

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



LA UTILIDAD SOCIAL DE LA PENA

MIGUEL DAVID JUÁREZ VELÁSQUEZ

GUATEMALA, MARZO DE 2011

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

LA UTILIDAD SOCIAL DE LA PENA

TESIS

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

Por

MIGUEL DAVID JUÁREZ VELÁSQUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo de 2011

**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. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

PRIMERA FASE

PRESIDENTE:	Lic. Luis Efraín guzmán morales
VOCAL:	Lida. Gilda Margarita Franco Hernández
SECRETARIO:	Lic. César Augusto López López

SEGUNDA FASE

PRESIDENTE:	Lic. Manuel Vicente Roca Menéndez
VOCAL:	Lic. Rodolfo Geovanny Celis López
SECRETARIO:	Lic. Luis Alfredo Valdez

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

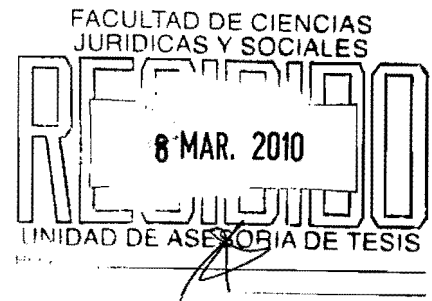


LIC. EDGAR MALDONADO JUÁREZ
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 06 de marzo de 2010

LICENCIADO
MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



Licenciado Castillo Lutín:

Respetuosamente, me dirijo a usted con el propósito de informarle que de conformidad con el nombramiento que se me hiciera para asesorar al bachiller MIGUEL DAVID JUÁREZ VELÁSQUEZ respecto a su trabajo de tesis intitulado "LA UTILIDAD SOCIAL DE LA PENA". Procedí a emitirle mi opinión y los arreglos que el suscrito consideró pertinentes, los cuales fueron atendidos por el bachiller Juárez Velásquez.

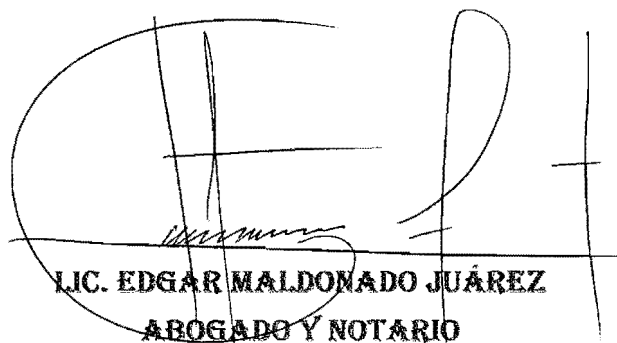
Para el efecto me permito informar a usted lo siguiente: a) he realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento necesarias; para mejor comprensión del tema que se desarrolla. b) Que el trabajo de tesis se encuentra elaborado conforme a la perspectiva doctrinaria adecuada, moderna y reciente, y los complementa con aspectos importantes del tema, para el efecto el autor logró establecer que la realidad social no concuerda con el clamor social y ésta a su vez con la situación legal que rodea al derecho penal guatemalteco.

En cuanto al contenido de la tesis, se asevera que la monografía presentada contiene grandes aportes a la problemática jurídica por la que atraviesa el derecho penal en el campo de ejecución, siendo la misma, un gran aporte científico que brinda respuestas y soluciones a las situaciones y problemáticas de la realidad social guatemalteca.



El contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicas requeridos por esta casa de estudios; para el efecto en su desarrollo se observó la aplicación cinética de los métodos deductivo e inductivo; las técnicas de investigación bibliográficas, de análisis y contenido; la redacción utilizada reúne las condiciones exigidas; las conclusiones y recomendaciones son oportunas; la bibliografía utilizada es congruente con los temas desarrollados; siendo invaluable la contribución científica que el sustentante realiza en la tesis de mérito. Por lo antes expuesto, en definitiva, al haberse cumplido con todos los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, emito dictamen en sentido FAVORABLE, para que en su oportunidad pueda ser discutido por el sustentante en Examen Público previo dictamen de revisor.

Se suscribe de usted, atentamente,



LIC. EDGAR MALDONADO JUÁREZ
ABOGADO Y NOTARIO

COLEGIADO 6,078

19 CALLE 11-21 ZONA 1, CIUDAD DE GUATEMALA
TELÉFONO 2253-1550

Lic. Edgar Maldonado Juárez
ABOGADO Y NOTARIO

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, catorce de abril de dos mil diez.

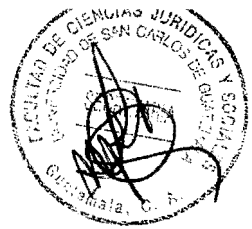
Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) VICTOR MANUEL CASTRO NAVAS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MIGUEL DAVID JUÁREZ VELÁSQUEZ, Intitulado: "LA UTILIDAD SOCIAL DE LA PENA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. 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, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. ROLANDO SEGURA GRAJEDA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



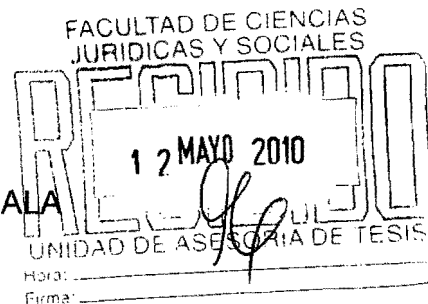
cc. Unidad de Tesis
RSG/sllh.



**LIC. VICTOR MANUEL CASTRO NAVAS
ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, 20 de abril de 2010

LICENCIADO
MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



Licenciado Castillo Lutín:

Cumpliendo con la resolución dictada por la Unidad Asesoría de Tesis como revisor, procedí a revisar el trabajo de Tesis del Bachiller MIGUEL DAVID JUÁREZ VELÁSQUEZ, carné No. 2002 11046 consistente en una monografía denominada "LA UTILIDAD SOCIAL DE LA PENA", la cual fue asesorada por el Licenciado Edgar Maldonado Juárez.

Al respecto puedo indicar que el trabajo se revisó, se recomendaron ampliaciones y modificaciones al mismo, las cuales fueron atendidas y realizadas por el ponente, sobre todo se adecuó a los aspectos legales que se regulan en la materia, respetando en todo momento el criterio del sustentante, además se revisó la concordancia de la investigación con las conclusiones y recomendaciones a las que arribó su autor.

En cuanto a la tesis revisada puedo opinar que abarca un tema sumamente sensible e importante para la realidad guatemalteca actual, y de mucha incidencia académica en cuanto al derecho penal se refiere.

En cuanto a los métodos y técnicas utilizados en esta tesis, el ponente utilizó correctamente los métodos inductivo y deductivo al momento de redactar y estructurar los temas tratados dentro de la misma, y, en su momento, el método analítico en el capítulo final, en el que claramente expone las ideas finales y conclusivas de la investigación. Se revisó también la correcta utilización de las técnicas directas e indirectas al momento de depurar los datos utilizados en esta tesis.



Se recomendaron cambios estructurales y de forma en cuanto a la redacción se refiere, a lo que el ponente respondió realizando los cambios necesarios para que la tesis respondiera a las exigencias gramaticales y ortográficas correspondientes.

Uno de los mejores aportes de la investigación presentada es el conjunto de conclusiones y recomendaciones arribadas al final de la misma, ya que son una muy importante aportación científica.

Tomando en cuenta el contenido científico y técnico de la tesis, se puede aseverar que la monografía presentada contiene un gran aporte a la problemática jurídico social que atraviesa el derecho penal en el campo de la ejecución, por último, cabe destacar que la bibliografía en que se basó la investigación es amplia y acorde a la esencia y fines de la investigación, provocando entonces una buena base que fijó los parámetros para realizar la investigación de campo.

Dado que el trabajo de Tesis cumple con los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito dictamen en sentido **FAVORABLE**, para que en su oportunidad pueda ser discutido por el sustentante en Examen General Público.

Se suscribe de usted, atentamente,

LIC. Victor Manuel Castro Navas
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 4871

17 calle "A" 12-29, Zona 1, 2º nivel. Ciudad de Guatemala
Teléfono: 2221 3544 y 2253 9743

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

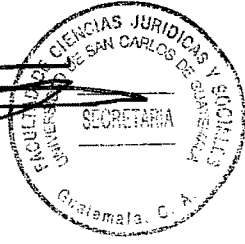


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiocho de junio del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MIGUEL DAVID JUÁREZ VELÁSQUEZ, Titulado LA UTILIDAD SOCIAL DE LA PENA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

0107
MTCL/sllh.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser fuente de inspiración en todo ámbito de mi vida.
- A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:** Por permitirme el crecimiento intelectual y las oportunidades de desarrollo.
- A MIS PADRES:** Por su incondicional apoyo, consejos y lecciones de vida que me han ayudado a seguir adelante.
- A MIS HERMANOS:** Miguel Ángel, María Pavlova, Gloria y Miguel Abraham, que han sido fundamental apoyo en tiempos difíciles.
- A MIS FAMILIARES:** Tíos, primos, sobrinos, que me han dado alegrías en todo momento.
- A MIS AMIGOS:** Por el apoyo incondicional que en todo momento he recibido.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. El Estado garante y los derechos humanos del recluso.....	1
1.1 El Estado garante.....	1
1.1.1 Definición.....	1
1.1.2 Elementos.....	6
1.1.2.1 Elementos previos.....	6
1.1.2.2 Elementos constitutivos.....	7
1.1.3 Fines.....	8
1.1.4 El Estado de derecho.....	9
1.2 Los derechos humanos.....	11
1.2.1 Los derechos humanos del recluso.....	11
1.2.2 Clasificación.....	18
1.2.2.1 Por la importancia de su reconocimiento.....	18
1.2.2.2 Según su contenido.....	20
1.2.3 El recluso.....	21
1.2.4 Fiscalización de los derechos del recluso.....	23

CAPÍTULO II

2. La pena	25
2.1 Definición.....	25
2.2 Efectos.....	27
2.3 Clasificación.....	28



	Pág.
2.3.1 Penas corporales.....	28
2.3.2 Penas privativas de derechos	29
2.3.3 Penas privativas de libertad.....	30
2.3.4 Penas pecuniarias.....	32
2.4 Teorías.....	32
2.4.1 Teoría absoluta de la pena.....	34
2.4.1.1 Características de la teoría absoluta de la pena.....	35
2.4.2 Teoría relativa de la pena.....	36
2.4.2.1 Teorías de la prevención especial.....	37
2.4.2.2 Teorías de la prevención general.....	38
2.4.3 Teoría mixta o de la unión.....	39
2.4.3.1 Fundamentos de la teoría mixta o de la unión.....	40
2.5 Humanización de la pena.....	42
2.5.1 Etapas en la humanización de la pena.....	42
2.5.2 Importancia de la humanización de las penas.....	45
2.6 Derecho Internacional.....	51
2.7 El control de las penas	52
2.8 El bien jurídico tutelado y su relación con el principio de mínima intervención.....	61
2.9 La pena y su proporción.....	64
2.10 La penología.....	66
CAPÍTULO III	
3. Sistema penitenciario.....	69



3.1 Antecedentes.....	69
3.2 Derecho penal.....	71
3.3 Derecho penitenciario.....	72
3.4 Naturaleza jurídica.....	72
3.5 Elementos.....	74
3.5.1 Internos o reos.....	74
3.5.2 Infraestructura.....	75
3.5.3 Legislación.....	76
3.5.4 Personal penitenciario.....	76
3.6 Elementos accesorios.....	77
3.6.1 Trabajo penitenciario.....	77
3.6.2 Redención de penas.....	81
3.7 El sistema penitenciario en el ordenamiento jurídico guatemalteco.....	82
3.8 Crisis del derecho penitenciario.....	85
3.8.1 El sistema de justicia.....	86
3.8.2 Sobrepoblación en los centros preventivos.....	87
3.8.3 Política criminal.....	88
3.9 Principios del sistema penitenciario.....	90
3.9.1 Voluntariedad.....	90
3.9.2 No terapéutico.....	90
3.9.3 Individualizado.....	91
3.9.4 Programado.....	91
3.9.5 Mínima afectación.....	92



Pág.

3.9.6 De legalidad y control judicial de la ejecución penitenciaria	92
3.9.7 participación ciudadana.....	93

CAPÍTULO IV

4. La utilidad social de la pena.....	95
4.1 Utilidad y límites de la pena.....	95
4.2 Punitivismo y garantismo como orientadores de las penas socialmente útiles.....	104
4.3 La pena de muerte y su inutilidad social.....	108
4.5 Finalidad última de la intervención resocializadora.....	110
4.4 Comentario final (la doble utilidad social de la pena).....	122
CONCLUSIONES.....	125
RECOMENDACIONES.....	127
BIBLIOGRAFÍA.....	129



INTRODUCCIÓN

El punitivismo, o sea, la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad es, actualmente, la tendencia legislativa predominante al momento de crear nuevos tipos penales y reformar los ya existentes. Esto deviene de la ineficacia de la política criminal de Estado y de la crisis del derecho penal contemporánea.

De igual forma, el criterio poblacional es definitivo, el delincuente es un ser infrahumano, a quien debe excluirse de la sociedad común. Para ello existen las cárceles, dentro de las cuales se aísla al delincuente y, además, se le castiga mediante la aplicación de vejámenes inherentes a la privación de libertad. Pues, al ciudadano común, exhausto de la inseguridad cotidiana, no le basta recluir al antisocial en un centro carcelario, sino que, además, como parte de la punición inferida, debe el delincuente sufrir ofensas que vulneren sus derechos humanos.

El anterior juicio estatal y poblacional, puede decirse, que condena al condenado; lo cual neutraliza la finalidad verdadera -hasta el momento utópica- de la pena. Siendo una de las causas, la falta de educación y sensibilización a la población común, quien desconoce los beneficios humanos personales que descenderían en el delincuente, si se le tratara sensiblemente, si dejara de marginársele. Pero, más importante aún, aquéllos que representan el Estado, así como la población misma, desconocen la utilidad última de la pena realmente resocializadora de la persona reclusa, esa utilidad es: menguar el conjunto de individuos que forman parte del fenómeno criminal y sumar ciudadanos útiles a la sociedad.

