del sujeto y la predisposición criminal latente de la generalidad de los sujetos. La pena sería un medio para prevenir delitos futuros. El delito entonces no es la CAUSA sino la OCASIÓN, de la pena. Tampoco es la medida de la pena, porque no se castiga con arreglo a lo que el delincuente “se merece”, sino según lo que se necesite para evitar otros hechos criminales. El principio prevencionista descansa sobre tres “presupuestos inminentes”: la posibilidad de enjuiciar en un juicio de pronóstico mínimamente seguro respecto a la conducta futura del sujeto; la de que la pena pueda incidir de tal manera en la peligrosidad diagnosticada que ciertamente produzca un efecto preventivo; que mediante la pena pueda lucharse eficazmente contra las inclinaciones y tendencias criminales. El criterio de las teorías relativas prevencionistas tienen dos vertientes que a su vez se subdividen en dos posiciones cada una. La prevención general, la cual actúa solo sobre la comunidad, y la prevención especial las cuales recaen sobre el sujeto delincuente.

1.4.5 Análisis de las teorías humanización de la pena

- Teoría absoluta retribucionista: La pena es el mal que se irroga a quien ha cometido un delito. Kant postula que el derecho de castigar es el derecho que tiene el soberano de afectar dolorosamente al súbdito por causa de una trasgresión de la ley. La pena, en este sentido, no puede aplicarse nunca como un medio de procurar otro bien, ni aun a beneficio del culpable o de la sociedad (Desecha las teorías relativas) sino que siempre debe aplicarse la pena contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido. La pena sería un imperativo categórico de justicia. Pase lo que pase se debe imponer la pena a quien ha delinquido. Hegel postula, dentro de su teoría dialéctica que: Tesis: Sería la



norma, su vigencia y su respeto por todos. Anti-Tesis: Sería el delito, la negación de la norma. Síntesis: Sería la pena, el único medio para restablecer el derecho por medio de la negación de la negación de la norma. Por ende acá la retribución de la norma estaría justificada para mantener o preservar la vigencia del ordenamiento jurídico.

- Teoría absoluta expiatoria: Juega con que la pena sería una forma no de castigar sino de que el sujeto comprendiere lo incorrecto de su actuar y que por medio de la misma lograre redimirse. De hecho expone que la pena la debe sentir el delincuente como un sentimiento de culpa, pero pareciera obvio que con la pena esto no ocurre.

- Teorías relativas de la pena de la prevención general: Estas teorías ven la pena como un medio ejemplar para afectar a la sociedad en general, vale decir, la pena que se le impone al sujeto infractor de la norma tiene como finalidad influir en la sociedad. Se ejemplariza al sujeto, se le utiliza como medio. Esta teoría a su vez tiene dos manifestaciones:
 - Teoría relativa de la pena: Prevención General: Positiva la cual señala que la pena es una forma de reforzar los valores de la sociedad o por lo menos reforzar la vigencia del ordenamiento jurídico. En este sentido, la pena vendría a ser un medio para reforzar la validez del ordenamiento jurídico. Se impone la pena a infractor de la norma, para hacer ver al resto de la sociedad que existe el derecho, que no queda impune su quebrantamiento y, finalmente, que se protegen ciertos “valores” o “estados” que la sociedad en conjunto considera importantes.

 - Teoría relativa de la pena: Prevención general: Negativa postula que la pena es un medio con el cual intimidar a la sociedad para prevenir la comisión de delitos. La pena vendría a ser ejemplificadora para el resto de la sociedad.



- Teorías relativas de la pena de la prevención especial: Estas teorías recaen sobre el sujeto delincuente, la pena es un medio para intervenir en la vida del infractor de la norma. Esta intervención se justifica como forma de prevenir futuros delitos, para tratar de reducir la peligrosidad del sujeto. Es independiente de la sociedad.

1.5 Humanización de la pena

La humanización de la pena es la evolución sufrida por el delito en cuanto a la intensidad y motivación del castigo impuesto al condenado.

En la actualidad el castigo o pena puede ser entendida como el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la restricción de derechos del responsable. También se define como la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito. Sin embargo, la anterior definición no se ajusta a la concepción que se tenía sobre la pena en el derecho antiguo, ya que la pena es una de las instituciones que más se ha transformado y evolucionado en el derecho.

1.5.1 Etapas en la transformación de la pena

- a. Venganza libre: En los tiempos primitivos no existían penas estructuradas y preestablecidas, sino que había toda una serie de prohibiciones basadas en conceptos mágicos y religiosos, cuya violación traía consecuencias no sólo para el ofensor sino también para todos los miembros de su familia, clan o tribu. Cuando se responsabilizaba a alguien por la violación de una de estas prohibiciones (tabú), el ofensor quedaba a merced de la víctima y sus parientes,



quienes lo castigaban causándole a él y su familia un mal mayor. No existía relación alguna entre la ofensa y la magnitud del castigo.

- b. Venganza talionaria: Surge con la Ley de Talión, que establecía limitaciones en la venganza, aparecen como método de castigo con el Código de Hammurabi, La Ley de las XII Tablas y la Ley Mosaica, que intentan establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo. Éste debe ser igual a aquel. Es el famoso "ojo por ojo, diente por diente".
- c. Composiciones voluntarias: Las mismas consistían en un acuerdo entre las partes para fijar el precio del daño causado, o de la sangre. Éstas tienen un carácter voluntario ya que el autor del daño no estaba obligado a hacer una reparación. Si no había acuerdo se recurría al Talión. A modo de ejemplo, en la Ley de las XII Tablas (450 a.c.) se establecía que “si le arrancó un miembro y no se avino con él, aplíquese talión”.

Es decir que en caso de que alguien hubiese mutilado un miembro a otro y si no hubiera transacción, o sea, composición voluntaria se le imponía al autor la pena del talión.
- d. Composiciones tarifadas: Las composiciones adquieren un carácter obligatorio y su monto es fijado por el Estado. Puede citarse como claro ejemplo a un viejo delito del Derecho Romano que preveía que la pena ante la mutilación de árboles “Arboribus succis” sería de 23 ases.
- e. Sistema de pena pública: El sistema de pena pública supone que el Estado desplaza totalmente a los particulares en el derecho de impartir justicia; quedándose con la exclusividad de imponer penas.

Ya en el siglo V a. c., y volviendo a la Ley de las XII Tablas vemos en ésta como implícitamente se distingue entre la pena pública y la pena privada.



Dentro de la pena pública se incluía los crimina o ilícitos penales que eran atentados contra el pueblo romano, como el perduleio o traición al pueblo romano y de los ilícitos más graves como el parricidium. Los crimina eran perseguibles de oficio y sancionados con la pena capital o en su caso el exilio. Pero la misma ley, establecía también una distinción que implicaba la existencia del delito privado, ilícitos privados, de menos gravedad y de persecución a instancia de la víctima o de sus familiares.

Estos ilícitos eran castigados con pena pecuniaria a favor de la víctima, siempre dependiendo de la gravedad de mismo. Los mismos consistían en daños a bienes de terceros, el furtum y la iniuria o delito de lesiones. Vemos pues que en el Derecho Romano, en un principio no se desarrolla por completo el sistema por el cual el Estado se queda con la exclusividad de imponer penas; sin embargo con el paso del tiempo los delitos privados pasan a ser perseguidos por el Estado y sometidos a pena pública.

Durante la época de la República, solo van quedando como delitos privados los más leves. En la época del Imperio los tribunales actuaban por delegación del emperador; el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción ordinaria en razón de que el ámbito de los crímenes contra la majestad del imperio se fue ampliando cada vez más. Con el desarrollo del período imperial no se tratará ya de tutelar públicamente intereses particulares, sino de que todos serán intereses públicos. Es recientemente, con Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio (1256-1265) que queda definitivamente consagrado el carácter público de la actividad represiva, y se establece que la finalidad de la pena es la expiación, es decir, la retribución del mal causado, como medio de intimidación, para que el hecho no se repita.



1.5.2 Principal avance hacia la humanización de las penas

Durante la etapa de venganza libre nos enfrentamos a las penas más crueles, su intensidad variaba según la fuerza que tuviera la víctima o sus familiares contra el delincuente. En el caso de la venganza talonaria, si bien comienzan a aparecer regulaciones para las penas, éstas no disminuyen su crueldad. Como ya fue señalado, la Ley de Hammurabi establecía para una gran cantidad de delitos graves, y no tan graves, la pena capital. Con respecto a delitos menores se establecían penas que consistían en la mutilación del cuerpo del penado, entre otros castigos tales como arrojar la víctima al río, etcétera. Vemos, como las penas carecen de humanidad y tienen un sentido puramente intimidatorio. En el Derecho Romano, no es sino hasta la etapa Imperial cuando las penas empiezan a reducir su severidad, si bien se sigue manteniendo la pena capital. Hasta los siglos XVII y XVIII e incluso durante estos siglos, fueron comunes penas tales como: el fuego, la espada, el descuartizamiento, la horca, la muerte por asfixia, el enterramiento del cuerpo vivo, el hierro candente y la flagelación.

César Bonesana Marchese di Beccaria conocido principalmente como Cesare Beccaria fue el autor de "De los delitos y las penas" en 1764. En este libro, plantea una serie de principios que son la base del actual derecho penal, pero que para su época fueron revolucionarios. A continuación se mencionan algunos de los más importantes:

- Sólo las leyes pueden decretar penas: En el capítulo III de su libro el autor señala el primer principio básico: "sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos" y señala también que la función de imponer sanciones a cada uno de los delitos que se pudieren cometer dentro del núcleo social, debían ser establecidas solo por el legislador. Quien al igual que hoy, es el representante legítimo de los integrantes del pacto.



Esto es un motivo de seguridad para los infractores, de que ningún juez, en un arranque de cólera o venganza, pueda imponer una sanción que le satisficiera en estos lapsos de irracionalidad desmedida.

- La interpretación de la ley corresponde al legislador y no al Juez: La interpretación de la ley penal, no está permitida a los juzgadores, pues si tuvieran esta capacidad, se convertirían automáticamente en legisladores.

El juzgador, recibe la codificación como un dogma sagrado, el cual no tiene derecho a cuestionar y que principalmente, está obligado a llevar a pie de la letra por ser estos resultados de la voluntad de los hombres, plasmada por el pueblo a través del legislador. El juzgador tan solo tiene la facultad de realizar dentro del parámetro señalado por la ley, la motivación correspondiente, precedida de un análisis de los elementos que confluieron en la comisión del delito, ya que de lo contrario, de no ser así, se puede caer en especulaciones sin respuesta, que en nada benefician a la aplicación de la pena.

En conclusión, la intención de Beccaria es dejar de lado la subjetividad de los juzgadores.

- Las penas deben ser proporcionales a los delitos: Sería ilógico pensar, que todos los delitos deben ser castigados de la misma manera; los delitos deben ser castigados, conforme la magnitud del bien tutelado que violaron o pusieron en peligro, señalamiento que claramente realiza Beccaria en el capítulo XXIII de su tratado, al asegurar que la escala a utilizarse en el establecimiento de la magnitud de la pena a imponerse, debe estar compuesta invariablemente de los deseos e impulsos que motivaron a la persona a cometer el delito y el fin que se perseguía realmente al momento de cometer este, es decir, las penas deben ser



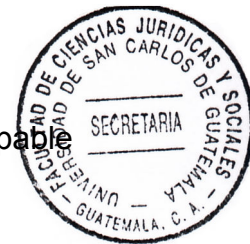
establecidas conforme al grado de ofensa que se hizo a la sociedad con la falta cometida.

- La finalidad de la pena: La finalidad real de las penas, debe ser el no permitir que el infractor continúe desafiando el marco legal de la sociedad, no continúe haciendo daño a los ciudadanos, los cuales deben ser persuadidos por la imposición de la pena justa a este "reo", para que se sustraigan de cometer alguna falta de carácter similar.

"El fin, pues, no es otro que el de impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos, y el de apartar a los demás de que los hagan iguales. Las penas por consiguiente, y el método de infligirlas, deben elegirse en tal forma que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y duradera en los ánimos de los hombres y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo".

- La tortura, el tormento debe abolirse: Con relación a tan delicado tema, Beccaria manifiesta que el tormento es una de las peores prácticas que se puede realizar, dentro del sistema de justicia, pues carece de todo valor probatorio.

Si un ser humano es sometido a una serie de torturas descomunales, seguramente terminará diciendo lo que su verdugo espera que diga, razón por la que este método retrograda, no tiene ningún motivo que justifique su existencia dentro de la procuración de justicia. Una extraña consecuencia, que necesariamente se sigue del uso de la tortura, es que al inocente se lo pone en peor condición que al reo; pues si a ambos se les aplica el tormento, el primero lleva las de perder, ya que, o confiesa el delito y se lo condena, o si se lo declara inocente y ha sufrido una pena indebida. En cambio, el culpable tiene una posibilidad a su favor, toda vez que si resiste con firmeza la tortura, debe ser absuelto como inocente, con lo cual ha cambiado una pena mayor en otra



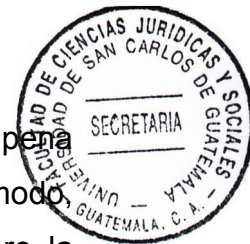
menor. Por consiguiente, el inocente no puede más que perder y el culpable puede ganar.