La hipótesis que se planteó en esta tesis, es la siguiente: El Estado y la población que no consideran únicamente justas las penas socialmente útiles, excluyen al recluso, de los medios de desarrollo social homogéneos, lo cual se suma al conjunto de factores criminógenos actuales.



La tesis se dividió en cuatro capítulos, comprendiendo el primero las generalidades del Estado y titulándose: “el Estado garante y los derechos humanos del recluso”; en el segundo se abarca lo relativo a “la pena” así como sus clasificaciones reales y doctrinales; el tema del sistema penitenciario se abarca en el tercer capítulo, dejando por último en el cuarto y último capítulo, el tema central, la utilidad social de la pena.

Este trabajo pretende, primordialmente, desarrollar lo relativo al derecho penal de ejecución guatemalteco, sus fines constitucionales e ideales, cotejados con la realidad social, para determinar sus deficiencias, contradicciones, pugnas, naturaleza y proyección; abarcando, además, los fines verdaderos de la aplicación de la pena, su utilidad social y todos los efectos que pueden derivarse de un derecho penitenciario hondamente resocializador, en contraste con los efectos de un derecho penitenciario exclusivamente punitivista.

De igual manera, es conveniente referir que los métodos empleados a lo largo de la realización de esta tesis, fueron diversos, según la fase en que se encontraba la investigación; es, por lo mismo, que los métodos utilizados fueron los siguientes: el deductivo, el inductivo, el de análisis y el sintético. Los métodos inductivo y deductivo fueron usados al inicio de la investigación, dosificando la información de una manera tal que se pudiera jerarquizar las instituciones jurídicas estudiadas para su mejor entendimiento. Se recurrió al método analítico al momento de valorar los datos recolectados durante la investigación. Posteriormente, esta información fue procesada para lograr verificar el resultado que al final se presenta.

El producto de este trabajo, aunque se encuentra ampliamente indicado en el capítulo final de la tesis, así como en sus conclusiones y recomendaciones fue, la comprobación de la hipótesis.



CAPÍTULO I

1. El Estado garante y los derechos humanos del recluso

Por motivos de orden, el presente capítulo se dividirá en dos partes: la primera el estudio del Estado garante y, la segunda, los derechos humanos del recluso.

1. El Estado garante

1.1.1 Definición

Desde la época antigua se ha reconocido al hombre agrupado, actuando frente a la naturaleza y a sus semejantes, por medio de grupos primitivos donde hubo cierta organización; la historia recoge las primeras formaciones sociales permanentes en Egipto, cerca del año 6000 antes de Cristo; y, es a partir de entonces, cuando se conoce como polis, ciudad o república, a la agrupación humana asentada en un territorio con cierto orden y determinada actividad y fines. José Ovalle Favela, al respecto de la creación del Estado, escribe: "La creación del Estado por parte de una población, tiene como propósito la administración de los recursos y su debida distribución, prestando los servicios públicos indispensables, para con ello obtener el bien común de la sociedad."¹ A través de los tiempos diversos sociólogos, filósofos y politólogos se han dado a la tarea de explicar al Estado como una realidad social y jurídica, tratando de definirlo a través de lo que se considera son sus elementos.

¹ Ovalle Favella, José, *Teoría del proceso*. Pág. 14.



La palabra Estado se deriva de la palabra *stato*, *stare*, *status*, que significa situación de permanencia, orden permanente o que no cambia. Para la Real Academia Española de las lenguas, Estado, significa: "Denominación que reciben las entidades políticas soberanas sobre un determinado territorio, su conjunto de organizaciones de gobierno y, por extensión, su propio territorio."²

Miguel Acosta Romero define al Estado como: "La organización política soberana de una sociedad humana establecida en un territorio determinado, bajo un régimen jurídico, con independencia y autodeterminación, con órganos de gobierno y de administración que persiguen determinados fines mediante actividades concretas."³

"Una organización social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantenerse en él e imponer dentro de él un poder supremo de ordenación y de imperio, poder ejercido por aquel elemento social que en cada momento asume mayor fuerza política."⁴

La característica distintiva del Estado moderno es la soberanía, reconocimiento efectivo, tanto dentro del propio Estado como por parte de los demás, de que su autoridad gubernativa es suprema. En los estados federales, este principio se ve modificado en el sentido de que ciertos derechos y autoridades de las entidades federadas, como los *länder* en Alemania, los estados en Estados Unidos, Venezuela, Brasil o México, no son

² **Diccionario de la Real Academia Española.** Ed. Electrónica. Versión 21.2.0w32. Real academia Española; 1992. De la edición electrónica, Espasa Calpe, S.A., 1998.

³ Acosta Romero, Miguel. **Teoría general del proceso.** Pág. 28.

⁴ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 294



delegados por un gobierno federal central, sino que se derivan de una constitución. El gobierno federal, sin embargo, está reconocido como soberano a escala internacional, por lo que las constituciones suelen delegar todos los derechos de actuación externa a la autoridad central.

Aunque el siglo XX ha sido escenario del nacimiento de muchas instituciones internacionales, el Estado soberano sigue siendo el componente principal del sistema político internacional. Desde esta perspectiva, un Estado nace cuando un número suficiente de otros estados lo reconocen como tal. En época moderna, la admisión en la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y en otros organismos internacionales proporciona una constancia eficiente de que se ha alcanzado la categoría de Estado.

La ONU es una de las muchas instituciones que han surgido de la creciente interdependencia de los estados. El derecho internacional ha proporcionado durante siglos un modo de introducir cierto margen de pronóstico y orden en lo que, en un sentido técnico, constituye todavía un sistema anárquico de relaciones internacionales. Otros vínculos internacionales son posibles gracias a tratados, tanto bilaterales como multilaterales, alianzas, uniones aduaneras, y otras uniones voluntarias realizadas para mutuo beneficio de las partes implicadas. No obstante, los estados disponen de libertad para anular estos vínculos, y sólo el poder de otros estados puede impedirselo.

En el plano nacional, el papel del Estado es proporcionar un marco de ley y orden en el que su población pueda vivir de manera segura, y administrar todos los aspectos que considere de su responsabilidad. Todos los estados tienden así a tener ciertas



instituciones (legislativas, ejecutivas, judiciales) para uso interno, además de fuerzas armadas para su seguridad externa, funciones que requieren un sistema destinado a recabar ingresos. En varios momentos de la historia, la presencia del Estado en la vida de los ciudadanos ha sido mayor que en otros. En los siglos XIX y XX la mayoría de los estados aceptó su responsabilidad en una amplia gama de asuntos sociales, dando con esto origen al concepto de Estado de bienestar o Estado garante.

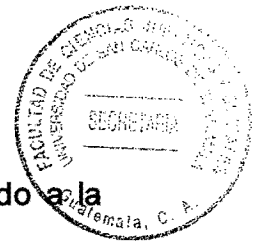
Los estados totalitarios, como la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y la Alemania nacionalsocialista, se atribuyeron un derecho, a menudo compartido con un partido hegemónico y único, de regular y controlar pensamientos y opiniones. Estas prácticas plantean cuestiones importantes en lo que a la legitimidad de los estados se refiere. Desde la aparición de las ciudades Estado en la antigua Grecia, pensadores políticos y filósofos han discutido la verdadera naturaleza y fines reales del Estado. Con el paso de los siglos, y en la medida en que la tecnología y la evolución administrativa lo fueron permitiendo, estos pequeños estados, concebidos por Platón y Aristóteles más como una comunidad pequeña que como el marco donde se desarrolla la actividad política de la vida humana, fueron sustituidos por entidades territoriales cada vez mayores.

Los requisitos militares de crear y mantener dichas entidades se inclinaron hacia el desarrollo de sistemas autoritarios, y algunos autores enfatizaron acerca del necesario sacrificio de la libertad individual en beneficio de las necesidades del orden colectivo, ejercido con el respeto hacia el bienestar de todos los grupos de la sociedad. A partir de los siglos XVI y XVII, la tendencia a identificar al Estado con pueblos dotados de un



cierto grado de identidad cultural común corrió pareja con una búsqueda de la legitimidad derivada de la voluntad e intereses de esos pueblos. Así la aparición de facto del nacionalismo, identificado con la consecución del Estado nacional fue fundamental durante la Revolución Francesa. La contribución ideológica en este aspecto de Jean-Jacques Rousseau y Georg Wilhelm Friedrich Hegel produjo a su vez una cierta sacralización de la nación como entidad moral capaz de conferir legitimidad tanto a sí misma como a sus acciones. La reacción a algunos de los excesos surgidos del conflicto entre estados nacionales que esta postura inspiró durante los siglos XIX y XX preparó por su parte un substrato ideológico para el internacionalismo de finales del siglo XX y para los conceptos de seguridad colectiva, comunidades internacionales económicas y políticas, además de diversas formas de trasnacionalismo. Esto ha supuesto un desafío al propio concepto de Estado como forma preferida de organización política.

En las postrimerías del siglo XX la globalización de la economía mundial, la movilidad de personas y capital, y la penetración mundial de los medios de comunicación se han combinado con el propósito de limitar la libertad de acción de los estados. Estas tendencias han estimulado un vivo debate sobre si el Estado puede retener algo de esa libertad de acción que se asociaba en otros tiempos a la soberanía. Estas limitaciones informales a la independencia vienen acompañadas en algunas áreas, en especial Europa occidental, de proyectos de integración interestatal, caso de la Unión Europea, considerado por unos como una alternativa al Estado nacional y por otros como la evolución de nuevos y mayores estados. Sea cual sea el efecto de este proceso, el concepto clásico de Estado como entidad en cierto modo cerrada, cuyas transacciones



internas son mucho más intensas que sus actividades interestatales, ha pasado a la historia conforme han ido surgiendo nuevas formas de colaboración e integración interestatal más flexibles.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 2º. regula: “Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la Republica la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.” La sentencia 17-09-86 de la Corte de Constitucionalidad expresa el respecto: “al referirse a los deberes del Estado respecto a los habitantes de la Republica, le impone la obligación de garantizar no solo la libertad, sino también otros valores, como son los de la justicia y el desarrollo integral de la persona, para lo cual debe adoptar las medidas que a su juicio sean convenientes según lo demanden las necesidades y condiciones del momento, que pueden ser no solo individuales sino también sociales.”

1.1.2 Elementos

La doctrina ha distinguido los distintos elementos que conforman al Estado, ordenándolos de la siguiente forma:

1.1.2.1 Elementos previos

Se entiende como elementos previos, aquellos que se anteponen a la creación del Estado y van intrínsecamente unidos, esto significa que de faltar uno de ellos, seria imposible considerar la creación de un Estado. Son los siguientes:



- Población: “Elemento previo del Estado que se conforma por el conjunto de personas que habitan permanentemente en su territorio, las cuales se rigen de forma habitual mediante sus propios órganos de gobierno locales que le son transferidos por el gobierno.”⁵
- Territorio: “Elemento previo del Estado, que consiste en el espacio o circunscripción territorial dentro de la cual ejerce su soberanía, respecto a la comunidad humana que constituye su población.”⁶ Actualmente existen algunos Estados considerados “sui generis”, o sea sin género, tales como Palestina o el Vaticano, los cuales no poseen el elemento constitutivo del territorio, aun así, la comunidad internacional reconoce su existencia; otro ejemplo sería el fenómeno separatista de los países del norte de Europa (Rusia, Polonia, Ucrania, etc.) que aun se encuentran en vías de resolver el conflicto de independencia, por lo tanto, de que la comunidad internacional los conozca como Estados individuales.

1.1.2.2 Elementos constitutivos

Son aquellos elementos que complementan la formación de un Estado. Tan importantes son como los elementos previos, pero posteriores a estos. Y son los siguientes:

- El poder público soberano: “Elemento constitutivo del Estado, que consiste en la potestad inherente al Estado que le permite dictar, mantener y aplicar normas

⁵ Ibid. Pág. 79

⁶ Loc.cit.



obligatorias que regulan la convivencia social de las personas, que por vínculos personales o situación territorial se encuentran dentro de su jurisdicción legislativa.”

Se puede definir desde Dos puntos de vista: uno *subjetivo* se refiere a la persona que gobierna; y otro *objetivo*: o sea, la facultad que el pueblo delega al Estado para gobernar.

- El ordenamiento jurídico: Elemento constitutivo del Estado, que “consiste en el conjunto de normas, emanadas mediante la función legislativa, y que son impuestas mantenidas y aplicadas por un Estado para regular la actividad externa de las personas que forman parte de su población.”⁸
- El fin común o bien común: Elemento constitutivo del Estado, por medio del cual “se procura el bienestar individual de cada una de las personas, siempre que esto no perjudique al bienestar colectivo, o sea la realización de la paz y la justicia social, mediante la aplicación del derecho.”⁹

1.1.3 Fines

La Constitución Política de la República, en el Artículo 1, regula: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.” Lo anterior, puede evaluarse tomando en cuenta que los legisladores están legitimados para dictar medidas que, dentro de su concepción

⁷ Ovalle Favella, José, *Ob.cit.* Pág. 78.

⁸ *Loc.cit*

⁹ *Ibid.* Pág. 79



ideológica y sin infringir preceptos constitucionales, tiendan a la consecución del bien común. Al respecto conviene tener presente que la fuerza debe perseguir objetivos generales y permanentes, nunca fines particulares.

Como se definió anteriormente, el fin común del Estado es la realización del bien común. Objetivo que logra administrando el poder soberano que le fue delegado de la población, tal y como establece el Artículo 141 de la Constitución Política de la República de Guatemala, así: “La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial...”; tal administración se lleva a cabo con la prestación de los servicios públicos a través de los órganos administrativos. Al respecto, Hugo Calderón Morales, define los servicios públicos como: “El medio o instrumento de que la administración pública se vale para lograr sus fines y propósitos, es decir el bienestar general y el bien común”.¹⁰

1.1.4 El Estado de derecho

El Estado de Derecho, constituye una fórmula relativamente reciente en el derecho constitucional, con la que se quiere significar que la organización política de la vida social, el Estado, debe estar sujeta a procedimientos regulados por ley. El concepto de Estado de Derecho culmina una larga evolución histórica cuyos inicios se pueden situar en los orígenes mismos del Estado constitucional. Es el resultado final de la suma de una serie de elementos que han surgido en un proceso de lucha y que han supuesto la

¹⁰ Calderón Morales, Hugo. **Derecho administrativo I**. Pág. 377.



ampliación de su base material. Tres momentos fundamentales se pueden distinguir en su formulación hasta alcanzar el sentido que tiene en la actualidad.

En el primer momento se luchó para que el Estado, aun en una forma primitiva para lo que actualmente se conoce como Estado, personificado en el monarca y en las instituciones en que se fundamenta (burocracia, ejército y aristocracia), se sometiera en el ejercicio del poder a formas jurídicas bien establecidas, reglas generales, dadas con el consentimiento de la representación de la sociedad (en el Parlamento), discutidas y públicas. En esta primera acepción supuso ya el reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos: libertad civil, igualdad jurídica, independencia del poder judicial y garantía de la propiedad. En un segundo momento, el Estado de Derecho implicó también la extensión del control judicial a la actividad administrativa. A finales del siglo XIX se produjo un fuerte debate en torno a esta cuestión, que cristalizó con el desarrollo de la administración contencioso-administrativa, encaminada a romper la impunidad del Estado ante sus propias acciones. El tercer momento se inició después de la Primera Guerra Mundial. El concepto de Estado de Derecho pasó a incluir la legitimación democrática del poder del Estado, que también tiene que estar sometido a norma jurídica.

Por tanto, el Estado de Derecho supone el reconocimiento de los derechos personales (imperio de la ley), la responsabilidad del Estado y la legitimación democrática del mismo.



1.2 Los derechos humanos

1.2.1 Los derechos humanos del recluso

Los derechos humanos son, de acuerdo con diversas filosofías jurídicas, aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el mero hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, etnia o nacionalidad; y son independientes o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente.

Desde un punto de vista más relacional, los derechos humanos se han definido como las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas, identificándose consigo mismos y con los otros.

Habitualmente, se definen como inherentes a la persona, irrevocables, inalienables, intransmisibles e irrenunciables. Por definición, el concepto de derechos humanos es universal e igualitario, e incompatible con los sistemas basados en la superioridad de una casta, raza, pueblo, grupo o clase social determinados. Según la concepción iusnaturalista tradicional, son además atemporales e independientes de los contextos sociales e históricos.



Los derechos humanos, herederos de la noción de derechos naturales, son una idea de gran fuerza moral y con un respaldo creciente. Legalmente, se reconocen en el derecho interno de numerosos Estados y en tratados internacionales. Para muchos, además, la doctrina de los derechos humanos se extiende más allá del derecho y conforma una base ética y moral que debe fundamentar la regulación del orden geopolítico contemporáneo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos se ha convertido en una referencia clave en el debate ético-político actual, y el lenguaje de los derechos se ha incorporado a la conciencia colectiva de muchas sociedades. Sin embargo, existe un permanente debate en el ámbito de la filosofía y las ciencias políticas sobre la naturaleza, fundamentación, contenido e incluso la existencia de los derechos humanos; y también claros problemas en cuanto a su eficacia, dado que existe una gran desproporción entre lo violado y lo garantizado estatalmente.

Existen diferentes formas de definir a los derechos humanos, dependiendo cada uno de la escuela filosófica o percepción de la vida que se tenga. El concepto actualmente más aceptado es un punto medio entre el iusnaturalismo y el positivismo, el cual se refiere a que, existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados.



Según las escuelas iusnaturalistas, los derechos humanos existen independientemente de que sean reconocidos o no por la sociedad civil o el derecho positivo. Según la perspectiva positivista, solamente son derechos humanos los que son protegidos por el derecho positivo, por lo que pueden ser jurídicamente exigibles.

Los derechos humanos, anclados en la realidad social y dependientes de ésta, son instrumentos de realización de valores e ideales sociales a los cuales se orientan esencialmente, pero, o consisten en si, también esencialmente, en realidades e instrumentos jurídicos, es decir, en instituciones dotadas de la existencia, validez y eficacia del derecho, o no son tales derechos humanos.

De este modo, cuando se define a los derechos humanos no se refiere a simples derivaciones de la realidad o conexiones de la vida social, ni tampoco a meras aspiraciones, banderas, reclamos, programas o valores políticos, ni a unos puros ideales filosóficos o derechos naturales con base en los cuales valorar o criticar la realidad política, jurídica, económica o social, sino a auténticos derechos, por lo tanto existentes y válidos, o como si lo fuera, exigibles en la forma y por los medios que el derecho pone en manos de sus titulares, los seres humanos.

Sin embargo los derechos humanos como realidad legal se han originado en los derechos humanos como realidad social o como ideal, por lo que existe la esperanza de que aquellos derechos humanos que todavía no cuentan con la protección jurídica, con el tiempo lleguen a ser derechos humanos como realidades jurídicas. Pero si se



pretende apegar a la teoría jurídica, se debe considerar como derechos humanos solo aquellos que son derechos subjetivos o que tienen la vocación para llegar a serlo.

Pedro Asencio Ibáñez, acerca de los derechos humanos, señala: “Los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. Esta es una fundamentación histórica, ya que considera que los derechos humanos son derechos históricos”¹¹

De lo anterior, se señala que los derechos humanos tienen las siguientes características:

- “Son derechos subjetivos: y como tales, jurídicamente exigibles, y sólo en tanto que jurídicamente exigibles adquieren su plena significación.”¹²
- “Al ser “humanos” y “fundamentales”: son derechos subjetivos de una naturaleza especial.”¹³

En éste orden de ideas, para que los derechos humanos se conviertan en realidad legal, debe contarse con tres requisitos:

¹¹ Asencio Ibáñez, Pedro. **La función de los derechos humanos**. Pág. 8.

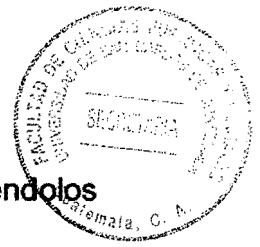
¹² **Ibid.** Pág. 11.

¹³ **Ibid.** Pág. 12.



- Debe existir una sociedad garantizada en forma de Estado de derecho. Esto implica, en primer lugar, la capacidad de autodeterminación del pueblo para establecer sus propias leyes o instituciones políticas; en segundo, el imperio de la ley, es decir, que tanto los individuos como las autoridades de ese Estado estén sometidos a unas normas impersonales y generales previamente establecidas, o sea, la ley.
- Dentro del Estado, los derechos humanos deben de tener asignado un lugar dentro del orden social en que deben ser ejercitados. En otras palabras, debe crearse un sistema legal que los proteja.
- Por último, debe proporcionarse a quienes están en posición de ejercer los derechos humanos las garantías legales específicas y los recursos necesarios para asegurarse de que tales derechos son respetados. Estas garantías pueden ser organizadas por los propios Estados, o bien, debe existir la posibilidad de que la persona recurra a la esfera internacional a invocar su protección frente a los abusos del Estado.

El concepto más aceptado actualmente es un punto medio entre el positivismo y el iusnaturalismo, porque parte de que, a pesar de que los derechos humanos son inherentes a toda persona y por lo tanto no dependen de la voluntad política, para que efectivamente puedan ser protegidos, deben existir los medios jurídicos necesarios.



Mientras una sociedad política no reconoce unos determinados derechos recibiendo los en su derecho positivo o interno o adhiriéndose a una convención internacional que los proteja, no se puede hablar de estos en un sentido estrictamente jurídico, ni se puede alegar ante los tribunales competentes en caso de infracción.

Entonces, los derechos humanos son cualidades inherentes del ser humano, pero su carácter jurídico está en su reconocimiento por parte del derecho positivo. Se debe diferenciar entre el derecho humano como principio o ideal y el derecho humano como realidad legal. A nivel de principio o de ideal, no hay duda que el ser humano, por su sola condición de tal, tiene una serie de derechos, los cuales se fundamentan en los derechos morales y que se pueden considerar como parte del derecho natural. Sin embargo, es indiscutible el hecho de que un derecho humano solamente podrá ser efectivamente protegido si existen los mecanismos jurídicos necesarios que aseguren el requisito de la exigibilidad, que es precisamente la diferencia entre el derecho natural y el derecho positivo. En consecuencia, los derechos humanos como realidad legal solamente serán los que cuentan con los mecanismos jurídicos para exigir los deberes jurídicos de respeto correspondientes. Debido a lo anterior y de acuerdo a la más pura teoría jurídica, debemos concluir que solamente serán derechos humanos en el pleno sentido de la palabra aquellos que tengan el carácter de derechos subjetivos, ya que solamente estos tienen el carácter de la exigibilidad. Todos los demás serán derechos humanos pero entendidos como realidades sociales o ideales políticos, no como realidades legales.

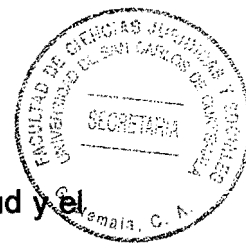


El carácter positivo de los derechos humanos los sujeta a la evolución histórica de la humanidad, motivo por el cual éstos también han ido cambiando con el tiempo. Al igual que todo derecho, los derechos humanos han nacido en momentos en que los valores que están destinados a tutelar se ven amenazados. Por esto, encontramos diferencias en toda la gama de derechos humanos que existen en la actualidad. La clasificación más difundida es la que los ubica en tres generaciones.

La Constitución Política de la República de Guatemala, regula en el Artículo 44: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas *ipso jure* las leyes o disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”.

De lo anterior, en la Constitución se reconoce tanto los derechos individuales como los derechos sociales y los derechos civiles y políticos. Entre los primeros se encuentran el derecho a la vida, la integridad física, la seguridad, la igualdad y la libertad. Asimismo consagra la libertad de pensamiento, de religión, de asociación y el libre desplazamiento.

Entre las garantías procesales establece el principio de legalidad, el principio de presunción de inocencia, el derecho a un proceso justo, el recurso de exhibición personal y el proceso de amparo; también prevé el derecho de asilo, de petición, de reunión y manifestación y la inviolabilidad de correspondencia y de vivienda.



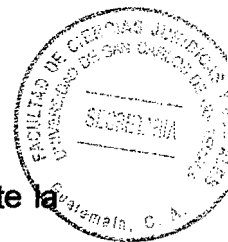
Entre los derechos sociales reconoce el derecho a la educación, la cultura, la salud y el trabajo. Por último, se encuentra consagrado el derecho de elegir y ser electo.

1.2.2 Clasificación

La doctrina ha realizado un importante esfuerzo por clasificar y sistematizar los derechos humanos. Normalmente se dividen en dos categorías: derechos positivos y derechos negativos. Los derechos negativos, como el derecho a la intimidad, se definen exclusivamente en términos de obligaciones ajenas de no injerencia; los derechos positivos, por el contrario, imponen a otros agentes, tradicionalmente, aunque ya no de manera exclusiva, al Estado, la realización de determinadas actividades positivas. Otra clasificación muy extendida es la que ordena los derechos humanos en tres o más generaciones, atendiendo por lo general al momento histórico en que se produjo o produce su reivindicación. La clasificación moderna que se hace de los derechos humanos, responde al siguiente orden:

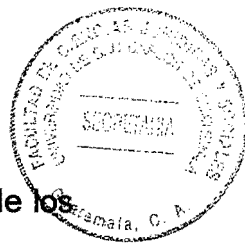
1.2.2.1 Por la importancia de su reconocimiento

- Primera generación (derechos civiles y políticos): Los primeros derechos humanos en ser reconocidos históricamente son los llamados derechos civiles y políticos, cuyo reconocimiento se produce como consecuencia de los abusos de las monarquías y gobiernos absolutistas del siglo XVIII y que coincide con los movimientos democráticos y revolucionarios de fines de este siglo. Por esto, del desarrollo de los derechos humanos se produce paralelamente al afianzamiento del



Estado Soberano, como forma de organización política, planteando directamente la cuestión de la limitación del poder del Estado, por lo que el primer derecho en ser reconocido es el de la libertad religiosa y de conciencia, el cual se sitúa en la época de la reforma y de la contrarreforma. Entre los antecedentes principales de los derechos civiles y políticos se debe mencionar el *bill of rights* norteamericano del Estado de Virginia del 12 de julio de 1774, la declaración de independencia de Estados Unidos del cuatro de julio de 1776 y la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789, producto esta última de los ideales de la Revolución francesa.

- Segunda generación (económicos, sociales y culturales): Estos derechos se llaman de segunda generación porque aparecieron en la esfera internacional después de los civiles y políticos. Históricamente se considera que surgen en el siglo XIX, como consecuencia del protagonismo del proletariado, a raíz de la industrialización creciente de las sociedades occidentales. Por este motivo, se dice que estos derechos tratan de integrar la libertad con la igualdad desde una perspectiva social democrática. En este proceso se destaca la acción de la internacional socialista, los congresos sindicales y el papel de la iglesia católica, a través de su doctrina social, en especial, a partir de la encíclica *rerum novarum* (1891) del Papa León XIII. Estos derechos vienen a implicar un deber positivo generalizado de justicia social, transformando la democracia formal en democracia material y el Estado de derecho en Estado social de derecho.



- Tercera generación: Los derechos de la tercera generación son los derechos de los pueblos los cuales estaban incluidos dentro de los derechos sociales pero se separaron de los sociales. Estos derechos no son individuales sino colectivos y todavía se están formando o gestando. También entre los derechos de la tercera generación se incluyen los derechos al desarrollo y el derecho al medio ambiente.

1.2.2.2 Según su contenido

- Individuales: La primera es la integrada por los derechos autónomos o de libertad o derechos individuales, hoy en día conocido como los derechos civiles. Estos derechos son los que reconocen determinados ámbitos de acción a la autonomía de los particulares, garantizándole la iniciativa e independencia frente a los demás miembros de la comunidad y frente al Estado, en aquellas áreas concretas en que se despliega la actividad y capacidad de las personas, incluyendo una pretensión de excluir a todos los demás sujetos del ámbito de acción que se pone a disposición de sus titulares.
- Sociales, culturales, económicos: La segunda categoría esta compuesta por los derechos políticos o de participación política y estos son los derechos a través de los cuales se reconoce y garantiza la facultad que corresponde a los ciudadanos, por el mero hecho de serlo, de tomar parte en la organización, actuación y desarrollo de la potestad gubernativa.