- Prontitud de las penas: Cuando la pena sea más pronta y más próxima al delito cometido, tanto más justa y más provechosa será. Es necesario fijar plazos breves pero suficientes para la presentación de las pruebas en defensa del reo y para la aplicación de la pena. Beccaria justifica este principio en que: la pena no es otra cosa que la consecuencia del delito y aplazar su aplicación, no representa otra cosa que la separación cada vez más errónea de estos dos

conceptos, íntimamente ligados, tanto en la teoría como en la práctica. El acusado de ser sentenciado con una tardía innecesaria, entraría en una etapa de tortura psicológica, al estar inmerso en la incertidumbre sobre la pena a la que se hará acreedor, a lo que se suma la necesidad de no dar tiempo a que el inculpado o alguna persona que este en confabulación, pueda modificar o destruir los elementos que servirán para decretarle la culpabilidad.

- La crueldad de las penas es inútil: En el capítulo XV de su tratado Beccaria hace referencia a la suavidad de las penas y sostiene que la pena debe ser proporcional al delito y debe desterrarse de ella, cualquier rastro de atrocidad, ya que de lo contrario, este hecho representa en primer lugar para el posible infractor, un estimulante que lo invita a desafiarla, obviamente con miras a jamás tener que probar su eficacia y en segundo una especie de escuela del delito, donde el legislador guía al delincuente, mostrándole todas las puertas que existen para violentar el estado de derecho. "Uno de los mayores frenos de los delitos, no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad y, por consiguiente la vigilancia de los magistrados y la severidad del juez inexorable, la cual, para que sea una provechosa virtud, deben ir acompañada de una legislación suave."

- La pena de muerte no es útil ni necesaria: Quien se mueva en la temática de que



la pena ejemplar es la mejor solución en la prevención del delito, dirá que la pena de muerte es lo necesariamente justa, al tener que el homicida, de algún modo hacer la reparación del daño, con la privación de su derecho a vivir, pero la realidad, es que la imposición de una pena de tal magnitud, en nada garantiza el fin de estos delitos. Beccaria señala: "no es la intensidad de la pena lo que produce el mayor efecto en el ánimo del hombre, sino la duración; pues nuestra sensibilidad se mueve más fácil permanentemente por mínimas, pero reiteradas impresiones, que por un impulso fuerte, pero pasajero...

No es el terrible pero pasajero espectáculo de la muerte de un criminal, sino el largo y continuado ejemplo de un hombre privado de libertad, que convertido en bestia de servicio recompensa con sus fatigas a la sociedad que ofendió, lo que constituye el freno más poderoso contra los delitos". Como lo señala el autor, la pena de muerte representa dos cosas: primero una lucha de todo un pueblo en contra de un individuo y segundo la incapacidad de un sistema jurídico, que no encuentra otra solución mejor a esta situación.

Cabe preguntarse, quién es lo suficientemente infalible como para dictaminar una sentencia que quite la vida a una persona. Qué ser humano tiene cualidades similares a las de una divinidad. La pena de muerte se enfrenta a un gran dilema y es: qué sucede en caso de que luego de que es ejecutada, se pruebe que la persona condenada a muerte era inocente. La vida de esa persona inocente no puede devolverse.

- Las penas deben ser las mismas para todos los ciudadanos: Beccaria señala, que una ley es justa cuando todos los súbditos, al igual que el soberano, están sujetos al cumplimiento de la misma y no de manera contraria como algunos pensadores aseguraron, al señalar que lo justo de la pena, radicaba en el grado de afectación que representaba para el reo.



- La educación es el medio más eficaz para prevenir el delito: Quien se preocupa por la excelsa educación de sus gobernados, recibiera a cambio además de una sociedad libre del analfabetismo, una sociedad respetuosa de las leyes, capaz de generar sus propias fuentes de riqueza y por tanto, ocupada en la forma de avanzar cada vez más y no en la forma de cometer delitos, sin tener que ser sancionado por estas acciones. Los postulados de Beccaria fueron un gran avance en materia humanitaria y fijaron principios basados en el razonamiento científico que fueron recogidos por la mayor parte de las legislaciones posteriores.

1.6 Disposiciones internacionales

El diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, la Asamblea General de las Naciones Unidas señala entre otras cosas en la Declaración Universal de Derechos Humanos , en su Artículo 5 que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Posteriormente, el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho se firma la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que tiene la intención de hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo. Dicha Convención define el concepto de tortura: “Todo acto por el cual se infrinja intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.”



Establece la siguiente excepción: “No se considerarán torturas los dolores sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”. Sostiene también que: “Todo Estado parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el Artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.”

1.7 Utilidad y límites de la pena y la necesidad de una política criminal acorde con la concepción de última ratio

El fundamento de la justicia penal es la justicia social y no el estado de derecho que se confunde con su legalidad y legitimidad, por ello se indica que la política criminal y la organización del sistema penal de un país han de llevarse a cabo en correlación con el desarrollo, teniendo en cuenta al respecto que la correlación aludida descansa esencialmente en la preservación de los derechos humanos.

El costo social de la pena es alto. La comunidad paga por ella un precio elevado. Es el instrumento socialmente más caro y gravoso, el más destructor e invasiva, su elevado costo no justifica el efecto bienhechor en el culpable ni demuestra su capacidad como resolutoria de conflictos sociales.

La ilegitimidad de la legalidad procesal para imponer penas, se ejerce en un marco de arbitrariedad que redundan en la parte poblacional más desprotegida y de tal modo se fundaría en la desigualdad social. La violencia, el genocidio apuntan al joven marginal, dice y es dentro de ese conjunto de donde se selecciona, una



"clientela judicial" de desposeídos e inmaduros, ilegitimidad que se completa también con su permanencia en prisión, factor seguro de deterioro de la subjetividad del interno. Como solución propone la disminución de esa proyección ascendente a través de un menor "protagonismo penal". Así la ilegitimidad del poder ante la culpabilidad pone de relieve que la responsabilidad no es del imputado, sino de la "agencia judicial" dice que debe rendir cuentas personal y socialmente, desde que la vulnerabilidad del sujeto "opera como límite máximo de la violencia tolerada. La pena entonces pasa a ser un sufrimiento sin sentido.

En cuanto a la función de la pena, es decir, el para qué se impone una pena, hay que tener en cuenta que no puede diferir de la función del Derecho Penal y que por tanto su función es la protección de los bienes jurídicos mas importantes de los ataques mas intolerables. En este sentido la función de la pena es la prevención del delito y no la realización de una justicia ideal.

La misión del derecho penal es proteger los valores elementales de la vida en la comunidad y que lo hace protegiendo los bienes vitales de la comunidad.

La pena, en su modalidad como privativa de libertad se ha de limitar tanto cuanto se pueda, porque la prisión ejerce siempre sobre el condenado un influjo desfavorable por muchos esfuerzos que se hagan para modificar la ejecución de la pena. Incluso en un establecimiento penitenciario ideal regirá también la ley psicológica de que la labor educativa de los funcionarios sobre los presos es de una eficacia inferior a la que ejerce la subcultura de los presos mismos.

Las Naciones Unidas es su Resolución 36/21 de mil novecientos ochenta y uno sobre justicia penal, le pide a los gobiernos que se realicen esfuerzos necesarios para establecer sobre esa base una justicia penal teniendo en cuenta factores



políticos, económicos, culturales, sociales y otros, a fin de establecer una justicia penal sobre principios de una justicia social.

Años mas tarde en el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán en agosto de mil novecientos ochenta y cinco en su Resolución 16 señala que: "Las penas de prisión solo deben imponerse como ultimo recurso, tomando en cuenta la naturaleza y la gravedad del delito, así como las circunstancias jurídicamente pertinentes y otras circunstancias personales del delincuente.

En principio los pequeños delincuentes no deben ser condenados a prisión" Beccaría señalaba que con frecuencia, más importante que la gravedad del castigo es la seguridad de que se impondrá alguna pena.

Sin embargo, para que puedan prohibirse y castigarse conductas, resulta exigible además como necesario que dañen de un modo concreto bienes jurídicos ajenos, cuya tutela es la única justificación de las leyes penales como técnicas de prevención de su lesión. El Estado, en suma, no debe inmiscuirse coercitivamente en la vida de los ciudadanos, ni tampoco promover coactivamente su moralidad, sino sólo tutelar su seguridad impidiendo que se dañen unos a otros respetando el valor de la libertad de conciencia de las personas, la igualdad de su tratamiento penal y la minimización de la violencia punitiva.

El Derecho Penal y por ende la pena, deben constituir la última ratio entre los instrumentos de que dispone el Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, debiendo implicar, como consecuencia lógica, que el Derecho Penal esté subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos lesivos y restrictivos para el individuo de que dispone el Estado; luego entonces, la subsidiariedad, es una



exigencia político-criminal que debe ser afrontada por el legislador.

En los últimos tiempos han cobrado fuerza las ideas que propugnan una reforma del Derecho Penal. No se trata de uno más de los fenómenos asociados a la época del postmodernismo, reformar los fines del Derecho Penal, las maneras en que se manifiesta y sobre todo la necesidad de deslindar aquellas conductas que merecen ser reprobadas a través de una Ley Penal son algunos de los pilares de dicha reforma. Al respecto un ilustre profesor ofrece su visión de la reforma penal en cuanto a cuales han de ser sus principales postulados en relación con un Derecho Penal de última ratio.

La sanción penal constituye la respuesta estatal, socialmente condicionada, ligada en su concepción, contenido, objetivos, aplicación y ejecución al desarrollo material y cultural de la sociedad que la instituye, aplica y ejecuta.

El sistema de sanciones debe ser lo suficientemente flexible para permitir al Tribunal una aplicación individualizada y diferenciada de la sanción, sin vulnerar el principio de la igualdad real de todos ante la ley.

El nivel de la conminación penal señalado en la ley debe hallarse en relación con las funciones de protección que incumben al Derecho Penal y a la sanción penal.

La sanción de privación de libertad debe quedar limitada para los casos de infracciones más graves y para aquellos sancionados a los que su medio de vida social, laboral y familiar no sean favorables para su reeducación.

La sanción penal debe reservarse para la protección, en la esfera del derecho



penal, de aquellos comportamientos considerados intolerables por la sociedad, por amenazar o poner en peligro fundamentales relaciones sociales.

La legitimación de la pena consiste exclusivamente en que es necesaria para el mantenimiento del orden jurídico como condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad; de lo contrario, el poder del Estado se aniquilaría a sí mismo y si ella dejara de tener poder coactivo, se rebajaría hasta convertirse en una mera recomendación sólo éticamente vinculante.

Debe añadirse que contribuyen también a ello las demandas de justicia de la comunidad, que no soportaría convivir como si no hubiera habido injusto alguno, entonces, el camino a la venganza privada quedaría abierto.

La pena ha de cubrir las necesidades del autor hacia una liberación de la culpa, con significado expiatorio. Crear la posibilidad expiatoria como prestación moral autónoma es una tarea legítima del Estado.

La pena nunca logra por completo la reinserción del delincuente, al contrario, podemos decir que las prisiones en vez de formar, deforman, o como dicen algunos, la prisión se convierte para el delincuente en una universidad de delitos. No existe un equilibrio materialmente proporcional entre el daño que causa el infractor y el que sufre el mismo como consecuencia de la pena derivada del ilícito penal. En contra de la eficacia de la pena podrían alegarse los elevados porcentajes de reincidencia pese al cumplimiento de una pena anterior.

No obstante, negar la utilidad de la pena sería como mandar al derecho penal a mejor vida. Indudablemente la pena no solo constituye un factor de disuasión en la persona del infractor, no ya como un mero castigo, sino mas bien con un fin



reeducador y prevencionista. Independientemente de que las condenas no sean un factor decisivo, si constituyen medios importantes de sistemas de medidas para la lucha contra la delincuencia.

Hay que ver si la pena es necesaria o no (principio de necesidad). No se trata de establecer una relación entre culpa moral y castigo como en las teorías absolutas, en que la teoría de la pena se convierte en teorías matemáticas, tampoco adecuar la pena únicamente a la evitación de un posible daño futuro. Aquí las teorías de la pena serian casi teorías de probabilidades. Lo ideal es establecer ahora vías alternativas al sujeto para la resolución de los conflictos sociales actuales, eso es más que matemáticas y probabilidades. Es un problema humano; lo que se tendría que plantear un estado democrático si quiere seguir siéndolo.

En este sentido encontramos algunas teorías o tesis sobre la pena que van desde

las prevencionistas hasta las retribucionistas. En cuanto a la prevención van desde un nivel general hasta uno particular. Parten de que la pena debe imponerse para realizar la justicia, sin tomar en cuenta fines de utilidad social, estas últimas teorías tienen o asignan a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales.

Sin embargo las tesis retribucionistas caen necesariamente bajo las críticas de un Derecho Penal de mínima intervención.

Para tener una idea mínima de las tesis retribucionistas pues no queremos abundar en este sentido, hemos de decir que las mismas parten de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en el su merecido.

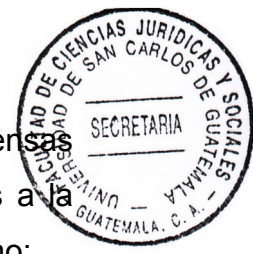


Es carente de objetividad el argumento de que la reclusión protege a la población de los delincuentes, es solo una ilusión, dado que el volumen de la delincuencia en cualquier sociedad es siempre un dato desconocido y solo llega a conocimiento de la policía un cincuenta por ciento y de todas ellas un veinte por ciento pasa a los tribunales y un diez por ciento termina en la cárcel.

Es por ello que se puede, en consonancia con una política criminal consecuente con el principio de mínima intervención, llevar determinados hechos a:

1. Conversión de ciertos hechos punibles que en infracciones administrativas son sancionables con penas criminales.
2. La solución procesal por aplicación del principio de oportunidad que permite al ministerio fiscal la posibilidad de suspender condicionalmente el proceso antes de formular la acusación.
3. Atribuirle al tribunal la posibilidad de aplazar la decisión sobre la imposición de la pena tras haber declarado la existencia de la culpabilidad.
4. La sustitución de la pena privativa de libertad. Entre sus modalidades podemos señalar: amonestación, sometimiento a prueba el condenado a libertad vigilada, suspensión provisional de la formación de la acusación, la probativa, la multa, cumplimiento en los fines de semana, inhabilitación de ejercer una profesión, privación de derechos y facultades, trabajo correccional con restricción de libertad, trabajo correccional sin restricción de libertad y trabajo no remunerado y útil para la comunidad durante el tiempo libre.

Encontramos asimismo como un instrumento importante la descarceración y



consiste en que dentro del derecho penal un número determinado de ofensas dejen de ser castigadas mediante la prisión y sean a través de alternativas a la misma. En un análisis en el derecho comparado encontramos alternativas como:

1. Derivación (los órganos encargados de la ejecución no proceden a denunciar o acusar por el delito o lo subordinan a determinadas exigencias como pueden ser la reparación).
2. Dispensa condicional (el juez no dicta condena, subordinándola a que la persona no delinca durante determinado tiempo).
3. Amonestación (una reprobación oral realizada por el juez).
4. Caución de condena (obliga al ofensor a pagar una cantidad como garantía de que se comportara de determinada manera).
5. Reparación (consiste en la obligación del autor del delito de compensar a la víctima).
6. Multa (pagar una determinada cantidad de dinero).
7. Probación (la persona es asistida y supervisada durante determinado tiempo).
8. Probación intensiva (sufre de un control mayor, debe participar en el tratamiento en un marco institucional).
9. Trabajo al servicio de la comunidad (trabajar a favor de la comunidad sin retribución un número establecido de horas fuera del horario de trabajo).



10. Inhabilitación (consiste en la privación del ejercicio de algún derecho por algún tiempo como puede ser conducir autos, ejercer cierta profesión).
11. Suspensión de la ejecución de la condena (la persona no continua ejecutando condicionalmente pero que no delinca en un período determinado).
12. Toque de queda (permanecer ciertas horas del día en determinado lugar).
13. Arresto domiciliario (permanecer en el domicilio).

1.8 Consideraciones sobre el bien jurídico y su análisis a la luz del principio de mínima intervención

El concepto de bien jurídico según tiene que agradecer su origen a la aspiración de establecer límites al Derecho Penal.

Tiene una vida aparejada a los esfuerzos por desarrollar un concepto material de delito. No obstante es múltiple la cantidad de conceptos que se ofrecen. Podemos mencionar por lo interesante que resulta el hecho de que también se le reconoce como valor o interés penalmente protegido.

La segunda ocasión en que la teoría del bien jurídico entró en discusión fue a comienzos de la década de mil novecientos setenta con la reforma del derecho penal sexual. Se abolió la punibilidad de la homosexualidad entre adultos etcétera.

Un control inefectivo sobre las conductas trasgresoras, unido a otros factores de orden objetivo y espiritual ha convertido al derecho penal no solo en la principal



arma de freno, sino que en ocasiones ha pasado a ser la única variante de control de la criminalidad. En buena medida debe su sobredimensionamiento a la ineficacia de otros controles que podrían actuar de una forma menos traumática.

El Derecho Penal por si solo no puede combatir con éxito las causas del delito y lograr su total erradicación. La sociología por ejemplo le brinda argumentos y técnicas de solución, métodos eficaces para un combate complejo. Más precisamente, la sociología investiga en general las causas, las condiciones sociales, los factores de grupo de la desviación de las normas y entre ellos, de las normas de derecho y particularmente de los referentes al Derecho Penal.

Necesariamente ha de existir el derecho penal, pero no debemos de tenerlo siempre a mano para la primera trasgresión del orden establecido por las leyes. El derecho penal debe y tiene que ser la última de las respuestas, no debemos olvidar que afecta bienes tan sagrados como la libertad, el patrimonio e incluso la vida.

Ya no estamos en los tiempos en que el Estado podía decidir a su arbitrio lo que quería punir y como lo quería hacer.

Frente a estas actitudes gubernativas y jurídicas se abren paso en la doctrina jurídica internacional diversas corrientes de pensamiento que tienden sobre todas las cosas a colocar en el centro de la represión penal a aquellas conductas que entrañan un mayor peligro para la sociedad. El Derecho Penal mínimo es una de estas tendencias modernas.

Ahora bien, la aplicación en su mínima expresión del Derecho Penal lleva a plantearse en primer lugar, cuáles conductas van a reprimirse y que criterios se han de tener en cuenta para hacer una selección de tal magnitud.



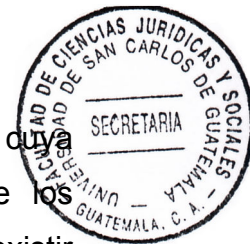
Las funciones de tutela del Derecho Penal no son satisfechas por las penas sino por las prohibiciones en la medida en que se considere que las penas son instrumentos idóneos, al menos en parte, para hacer respetar las prohibiciones, es decir, en la medida en que se acoja el paradigma general preventivo de la función de las penas.

La figura del bien jurídico se alza como el elemento principal a tener en cuenta a la hora de aplicar o no el Derecho Penal, pero aparejado a esto hay que entrar a valorar cual bien hemos de considerar como bien jurídico y dentro de éstos valorar cuales merecen la tutela penal.

Las tesis abolicionistas, con su consideración del delito como un conflicto entre Intereses contrapuestos de las partes que el Derecho Penal actual no sólo es incapáz de evitar, sino igualmente de atender a las necesidades de la víctima o de ayudar al delincuente, ni se postulan para la resolución de los conflictos ligados a la criminalidad grave, ni suponen abandonar el ámbito del control social sino simplemente trasladar la problemática a otro subsistema de éste en el que se pierden las importantes ventajas del control social formalizado propio del derecho penal, singularmente el distanciamiento entre autor y víctima evitador de la venganza privada y la igualdad de armas entre las partes neutralizadoras de sus diferencias sociales y económicas.

El bien jurídico para algunos ha de verse en dos aspectos:

- a. En el sentido político criminal: (de lege ferenda) aquello que merece ser protegido por el Derecho Penal.
- b. En el sentido dogmático: (de lege data) de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate.



Es más difícil el problema de determinar *cuáles deben ser* los tipos de bienes cuya tutela justifica la prohibición, como delitos, de los comportamientos que los ofenden. Aquí el principio de utilidad, que responde al problema de si debe existir cierto bien como objeto de tutela de las prohibiciones penales, no ayuda en nada, en efecto, el problema es precisamente el de los criterios de utilidad con base en los cuales reconocer un bien como merecedor de tutela penal.

Podemos afirmar con certeza, puesto que las praxis están siempre en un escalón más abajo que la legalidad formal, que la tutela efectiva de bienes jurídicos asegurada por cualquier Derecho Penal es siempre inferior a la legal; mientras que la suma de los costos efectivamente sufridos es siempre ampliamente superior respecto a los costos penales legalmente previstos.

1.9 La pena y su proporción

“Buscar la justificación de la punibilidad e imposición de la pena, al margen del acto y su vinculación a quien lo ejecutó, puede llevar a ocultar bajo la convivencia social una arbitraria práctica de sancionar a hombres y no reprimir conductas.”³

Con el cambio dinámico de las sociedades y en general del ser humano, se han desarrollado dentro del derecho distintos sistemas para castigar a quienes infringen las leyes de la comunidad o en su caso el derecho consuetudinario de la misma. Es de esta manera como la pena evolucionó desde los primeros tiempos con el grupo de gens y la Ley del Talión hasta la etapa moderna y contemporánea con la pena tal y como la conocemos.

³ Monterroso Salvatierra, Jorge Efraín. **Culpa y omisión en la teoría del delito**. Pág. 93.

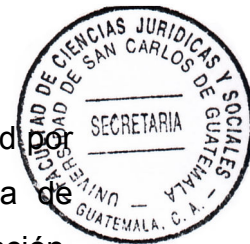


¿Qué otro medio sino la prisión o castigo para encuadrar la conducta del ser humano? Cuando la persona infringe la ley la sociedad (actualmente y por medio de las autoridades de turno) la sanciona a través de la pena, la cual puede ser de prisión, multa, arresto, etcétera (dividiéndose incluso en penas principales y accesorias, reguladas en los Artículos 41 y 42 del Código Penal).

¿De que manera se debe computar (calcular) la imposición de la pena? La respuesta a esa pregunta es con base al daño causado o la proporción (impacto)

del mismo, es entonces cuando se toma en cuenta el "principio de proporcionalidad", este principio se basa en que la pena debe ser equilibrada al daño causado por el sujeto activo, obteniendo una pena justa para ambas partes, tanto para el responsable como para el afectado, aunque sin embargo en la mayoría de las ocasiones la parte afectada nunca estará conforme con la pena que le fue impuesta a su agresor y así mismo, ¿quién estaría de acuerdo con la magnitud de la pena que se le impone por el acto constitutivo de responsabilidad penal que cometió?. Es un aspecto simple de la naturaleza humana.

Analizando un poco más este principio de proporcionalidad y de una manera profunda, dentro de este principio encontramos en la práctica poca eficacia dentro del mismo y no por la falta de aplicación de las leyes por parte de las autoridades o por la incompetencia del gobierno, de hacer cumplir su obligación sino por su fin intrínseco. Por ejemplo: En un caso de asesinato (regulado en el Artículo 32 del Código Penal) donde el sujeto activo llamado A, asesina (con toda la alevosía e intención de hacerlo y por diversos motivos) al sujeto pasivo llamado B, el Estado (a través de las autoridades que el pueblo eligió y delegó el poder y la obligación punitiva) juzga al sujeto A y en su caso le impone por asesinato una pena de cuarenta años. Podemos observar que hay muy poca proporción ó no hay proporción exacta entre lo que hizo el sujeto A y lo que le sucedió.



Mientras el sujeto B se le priva de su vida al sujeto B se le priva de su libertad por cuarenta años, ¿Qué proporción hay? Tampoco podemos culpar de falta de proporción a muchas otras penas, en su caso la pena de muerte, violación, homicidio, etcétera. De esta manera nos damos cuenta que los delitos mas representativos dentro de la sociedad no son proporcionales.

Si realmente quisiésemos tener una proporción exacta entre el daño causado y la pena impuesta por ese daño (delito) tal vez tendríamos que regresar a la Ley del Talión (ojo por ojo, diente por diente, donde la pena no era una venganza pública

sino que era una venganza privada), pero quizás este sea un sistema que (en su tiempo) ya se conoció, se implementó, se uso, se deterioró y se reemplazo por otro mejor.

1.10 La penología

“La penología se ocupa del estudio de las penas y las medidas de seguridad, así como de las instituciones post carcelarias.”⁴

Se trata de una rama de las ciencias penales que estudia los sistemas de castigo y redención de los criminales, así como de los métodos y procedimientos legales destinados a prevenir el delito.

No existe aún ningún punto de unión entre las diversas teorías generales de la penología, mientras algunos autores refieren a la penología como los diversos medios de lucha contra el delito, también algunos lo refieren como el tratado de las

⁴ Cuello Calón, Eugenio. **Ob. Cit.** Pág. 189.



penas que tiene como objetivo la readaptación y la ejecución de la pena.

La penología estudia la reacción de manera objetiva y subjetiva que el Estado, en nombre de la sociedad, va a tener sobre un individuo que transgredió el orden social, a nuestro ver la penología tiene un fin mediato, el cual lo podríamos delimitar como el estudio de la punibilidad con un enfoque social y con tendencias naturalísticas y un fin inmediato, la coadyuvancia con el derecho administrativo en materia legislativa o derecho político y constitucional, a efecto de proponer medidas alternativas que ayuden a la reintegración del sujeto que fue reprimido por una actividad antijurídica.

Tenemos el problema que si nos vamos al estudio técnico jurídico de la definición de penología, ésta es un sinónimo del derecho penitenciario, toda vez que ambas estudiarían la pena y sus consecuencias, tanto el Derecho Penitenciario como la penología tienen el mismo objeto de estudio, el cual no puede ser justificado como diversos autores han pretendido hacer tratando de validarlo, toda vez que refieren que la diferencia estriba en que uno es Derecho Penitenciario como dogmática jurídica y la penología es una ciencia causal explicativa, por lo cual ambas tienen el mismo objeto de estudio.

De ninguna manera podemos considerar válida la idea que algunos tratadistas emplean, por la simple y llana razón que no importa si el Derecho Penitenciario como dogmática jurídica y la penología tienen objetos de estudios iguales, toda vez que ambas tienen el grado de ciencia, el Derecho Penitenciario por el simple hecho de pertenecer a la dogmática represora del ius puniendi se convierte en ciencia penitenciaria, por lo tanto podemos ver que el objeto de estudio de la penología se ve reducido ya, no sólo al estudio de la reacción sino únicamente al estudio de la pena. Esto con el pasar se agrava, toda vez que encontramos un problema un tanto curioso entre la política criminal y la penología, entendiéndose como política criminal la que el Estado hará y elevará a proceso legislativo para aplicarse a los centros preventivos y definitivos de readaptación social con razón de las penas que

compurgan algunos individuos, consideramos que la penología sí tiene objeto de estudio en éste punto, toda vez que como ciencia exacta causal explicativa, tendrá elementos de convicción suficientes para que el cuerpo legislativo tenga una política criminal adecuada. por lo tanto difícilmente podríamos englobar a la penología dentro de las ciencias penales, toda vez que su objeto de estudio como lo analizaremos en el capítulo siguiente se basa a las teorías de la pena y la eficacia en su aplicación.