- Políticos: La tercera categoría es la conformada por los derechos sociales que más específicamente conocidos como económicos, sociales y culturales estos derechos constituyen pretensiones que los ciudadanos, individual o colectivamente, pueden esgrimir frente a la actividad social y jurídica del Estado, es decir, que implican el poder exigir al Estado determinadas prestaciones positivas.

1.2.3 El recluso

Se entiende por recluso o reclusa: “toda persona que se encuentra privada de libertad por aplicación de la detención preventiva o del cumplimiento de condena.”

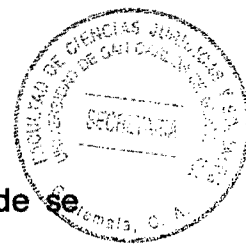
Como se ha expuesto anteriormente, el Estado garante, tiene el deber de garantizarles a las personas derechos como, la vida, la justicia, la seguridad, la paz, y el desarrollo integral de la persona; siendo esto un mandato constitucional y eminentemente imperativo, esto no importando raza ni condición social de las mismas, así como la situación legal por la que estén atravesando los individuos. Esto significa que, no importando si la persona goza de una libertad personal, o bien, se encuentre privada de ella, el Estado debe garantizarles a estas personas un desarrollo integral que permita al individuo gozar de los derechos que le son inherentes, brindándole la oportunidad de explotar sus habilidades a través de una educación necesaria, o un trabajo dignificante, o bien, en otros casos, tal y como lo establece el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, permitiéndole al individuo privado de su libertad en los centros penitenciarios, su readaptación y reeducación. Esto significa, un tratamiento del recluso orientado a su readaptación social y reeducación.



Para la readaptación han existido distintos sistemas, entre ellos, el progresivo, a través de un seguimiento de la conducta y el de individualización científica; pero ambos casos se refieren a sistemas a practicar en los establecimientos penitenciarios.

No obstante, el ideal de rehabilitar al recluso, hoy en día se hace más subjetivo, debido a la crisis por la que atraviesa la realidad social del país, lo cual repercute en el débil sistema penitenciario, órgano administrativo al cual le es confiada dicha labor. El Decreto Ley 33-2006, Ley del régimen penitenciario, regula, en el Artículo 2º. , en armonía al Artículo 19 de la Constitución Política de la República, lo siguiente: “Sistema penitenciario: El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de las personas privadas de libertad y cumplir con las normas que le asigna la Constitución Política de la República, los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos de los cuales Guatemala sea parte, así como lo dispuesto en las demás leyes ordinarias.” Así mismo, regula en el Artículo 3º., literal b) que tendrá como fin proporcionar a las personas reclusas “las condiciones favorables para su educación y readaptación a la sociedad, que les permita alcanzar un desarrollo personal durante el cumplimiento de la pena y posteriormente reintegrarse a la sociedad.”

Durante el cumplimiento de esa condena, el Estado, a través del régimen del sistema penitenciario, debe velar porque le sean respetados los derechos que le son inherentes a estos sujetos. Derechos como los que se encuentran regulados en la Convención americana de derechos humanos, Pacto de San José, el cual fue ratificado por Guatemala y plasmado como ley de observancia general en el Decreto 6-78. Así como

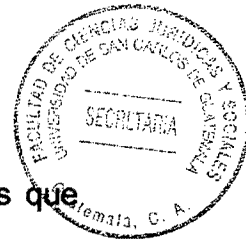


lo regulado en el Artículo 44 de la Constitución Política de la República, donde se establece que aunque no figuren expresamente en ella, el Estado debe velar porque se cumplan todos los derechos y garantías contenidas en ésta, situación que ha quedado plasmada en la ley específica Decreto 33-2006, Ley del Régimen Penitenciario, la cual en el Artículo 10 regula: "Principio de humanidad: toda persona reclusa será tratada con el respeto que merece respetando la dignidad inherente a todo ser humano. Queda terminantemente prohibido infringirles a las personas reclusas torturas físicas, psíquicas o morales, coacciones o trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad o hacerle víctima de exacciones, así también someterlo a experimentos científicos. El Artículo 12 de la misma ley regula todo lo referente a los derechos fundamentales de las personas reclusas, norma que hace una síntesis de los derechos y garantías anteriormente mencionadas.

1.2.4 Fiscalización de los derechos del recluso

La persona que es privada de su libertad, deberá cumplir la pena en un centro penitenciario según sea el caso. Así, el que cumple una pena de arresto, establece la ley, deberá cumplir su pena en un lugar distinto al destinado al cumplimiento de prisión, esto según lo preceptuado en los Artículos 43 y 45 del Código penal.

No obstante, los centros penitenciarios, son órganos administrativos, los cuales se rigen bajo la administración de la ley específica, designado para su dirección y control a una autoridad competente, es al juez de ejecución, el órgano encargado de velar por el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario, disponiendo para el efecto



inspectores que podrán hacer inspecciones a los establecimientos penitenciarios que fueren necesarios, asimismo, podrá hacer comparecer ante sí a los penados con fines de vigilancia y control. Esto según lo preceptuado en el Artículo 498 del Código Procesal penal.

Por lo tanto, queda establecido que el órgano de velar por la fiscalización de los derechos del recluso es el juez de ejecución. Así también, el control de las condiciones generales de los centros de privación de libertad estará bajo la responsabilidad del director general del sistema penitenciario, siempre con la debida supervisión del juez competente, debiendo velar por las condiciones dignas y los derechos inherentes al ser humano. Lo anterior encuentra su base legal en la parte conducente del Artículo 8 de la Ley del Régimen Penitenciario.



CAPÍTULO II

2. La pena

2.1 Definición

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). La pena 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.

Mir Puig define la pena como: "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."¹⁴

"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. Es la real privación 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.

¹⁴ Mir Puig, Santiago. *Política criminal y la reforma del derecho penal*. Pág. 201



O sea que la pena consiste en la ejecución de la punición impuesta por el juez en su sentencia condenatoria.”¹⁵

En nuestro ordenamiento jurídico, atendiendo al criterio subjetivo del derecho penal o lus Puniendi, se señala la pena como 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.

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).

El ordenamiento jurídico guatemalteco, regula además de las penas, las medidas de seguridad, las cuales están destinadas a enfrentar situaciones respecto del uso de las penas, cuando estas no resultan suficientes o adecuadas a la conducta del individuo. Eugenio Cuello Calón, define las medidas de seguridad, como: “especiales tratamientos impuestos por el Estado a determinados delincuentes encaminados a obtener su

¹⁵ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**; tomo I. Pág. 71.



adaptación a la vida social, o su segregación de la misma”.¹⁶

Federico Puig Peña, define las medidas de seguridad como: “Aquellos medios o procedimientos en virtud de los cuales el estado trata de obtener la adaptación del individuo a la sociedad, o la eliminación de los inadaptables.”¹⁷

2.2 Efectos

Gladys Yolanda Albeño, señala que el fin de la pena es: “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.”¹⁸

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:

- Prevención general (dirigida al conjunto de la sociedad).

¹⁶ Cuello Calón, Eugenio. **Ob.cit.** Pág. 91.

¹⁷ Puig Peña, Federico, **Derecho penal.** Pág. 84

¹⁸ Albeño Ovando, Gladis Yolanda. **Derecho procesal penal.** Pág. 94.



- 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. En este orden de ideas, nuestro ordenamiento jurídico adopta los fines de la teoría relativa, ya que la imposición de las mismas tiene como fin la reeducación y la readaptación a la sociedad del individuo, tal y como se encuentra regulado en el Artículo 19 de la Constitución Política de la República.

2.3 Clasificación

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.

2.3.1 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 aquéllas que no sean pecuniarias. En aplicación del sentido estricto, penas corporales son:

- 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



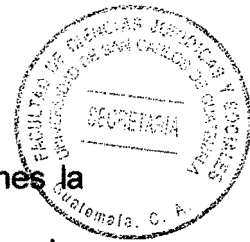
(azotes, amputaciones, etcétera).

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

Actualmente, Guatemala está suscrita a tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Internacional de Derechos Humanos de La Haya, etc. en los cuales queda terminantemente prohibido el irrespeto a la integridad física, psíquica y moral de la persona, así como someterlo a tortura ni a penas crueles o degradantes. Situación que quedo regulada en el Artículo 19 de la Constitución Política de la República, el cual, en su parte conducente, señala: “Deben ser tratados (los reclusos) como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrá infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos.”

2.3.2 Penas privativas de derechos

Son aquéllas 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 éstas, 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 comunicarse con determinadas personas.

2.3.3 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 recluso 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 aquella. 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.



2.3.4 Penas pecuniarias

La pena pecuniaria es aquélla 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, 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.

2.4 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.

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



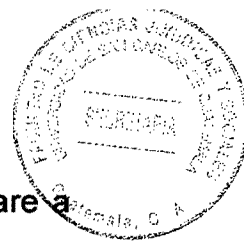
prestar la ayuda precisa al proceso de rehabilitación.

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:

2.4.1 Teoría absoluta de la pena

Son aquéllas 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 esta 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, la pena 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 esta 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:

2.4.1.1 Características de la teoría absoluta de la pena

Entre las características que develan el significado de esta teoría, encontramos las siguientes:

- El fin de la pena es restablecer el orden alterado por el delito.



- El delito, condición de la pena, exige la realización de un comportamiento contrario a la norma, más, 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. El 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.

2.4.2 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:



2.4.2.1 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 este 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 menciona "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 incriminación 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, este punto de vista también es vulnerable.

2.4.2.2 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 este 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 es 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.

2.4.3 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, estas "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.

2.4.3.1 Fundamentos de la teoría mixta o de la unión

Los aspectos que fundamentan esta teoría son los siguientes:

- Aquéllos 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.

- 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 las 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 retributivos pasarían a primer plano durante el proceso y especialmente en la individualización judicial de la pena, ya que la 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.

2.5 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.

2.5.1 Etapas en la humanización de la pena

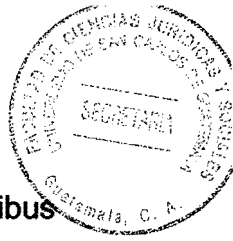
Las diferentes etapas por las que ha atravesado la humanización de la pena son las siguientes:

- 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.

- **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".
- **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.
- **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 veintitrés ases.

- 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.

2.5.2 Importancia de 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



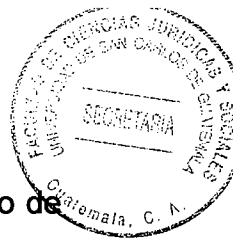
manifiesta que el tormento es una de las peores prácticas que se puede realizar dentro del sistema de justicia, pues carece de todo valor probatorio. Si un ser humano es sometido a una serie de torturas descomunales, seguramente terminara diciendo lo que su verdugo espera que diga, razón por la que este 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 inculcado o alguna persona que este en



confabulación, pueda modificar o destruir los elementos que servirán para decretarse 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: que 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.

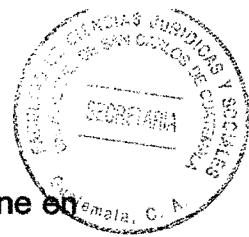
- Las penas deben ser las mismas para todos los ciudadanos: Beccaria señala, que una ley es justa cuando todos los súbditos, al igual que el soberano, están sujetos al cumplimiento de la misma y no de manera contraria como algunos pensadores aseguraron, al señalar que lo justo de la pena, radicaba en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

2.6 Derecho Internacional

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 inflija 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 o 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



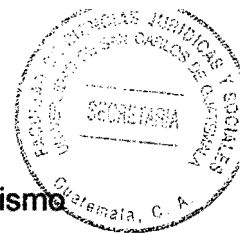
cruels, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el Artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.”

2.7 El control de las penas

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 resolutive 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 más 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 más 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: "Las penas de prisión solo deben imponerse como último 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 penal. 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 sea favorable 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.”¹⁹

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.

¹⁹ Puig Peña, Federico, **Derecho penal**. Pág. 123



No obstante, negar la utilidad de la pena seria 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 del 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, como los siguientes:

- Conversión de ciertos hechos punibles que en infracciones administrativas son sancionables con penas criminales.
- 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.
- Atribuirle al tribunal la posibilidad de aplazar la decisión sobre la imposición de la pena tras haber declarado la existencia de la culpabilidad.
- 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 los siguientes:

- 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).
- Dispensa condicional (el juez no dicta condena, subordinándola a que la persona no delinca durante determinado tiempo).
- Amonestación (una reprobación oral realizada por el juez).
- Caución de condena (obliga al ofensor a pagar una cantidad como garantía de que se comportara de determinada manera).



- Reparación (consiste en la obligación del autor del delito de compensar a la víctima)

- Multa (pagar una determinada cantidad de dinero).

- Probación (la persona es asistida y supervisada durante determinado tiempo).

- Probación intensiva (sufre de un control mayor, debe participar en el tratamiento en un marco institucional).

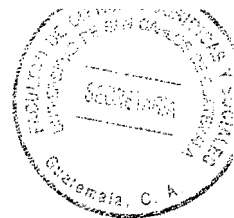
- Trabajo al servicio de la comunidad (trabajar a favor de la comunidad sin retribución un número establecido de horas fuera del horario de trabajo).

- Inhabilitación (consiste en la privación del ejercicio de algún derecho por algún tiempo como puede ser conducir autos, ejercer cierta profesión).

- Suspensión de la ejecución de la condena (la persona no continua ejecutando condicionalmente pero que no delinca en un periodo determinado).

- Toque de queda (permanecer ciertas horas del día en determinado lugar).

- Arresto domiciliario (permanecer en el domicilio).



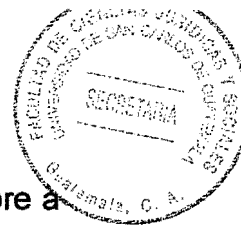
2.8 El bien jurídico tutelado y su relación con el principio de mínima intervención

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 sí 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 ultima 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 cuales 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 estos 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 incapaz 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 observarse en dos aspectos:

- En el sentido político criminal: (*de lege ferenda*) Aquello que merece ser protegido por el derecho penal.
- 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.