CAPÍTULO II

2. Victimología

2.1 Antecedentes históricos

En los tiempos del Derecho Penal bárbaro las acciones criminales se castigaban mediante la venganza privada. La víctima o sus parientes desempeñaban el papel de verdugos. Más, la desproporción entre el crimen y la reacción, forzó la aparición de la Ley de Talión, que hoy se califica de salvaje y primitiva, pero que en los tiempos en que surgió, fue considerada un encomiable esfuerzo por frenar la desmesurada respuesta de las víctimas.

En determinado momento del pasado histórico, principalmente en el primitivo derecho germánico, con la venganza privada coexistió la “composición” en dinero o bienes cuyo monto o selección se negociaban entre agredido y agresor, o sus familiares.

Cuando la sumisión de los señores feudales a la monarquía permitió el establecimiento del Estado absoluto, éste absorbió el ejercicio del **ius puniendi**; como resultado las víctimas fueron despojadas del derecho a ejercer justicia por su propia mano y se operó lo que se denomina “La confiscación de la víctima”. El paso de la venganza privada a la venganza pública significó el fin del protagonismo de la víctima y el inicio de su milenario olvido. Incluso instituciones como la legítima defensa fueron minuciosamente reglamentadas; la defensa justa acepta que la víctima se defienda hasta causar la muerte del agresor, pero le impone límites que rebasados, le acarrearán responsabilidades penales y económicas.



La relegación de la víctima terminó recién en el siglo XX, específicamente en la década de los años cuarenta. Hasta entonces, el interés de la ciencia y la justicia se

concentraba en el delincuente. El castigo del hecho y la resocialización de éste absorbieron íntegramente los esfuerzos y preocupaciones del Estado.

Es generalmente aceptado que la victimología nació como respuesta al Holocausto; se puede establecer que en 1940, Mendelshon publicó en la revista *Giustizia Penale* un estudio sobre las víctimas de la violación. Y en 1948 dio a la luz su “Victimología: Nuevos Horizontes bio-psico-social.” Es más, en 1947, un año antes de que apareciera la célebre obra de Von Hentig “El criminal y su víctima”, Mendelshon ya había hablado de Victimología. Fue el 29 de Marzo de 1947 en el Hospital Coltzea de Bucarest (Rumanía) ante un auditorio compuesto principalmente por psiquiatras, psicoanalistas y forenses. Aquella fue la primera vez que el mundo escuchó el término: “victimología” acuñado precisamente por el maestro de origen israelí.

2.2 Definición

La victimología es el estudio de las causas por las que determinadas personas son víctimas de un delito y de cómo el estilo de vida conlleva una mayor o menor probabilidad de que una determinada persona sea víctima de un crimen. El campo de la victimología incluye o puede incluir, en función de los distintos autores, un gran número de disciplinas o materias, tales como: sociología, psicología, derecho penal y criminología.

El estudio de las víctimas es multidisciplinar y no se refiere sólo a las víctimas de un delito, sino también a las que lo son por consecuencia de accidentes (tráfico), desastres naturales, crímenes de guerra y abuso de poder.

Los profesionales relacionados con la victimología pueden ser científicos, operadores jurídicos, sociales o políticos. El estudio de las víctimas puede realizarse desde la perspectiva de una víctima en particular o desde un punto de



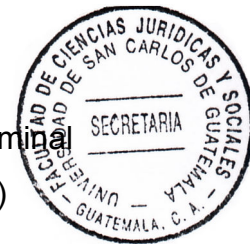
vista epistemológico analizando las causas por las que grupos de individuos son más o menos susceptibles de resultar afectadas.

La victimología, derivado del inglés victimology, es una disciplina cuyo origen se sitúa a mediados del siglo pasado, concretamente en el trabajo de Von Henting “The criminal and his victim” en 1948, en el que trataba de poner de relieve la figura de la víctima, habitualmente olvidada por la criminología tradicional.

“Llámesese así, en Derecho Penal y en criminología, la parte que estudia el delito desde el punto de vista de la victima. En la doctrina moderna se concede importancia a este aspecto por cuanto la actitud o las condiciones personales del sujeto pasivo del delito pueden influir en la comisión de este o en sus modalidades.”⁵

Surge por tanto como una rama de la criminología y dedicada al estudio del otro elemento integrante de la “pareja criminal”, la víctima. Los primeros pasos de la disciplina se orientaron hacia el desarrollo de tipologías victímales (en correspondencia con las tipologías criminales tan extendidas en aquella época) y el análisis los factores de la víctima que precipitaban el acto criminal. Con posterioridad, en su evolución, la victimología terminó ocupándose también de las consecuencias de las agresiones que un ser humano sufre a manos de otro, y así, en las últimas décadas ha desarrollado un mayor interés por las consecuencias persistentes del trauma en la víctima y, sobre todo, por la mayor importancia relativa de las repercusiones psíquicas sobre las secuelas puramente físicas.

⁵ Ossorio, Manuel. **Diccionario jurídico**. Pág. 989



Esta transformación (de la atención a la víctima como precipitante del acto criminal a la consideración de las consecuencias del acontecimiento traumático en ella)

representa un primer paso en el desarrollo de la disciplina, pero aún se produce un paso más, referido al objeto de estudio material.

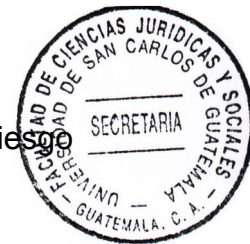
Así, la doctrina señala que: “Si en un primer momento la victimología se ocupa, en un sentido estricto, de las víctimas de hechos delictivos, de violencia interpersonal de tipo criminal, con posterioridad da cabida a un concepto más amplio de víctima, las víctimas de otros acontecimientos traumáticos de carácter no delictivo”.⁶

La victimología puede definirse hoy como la ciencia multidisciplinar que se ocupa del conocimiento de los procesos de victimación y desvictimación, es decir del estudio del modo en que una persona deviene víctima, de las diversas dimensiones de la victimación (primaria, secundaria y terciaria) y de las estrategias de prevención y reducción de la misma, así como del conjunto de respuestas sociales, jurídicas y asistenciales tendientes a la reparación y reintegración social de la víctima y a la víctima como: toda persona afectada por un acontecimiento traumático, sea éste de la naturaleza u origen que sea. Asimismo, es víctima aquella que sufre las consecuencias de una agresión aguda o crónica, intencionada o no, física o psicológica, por parte de otro ser humano.

2.3 La victimización

Es el proceso por el que una persona sufre las consecuencias de un hecho traumático. En el estudio del proceso de victimación hay que considerar dos dimensiones: la primera, de los factores que intervienen en la precipitación del hecho delictivo o (en la versión extendida del concepto de víctima) traumatizante, y por otra parte, la segunda, de los factores que determinan el impacto de tal hecho

⁶ Odriozola E. Tamarit Sumilla. **Manual de victimología**. Pág. 160.



sobre la víctima. En este sentido se establece la distinción entre víctimas de riesgo (aquella persona que tiene más probabilidad de ser víctima) y víctima

vulnerable (aquella que, cuando ha sufrido una agresión, queda más afectada por lo ocurrido en función de una situación de precariedad material, personal, emocional, etc.). La doctrina victimológica se centra en la primera dimensión, y de ahí su interés en el desarrollo de las tipologías victímales, hoy objeto de un cierto descrédito. Con posterioridad, la victimología se ha orientado a un concepto de victimación que lo entiende como experiencias individual, subjetiva y relativa culturalmente. Así, el estudio de la victimación, en tanto que fenómeno complejo, obliga a considerar los factores individuales, sociales y/o culturales que condicionan o modulan el modo de vivir la experiencia referida.

2.3.1 Clases de victimización

El carácter complejo del proceso de victimación explica que sea habitual distinguir entre victimación primaria, secundaria y terciaria. De tal forma se definen de la siguiente manera:

2.3.1.1 Primaria

Es la experiencia individual de la víctima, son las consecuencias directas que el delito produce sobre la víctima y que pueden ser tanto físicas como económicas, psicológicas, etc. Pero los problemas que acarrea son que además del daño inicial se puede producir en la víctima, miedo, ansiedad e incluso sentimiento de culpa.

Se producen alteraciones en su forma de vida a través de la política criminal el Estado intenta prevenir ese miedo, ese malestar que produce la victimización.

El término victimización primaria, se refiere meramente a lo que es en esencia la victimización, o sea, el proceso por el que una persona sufre las consecuencias de un hecho traumático; los factores que directamente intervienen en la precipitación



del hecho delictivo o traumatizante y que determinan el impacto de tal hecho sobre la víctima.

2.3.1.2 Secundaria

Se genera cuando la víctima entra en contacto con el sistema penal o con el aparato represivo del Estado. A veces ésta victimización puede ser más problemática que la primaria.

Éste término es utilizado para referirse a todas las agresiones psíquicas, no deliberadas pero efectivas, que la víctima recibe en su relación con los profesionales de los servicios sanitarios, policiales, o de la judicatura (interrogatorios, reconstrucción de los hechos, asistencia a juicios, identificaciones de acusados, lentitud y demora de los procesos, etc.), así como los efectos del tratamiento informativo del suceso por parte de los medios de comunicación. Este hecho resulta especialmente destacable en el caso de las víctimas de violaciones o agresiones sexuales, así como en modalidades de victimización objeto de una amplia cobertura mediática, como la violencia de género.

2.3.1.3 Terciaria

La constituye el conjunto de costos de la penalización sobre quien la soporta personalmente o sobre terceros y los efectos sobre los internos en centros penitenciarios, sobre los hijos de personas encarceladas, o sobre los efectos de las órdenes de alejamiento en casos de violencia de pareja, bien sobre los ofensores, como sobre las víctimas o su descendencia.

En muchas ocasiones el delincuente es víctima de la estructura social y de la marginación, se fundamenta en el hecho de que la persecución penal recae más sobre las clases más bajas y son éstas además las que sufren las penas privativas de libertad.



2.4 La desvictimación

Consiste en un fenómeno complejo en el que intervienen diversos factores y actores sociales, consiste en el proceso de reparación, entendida no sólo como indemnización de perjuicios, sino como reconocimiento social, asistencia y reintegración social. Como tal, trata de conjurar riesgos como la estigmatización de la víctima, la instalación crónica en la victimación, así como la construcción de una “sociedad de víctimas”. Los actores implicados en primera fila son, principalmente, el sistema de justicia penal, las fuerzas de seguridad, los servicios sociales y los profesionales sanitarios y de la salud mental. Y como la victimación tiene una proyección social innegable en nuestros días, también intervienen en el proceso los responsables políticos, los medios de comunicación, las instituciones de apoyo a las víctimas, las asociaciones de víctimas y familiares, etc.

2.5 La víctima

El estudio de la víctima tiene su origen en el positivismo criminológico, que inicialmente polarizó la explicación científica del comportamiento criminal alrededor del delincuente, ignorando en buena medida a la víctima, considerándola como un objeto neutro, pasivo, estático, que nada aporta a la génesis, dinámica y control del hecho criminal.

En la moderna criminología, de corte prioritariamente sociológico, el examen y significado de la persona del delincuente pasa a segundo plano, dirigiendo su atención a las investigaciones sobre la conducta delictiva, la víctima y el control social, dándose una progresiva ampliación y problematización del objeto de la misma. En consecuencia, el actual redescubrimiento de la víctima y los estudios sobre el control social del crimen, representan un mayor análisis científico del origen del delito, partiendo de la víctima como pilar fundamental.



La doctrina define a la víctima como la persona que sufre violencia injusta en sus derechos; el sujeto pasivo del delito; es todo ser viviente sacrificado destinado al sacrificio. Sin embargo, desde el punto de vista utilizado habitualmente, una víctima es la persona que sufre un daño o perjuicio, que es provocado por una acción, ya sea por culpa de otra persona, o por fuerza mayor. Una víctima es quien sufre un daño personalizable por caso fortuito o culpa ajena.

2.5.1 Ámbitos de la víctima

El término víctima se utiliza principalmente en tres ámbitos: guerras o desastres naturales y en el Derecho Penal.

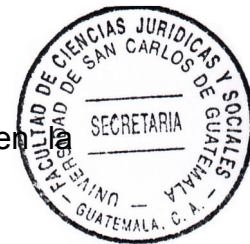
2.5.1.1 En la guerra

En la guerra, se denomina víctima a la persona física, ya sea militar o no, que muere o es herido en el transcurso de una batalla o acción de guerra. Por ello se pone un mayor énfasis en los daños corporales, diferenciándose en este caso entre heridos y fallecidos (siendo todos ellos víctimas).

También se suele diferenciar entre víctimas militares (soldados de uno u otro bando) y civiles (también llamados daños colaterales).

2.5.1.2 En los desastres naturales

Al igual que en la guerra, se denomina víctima de un desastre natural (terremoto, maremoto, erupción volcánica, etc.) a aquellos con daños corporales, ya sean heridos o muertos (aunque en muchos casos se utiliza víctima para referirse exclusivamente a los fallecidos).



En estos casos, los que reciben perjuicios de carácter patrimonial reciben denominación de damnificados.

2.5.1.3 En el Derecho Penal

En Derecho Penal la víctima es la persona física o jurídica que sufre un daño provocado por un delito.

El daño no tiene por qué ser un daño físico. También se puede ser víctima de delitos que no hayan producido un daño corporal un robo o una estafa, siendo entonces el daño meramente patrimonial. También se puede sufrir daños morales (por ejemplo, en los casos de acoso).

El condenado por un delito debe resarcir a la víctima por los daños causados, si bien, dado que no siempre es posible revertir el daño, en muchas ocasiones se sustituye por una indemnización de carácter pecuniario. En el ámbito de la víctima femenina, cabe destacar, frente a otras formas de victimización, la relación existente entre el agresor y la víctima (fenómeno de simbiosis). Ciertamente tienen un importante papel las concepciones y roles sociales sexistas, donde la conciencia de la superioridad del hombre y los comportamientos agresivos son dos caras de la misma moneda.

2.5.2 Clases

Existe una relación inversamente proporcional entre la culpabilidad del victimario y la participación de la víctima en el hecho que lo victimiza. En otras palabras, que a una mayor participación de la víctima corresponde (en el plano de la realidad, no en el jurídico) una menor culpabilidad del hechor. Además, se elabora una clasificación de las víctimas de la que se señalan las siguientes:



- Víctimas tan culpables como el infractor: Como ejemplo de esto, tenemos la eutanasia; un enfermo en fase terminal, atormentado por la enfermedad que padece suplica a su médico o a un tercero que precipite su muerte. Sin embargo, la mayor parte de las legislaciones penales no atienden esta circunstancia y consideran al hechor un asesino.
- Víctima más culpable que el infractor: el ejemplo de este caso, sería el de la mujer que simula la existencia de un amante para despertar los celos de su marido, simulación que desemboca en un hecho fatal. A la luz de la ley penal, la mujer que desencadena el hecho es irresponsable y el marido empujado a delinquir, un criminal. Se incluyen en esta clasificación ciertos casos de estafa en los que el estafado sucumbe ante su propia ambición y en los que la experiencia enseña que el estafado ayuda al estafador por su ingenua credulidad, pero también por su propia avaricia”.
- Víctimas simuladoras: Como ejemplo de esta clasificación, se señala el de la denuncia ante la justicia de delitos inexistentes con el propósito de incriminar al acusado.

2.6 El victimista

Consiste en la tendencia a considerarse víctima o hacerse pasar por tal. Una víctima es quien sufre un *daño* personalizable por caso fortuito o culpa ajena. El victimista se disfraza por tanto de víctima consciente o inconscientemente simulando una agresión o menoscabo inexistente y/o responsabilizando erróneamente al entorno o a los demás.

En psicología una personalidad victimista o tendencia psicológica victimista que puede llegar a desembocar en una conducta patológica como trastorno paranoide

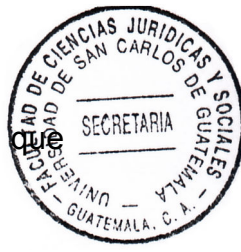


consiste en una tendencia a culpar a otros de los males que uno padece y resguardarse en la compasión ajena. Esta tendencia se caracteriza por una deformación pesimista de la realidad en la que el sujeto se regodea en el lamento y queda incapacitado para realizar cualquier tipo de autocrítica. Es uno de los pilares de la cultura de la queja.

2.6.1 Características

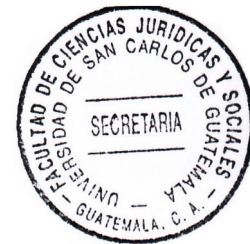
1. Deformación de la realidad: El sujeto cree que es sólo una víctima del entorno o los demás, por lo que la culpa en todo caso es del entorno o los demás. El sujeto muestra con un pesimismo exacerbado la realidad que le rodea, sobredimensionando lo negativo, relecelando de lo que surge a su alrededor y presumiendo mala fe. De esta actitud surge un morbosos afán por descubrir agravios nimios para sentirse discriminado o maltratado con el fin de achacar a instancias exteriores una supuesta actitud perversa y agresiva que representa todo lo malo que le sucede. De esta forma, su susceptibilidad les lleva a reaccionar con crispación ante la más mínima crítica, elevada inmediatamente a la consideración de grave ofensa.
2. Consuelo en el lamento: El sujeto cree que es sólo una víctima del entorno o los demás, por lo que no merece sentirse culpable. El sujeto encuentra placer en manifestarse como una víctima ante los demás. Esta *cultura de la queja* en realidad es una forma llamar la atención, mendigando atención mediante una estrategia de lamentos y forzando la compasión de los que le rodean. De esta forma, en vez de luchar por mejorar las cosas el sujeto compete en la exhibición de sus supuestas desdichas.
3. Incapacidad de autocrítica: El sujeto cree que es sólo una víctima del entorno o los demás, por lo que no tiene la culpa de nada de lo que hace. El sujeto victimista es incapaz ver una crítica constructiva en lo que le rodea, tendiendo a considerar como enemigo a cualquiera que se atreva a hacerle alguna corrección.

A lo sumo será capaz de aceptar de aceptarla cuando provenga de alguien que le resulte afín. De esta forma, el victimista se auto



contempla con indulgencia, eludiendo su verdadera responsabilidad, sintiendo que su posición de víctima justifica todos sus actos. Para las personas que caen en esta actitud, todo lo que les hacen a ellos es intolerable, mientras que sus propios errores o defectos son sólo simples futilidades sin importancia que sería una falta de tacto señalar.

CAPÍTULO III



3. Criminología

3.1 Definición

Se puede definir la criminología como la ciencia empírica e interdisciplinar que se encarga de estudiar el delito, el delincuente, la víctima y el control social. La función principal de la criminología es la prevención del delito.

“Ciencia complementaria del derecho penal que tiene por objeto la explicación de la criminalidad y de la conducta delictiva individual, a fin de lograr un mejor entendimiento de la personalidad del delincuente y la adecuada aplicación de una política criminal y de las sanciones penales”⁷

Busca información válida para conocer el origen del delito, el funcionamiento y los factores que intervienen en la conducta. Ante todo ofrece programas para intentar prevenir el crimen, así como dar programas para intervenir sobre el hombre delincuente. (Sobre todo en reincidentes).

Como rasgos característicos de la criminología, se encuentra los siguientes:

- a. La criminología ve el crimen como un problema doloroso (tanto para el delincuente, su entorno, la víctima y la sociedad).
- b. La criminología ha ampliado el objeto de estudio.
- c. La Criminología tiene una orientación de carácter preventivo. Se sustituye la palabra tratamiento por intervención.

⁷ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pag. 240



3.2 La criminología como ciencia

La criminología posee un método de estudio empírico e interdisciplinar. En la escuela clásica se utilizaba el método deductivo. Es Cesar Lombroso, en la escuela positiva, quien empieza a utilizar el método empírico (observar la realidad) y esta a considerarse una ciencia.

El método empírico toma la experiencia como única base del conocimiento humano. No busca exactitud al realizar sus estudios sino probabilidad. El criminólogo analiza datos y saca conclusiones.

Toma el carácter de ciencia autónoma y se convierte en sociología criminal, utilizando el resto de ciencias que le dan información, (antropología, sociología, psicología, biología, estadística criminal). El principio interdisciplinario recoge información de éstas ciencias y las integra, las coordina y da soluciones. Esto permite que la criminología de un diagnóstico científico del crimen.

3.3 Objeto

En la criminología moderna existe una ampliación en el objeto de estudio, pasando de estudiar solo el delito y el delincuente a estudiar la víctima y el control social, apareciendo a su vez la idea de prevención.

La criminología moderna rechaza esa dependencia de la pena, es la criminología la que debe establecer sus propios fundamentos.

El objeto de estudio de la criminología es el delito, el cual pasa a ser el concepto básico para iniciar cualquier investigación criminológica. Asimismo estudia el delincuente, a la víctima y el control social, para lo cual es necesario definirlos de la siguiente manera:

3.3.1 El delito

Existen varias tendencias que definen el delito, siendo entre las más importantes las siguientes:

3.3.1.1 Filosófica

Dentro del ámbito filosófico, el delito es definido como: una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales, esos sentimientos son, la piedad y la probidad (honradez), siendo la medida de estos sentimientos los que establecen las razas humanas superiores.

La crítica que se le hace a esta definición es que no se puede aceptar un concepto exclusivamente valorativo y esto hace que las valoraciones legales sean cambiadas por valoraciones éticas.

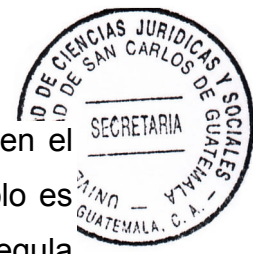
3.3.1.2 Sociológica

La sociología define el delito como una conducta desviada y toma como referencia las expectativas sociales, siendo una conducta desviada toda aquella que se aparte de esas expectativas. Ejemplo: El aborto o la bigamia. En unos países son aceptados mientras en otros son considerados delitos.

En cuanto a la crítica de esta definición es que define al delito como una “conducta desviada”, el cual es un término impreciso; no hay nada que permita dar un concepto de desviado que sea preciso.

3.3.1.3 Legal

La falta de una definición de “delito” es considerada uno de los defectos más notorios dentro de nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, se señala que el



delito tiene carácter formal y normativo; argumentando lo anterior, se parte en el principio de legalidad y en el de seguridad jurídica, el cual establece que solo es delito lo que está tipificado en la ley. Así, el Artículo 1 del Código Penal regula “nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración”.

3.3.1.4 Doctrinaria

Es debido, a que la ley no regula una definición de lo que el delito significa para esta, que es necesario recurrir a la doctrina para conocer el significado de dicha acepción. Encontrando la más acertada dentro de la teoría general del delito, la cual señala al delito como una acción típica, antijurídica y punible.

3.3.2 El delincuente

Las investigaciones sobre el delincuente (el infractor de la norma) tienen su auge en la escuela positiva. En la criminología moderna el estudio del delincuente queda en segundo plano y se tienen en cuenta las situaciones sociales que le rodean.

3.3.2.1 Criterios para definir al delincuente

El delincuente se define en la doctrina como:

“el sujeto que ha cometido un acto sancionado por la ley penal”⁸; sin embargo, para entender lo que es un delincuente existen varios criterios, entre los más importantes, los siguientes:

1. El criterio clásico: El cual partía de la idea de que el hombre es un ser sublime, el centro del universo y tenían la teoría de que el hombre es libre, lo que le permite optar entre el bien y el mal. El delincuente era el pecador.

⁸ Osorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pag. 274.



2. El criterio positivista: Considera al hombre como algo importante pero no el centro del universo. Asegura que el hombre no es absolutamente libre, hay una serie de factores que lo hacen llevar a cabo esas conductas delictivas. Equiparan al hombre con una ecuación y aplican el principio de “equipotencialidad” que supone que todos los hombres nacen con un potencial idéntico para relacionarse y para aprender y ese potencial dar lugar a la diversidad de hombres. El de peor calidad será el delincuente. Para el positivismo criminológico el delincuente es un ser prisionero de si mismo ya sea por su patología o por los procesos causales que le rodean.

3. El criterio correccionalista: Mantiene que el delincuente es un ser desviado, un ser inferior e incapaz de dirigir su vida y por lo tanto requiere que el Estado sea quien enmiende su conducta.

4. El criterio marxista: Desde esta posición se responsabiliza del crimen no al ser humano al que consideran que es una simple víctima inocente de las estructuras económicas.

5. El criterio de la criminología moderna: Parte de la premisa de que el delincuente es un ser normal, abierto y condicionado, con capacidad para cambiar ese condicionamiento y por lo tanto será capaz de poder cumplir las leyes y de incumplirlas. Tanto el delito como el delincuente se van a mover dentro del postulado de la normalidad ya que en todas las sociedades existe una tasa de criminalidad y por tanto el comportamiento delictivo es algo previsible y normal.

3.3.3 La víctima

Tal y como se señaló anteriormente, el estudio de la criminología moderna, ha vuelto a retomar el tema de la víctima como parte importante de su objeto, ya que hasta 1976 aún no existía registro alguno de su estudio y es con el apareamiento de la victimología en Italia, que pasa a ser un tema central dentro del estudio de la criminología moderna.

3.3.4 El control social

Los Positivistas partían de la premisa de que el orden social y más concretamente el Código Penal recogía todas las conductas que eran contrarias a los intereses generales y partiendo de esa base consideraban que los agentes de control social, tenían como función aplicar correctamente los mandatos de la Ley. En la actualidad el control social se define como “el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que persiguen que los ciudadanos actúen de conformidad con las normas establecidas”.

3.3.4.1 Clases de control

Existen dos tipos de controles. Cuando falla el control informal se aplica el formal:

- a. Control Informal: Aparece en la propia sociedad y son la familia, la escuela y la profesión.
- b. Control Formal: El control formal es el que está compuesto por las instituciones del Estado y a través de esas instituciones ejerce su poder. La policía, la administración de justicia y la administración penitenciaria.

3.4 Antecedentes históricos

Para entender la evolución histórica de la criminología, es necesario definir la etapa “pre científica” y la “etapa científica”, de la siguiente forma:

3.4.1 Etapa pre científica

La criminología se define como disciplina científica a mediados del siglo XIX pero antes de esa etapa se realizaron una serie de estudios, lo que se conoce con el nombre de etapa pre - científica.

El primer antecedente de esta corriente lo encontramos con el “pensamiento utópico”, cuyo representante principal es Tomas Moro, (siglos XV y XVI) de él cabe destacar su teoría de la criminalidad, para él el crimen es consecuencia de una pluralidad de factores como son la guerra, la falta de cultura y el ambiente social, señalando como factor determinante de la criminalidad, los factores socio-económicos.