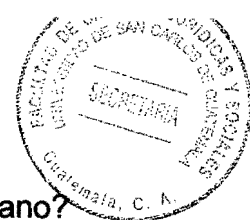
Podemos afirmar con certeza, puesto que las praxis están siempre en un escalón más abajo que la legalidad formal, que la tutela efectiva de bienes jurídicos asegurada por cualquier derecho penal es siempre inferior a la legal; mientras que la suma de los costos efectivamente sufridos es siempre ampliamente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

2.9 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.”²⁰

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.

²⁰ 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 qué manera se debe computar (calcular) la imposición de la pena? La respuesta esa pregunta es: en 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 gran 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.

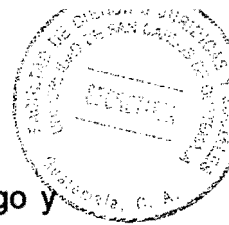
Podemos observar que hay muy poca proporción o no hay proporción exacta entre lo que hizo el sujeto A y lo que le sucedió. Mientras el sujeto B se le priva de su vida al sujeto B se le priva de su libertad por cuarenta años, ¿Qué proporción hay? Tampoco podemos culpar de falta de proporción a muchas 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.

2.10 La penología

“La penología se ocupa del estudio de las penas y las medidas de seguridad, así como de las instituciones post carcelarias.”²¹

²¹ Cuello Calón, Eugenio. **Ob.cit.**. Pág. 189.



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 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 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 solo 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 III

3. Sistema penitenciario

3.1 Antecedentes

Desde tiempos antiguos, con el origen del hombre en sociedad, se ha intentado castigar a quien acomete un acto contra tal orden social, la historia nos muestra la evolución que ha llevado al hombre a crear mecanismos para evitar tales hechos. Así encontramos los primeros antecedentes de sistemas carcelarios en civilizaciones tan antiguas como los sumerios o los griegos. En América, los mayas contaban con sitios especiales para separar aquellos que eran considerados como despreciables por alguna situación de esclavitud o por trasgredir contra la autoridad máxima.

La privación de libertad como sanción penal fue conocida en el derecho penal antiguo hasta el siglo XVIII, la reacción penal estaba destinada fundamentalmente a las penas capitales, corporales e infamantes; con esto no queremos negar que el encierro de los delincuentes existió desde tiempos inmemoriales, pero éste no tenía carácter de pena, sencillamente su fin era retener a los culpables de un delito en un determinado lugar, mantenerlos seguros hasta que fueran juzgados para proceder a la ejecución de las penas antes referidas.

En la Edad Antigua, las características de las prisiones tenían un punto en común, que se les entendían como un lugar de custodia y tormento; en la Edad Media además de

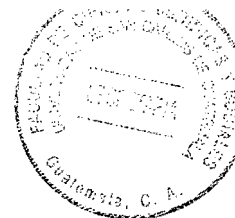


las prisiones de la edad antigua, surgen dos clases de encierro, en las prisiones de Estado, en las cuales se recluía a los enemigos del poder por haber traicionado a los adversarios detentadores del poder. También existía la prisión eclesiástica, que estaba destinada a sacerdotes y religiosos, consistía en un encierro para éstos en el cual debían hacer penitencias por sus pecados.

En el Siglo XIX surge la época del humanitarismo con John Howard y César Beccaria, que enfocaban su atención hacia al hombre mismo y cuya máxima institución fue la "Declaración de los Derechos del Hombre", con esto se inicia el pensamiento del correccionalismo, cuya premisa es que existe una relación estado-delincuente, y que se hace necesario reparar el daño causado por el delito reformando a quien lo produce.

Antes del Siglo XVIII no existía derecho de los penados a la readaptación, las penas del pasado eran siempre personales, hacían caso omiso de la entidad del ser humano y sólo proponían su destrucción o mutilación. De esta manera no puede existir el derecho del individuo a la readaptación, porque ésta implica la individualidad biológica, psíquica y cultural del sujeto, por lo que esto carece de validez cuando la única posibilidad es la eliminación de la persona, tal posibilidad no permite la más mínima readaptación.

A través de la historia universal de los derechos del hombre que comete un delito, éste se encuentra ante un sistema penitenciario donde no se cumplen con los derechos de las personas privadas de libertad, a pesar de los derechos humanos y los principios de las escuelas penales. La realidad sigue excluyendo en la prisión al sujeto que comete un delito, éste en lo más profundo de su mazmorra, demanda que se cumplan sus



derechos a la readaptación.

3.2 Derecho penal

Desde el punto de vista amplio el derecho penal se divide en:

- **Derecho penal material o sustantivo:** Este se refiere a la sustancia misma que conforma el objeto de estudio de la ciencia del derecho penal -delito, delinciente, pena y medida de seguridad.
- **Derecho procesal o adjetivo:** Es el conjunto de normas y doctrinas que regulan el proceso penal, para llegar a la emisión de una sentencia, la deducción de responsabilidades y la imposición de una pena, aplicando de esta manera el derecho penal sustantivo o material.
- **Derecho penal ejecutivo o penitenciario:** Es el conjunto de normas y doctrinas tendientes a regular la ejecución de la pena en los centros penales o lugares destinados para el efecto. También puede definirse como: El conjunto de normas que regulan la ejecución de las penas y las medidas de seguridad impuestas por la autoridad competente como consecuencia de la comisión de conductas previstas como delitos en la ley penal.

3.3 Derecho penitenciario

“El derecho penitenciario: Es una ciencia jurídica compuesta por un conjunto de normas que tienen a regular la aplicación de las penas y las medidas de seguridad y velar por la vida del reo dentro y muchas veces fuera de la prisión.”²²

“Dentro de la ejecución cabe distinguir la que corresponde a cada uno de los actos que conforman el proceso, de manera que hay una ejecución que corresponde a la declaración definitiva de responsabilidad y el señalamiento de la sanción; por otra parte, la ejecución propia del desarrollo del proceso, como medio controlador de la actividad jurisdiccional en función del cumplimiento de las resoluciones dictadas en el trámite.”²³

3.4 Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del sistema penitenciario lo coloca como una rama del derecho penal. Anteriormente en Guatemala, no tenía un ordenamiento jurídico que rigiera esta rama del derecho, sin embargo con la creación del Decreto 33-2006 se adhiere a nuestro sistema jurídico. Entre los aspectos más importantes que dan vida al sistema penitenciario, encontramos los siguientes:

- Los sistemas penitenciarios son la base de la defensa social; sin prisiones

²² Cuello Calón, Eugenio. *Derecho penal tomo I*. Pág. 253.

²³ Valenzuela O., Wilfredo. *El nuevo procesal penal*. Pág. 200.



moralizadoras y sin instituciones expresamente destinadas a la curación, corrección o educación de los individuos en estado de peligrosidad social, los códigos carecen de eficacia.

- Si nos obstinamos en seguir adheridos a los viejos criterios penales, podemos afirmar con plena lógica que la lucha contra la criminalidad devendrá en espectáculo grotesco. Lo que busca el derecho penitenciario hoy día es la necesidad de tecnificación de los sistemas penitenciarios. No debe pues, solamente separar del conglomerado social al delincuente mientras la pena impuesta se está cumpliendo, sino en especial, se le debe transformar en un miembro social activo, útil y sano, lo cual implica un tratamiento individualizado de cada reo.
- El Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre “Prevención del delito y tratamiento de los delincuentes”, Ginebra 1955, estableció que el período de la pena debe aprovecharse para que al reincorporarse el delincuente a la sociedad no sólo tenga el deseo de hacer una vida digna, de trabajo y respeto a la ley, sino que además esté en condiciones de llevar a cabo sus propósitos. Para ello se hace necesario un estudio y tratamiento científico del individuo, lo cual a la vez deberá hacerse mediante una organización técnicamente estructurada.
- El régimen penitenciario se inspira en dos principios: 1) La expiación de la pena en defensa de la sociedad; 2) La corrección, educación, enmienda y rehabilitación social del interno. Y son tres los momentos que deben tomarse en cuenta en el estudio y tratamiento del delincuente: 1) Cuando pierde la libertad y permanece



sujeto a determinadas normas de existencia; 2) Durante el régimen de pre-libertad,
3) Durante el período post-carcelario.

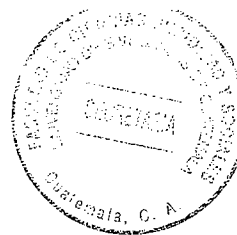
3.5 Elementos

Los elementos que integran el derecho penitenciario son los siguientes:

3.5.1 Internos o reos

Personas hacia quiénes deben dirigirse un tratamiento adecuado para lograr su rehabilitación social. Al delincuente debe estudiársele desde el punto de vista físico, psicológico y social. Existen muchos métodos para clasificar a los delincuentes, pero todos ellos lo que buscan es poder distinguir cuáles son las características más sobresalientes en estos individuos para poder así darles el tratamiento que les corresponde.

Según los indicadores, la mayoría de los privados de libertad en Guatemala, hombres o mujeres, provienen de un estrato social muy pobre, en su mayoría obreros o campesinos y un gran porcentaje de la población carcelaria es indígena. Estos son aspectos importantes que deben ser tomados en cuenta al clasificar a los reos, tanto en los distintos edificios carcelarios, como en la labor que se les asignará a cada cual y el tratamiento individualizado que deberán recibir para lograr su rehabilitación.



3.5.2 infraestructura

Se debe contar con una buena disposición arquitectónica para que el método de la observación sea el más eficaz para el estudio de la personalidad del interno y su tratamiento pueda cumplirse. Además, los centros preventivos deben estar orientados hacia el principio de separación de los internos para evitar su contaminación. Esto último requiere además de edificios adecuados y de una clasificación bastante minuciosa de los reos.

“Cuando una persona ha sido condenada, imponiéndole una pena de prisión de privación y restricción de la libertad, es obligatorio por mandato judicial que dicha pena sea cumplida en un centro especial con los que para el efecto cuenta el sistema penitenciario; siendo el juez de ejecución el encargado de controlar la ejecución de la pena impuesta, debiendo velar para que la misma efectivamente se cumpla.”²⁴

Para una correcta distribución de los internos en los edificios penitenciarios con miras a una efectiva rehabilitación, debe tomarse en consideración: el sexo, la edad, la salud, antecedentes penales, detención preventiva, motivos de reclusión, condenados, reincidentes, multirreincidentes o habituales, período de cumplimiento de la pena, antecedentes culturales, clase social, habilidades, conocimientos técnicos o profesionales, etcétera. Se debe tratar de distribuir a los internos de forma que se relacionen con otros internos con características similares a ellos para que su

²⁴ Albeño Ovando, Gladis Yolanda. **Ob.Cit.** Pág. 153.



tratamiento sea más eficaz.

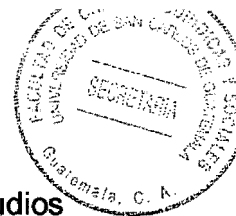
3.5.3 Legislación

Es indispensable una regulación adecuada que sirva de guía para dirigir el tratamiento. Para poder organizar el sistema penitenciario en cualquier país, es necesario que primero se dé la estructura legal que toda institución requiere para poder desarrollarse en su plenitud y bajo lineamientos que le den forma de acuerdo a principios claros y permanentes. Si no se contara con este requisito, muy difícilmente se logrará la rehabilitación del privado de libertad, que es lo que a fin de cuentas busca el derecho penitenciario.

3.5.4 Personal penitenciario

Otro de los elementos más importantes que deben darse para que exista un sistema penitenciario adecuado es que el personal penitenciario sea debidamente seleccionado y luego formado en una institución capacitada, de modo que el personal desarrolle la actividad necesaria en el tratamiento de rehabilitación social de los internos.

Sobre todo, se debe tener siempre en cuenta que el objetivo principal de un servicio penitenciario es el de condicionar a un sujeto y a su núcleo o grupo familiar, a los valores, hábitos, actitudes y conductas sociales necesarias para vivir en comunidad y encauzarlo para que colabore voluntariamente al mantenimiento y perfección de la coordinación y armonía necesarias a una convivencia social dinámica.



Al respecto en Guatemala, hasta la fecha no existe una escuela de estudios penitenciarios que capacite al personal de los centros preventivos; sin embargo, sí existen varios acuerdos gubernativos mediante los cuales se ha acordado la creación de la Academia de Servicio Penitenciario. El primer acuerdo, de fecha nueve de julio de mil novecientos cincuenta y seis, emitido por el Presidente Carlos Castillo Armas; el segundo, del diez de julio de mil novecientos sesenta y siete, emitido por el Presidente César Méndez Montenegro.

3.6 Elementos Accesorios

Existen otros aspectos que hacen que un sistema penitenciario sea efectivo; esto quiere decir, que logre la rehabilitación del reo. Entre ellos están los siguientes:

3.6.1 Trabajo penitenciario

El trabajo es el mejor modo de realizar la regeneración del condenado. Todos los seres humanos, para poder desarrollarnos en sociedad, debemos ser útiles de una u otra manera. Desde la antigüedad, el hombre ha aprendido que si quiere desarrollarse y salir adelante, debe esforzarse por lograrlo. De ese modo y gracias a la división del trabajo, se fueron creando las diversas profesiones a la fecha existentes, de tal manera que el hombre ha aprendido a satisfacer sus necesidades por medio del intercambio de bienes y servicios con sus semejantes. La comunidad se derrumbaría de no estar basada en principios de trabajo e intercambio.



Es por ello que para la rehabilitación del reo durante su tiempo en prisión y su futura reincorporación a la sociedad, le es menester poder desempeñar un oficio y quererlo desempeñar de la mejor manera posible. Muchos de los delincuentes que están cumpliendo una condena, nunca antes han trabajado, muchos de ellos ni si quiera conocen un oficio, no han estudiado en su mayoría y lo peor de todo, ni si quiera les interesa. Ello se debe a diversas causas, pero entre las que más destacan está la pobreza extrema en que gran parte de la población vive en nuestros países. Se aúna a esta situación caótica, la falta de guianza en el núcleo familiar, carencia de instituciones públicas que gratuitamente capaciten a la población en el desarrollo de labores técnicas y estudios básicos, etcétera. Aunque las causas mencionadas no sean justificativos del actuar del delincuente, si es cierto que en gran parte le han empujado a comportarse de manera ilegal.