Posteriormente nace “la filosofía política de la ilustración” en la que destaca Cesar de Bonenzana, conocido como el seudónimo de el marqués Beccaría, quien escribió el libro “Del delito y de las penas”, a través de éste libro criticó la irracionalidad de las leyes penales. Decía que eran irracionales por ser un derecho injusto, se trata de forma diferente al rico del pobre; el poder legislativo era caótico y esto generaba inseguridad jurídica; criticaba que el fundamento de la pena era el de intimidar; rechazó las penas corporales y la tortura; el procedimiento penal era un proceso inquisitorio, no contradictorio, lo que provocaba que el individuo no se pudiera defender; intentó reformar las leyes penales; el derecho de castigar, no era de intimidar sino de facilitar la convivencia y justificaba la pena como medida de prevención de la comisión de delitos. Defendía el principio de legalidad en todas las leyes.

Durante el siglo XVIII destacan nombre como Montesquieu quien en su obra “El espíritu de las leyes” defiende la división de poderes y la abolición de las penas desmedidas. Mantiene que las leyes tienen un doble objetivo, evitar el crimen y proteger al individuo. Asimismo, Voltaire, quien era partidario de restringir el arbitrio judicial, defensor por lo tanto del principio de legalidad, contrario a la pena de muerte, la pena de confiscación y contra la tortura. Rousseau, cuya obra principal “El contrato social”. Mantiene que el hombre es bueno por naturaleza y es la sociedad la que lo pervierte. Manuel de Lardizábal (conocido como el Beccaría español), su obra principal “Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma”. Por último se encuentra Feuerbach



quien es considerado el padre de la ciencia penal alemana. Destaca por su teoría del castigo. Dice que la pena no es una coacción física sino psicológica que se ejerce en todos los ciudadanos y sirve para disuadir a los ciudadanos de llevar conductas delictivas.

3.4.1.1 Escuela clásica

Es en esta etapa que surge la escuela clásica, en la cual se agrupó un número importante de autores que aunque no se conocían comparten las mismas ideas. Defienden los siguientes postulados: respeto al derecho, es una emanación divina, defender el Derecho natural. Aquí se señala que la ley humana que no se adecua a la ley natural, deja de ser Derecho para convertirse en abuso; el Derecho Penal sirve para mantener el orden natural de las cosas, la sociedad necesita castigar las conductas contrarias a la Ley natural; defender la utilización del método deductivo (parte de premisas y llega a una conclusión); sólo estudian el delito y la pena, no al delincuente; ayudo a codificar el delito; detectaron el fracaso que existía en la lucha contra el delito y su prevención.

3.4.2 Etapa científica de la criminología

En esta etapa, destaca el aparecimiento de la escuela positiva, cuyos autores más importantes: Cesar Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garofalo, con sus respectivas obras, le dan a la criminología el carácter de ciencia.

3.4.2.1 Escuela positiva

Comienza en Italia a mediados del siglo XIX, surge como reacción frente a la escuela clásica y las características más destacadas de esta escuela son que se empiezan a estudiar las causas del delito; intenta elaborar un concepto natural de delito y lo compara con el comportamiento antisocial; el delito es un hecho real, natural, empírico, histórico y concreto; mantiene que para conocer el delito hay que estudiar al delincuente y su ambiente; el delincuente es una persona distinta del

ciudadano honesto; defienden la pena como responsabilidad social por el hecho de vivir en común; defienden igualmente que debe existir una prevención especial a través de la seguridad y teniendo en cuenta las características de cada delincuente; mantiene que el Derecho Penal no va a acabar con el delito, acabará con él las medidas, sociales, culturales, etc.

3.5 Modelos biologicistas

Este modelo es el más cercano a la escuela positiva, ya que parten de la idea de que el hombre delincuente tiene características físicas diferentes de los no delincuentes, mantienen que el código biológico y genético, es uno de los componentes más importantes para la conducta del hombre.

Dentro de los principales campos de investigación de esta tendencia criminológica, encontramos los siguientes:

1. La antropometría: Esta ciencia al principio se identificó con la antropología, sus investigaciones se dirigen a fundamentar una supuesta correlación entre determinadas medidas corporales y la delincuencia. Idea un sistema de medidas corporales, que unidas a las fotografías de los delincuentes servía para identificarlos. Se tenía muy en cuenta la longitud de la cabeza, el dedo índice, la altura. Llegaron a hacer una correlación entre el tipo de delito y el perfil físico.
2. La antropología: Tienen una clara influencia de Lombroso y consideran al individuo como un ser inferior (hiper evolucionado), dan una gran importancia a la carga hereditaria.
3. La biotipología: Tiene sus antecedentes en la fisonomía, para ellos existe una correlación entre las características físicas del individuo y sus rasgos psicológicos.



4. La neurofisiología: A partir del invento del electro-encefalograma, un aparato que registra la actividad eléctrica del cerebro, se intentó establecer alguna correlación entre las irregularidades cerebrales y la criminalidad o enfermedad mental. En 1970 se realizó un estudio sobre 92 delincuentes y se llegó a la siguiente conclusión. El que más anomalías detectaba en el electro, era el más agresivo, el más conflictivo y el más antisocial. Se criticaron estos estudios, por que se mantenía que esas anomalías son producto del tiempo pasado en prisión. Pruebas realizadas en pacientes largo tiempo hospitalizados ofrecían los mismos resultados.

5. Sistema nervioso autónomo: Este campo mantiene que el mal funcionamiento del sistema nervioso autónomo (SNA) puede hacer que los individuos tengan un comportamiento antisocial. El SNA es el que controla determinadas funciones corporales que nosotros no podemos controlar (la sudoración, el miedo, etc.). Es el Sistema Nervioso Central el que realiza lo que nosotros queremos, es decir, damos la orden (reír, llorar, etc.).

6. Endocrinología: Pone de relieve la influencia que tiene la actividad hormonal en el temperamento y carácter del individuo. Define el crimen como un desajuste emocional, producto de un desajuste hormonal.

7. Genética criminal: se centran básicamente en la influencia de los factores hereditarios en la delincuencia.

3.6 Modelos psicologicistas

Este modelo tiene como objeto de estudio la “psicología criminal” a través de la cual intenta establecer cuales son los factores de carácter psicológico que determinan la delincuencia. Entre estos tenemos:

1. La psiquiatría: a través de la cual se intenta explicar el crimen a partir de determinados trastornos de la personalidad o de patologías.



2. La psicología: la cual estudia el comportamiento humano e intenta localizar los factores o variables que refuerzan la conducta respetuosa con la sociedad y con las normas y la conducta antisocial.

3. El psicoanálisis: explica el crimen como un comportamiento simbólico, dicen que el crimen es la expresión de un conflicto interno del individuo, conflicto ocurrido en el pasado y que queda en el subconsciente.

3.7 Modelos sociológicos

Esta área del conocimiento de la criminología intenta estudiar y descubrir el fenómeno criminal desde el punto social; los autores de los modelos sociológicos creen que los principales factores criminógenos son los externos.

La escuela sociológica mantiene que además de las personas y los individuos hay factores externos (ajenos a él), que hacen que se produzcan sus conductas delictivas, consideran que el delito es un fenómeno social.

3.7.1 Escuelas

Dentro de las escuelas sociológicas más importantes se encuentran: la escuela cartográfica; la escuela antroposocial; la escuela socialista. Las cuales se definen a continuación:

3.7.1.1 Escuela cartográfica

También llamada: estadística o geográfica; su fundador es Adolphe Quètelet (belga, 1796-1874). Uno de sus principales exponentes es Guerry (francés, 1802-1866). Ambos pueden considerarse como los fundadores de la corriente sociológica criminal.



Para estos dos autores, el crimen es un producto de la sociedad, y deben estudiarse y aplicarse la existencia y la distribución de los delitos en la sociedad, siendo los factores externos los prevalentemente importantes.

Lambert Adolphe Quetelet, astrónomo, demógrafo, sociólogo, catedrático y matemático (se puede considerar el fundador de la estadística). Este autor, al respecto de la delincuencia, señala:

- a. Que los hechos humanos y sociales se pueden medir por el método estadístico.
- b. Además que, en todo fenómeno colectivo debe buscarse la frecuencia media relativa.

Así también, Quetelet, del estudio del fenómeno criminal como fenómeno colectivo, arribó a tres conclusiones:

- a. Que el delito es un fenómeno social, producido por hechos sociales que son detectables y determinables estadísticamente.
- b. Que los delitos se cometen año con año, con absoluta precisión y regularidad. Los totales se repiten, anualmente, no sólo en un número de delitos, sino en el tipo de los mismos. La importancia de estos es que el balance de delitos se puede calcular con anticipación.
- c. Que hay una serie de factores que intervienen en la comisión de determinados delitos (ejemplo: la situación geográfica, el analfabetismo, el clima).

De las tres conclusiones anteriores, se derivan las “leyes térmicas de Quetelet”:

- Primera ley: En invierno se comete mayor número de delitos contra la propiedad que en verano. Esto se debe a que la vida es mucho más difícil en invierno que en verano (ejemplo: en navidad, aumentan los delitos contra el patrimonio).



-Segunda ley: Los delitos contra las personas se cometen fundamentalmente en verano, ya que por la temperatura, por el calor, las pasiones humanas se ven excitadas (la temperatura caliente influye en el ánimo de la persona, hay más interrelación social debido a que la gente sale más de sus casas hacia la calle, y consumen mayor cantidad de bebidas alcohólicas).

-Tercera ley: Los delitos sexuales se presentan con mayor frecuencia en la primavera; esto que observa Quetelet, no es más que el fenómeno de la brama de todos los animales (procreación para perpetuar la especie).

Podemos apuntar, como una de las conclusiones sobresalientes de los estudios de Quetelet, la relación entre la edad del delincuente y el tipo de delitos cometidos:

- a) En la primera infancia y en la infancia, se cometen pequeños hurtos domésticos;
- b) En la pubertad, aparecen los delitos sexuales, pues se incrementan los impulsos pasionales;
- c) A los veinte años, en el desarrollo pleno de la fuerza física, se cometen delitos violentos como el homicidio;
- d) En la madurez, se incrementa la astucia, por ello se cometen delitos de abuso de confianza y fraudes; y,
- e) En la vejez, al llegar a la decadencia física, la codicia domina entre todas las pasiones, y se cometen abusos deshonestos con personas menores de edad.

André Michel Guerry, tenía formación jurídica, reunió todo tipo de estadísticas durante 30 años, en Francia y otros países, principalmente Inglaterra. Realizó los primeros mapas de criminalidad en Europa, utilizando colores para distinguir calidad y cantidad de delito.

La conclusión geográfica coincide con la térmica, pues hay relación entre lugar y clima. Guerry notó también las relaciones raciales, culturales y laborales del fenómeno.

Entre las proposiciones de Guerry, de particular importancia se encuentran:



1. Las leyes no son hechas para los hombres considerados en abstracto, para la humanidad en general, sino para hombres reales, colocados en condiciones particulares y bien determinadas.
2. Los delitos contra las personas provienen del desorden de la vida privada y no de la miseria.
3. Los delitos se repiten año con año, con sorprendente regularidad.
4. No hay coincidencia absoluta y directa entre ignorancia y delito, debe distinguirse instrucción de educación.
5. A través de la estadística es posible predecir un fenómeno colectivo más no individual.
6. El fenómeno colectivo delincencial no excluye la libertad de los individuos que compone la masa.

3.7.1.2 Escuela antropológica

También llamada: escuela de Lyon; pues, en esta ciudad sus precursores (Lacassagne, Martin y Locard) tuvieron su centro de operaciones.

La escuela francesa da fundamental importancia a los factores sociales sin los que el crimen no puede presentarse.

Juan Alejandro Eugenio Lacassagne (1834-1924), biólogo y médico francés, considerado el jefe de la escuela francesa. Esta escuela consideraba al criminal como un microbio, que cuando no está en un medio adecuado es inofensivo, pero que si se le pone en un campo de cultivo adecuado se va a reproducir, a convertirse en terriblemente virulento.



Para esta escuela no existe tal cosa como el “criminal nato”, solamente existen sujetos predispuestos a la delincuencia, pero no predestinados.

La escuela de Lyon divide los factores criminógenos en dos:

- a. Factores predisponentes: En el cerebro existen tres zonas básicas: la frontal, la occipital y la temporal, en las que se localiza respectivamente, las funciones intelectuales, las afectivas y las volitivas. Esas funciones deben estar en equilibrio, de no estarlo el sujeto tiene trastornos considerables, por lo que se encontraría predispuesto a la delincuencia.
- b. Factores determinantes: Lacassagne, dijo: “las sociedades tienen los criminales que se merecen”, “a menor desorganización social, menor criminalidad”. O sea, esta desorganización social era un factor determinante para avivar en el sujeto el germen criminal.

Paul Aubry, observó que, los factores predisponentes son: la herencia, el desequilibrio nervioso, las deformaciones anatómicas, etc., en tanto que los agentes que transmiten el contagio son la educación, la familia, la presión, las malas lecturas (nota roja), las ejecuciones públicas, etc.

3.7.1.3 Escuela socialista

Partiendo de que la economía es la estructura y los demás fenómenos sociales son infraestructuras, en el siglo XIX aparecieron una serie de teorías que explicaban los fenómenos sociales desde el punto de vista económico, creyendo que una buena economía resuelve todos los fenómenos sociales.

Esta escuela consideraba que el crimen es producto de la explotación del proletariado, de la desigualdad social, de la lucha de clases.



Carl Marx, judío-alemán, estudió filosofía, historia y derecho. Las ideas básicas de los criminólogos socialistas parten de la teoría marxista. Encontrando en esta escuela los siguientes postulados:

- El mundo es dinámico no inmutable.
- Lo nuevo es consecuencia del desarrollo y no aparece repentinamente, sino como consecuencia de una serie de prerequisites que se llaman posibilidades.
- En la sociedad burguesa el derecho refleja las ideas de la clase dominante, mientras en la socialista expresa los intereses de la totalidad del pueblo.

Según Marx, el criminal es quien produce la criminalidad, el aparato policíaco, la administración de justicia con sus jueces, jurados, abogados, verdugos, etc. Económicamente, el crimen quita del mercado de trabajo una porción excedente de la población, disminuye la competencia laboral y por otra parte, la guerra al crimen absorbe otra parte de la población.

Decía además que, la violencia sólo desaparecerá cuando no existan las clases sociales, pues desaparece el Estado y con él la violencia socialmente organizada.

Filippo Turati, italiano, tratadista y político (1857-1932), uno de los fundadores del partido socialista de los trabajadores italianos. Turati dijo que el régimen capitalista produce el fenómeno del proletariado. Además produce la indigencia y el aumento de necesidades, también estimula la codicia, favorece la comisión de los delitos contra la propiedad y por lo tanto es productor del crimen, habló acerca de que la enorme diferencia entre los pobres y los ricos despierta la codicia. El proletariado son aquellas grandes masas obreras que dan fenómenos de grandes concentraciones, de gran promiscuidad y de gran pobreza, por lo tanto el problema proletario es un problema criminológico.



La crítica dice que el error está en creer que el único factor criminógeno es la miseria o la mala distribución de la riqueza; y aunque es uno de los factores de importancia, no se puede decir que es el único. No se puede decir que desapareciendo las masas proletarias desaparece la delincuencia, ni se puede decir que por el hecho de ser proletario ya se es criminal.

Pero Turati decía que, una vez modificado el ambiente social, desaparecerán lenta y gradualmente, como resultado de un mejor orden social basado en la cultura y el bienestar material.

Napoleón Colajanni, jurista y sociólogo italiano, profesor en Nápoles, diputado varias veces y autor prolífero. Buscó teorías socio-económicas, concluyó que, a mejor distribución de riqueza, menor criminalidad; a mejor organización social, menor criminalidad.

Negó que el alcoholismo sea causa de miseria, sino que es la miseria la que empuja a las clases trabajadoras al alcoholismo.

Consideraba que el factor económico tiene una acción directa sobre la génesis de la delincuencia, pues la carencia de satisfactores es estímulo suficiente para empujar al hombre a proveerse de medios en cualquier forma, honrada o criminal. Indirectamente, lo económico influye también en múltiples situaciones como la guerra, la vagancia, la prostitución, la educación, la familia, etc.

La crítica a la escuela socialista es que se trata de una aplicación, monista, unilateral, de la criminalidad. Otra crítica es el utopismo de que el crimen desaparecerá al no haber lucha de clases. La resolución de problemas y desigualdades económicas indudablemente disminuirá la tasa de criminalidad, pero hay delitos y conductas antisociales que no dependen de lo económico.



CAPÍTULO IV



4. La individualización de la pena

4.1 Definición

La individualización de la pena es la precisión que en cada caso concreto se hace para determinar la cantidad y calidad de los bienes jurídicos de que es necesario y posible privar al autor de un delito para procurar su resocialización. Es decir, es el procedimiento por el cual la pena abstractamente determinada por la ley se adecua al delito cometido por el concreto autor.

La individualización la realiza el juez en su sentencia (es judicial) con base a las especificaciones del tipo y a las pautas de la parte general (respecto de las cuales se habla de una individualización legal, aunque impropia) y se va adecuando a la persona del condenado mediante la ejecución de la pena en procura de su fin de prevención especial (se habla entonces de una individualización ejecutiva o administrativa).

4.2 Sistema de determinación de la pena

Se entiende por pena fija o rígida a aquella cuya duración está determinada de antemano por la ley, en las que no se tiene en consideración a la persona del autor ni las circunstancias particulares de cada caso.

Las sanciones flexibles o elásticas son aquellas donde la ley determina un máximo y un mínimo, limitando con ello el ámbito penal dentro del cual el juez debe fijar el quantum adecuado a la naturaleza del hecho y a la personalidad del delincuente.



4.3 Individualización legal, judicial y administrativa

El abandono del sistema de las penas rígidas y la adopción del sistema de penas alternativas y de las penas divisibles, trasladó la cuestión de la individualización legislativa de la pena a su individualización judicial e, incluso, tratándose de penas privativas de la libertad, a su individualización administrativa para posibilitar que su ejecución resulte un medio adecuado para lograr la readaptación de cada delincuente.

4.3.1 Individualización legal

Cuando el legislador conmina la pena para el que cometa un delito determinado, la individualiza de manera general en consideración a todas las formas posibles de cometer el delito y respecto a cualquier persona. Esta individualización tiene dos momentos: Durante el primero, el legislador adecua la pena a cada figura delictiva básica, guiándose por el valor del bien ofendido y el modo particular de ofenderlo captado por la figura de que se trata. En el segundo, el legislador disminuye o aumenta la pena con arreglo a circunstancias particulares que menciona en las figuras privilegiadas (atenuadas) o calificadas (agravadas) del mismo delito.

4.3.2 Individualización judicial

Es la que hace el juez en la sentencia condenatoria, fijando dentro del marco de la pena individualizada en forma general por el legislador la que, con arreglo a las modalidades objetivas y subjetivas del delito cometido, debe sufrir el condenado.

En los casos de penas elásticas, es decir, divisibles por razón de tiempo o cantidad, el Código estableció el criterio para que los tribunales fijen la condena de



acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares en cada caso.

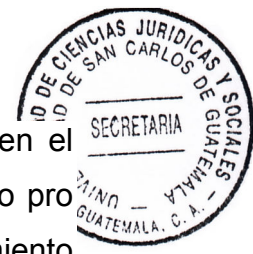
Los tribunales deben tener en cuenta la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado. Estas son las circunstancias objetivas que se refieren al delito en sí, con prescindencia de la persona que lo ha cometido.

También deben considerar para determinar, dentro de la escala legal, la pena que el delincuente debe sufrir, la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, la participación que haya tenido en el hecho, las reincidencias y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos sociales, la calidad de las personas y las circunstancias que demuestren su mayor o menor peligrosidad. Asimismo el juez debe tomar conocimiento directo y personal del sujeto, la víctima y de las circunstancias del hecho, para completar el conocimiento de las circunstancias subjetivas que permitan determinar la individualización judicial de la pena.

4.3.2.1 Criterios que deben regir la individualización judicial

La formación de la medida de la pena plantea, como tarea previa, la constatación de todos los factores de culpabilidad y de prevención aplicables en el caso concreto. El conjunto de los hechos relevantes constituye la base fáctica de esta actividad.

Para la obtención procesal de los hechos, que influyen en la medida de la pena, se debe partir de la premisa básica de que la aplicación de la pena es también realización de derecho material y que se halla sometida a las mismas exigencias probatorias que rigen en todo proceso penal para la cuestión de la culpabilidad.



Ello importa reconocer que, respecto del deber de instrucción del tribunal en el tratamiento de las peticiones de prueba de las partes y del principio "in dubio pro reo" se deben aplicar las mismas reglas que garantizan que el aseguramiento jurídico probatorio se organice sobre la base de criterios legales.

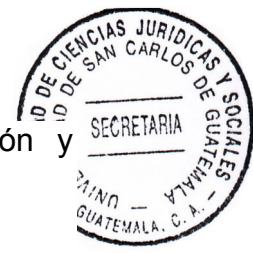
4.3.3 Individualización administrativa

Con relación a la individualización administrativa, el régimen penitenciario que busca "una adecuada reinserción social", deberá utilizar de acuerdo con las necesidades peculiares de cada caso, los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten necesarios para que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, promoviendo asimismo la comprensión y el apoyo de la sociedad.

La conducción, desarrollo y supervisión de las actividades que conforman el régimen penitenciario serán de competencia y responsabilidad administrativa, en tanto no estén específicamente asignadas a la autoridad judicial. Este régimen se basa en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados, tomando como base los estudios técnicos-criminológicos que se realicen y la participación del juez en especial en los casos referidos a la concesión de salidas transitorias o regímenes de semilibertad.

4.4 Pautas para individualizar la pena judicialmente

Hasta el momento, lo que se discute, según los criterios criminológicos y victimológicos a considerar es que, la pena es una consecuencia jurídica penal derivada de la comisión de un delito, visto éste, no como una abstracción legal, sino como un hecho real y concreto, atribuible no solo a elementos circunstanciales, sino a la conjugación de esos elementos con las características y antecedentes particularísimos del delincuente y de la víctima. De la expectativa



resocializadora de la pena como factor determinante para su imposición y ejecución.

Por lo tanto, se considera que la pena debe ser aplicada exclusivamente por el o los juzgadores que conocen del caso, circunscribiendo su decisión a la estela

personalísima de los protagonistas procesales y al hecho concreto analizado aisladamente como un fenómeno exclusivo sucedido en un momento y tiempo determinado, no comparable con otros fenómenos considerados abstractamente por el legislador, como actualmente sucede.

Por ello, como fruto de las entrevistas a fiscales del Ministerio Público, abogados del Instituto de la Defensa Pública Penal y jueces con competencia penal, todos de servicio en el municipio de Guatemala, del departamento de Guatemala, se han determinado las pautas a considerarse para que el juez aplique una pena de forma individualizada. Siendo las siguientes:

4.4.1 La prohibición de la doble valoración

En lo que hace al proceso de la determinación judicial de la pena, las "circunstancias que por sí mismas constituyen un elemento del tipo legal" no pueden ser consideradas en la determinación de la pena. La prohibición de la doble valoración juega un papel determinante en el proceso, ya que no se permite que aquéllas circunstancias que se hallan contenidas en el tipo legal y que, con ello, han contribuído a co-determinar la magnitud de la pena, vuelvan a ser consideradas en la formación concreta de la medida de la pena.

En efecto, la prohibición de la doble valoración se fundamenta en que el legislador, al decidir acerca del marco punitivo aplicable a un tipo penal ha solucionado de manera general cuáles son los factores que agravan la ilicitud y la culpabilidad y por tanto, no puede ser valorada en una nueva oportunidad.



4.4.2 Circunstancias referidas al hecho y a la culpabilidad

Para graduar la pena, el juez debe prestar tanto atención al tipo del ilícito como al tipo de la culpabilidad. El análisis de los factores que los agravan o atenúan debe ser realizado en forma amplia, de acuerdo a las representaciones morales de la comunidad en su conjunto.

En efecto, el ilícito culpable es la base de la determinación de la pena pues la sanción penal debe ser proporcional al ilícito cometido, de lo que se infiere que la medida de la pena se gradúa fundamentalmente de acuerdo a la gravedad de la culpabilidad.

Por esta razón, en primera instancia, luego de haber individualizado la figura legal aplicable al caso, el juez debe valorar qué alcance tuvo la lesión jurídica, analizando la magnitud y cualidad del daño causado.

En el Derecho Penal este problema es tratado con la denominación de "repercusiones del hecho". Este concepto, tomado en términos amplios, abarca tanto las consecuencias típicas cuanto las extratípicas, pudiendo ellas tomar la forma de lesión y puesta en peligro.

Las consecuencias típicas deben ser valoradas conforme a la intensidad y la extensión de la lesión del bien jurídico (gravedad de las lesiones corporales, duración de la privación de la libertad, medida de la puesta en peligro producto de haber conducido en estado de ebriedad).

Sin embargo, al considerar este tipo de consecuencias no debe obviarse que existe la prohibición de la doble valoración.

Con relación a las consecuencias extratípicas, el problema de la prohibición de la doble valoración no se plantea dado que tales consecuencias no forman parte del



tipo penal. Dentro del marco de las consecuencias extratípicas pueden señalarse las que pueden padecer los parientes de la víctima (supuesto estado de shock de los padres, etc.)

La relevancia de la conducta previa y posterior al hecho: Este problema es uno de los más complejos en tanto el primer obstáculo se presenta en la delimitación de la conducta delictiva. En efecto, el concepto de las conductas previas y posteriores al hecho sólo tiene sentido en tanto se pueda determinar con precisión cuál es la conducta constitutiva del hecho propiamente ilícito.

El conflicto se relaciona con la valoración de la culpabilidad. Si se parte de un concepto estricto de culpabilidad por el hecho se podría sostener que la culpabilidad se halla fijada sólo por éste y que no puede ser influenciada por ninguna otra circunstancia.

En este sentido, algunos autores creerán que es imprescindible realizar una clara distinción entre el componente de acción y el del resultado. Quienes no acepten los postulados de una teoría basada en el disvalor de la acción, afirmarán que la no producción del resultado es una causa legal para atenuar la pena. En esta misma línea de pensamiento dirán que, los esfuerzos del reo para reparar el daño o para llegar a un compromiso con la víctima, también operan aminorando el castigo.

En esta línea de pensamiento se ha dicho que medidas materiales e ideales de indemnización respecto de la víctima mejoran su posición y en determinadas circunstancias pueden reducir el monto de la sanción aplicable.

4.4.3 La intervención de la víctima

El tema tratado en el punto anterior nos introduce a otro aspecto de la determinación judicial de la pena que se relaciona con la importancia práctica que reviste la conducta de la víctima en la materia que nos ocupa.



Los aspectos centrales de la influencia del accionar de la víctima son los siguientes: los efectos sobre las consecuencias del hecho, su influencia en la conducta del autor y la significación de la víctima para la prevención especial y general.