Así pues, es indispensable que el Estado se preocupe porque dentro de los centros de detención el reo pueda encontrar una ocupación que le guste y que le permita ser útil para la sociedad, no sólo durante el tiempo en que cumple su condena, sino aún más importante, cuando salga en libertad para poder reincorporarse a la sociedad y así no tenga que delinquir de nuevo.

En lo que respecta a Guatemala, gracias a que en la actualidad existen centros de detención en el interior de la República, puede aprovecharse el terreno y las condiciones climatológicas de que goza nuestro país para que el reo pueda ocuparse en la ganadería y la agricultura, oficios con los que muchos de ellos han estado en contacto anteriormente y de lo cual conocen. Respecto a los centros de detención en



donde el espacio es reducido, pueden impartirse talleres no sólo de manualidades, como a la fecha se acostumbra, sino también de panadería, costura, zapatería, tejidos en telar (ya que nuestra población carcelaria está integrada en un buen número por indígenas que saben tejer), carpintería, y demás labores que puedan realizarse con poca inversión, pero con grandes perspectivas de desarrollo en el futuro.

Por supuesto, cada reo debiera previamente ser examinado para poder clasificarlo en la labor que más acorde sea con su persona y habilidades propias. Sólo así podrá el reo cumplir su condena de forma positiva.

Además, el trabajo durante el tiempo de condena debe ser obligatorio para todos, hombres, mujeres y menores inclusive. Claro está, de acuerdo con las capacidades de cada cual. El trabajo le ayudará a mantenerse ocupado en algo útil, a que su mente no divague en maquinaciones perversas, a colaborar con su manutención durante el tiempo que cumple su condena y a prepararse para su futura reinserción a la sociedad.

Pero para que se pueda exigir esta obligatoriedad, también es prioritario que el Estado proporcione la infraestructura acorde para que las cárceles puedan funcionar adecuadamente en este sentido. Se le debe proveer al reo de los materiales que necesita para desarrollar la labor que se pretende de forma satisfactoria. Sin embargo, para evitar recargar más al Estado, podría también hacerse un llamado a la iniciativa privada a que invirtiera en estos talleres. Contarían las empresas con una mano de obra segura en cuanto a continuidad y control en el trabajo y de ese modo se podría lograr una gran labor, desarrollo no sólo del reo, sino de la sociedad también.



El trabajo debe llenar condiciones de moralizador, útil para el recluso, productivo y de técnica moderna. Las labores de los presidiarios deben ser afflictivas, formativas, útiles, remuneradas y adaptadas en cierto modo a las condiciones de la vida libre.

En el mismo sentido, es también necesario que al individuo, una vez cumplida su condena y se le deje en libertad, se le dé un seguimiento y se le guíe en esta siguiente etapa de su rehabilitación. En muchos casos, es quizá esta la etapa más difícil ya que la persona tendrá que proveerse por sus propios medios de todo aquello que necesita para sobrevivir. Mientras estuvo en prisión, a pesar que sufría la soledad y el trauma que produce estar encerrado, también es cierto que no tenía el o ella que esforzarse por conseguir su diario sustento, ni por proveerse de un techo, ni de vestido, ya que bien o mal, se le proveía de todo ello. En cambio una vez la persona queda en libertad, debe enfrentarse a la rudeza de las calles de nuevo y afrontar la realidad. Debe luchar por salir adelante, pero no lo logrará si no se le dan las oportunidades para ello.

No sólo debe existir una oficina de seguimiento al tratamiento del reo que le consiga empleo, le proporcione cartas de recomendación y le ayude a conseguir empleo en lo que se haya preparado durante su tiempo en prisión, le de guianza espiritual y moral, etcétera, sino que además debemos preocuparnos por educar a toda la población en este sentido. Cuando nos topamos con una persona que estuvo presa, ninguno de nosotros quiere tenerlo cerca y mucho menos proporcionarle de empleo en nuestra empresa. Con una mentalidad así no vamos a lograr cambiar la situación de crisis en el derecho penitenciario en la que nos encontramos.



Ésta es una tarea en conjunto, en la cual nos debemos involucrar todos, tanto instituciones públicas relacionadas con la materia, como profesionales, estudiantes, obreros, maestros, etcétera. Todos debemos colaborar con la pronta y efectiva rehabilitación del delincuente, ya que de no hacerlo, seremos nosotros los más afectados con las consecuencias que ya a la fecha estamos padeciendo.

3.6.2 Redención de penas

El tema de la redención de penas tiene un significado más bien remuneratorio al esfuerzo del reo por su trabajo realizado durante el tiempo en que cumple su condena. Se cree que de ese modo, el reo estará incentivado para realizar su labor de una manera más satisfactoria, que le dará valor a sus esfuerzos, que le hará apegarse a los valores del trabajo y le enseñará a superarse para poder conseguir aquello que pretende, su libertad.

El significado dado a la redención de penas es una abreviación de la pena impuesta por los tribunales como consecuencia de determinados esfuerzos en el trabajo que el penado realiza. Por eso sería más acertado hablar de aminoración de penas, en lugar de redención a las mismas.

Este aspecto del derecho penitenciario, es otro de los elementos claves que colaboran con la rehabilitación del reo, máxime en lo que respecta al tiempo que la rehabilitación tome. Todo reo querrá salir antes de tiempo, por lo que buscará realizar su trabajo adecuadamente. Los efectos que se producen en la condena impuesta no son



únicamente en cuanto al acortamiento de la misma, sino además vienen a adelantar el comienzo de la libertad condicional, tienen una repercusión económica para el Estado y efectos de carácter moral y social al mantener, a través de la remuneración obtenida por el trabajo, aquellos lazos de afecto familiar que muchas veces se destruyen como consecuencia del delito, mediante la ayuda económica que sigue aportando al núcleo social.

3.7 El sistema penitenciario en el ordenamiento jurídico guatemalteco

La legislación que sustenta el modelo carcelario que opera en Guatemala es el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que señala de manera genérica las funciones que debe desempeñar el sistema penitenciario: impulsar la readaptación social, la reeducación de los reclusos y cumplir adecuadamente con el tratamiento de los mismos, a través del cumplimiento de ciertas normas mínimas, a saber:

- Las personas privadas de libertad deben ser tratadas como seres humanos, con la debida dignidad y no deben ser discriminadas por motivo alguno.
- Los centros penales son de carácter civil y con personal especializado.
- Se consagra el derecho de las personas privadas de libertad a comunicarse con sus familiares, abogados, médicos y ministros religiosos.



En esta disposición se puede observar claramente la protección para los reclusos, se permiten mayores medidas de seguridad para ellos, ya que resalta que deben ser tratados como seres humanos, y no se les podrá imponer tratos crueles. En Guatemala, se da una protección para los reclusos, procurando una readaptación, pero confrontando la Constitución de la República de Guatemala, es posible ver que se queda un poco corto en cuanto a la forma en que deben ser tratados los reclusos, es decir evitando "tratos degradantes", cosa que es muy importante recalcar en nuestra legislación, así como una intervención mayor por parte de Estado para que se cumpla este derecho, tal como lo regula el Artículo 19 inciso final de la Constitución de la República de Guatemala.

Por su parte, en el Artículo 10 de la Constitución se establece la distinción entre los centros de detención, arresto o prisión provisionales y los de cumplimiento de condena. Y la pena de muerte, con todas sus limitaciones y recursos de impugnación, se regula a su vez en el artículo 18 de dicha norma.

En materia de derechos humanos, los tratados y convenciones ratificados por el Estado de Guatemala le imprimen preeminencia al derecho externo. Por lo tanto, éste se acoge a tal normativa. No obstante, en América Latina, hasta el año 2006 Guatemala era el único país que carecía de una ley penitenciaria que regulara los principios sustantivos de la administración de las cárceles. Este vacío legislativo dio como resultado que tales centros funcionaran con amplios márgenes de discrecionalidad, tanto por parte de las autoridades, como de los propios internos. Tal desorden administrativo también ha dado cabida a la corrupción, promovida y fomentada por autoridades y empleados de las



cárceles y por los propios internos. Lamentablemente, las cárceles son noticia sólo cuando los desórdenes y excesos impactan negativamente a la ciudadanía.

Así también, a partir del año dos mil seis, en Guatemala entró en vigencia la Ley del Sistema Penitenciario, contenida en el Decreto 33-2006 del Congreso de la República.

El Artículo 1 de la referida ley establece: “Ámbito de aplicación de la ley. La presente ley regula el Sistema Penitenciario Nacional, lo relativo a los centros de prisión preventiva y los centros de cumplimiento de condena para la ejecución de las penas.”

El Artículo 2 del cuerpo legal precitado regula: “Sistema penitenciario: el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de las personas privadas de libertad y cumplir con las normas que le asigna la Constitución Política de la República, los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que Guatemala sea parte así como lo dispuesto en la demás leyes ordinarias.”

El Artículo 3 de la misma ley indica: “Fines del sistema penitenciario. El sistema penitenciario tiene como fines: a) Mantener la custodia y seguridad de las personas reclusas en resguardo de la sociedad; y, b) Proporcionar a las personas reclusas las condiciones favorables para su educación y readaptación a la sociedad, que les permita alcanzar un desarrollo personal durante el cumplimiento de la pena y posteriormente reintegrarse a la sociedad.”



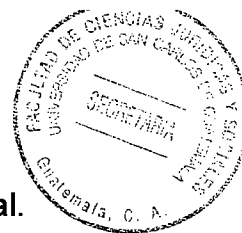
3.8 Crisis del derecho penitenciario

“En virtud de un saludable giro humanista, el paradigma resocializador reclama una intervención positiva en el penado que facilite el digno retorno de éste a la comunidad, su plena reintegración social. El hombre pasa a ocupar el centro de la reflexión científica, lo decisivo no es castigar implacablemente al culpable, sino orientar el cumplimiento y ejecución del castigo de modo tal que éste pueda reportar alguna utilidad al propio infractor.”²⁵

La sociedad, que al encerrar al preso acepta el deber de buscarle alimento, no puede negarse a buscarle trabajo y una forma de sustento, a menos de desconocer sus obligaciones, olvidar el caso y considerar a la persona que reduce a prisión por mera sospecha, como una especie de animal que se encierra para que no se escape, y se mantiene para que no se muera.

La crisis en el derecho penitenciario en nuestro país comienza desde esa errónea concepción de lo que es un reo y de lo que necesita de la sociedad. Las nuevas fenomenologías de la violencia que afectan nuestra sociedad, enseña a los que trabajan por la justicia y los derechos humanos, que la situación actual de las cárceles y de los derechos humanos en éstas, es un desafío para la solución a los problemas que se dan en nuestros difíciles procesos de transformación democrática, y que demanda un compromiso social e institucional mancomunado ante el fenómeno de la violencia en

²⁵ García-Pablos de Molina, Antonio. *Criminología*. Pág. 1996.



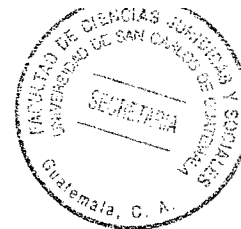
las prisiones, que, salvo excepciones, sigue cayendo en el olvido y la irración social.

Al referirnos a la crisis del sistema penitenciario en Guatemala, hay que pronunciarse sobre varios aspectos:

3.8.1 El sistema de justicia

La ineficiencia del sistema de justicia en Guatemala, del cual el sistema penitenciario depende, hace que exista una ancha brecha entre la realidad y el parámetro de los derechos humanos, lo cual lleva a una franca confrontación de este con la normativa de aquellos.

En cuanto a la situación legal de los detenidos en nuestro país, existe por un lado una gran cantidad de privados de libertad que no han sido condenados, hombres y mujeres que están sufriendo serias violaciones a sus derechos por falta de atención al sistema penitenciario de Guatemala. Pero por otro lado, es aún peor saber que, sólo en materia penal, las estadísticas más recientes muestran que únicamente un siete por ciento de los casos que ingresan a tribunales llega a su culminación en sentencia, de los cuales no todos serán necesariamente culminados con una condena. El otro noventa y tres por ciento, por gozar de privilegios como la posición o las posibilidades económicas, logran escaparse de las manos de la justicia al ser defendidos por un buen abogado que, desgraciadamente, casi siempre es más hábil que el Ministerio Público encargado de la investigación de los delitos en nuestro país. Y de las aproximadamente mil denuncias que a diario ingresan a la Policía Nacional Civil, únicamente el cinco por



ciento llegarán a debate, según cálculos de la Corte Suprema de Justicia.

Como consecuencia de los índices descritos, el Sistema Penitenciario se ve grandemente afectado, debido a que es un porcentaje elevado el de los privados de libertad que se convierten en reincidentes habituales. Cuando el Ministerio Público no logra probar la responsabilidad del sindicado, este debe salir libre, una vez vencido el plazo que la ley otorga al Ministerio Público para investigar. Y de ese modo, al contrario de lograr la rehabilitación del reo, se está logrando crear un delincuente cada vez menos respetuoso de la ley y del sistema en general. Además que crea una sobrepoblación tremenda en los centros preventivos.

3.8.2 Sobrepoblación en los centros preventivos

Otro de los problemas existentes es el de la sobrepoblación en las cárceles. Esto se debe a varias razones. La primera es que el Organismo Judicial no ha logrado realizar de manera eficiente su función de impartir justicia, como lo indiqué antes. Cuando un presunto delincuente es atrapado por la policía para ser presentado ante la autoridad competente, se le debe iniciar un proceso para investigar si el hecho cometido es punible y comprobar su participación en el mismo. En Guatemala, el encargado de esta función de investigación es el Ministerio Público. Sin embargo, muchas veces el Ministerio Público pide la prisión provisional del sospechoso ya que considera tener motivos suficientes para creer que el sindicado participó en el hecho punible. No obstante, debido a la falta de preparación en los investigadores del Ministerio Público, les es imposible recabar la prueba necesaria para probarle al Juez encargado la



culpabilidad del sindicado. Mientras tanto, el sindicado ha permanecido privado de su libertad, incluso por varios meses. Si nos ponemos a pensar que esta situación se da en la mayoría de los casos iniciados, el resultado es que algunas de las cárceles, a parte de los prisioneros que ya están condenados, están llenas de hombres y mujeres que entran y salen un sin fin de veces debido a la deficiencia en este sentido del Ministerio Público.