En primer lugar y para demostrar la trascendencia que tiene la participación de la víctima en el ámbito del derecho penal, basta con recordar que si la víctima, en cuanto titular del bien jurídico, teniendo la facultad de disponer del mismo, lo hace, su consentimiento excluirá la tipicidad del ilícito.

Asimismo, en aquellos casos en los que su facultad de disposición no sea tan amplia, su aprobación al hecho, tendrá relevancia para graduar la pena aplicable. Las cualidades personales y sociales de la víctima también pueden ser relevantes para poder valorar el grado de daño asumido por el autor. Así, por ejemplo, desde el punto de vista de las consecuencias del hecho tienen efecto de incremento de la ilicitud cuando el abuso se comete respecto de una persona enferma, cuando se sustraen los ahorros de un jubilado, los abusos sexuales a los niños, etcétera.

Así como determinadas conductas de la víctima juegan en contra del autor del ilícito, otras no deben perjudicarlo. Por ejemplo, la omisión de la disminución del daño por parte de la víctima debe ser resuelto a través de la teoría de la imputación objetiva: al autor sólo se le puede reprochar legítimamente la parte del resultado que le es imputable y que sólo a él le correspondía evitar.

Otro problema a tratar en este punto se relaciona con la actitud de la víctima que, de algún modo, "provoca" la comisión del delito. La resolución de este tipo de cuestionamientos, en definitiva, depende de decisiones de tipo valorativas.

4.4.4 La ejecución del hecho

En todos los casos cobra especial relevancia la naturaleza de la acción y los



medios empleados para llevarla a cabo.

A la ejecución del hecho pertenece la elección de la modalidad de comisión del ilícito, para lo cual es necesario conocer en qué lugar u hora fue cometido. Estas circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión son útiles para revelar la gravedad del ilícito.

Asimismo, los medios utilizados para consumir el delito y la peligrosidad emanada de ellos, ocupan un lugar importante en la determinación judicial de la pena, no obstante lo expuesto, también al valorar estas circunstancias debe cuidarse de no evaluarlas doblemente. Esto es así ya que en muchos supuestos, las circunstancias del hecho, ya constituyen el fundamento del tipo penal y en esos casos, la prohibición de la doble valoración impide que esa característica sea considerada nuevamente.

En efecto, un robo agravado, puede considerarse que "es más peligroso" utilizar como arma un revólver cargado que un palo de billar.

Las circunstancias que agravan o atenúan tipos penales básicos pueden ser útiles para orientarnos en otros supuestos delictivos en los que existan diferencias semejantes. Es lógico que, si se sigue esta guía, deberá identificarse previamente la categoría de delitos que se va a agravar o atenuar.

En cuanto a la intervención del autor en el hecho corresponde hacer las siguientes distinciones. La intervención de varias personas en un hecho delictivo, revelará un

ilícito más grave en cuanto represente un mayor poder ofensivo para la víctima, derivado de las circunstancias de comisión del delito plurisubjetivo. En todos los casos será decisivo analizar el aporte de cada uno de los intervinientes en el hecho investigado.



4.4.5 La calidad de los motivos del autor

Es una circunstancia relevante para la determinación de la pena la calidad de los motivos que determinaron al autor a cometer el delito.

Al momento de evaluar cuáles fueron los motivos que impulsaron al autor de un delito a cometerlo debe tomarse en cuenta la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio o de los suyos.

Generalmente, una situación económica apremiante, cuando fue la que condujo a la realización de un delito contra la propiedad, será considerada como un factor que disminuye el reproche penal.

Por el contrario, cuando el autor de un delito actuó movido por sentimientos de odio, codicia, con placer ante un delito contra la vida o integridad física de una persona, la doctrina es conteste en valorar este tipo de motivaciones en contra del imputado, es decir, agravando el reproche penal. Sin perjuicio de ello, al considerar este tipo de motivaciones debe cuidarse de no realizar dobles valoraciones. En efecto, toda vez que existen algunas normas penales que incluyen en el tipo objetivo referencia a especiales elementos subjetivos, este tipo de motivaciones no puede ser imputado contra el infractor en dos oportunidades.

Las circunstancias personales del autor: la personalidad del autor es un aspecto de particular importancia al momento de graduar la pena. A las circunstancias personales del autor pertenecen, entre otras, su edad, su estado de salud, su sexo, su inteligencia, su educación su posición profesional y social. Esta enunciación demuestra que el problema que aquí se plantea se relaciona con el tratamiento igualitario de los casos llevados a estudio.



Consideramos que, aún en un Derecho Penal de acto, sería imposible no considerar determinados aspectos de la personalidad del autor ya que ellos, es indudable, inciden en la realización de su ilícito.

Esto rige especialmente para la cuestión relativa al posible efecto agravante de una elevada posición profesional o social del autor cuando ella fundamenta deberes incrementados sobre el bien jurídico lesionado. El sexo, en cuanto tal, no es una causa suficiente para la diferenciación en la pena, sino más bien, se le debe agregar puntos de vista especiales que caractericen la situación del hecho (por ejemplo, por la mayor o menor agresividad impuesta sobre la víctima).

La calidad de extranjero no tiene, por lo general, efecto agravante o atenuante de la pena. Sin embargo, su condición sí debe ser tenida en cuenta si alega la existencia de un error de prohibición ya que la mayor o menor evitabilidad del mismo puede tener un efecto atenuante de la culpabilidad.

Para algunos autores, la calidad de funcionario tampoco representa, por lo general, una causal de agravación. Esto es así ya que lo común resulta que el elemento de esa calidad determina la conminación penal en cuanto tal, de manera que una valoración de esta circunstancia en la medida de la pena se oponen a la prohibición de la doble valoración.

En síntesis, la situación personal del autor -su nivel de instrucción, su origen social, su estructura familiar- resulta determinante para poder establecer si él pudo ser más prudente, si pudo conocer la antijuridicidad de su hecho o si, por ejemplo, era capaz de motivarse en la norma y actuar conforme a ese conocimiento.

4.4.6 La conducta precedente

Deben considerarse los siguientes aspectos:

1. Los antecedentes personales: Una concepción estricta del principio de culpabilidad debe dejar fuera de análisis toda valoración relativa a la conducta precedente del autor. Esta fórmula impide que se agrave la pena del autor de un delito por su carácter o conducción de vida. La sección más relevante de la vida previa del autor son sus condenas anteriores. Sin embargo, los antecedentes y condiciones personales -edad, educación, composición familiar- permiten reconocer si el autor tuvo mayor o menor autodeterminación. La regla podría ser formulada de la siguiente manera: desde la óptica del ilícito y de la culpabilidad, la conducta precedente sólo puede ser considerada en tanto y en cuanto se refleje en forma directa con el hecho.
2. La reincidencia: La reincidencia agrava la pena, no porque agrave el delito cometido, sino porque al autor lo hace merecedor de una pena mayor que la normal; según unos, porque esa pena es insuficiente en relación con su sensibilidad; según otros, porque la recaída del autor en el delito a pesar de la condena anterior, demuestra su mayor rebeldía frente a la ley penal y así su mayor peligrosidad delictiva. Este último es el criterio del Código Penal.

4.4.7 Función de la peligrosidad

Ninguna de las teorías de la pena permite precisar la cantidad de pena que corresponde, lo único que surgen son aproximaciones tentativas. Así es necesario desarrollar criterios que armonicen esas antinomias cuando sea posible y fijar las reglas de preeminencia cuando estas no se puedan conciliar.

Cuando resulte factible el juez deberá apoyarse en las teorías de la unión para lograr una relación entre el contenido injusto, la culpabilidad por el hecho, la función resocializadora, la defensa social frente al autor peligroso y el efecto socio pedagógico de la pena en la comunidad.

En otros casos deberá aplicar reglas de preeminencia para resolver las antinomias acudiendo a la discrecionalidad judicial.



La doctrina clásica aplicaba a las reglas la "peligrosidad" del autor para la individualización de la pena. La doctrina contemporánea, progresivamente adoptada, aplica un Derecho Penal de acto donde la culpabilidad por el hecho es fundamento y presupuesto material de la pena y base de su medición.





CONCLUSIONES

1. La pena es la consecuencia de violentar un bien jurídico tutelado, debido a que la sociedad no ha descubierto nada mejor para responder al mismo, por lo tanto la imposición de ésta debe ir enfocada en razones de utilidad social, convirtiendo al delincuente en un instrumento útil para la sociedad.
2. En la actualidad no se le toma mayor importancia a lo que es en sí la victimología y por lo tanto no puede lograrse el nacimiento de nuevas políticas preventivas del delito, que servirían de enfoque fundamental para determinar que miembros de la sociedad están más propensos a que se les violenten sus derechos.
3. Debido al poco estudio y análisis de los problemas sociales por medio de la ciencia penal de la criminología, no se ha podido aportar en forma correcta el sustrato empírico científico a los poderes públicos y a los señores legisladores, para que puedan transformar y crear éstos últimos, normas eficaces y así lograr combatirlos de manera fehaciente.
4. La individualización de la pena es una tendencia que excluye el criterio legislativo y acentúa la intervención judicial para imponer y aplicar la sanción penal más adecuada a la persona juzgada, su finalidad es obtener los resultados más afines a la expectativa constitucional de resocialización de la persona reclusa.
5. En Guatemala se aplican criterios genéricos para imponer y ejecutar sanciones penales al conjunto de individuos que conforman el estrato criminal; dicha aplicación genérica no se basa en criterios criminológicos y

victimológicos, los cuales quedan por demás marginados. No se toma en cuenta que los factores criminógenos en cada individuo son personalísimos.



RECOMENDACIONES



1. Que los jueces competentes apliquen las penas sin criterios políticos y no ceder las resoluciones judiciales a la ideología popular que circunscribe a la pena como un mecanismo exclusivamente punitivista del Estado, lo cual estanca y retrae la evolución del Derecho Penal.
2. Los jueces, al resolver, deben imponer penas congruentes a la personalidad del autor, al móvil criminal que sirvió como impulsor de su conducta y a los antecedentes que sirvieron como factores criminógenos de su tendencia delincencial, los juzgadores deben en ese sentido tomar en cuenta los detalles íntimos y personalísimos del delincuente para imponer una pena justa.
3. Es necesario que los jueces, al resolver la imposición de una pena al sujeto juzgado, tomen en cuenta la relación del autor del delito con la víctima, es relevante indagar la personalidad del agraviado, sus antecedentes personales y los detalles íntimos de su vida que le hicieron ser precisamente el sujeto pasivo de su victimario para imponer una pena apropiada y equitativa.
4. Se debe realizar un estudio específico por parte del Congreso de la República de Guatemala con relación a las penas privativas de libertad y reformarlas de acuerdo a los principios de los criterios criminológicos para que se cumpla objetivamente con los fines de la pena.
5. Al ser reformadas las penas de los delitos privativos de la libertad, se hace necesario que los jueces cumplan de forma objetiva con los principios constitucionales de resocialización del delincuente para no tergiversar los fines de la pena.





BIBLIOGRAFÍA

- ALBEÑO OVANDO, Gladis Yolanda. **Derecho procesal penal**. 3ª. ed. Ed. Llerena. Guatemala, 2001.
- BODEGÓN, E., ZINO, Julio. **Historia del pensamiento criminológico**. (s.e.) Editorial Facultad de Derecho; Barcelona, España, 2006.
- CABANELLA, Guillermo. **Diccionario del derecho usual**. (s.e.) Editorial Heliasta; Buenos Aires, Argentina, 1976.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. **La pena resocializadora**. 2006. México.
- CUAREZMA TERAM, Sergio J. **Victimología**. (s.e.) (s.E.) Argentina, 2007.
- CUELLON CALÓN, Eugenio. **Derecho penal tomo I, parte general**. (s.e.) Editorial Facultad de Derecho; Barcelona, España, 2000.
- GONZALES, G. y GONZÁLES, M. **La teoría criminalística en la individualización de la pena**. (s.e.) (s.E.) Argentina, 2007.
- GUPTA A, ELHEIS M, PANSARI K.. **Diagnóstico por imágenes en las enfermedades psiquiátricas**. (s.e.) (s.E.) (s.l.i) 2005.
- HENTING, V. **El criminal y sus víctimas**. (s.e.) (s.E.) Estados Unidos. 1948.
- LÓPEZ, J. **La readaptación social en México**. (s.e.) (s.E.) México: Dirección General de Prevención y Readaptación; 2002.
- MEZGUER, E. **La culpabilidad**. (s.e) Editorial Leyer; Colombia 2005.
- MONTERROSO SALVATIERRA, Jorge Efraín. **Culpa y omisión del delito**. (s.e.) (s.E.) México, 1996.



NAVA, J. **Violencia punitiva.** (s.e.) (s.E.) México 2005.

NARVÁEZ, J. **Bajo el signo de Caín, el ser atávico y la criminología positiva.**
Volumen XVII; Editorial UNAM; México; 2005.

ODRIOZOLA E. Tamarit Sumilla. **Manual de victimología.** (s.e.) (s.E.) Valencia,
España; 2006.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 21^a
edición; Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.; 1994.

QUINTERO, J., BOLAÑOS, A y GONZÁLEZ. **Punibilidad.** (s.e.) (s.E.) México
(s.f.).

RAINE, A y SANMARTÍN, J. 2002. **Violencia y psicopatía.** (s.e.) Editorial Ariel;
España (s.f.).

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional
Constituyente, 1985.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto 2-89, 1,989.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Congreso de la República,
Decreto 6-78, 1,978.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Congreso de la República,
Decretos 54-86 y 32-97, 1,986 y 1,987.

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

Código Procesal Penal y sus Reformas, Congreso de la República, Decreto 92.



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