Otra de las causas que colaboran a la sobrepoblación en los centros de detención es que no existen suficientes edificios destinados a este propósito en toda la República. No podemos ni siquiera hablar de un sistema penitenciario en Guatemala porque aún no existe. No existe ni infraestructura carcelaria, ni personal preparado que al momento pueda hacerse cargo de ello. Lo que hay, es una forma de derecho penitenciario con una organización mínima y muy poco interés en ella por parte de los ministros de Gobierno encargados del asunto.

Si bien es cierto que contamos con varios centros penitenciarios, tanto en la capital como en el interior, los mismos no se dan a basto para alojar a la gran cantidad de población carcelaria. Tampoco el presupuesto destinado a los centros es alentador, ya que apenas alcanza para la comida de los reos y las necesidades básicas de ellos.

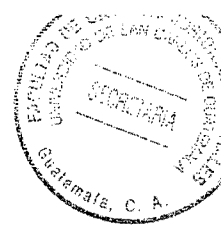
3.8.3 Política criminal

Un problema más que se aúna a lo anterior, es que, desafortunadamente, en Guatemala compete directamente al Ministerio de Gobernación lo referente al sistema



penitenciario, cuando debería ser el Organismo Judicial el encargado de ello. Tampoco existe una política criminal orientada a la prevención del crimen, a la persecución efectiva del delito, a una administración de justicia pronta y mucho menos a una rehabilitación de la persona que transgrede el ordenamiento jurídico.

La falta de interés en la población entera en lo que a esta materia respecta es un problema para el derecho penitenciario. La gente está cansada de la delincuencia e inseguridad con la que vivimos en nuestro país. A diario se oyen rumores de violencia y crímenes que nos afectan a todos y que hacen que el pensamiento de los ciudadanos se volquen en contra de los delincuentes e incluso, en contra de los funcionarios y empleados públicos encargados de mantener el orden en la sociedad (Organismo Judicial, Ministerio Público y la Policía) por no cumplir con su función de administrar la justicia en forma pronta y eficaz. Es normal que un pueblo aterrorizado lo único que desee es que se encierren a todos los quebrantadores del orden social o incluso, que se les elimine por completo. Sin embargo, tampoco podemos esperar otra cosa si ni siquiera nuestras autoridades conocen lo que realmente proclama el derecho penitenciario ni las soluciones propuestas para el tratamiento del delincuente. Por ello me detengo un momento a explicar lo que el derecho penitenciario significa y cuál es su finalidad primordial, a modo que tengamos una idea general del tema que nos ahonda.



3.9 Principios del sistema penitenciario

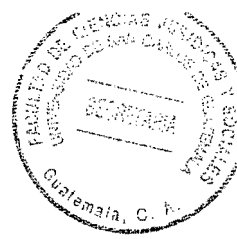
Los principios que dieron origen a la creación del sistema penitenciario, así como aquellos que ilustran sus normas y sirven al órgano jurisdiccional a su aplicación, son los siguientes:

3.9.1 Voluntariedad

Todo tratamiento penitenciario tiene que ser aceptado de forma voluntaria por el interesado. No es posible realizar un tratamiento contrario a la voluntad del sindicado. La garantía de éxito de los procesos resocializadores estriba en la participación, interés y voluntad del penado en el proceso. Si el penado no se encuentra convencido de la importancia del proceso, o lo encuentra como un método ajeno a sus intereses o expectativas, lo más seguro es que este proceso de resocialización fracase.

3.9.2 No terapéutico

El tratamiento no es un mecanismo de curación ni pedagógico o psicológico, tampoco es un medio para transformar la personalidad del penado. El condenado por un delito no es un enfermo mental, ni tampoco tiene que ser sometido a procedimientos médicos, psiquiátricos o psicológicos.



3.9.3 Individualizado

El tratamiento debe estar orientado directamente a las necesidades y expectativas del interno. Por ello abarca desde un estudio de la personalidad del recluso en todos los aspectos, hasta una proyección social que tienda a mejorar el entorno ambiental del individuo para su futuro en libertad. En este sentido, debe recordarse que el tejido social hostil favorece la reincidencia. La sociedad en su conjunto debe acoger mejor al ex recluso, proporcionándole un ambiente favorable de acogida y no de estigmatización. Por ello, los programas de tratamiento también deben complementarse con programas de asistencia post-penitenciaria que eviten la reincidencia en el delito cuando la persona regrese en libertad.

3.9.4 Programado

Lo importante es que el interno tenga participación activa en la definición de su programa o tratamiento. Si bien puede existir un equipo de tratamiento a disposición del penado, la decisión sobre las modalidades de la resocialización tiene que ser realizado por el propio sujeto, para quien es un derecho y no una obligación la resocialización. En este sentido, el tratamiento debe ser continuo y dinámico, de tal manera que se prolongue durante el tiempo para que el interno realmente pueda terminar los programas que desea aprender o en los que quiere participar.

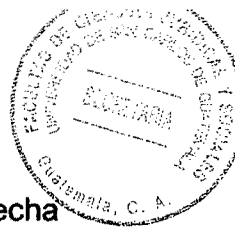


3.9.5 Mínima afectación

Otro derecho fundamental durante la ejecución penitenciaria es que se afecte lo menos posibles los derechos del condenado. En este aspecto, debe recordarse que la pena simplemente limita el derecho a la libertad ambulatoria, quedando los demás derechos del condenado plenamente vigentes. La condena no puede ser un medio para llegar a afectar otros derechos que no fueron privados mediante la sentencia. En especial, el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad, son derechos que no pueden ser afectados por la sentencia.

3.9.6 De legalidad y control judicial de la ejecución penitenciaria

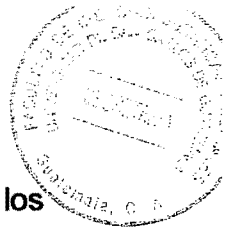
Es importante destacar que la ejecución penitenciaria debe cumplirse observando plenamente la legalidad de la administración pública. En un estado democrático de derecho, la persona no puede quedar sujeta a la arbitrariedad, a la inseguridad jurídica, a la incertidumbre sobre cuales son sus derechos y deberes. La administración penitenciaria, como un órgano del poder público, solo puede efectuar aquellas acciones que se encuentran enmarcadas dentro de la ley. No puede existir facultad legal si no hay una ley previa que la establezca. El desarrollo de las facultades legales de la administración penitenciaria con relación a la resocialización de los reclusos es un presupuesto obligatorio en un estado democrático de derecho. Como Alberto Bovino ha señalado "se trata de controlar una esfera de actuación estatal que debe ser sometida al control de la legalidad de sus actos como cualquier otro organismo estatal". El ámbito penitenciario exige un control incluso más estricto sobre la actuación pública, debido a



la especial situación que se pretende regular, el cual se caracteriza: a) por una estrecha y continua interrelación entre agente penitenciario y preso, en circunstancias que favorecen la generación de conflictos y un manejo violento de alguno de ellos; y b) el peligro consta de afectación de derechos fundamentales, debido al enorme poder de control que tienen los agentes penitenciarios sobre el penado. Actualmente la doctrina es unánime al exigir un control judicial de la ejecución penitenciaria, pues no se puede dejar a la autoridad penitenciaria que resuelva “sobre las más graves y comprometedoras situaciones, sin intervención del poder judicial”. El condenado debe tener el derecho de impugnar las decisiones arbitrarias o contrarias a los derechos fundamentales. El juez de ejecución es una necesidad para garantizar el adecuado sometimiento de la administración penitenciaria, y para salvaguardar los derechos fundamentales de los sujetos. En este sentido, el control judicial es el único mecanismo que garantiza que la administración penitenciaria no actuará arbitrariamente.

3.9.7 Participación ciudadana

Los procesos de resocialización requieren de actividades extrapenitenciarias y de contacto con el mundo libre, y que la desocialización producida por el contacto con el mundo intramuros se reduzca a la mínima expresión. La participación ciudadana en el proceso resocialización, se convierte de gran utilidad en este punto, si se canaliza convenientemente para que sea efectivo y práctico. En una sociedad democrática corresponde que las cárceles ostenten iguales características. Evitar los procesos desocializadores implica abrir los muros de la cárcel, para lograr programas de



intervención social, serios y responsables, que realmente sirvan para fortalecer los procesos resocializadores.



CAPÍTULO IV

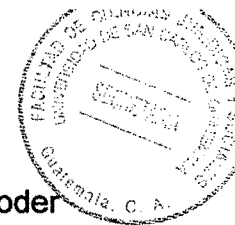
4. La utilidad social de la pena

4.1 Utilidad y límites de la pena

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.

Hay que pronunciarse al respecto de la ilegitimidad de la legalidad procesal para imponer penas, porque se ejerce en un marco de arbitrariedad que redundará en la parte poblacional más desprotegida y, de tal modo se fundaría en la desigualdad social. La violencia, el genocidio apuntan al joven marginal 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 se 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" 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 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 en su Resolución 36/21 de 1981 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 más tarde en el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán en agosto de 1985 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." 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"²⁶, debiendo implicar, como consecuencia lógica, que el derecho penal esté subordinado a

²⁶ Carrió, Alejandro. **Derechos y garantías constitucionales en el proceso penal**. Pág. 45



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 penal.

A continuación se ofrece una 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.

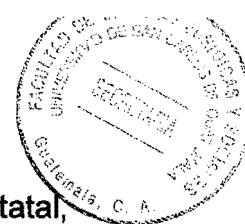


- La sanción de privación de libertad debe quedar limitada para los casos de infracciones más graves y para aquellos sancionados a los que su medio de vida social, laboral y familiar no sean favorables para su reeducación.
- La sanción penal debe reservarse para la protección, en la esfera del Derecho 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.

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, así es como 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, imprescindible como experiencia fundamental del hombre como ente moral."²⁷

De allí que crear la posibilidad expiatoria como prestación moral autónoma, sea una tarea legítima del Estado. Con esta enumeración se deja entonces establecido en forma

²⁷ Rodríguez Alonso, Alejandro. *Política educativa penitenciaria*. Pág. 86



en extremo precisa, el logro de la triple justificación buscada: político-estatal, psicológico-social y ético-individual de la pena.

“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”²⁸. 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 del 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 serían

²⁸ García Basalo, José Carlos. **Entorno al concepto del régimen penitenciario**. Pág. 29



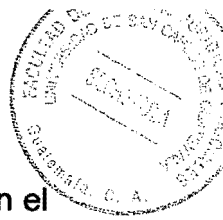
casi teorías de probabilidades. Lo ideal es establecer ahora vías alternativas al sujeto para la resolución de los conflictos sociales actuales, eso es más que matemáticas y probabilidades. Es un problema humano.

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 él su merecido.

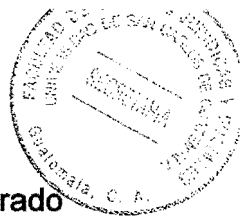
Es carente de objetividad el argumento de que la reclusión protege a la población de los delincuentes, es sólo una ilusión, dado que el volumen de la delincuencia en cualquier sociedad es siempre un dato desconocido y sólo llega a conocimiento de la policía un 50% y de todas ellas un 20% pasa a los tribunales y un 10 % 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:

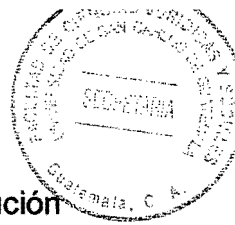
- Conversión de ciertos hechos punibles que en infracciones administrativas son sancionables con penas criminales.
- La solución procesal por aplicación del principio de oportunidad que permite al Ministerio Público la posibilidad de suspender condicionalmente el proceso antes de formular la acusación.
- Atribuirle al tribunal la posibilidad de aplazar la decisión sobre la imposición de la pena tras haber declarado la existencia de la culpabilidad.
- 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 excarcelación y consiste en que 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:

- 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).
- Dispensa condicional (el juez no dicta condena, subordinándola a que la persona no delinca durante determinado tiempo).
- Amonestación (una reprobación oral realizada por el juez).
- Caución de condena (obliga al ofensor a pagar una cantidad como garantía de de que se comportara de determinada manera).
- Reparación (consiste en la obligación del autor del delito de compensar a la víctima).
- *Probation* (la persona es asistida y supervisada durante determinado tiempo).
- *Probation* intensiva (sufre de un control mayor, debe participar en el tratamiento en un marco institucional).



- Trabajo al servicio de la comunidad (trabajar a favor de la comunidad sin retribución un número establecido de horas fuera del horario de trabajo).
- Toque de queda (permanecer ciertas horas del día en determinado lugar).

4.2 Punitivismo y garantismo como orientadores de las penas socialmente útiles

El punitivismo es el endurecimiento de las penas para normas ya existentes. Fenómeno mediante el cual se invierte el proceso reformistas en los que fueron desapareciendo diversas infracciones. Es la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad.

“El garantismo es una perspectiva que, contraria al punitivismo, entiende que la violencia penal sólo puede ser empleada restrictivamente y con el respeto de derechos y garantías fundamentales.”²⁹

Las reflexiones que se presentan tienen por objeto destacar la inadmisibilidad teórica y racional del llamado punitivismo en materia jurídico-penal, para lo cual se hace referencia a las bases que dan fundamento a una necesaria visión garantista del Derecho penal, en el que se respeten determinados principios fundamentales así como los derechos y las garantías de los ciudadanos, evitándose con ello el uso arbitrario y preferente de la violencia como medio de solución de conflictos sociales, y abogándose en tal virtud por un uso limitado de la herramienta punitiva.

²⁹ Morales Alvarado. **Garantías individuales**. Pág. 113



Existe una serie de principios intangibles que han adquirido dicho carácter no por capricho o simple casualidad, sino en virtud de la evolución de la humanidad, debiendo subrayarse que tales principios tienen un sustento racional ciertamente irrefutable, lo que precisamente les confiere su validez reforzada y universal.

Por punitivismo se entiende que: "el derecho penal ha de ser configurado como un instrumento de mano dura contra el flagelo de la criminalidad, exigiéndose el recurso al mismo frente a toda situación indeseable o incómoda, así como el recrudecimiento de las penas ya existentes en la legislación punitiva."³⁰ La realidad actual muestra un balance a favor del punitivismo. En la práctica, tanto legislativa como judicial se constatan altas dosis de punitivismo.

Sólo puede mantener un pensamiento garantista quien no ha sufrido los estragos de la delincuencia. El garantismo no postula que sea posible prescindir de manera tajante y absoluta de la herramienta punitiva de control social. Los delitos y las penas habrán de seguir existiendo y no es viable (ni realista) solicitar la extinción (como lo hacen sin embargo, los defensores del abolicionismo), el garantismo no es favorecimiento del delincuente, así como tampoco es abolicionista del derecho penal ni de la pena.

Lo que el garantismo postula no es más que el uso limitado del Derecho penal (en otra formulación, la reducción de los espacios de intervención de la potestad punitiva en la vida ciudadana); así como también el sometimiento de una tal potestad punitiva a límites infranqueables representados por determinados principios fundamentales y por derechos y garantías esenciales que amparan al ciudadano. Lo que se insta es que,

³⁰ García Basalo, José Carlos. *Op.cit.* Pág. 29



aquellas conductas que hayan de ser objeto del castigo lo sean de forma racional y humana.

Lo más deseable es la obtención de los mayores beneficios al menor costo posible.

El derecho penal es el sector del derecho que afecta en mayor medida la libertad, tanto porque prohíbe, bajo amenaza de una pena, realizar determinadas conductas; como porque puede privarle de su libertad a quien incurra en la comisión de un delito. Es un instrumento que coarta la libertad del ciudadano y por eso el recurso al mismo debe ser el mínimo necesario.

La libertad, es un valor fundamental que resulta imposible negar en la actualidad, pues de hacerlo se impediría la propia existencia del ser humano reunido en sociedad, por lo que podría decirse que sin libertad no hay sociedad y claudicaría en la aspiración de concretar un orden social en que se posibilite la coexistencia así como la responsabilidad.

La proporcionalidad, o sea la prohibición de exceso, como principio, significa que debe existir una relación de correspondencia o equilibrio entre las acciones realizadas por los individuos y las medidas a ser ejercidas frente a las mismas. A mayor delito, mayor gravedad de la pena y viceversa, a menor gravedad del delito, también menor gravedad de la pena.

Al respecto del principio a la dignidad humana, no puede negarse que toda persona tiene una dignidad que le es inherente como persona y como ser humano, y que



implica, en definitiva, el que se le trate con el debido respeto a la misma. Si, como en el punitivismo, se respaldase el uso preferente y reiterado del derecho penal, se vería vulnerada de esa manera la dignidad humana. Se estaría ejerciendo una violencia innecesaria sobre los ciudadanos sin existir justificación para ello, con lo que se tomaría a la persona como un medio para –tranquilizar- a la población ante el hampa y de ese modo calmar su histeria punitiva y obtener rédito público.

El garantismo en materia penal no puede ser visto simplemente como una especie de moda, así tampoco como una opción teórica meramente utópica o irrealizable, sino que debe constituirse en norte orientador e igualmente en bastión contra el punitivismo que se ha venido criticando por las nocivas consecuencias que son inherentes al mismo.

En la actualidad no resulta difícil constatar un consenso mayoritario en el pensamiento penal en torno a la necesidad de poner límites a la potestad punitiva, entendiéndose que resulta ineludible el cumplimiento de una serie de garantías, y de allí que se haga referencia a una perspectiva garantista del derecho penal. No obstante lo anterior, no cabe más que reconocer que igualmente son múltiples las manifestaciones en la práctica, esto es, en el plano fáctico, que evidencian la propagación de una lógica contrapuesta de corte represivo o punitivista en virtud de la cual se recurre con predilección y constantemente a la herramienta penal para hacer frente a la más variopinta gama de situaciones, verificándose de esta manera lo que últimamente se conoce como inflación o hipertrofia del derecho penal, en la medida en que precisamente ha crecido o se ha ampliado considerablemente su ámbito de intervención en la vida social, en muchos casos,



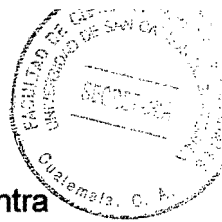
sin que se haga lugar a la exigencia de salvaguarda de los derechos fundamentales de que es tributario todo ciudadano.

De igual modo, y como tercer aspecto relevante, se observa que alguna corriente teórica actual (así, el llamado “derecho penal del enemigo”) se construye de forma tal que puede suponer pretensiones de legitimación del indicado fenómeno represivo o punitivista, lo que exige un análisis de tales ideas así como una valoración decidida de las mismas.

Es pertinente en este punto apuntar entonces que, según aquí se entiende el asunto, no puede consentirse que se haga dogmática de una forma supuestamente “neutral”, en otras palabras, ingenua, sino que muy por el contrario se hace inexorable contar con una dogmática penal perspicaz y crítica, que sea capaz de ver más allá de las teorizaciones abstractas que le son inherentes, a efectos de no resultar demasiado cándida ante las cosas que ocurren, motivo por el cual debe exigirse que sea capaz de denunciar sin cortapisas aquellas realidades que no se compadecen con sus postulados fundamentales.

4.3 La pena de muerte y su inutilidad social

Debido a que la pena de muerte es considerada la más grave de todas por suprimir totalmente la vida del condenado y no dar lugar a su resocialización, es necesario hacer



reflexiones específicas acerca de su imposición. Los principales fundamentos en contra de la pena de muerte son consideraciones de utilidad social:

- Carece de eficacia, la estadística demuestra, que en los países donde se ha suprimido, los delitos no han aumentado, así como en los que ha sido mantenida su índice de criminalidad no ha disminuido.
- Carece de eficacia intimidativa contra aquellos criminales caracterizados por su insensibilidad moral, así como para los delincuentes profesionales que la consideran un riesgo profesional que no les espanta.
- No produce sobre las masas un efecto escarmiento sino un efecto desmoralizador.
- Argumento con más fuerza: es irreparable y en caso de error no se puede dar marcha atrás.
- Supone un abuso de fuerza por parte del estado
- Antaño era de carácter ético o jurídico, ahora a pasado a ser de carácter político.
- Es imposible determinar si un delincuente puede ser considerado incorregible.
- Va contra la declaración de derechos humanos.



- Constituye una aberración utilizar la vida de un hombre como medio social para conseguir un fin de intimidación social.
- Esta clase de sentencia puede prestarse a abusos de autoridad por parte del Estado.

4.5 Finalidad última de la intervención resocializadora

La amplia aceptación doctrinal de la finalidad resocializadora y el hecho de que hasta legislativamente se vayan multiplicando durante la década de los 70 las referencias a la misma, en ningún caso determina la existencia de un asentimiento general acerca de la misma.

Por el contrario, la misma variedad de formulaciones (reeducación, rehabilitación, repersonalización, reinserción, readaptación social...) es ya síntoma de la diversidad de entendimientos y acepciones que suscita, hasta el punto de que, si prescindimos de formulaciones tan generales como el que con la resocialización se trata de expresar que los condenados se conduzcan en libertad de un modo similar a los demás, no cabe hallar casi acuerdo en torno a este concepto, el cual, caracterizado en último término, como indica GARCÍA-PABLOS, por su "ambigüedad", llega a ser igualmente defendido desde posiciones doctrinales divergentes y hasta antitéticas.



Fácilmente se deduce de lo anterior los múltiples problemas que el entendimiento del concepto resocializador suscita. Por nuestra parte, dejaremos en este momento de lado lo referente al ámbito de aplicación (teoría de la pena, en general, teoría de la pena privativa de libertad, o teoría de la ejecución) y finalidad última de la intervención resocializadora (tutela individual o defensa social) para centrarnos en lo relativo al contenido del concepto, lo que obliga a referirse a la naturaleza del proceso resocializador y a su grado o intensidad.

Dos son, sucintamente, los modelos principales que se presentan en cuanto a la naturaleza del proceso resocializador: el modelo (funcionalista) de socialización y el de corrección.

Para los defensores de la teoría de la socialización, la actuación delictiva encuentra gran parte de su explicación en la deficiente (o nula) socialización del individuo. La ejecución de la pena debe, por ello, aprovecharse para lograr una especie de "socialización de reemplazo", dirigida a corregir y rellenar esa carencia o defectos de socialización.

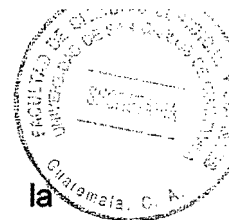
Como es obvio, esta perspectiva, ampliamente extendida, no deja de plantear dificultades. Con independencia de que una socialización totalmente conseguida parece "antropológicamente imposible", la práctica demuestra que no son pocos los delincuentes "normales", sin importantes defectos de socialización. Por lo que respecta a los delincuentes que sí presentan problemas de socialización, y con independencia de que resulta dudoso que la institución penitenciaria sea ocasión



adecuada para la subsanación de aquellos déficit, es preciso distinguir entre las carencias o defectos de socialización primaria y secundaria. Y en este punto las teorías de la socialización se enfrentan a fuertes dificultades, pues no siendo posible la socialización secundaria sin una previa socialización primaria, ésta resulta difícilmente alcanzable superada la etapa infantil del desarrollo de la persona. Finalmente, no debe desdeñarse el hecho de que la adaptación coactiva en el marco penitenciario pueda conllevar un cierto proceso de socialización negativa, derivado de la interiorización por los sujetos de valores socialmente reprobados pero presentes en la institución penitenciaria.

En la línea valorativa, los correccionalistas consideran que, siendo la conducta delictiva manifestación de la incapacidad del delincuente de autodeterminarse y controlar su comportamiento, la intervención penitenciaria debe orientarse hacia su mejora, enmienda o corrección, única vía posible, en palabras de Dorado Montero, para "tornarlos de malos en buenos, o dígase de peligrosos en no peligrosos" .

También estas posiciones son susceptibles de importantes objeciones. Dejando al margen la cuestión de los delincuentes considerados incorregibles, no son pocas tampoco las personas "normales" que llegan a cometer delitos. De otra parte, las doctrinas valorativas suelen frecuentemente considerarse utópicas o irrealizables y operan muchas veces cierta confusión entre las funciones del derecho y las de la moral, planteando importantes dificultades desde la perspectiva de los Estados de derecho su pretensión "correctora", susceptible de entrar en fuerte conflicto con la dignidad de la persona y el respeto de sus derechos fundamentales.

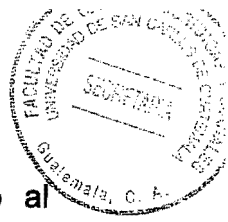


En cualquier caso, las posturas mayoritarias mantenidas en cuanto a la naturaleza del proceso resocializador no se corresponden con estas posiciones extremas, sino que, como teorías mixtas, operan normalmente una integración, mayor o menor, de elementos procedentes de ambas. Esto hace especialmente importante el estudio de la intensidad de la resocialización, esto es, del grado de acercamiento y asunción del modelo social postulados por la intervención resocializadora.

También aquí, y sin perjuicio de las llamadas teorías mixtas, cabe distinguir fundamentalmente dos opciones principales: la resocialización para la "moralidad" o para la "legalidad" o los programas resocializadores "máximos" o "mínimos".

Desde la resocialización para la moralidad hace tiempo que se defiende que la intervención resocializadora ha de tender a lograr que el individuo interiorice y haga suyos los criterios valorativos dominantes en la sociedad en que ha de integrarse, única vía ésta -se dice-, la regeneración moral, de retorno a la sociedad sin riesgo de comisión de futuros delitos.

Muy fuertes son las críticas que estos posicionamientos suscitan en la actualidad desde los sistemas jurídicos pluralistas modernos, basados en el alejamiento e independencia del derecho y la moral. En efecto, para las perspectivas más actuales, los programas resocializadores máximos aparecen fuertemente influidos por posturas conservadoras y antiliberales y presentan importantes problemas de manipulación individual, orientada a la imposición de creencias y convicciones y



dirigida a la aceptación acrítica del sistema vigente (que no es en nada ajeno al fenómeno criminal), algo que resulta muy poco aceptable en una sociedad basada en la autonomía individual y el respeto a la libertad ideológica.

Más conforme con los postulados de los Estados de Derecho resulta la llamada resocialización a la legalidad, defendida por los programas resocializadores mínimos. Frente a la amplitud de las metas de los programas resocializadores máximos, los defensores de la resocialización a la legalidad consideran que la intervención resocializadora debe perseguir un fin más modesto: la adecuación del comportamiento externo de los delincuentes a lo jurídicamente posible, al marco de la legalidad, algo que parece acomodarse mejor a las funciones atribuidas al derecho penal. Al Estado le basta con que sus súbditos discurran por el cauce de la ley y cooperen, más o menos de su grado, a los fines colectivos".

Pero, también los programas resocializadores mínimos han sido objeto de reparos desde otras perspectivas doctrinales. Por un lado, por los que afirman que la mera adecuación utilitarista de la conducta externa a la legalidad no es propia y verdadera resocialización y presenta muchos problemas de falta de consistencia y permanencia. Desde otras perspectivas se dice que la función del Derecho Penal no es sólo prohibir, sino que también le corresponde una cierta acción pedagógica respecto de los valores protegidos, cuyo respeto, no obstante el pluralismo cultural y la libertad de pensamiento política y religiosa, es parte de la normalidad social. En tercer lugar, si la intervención resocializadora sólo ha de pretender ese respeto a la legalidad formal, resulta innecesaria para cuantos, incluso habiendo delinquido,



aceptan las reglas básicas de la convivencia social. Finalmente, y para las perspectivas más radicales, la resocialización a la legalidad suscita el problema de fomentar el respeto acrítico a una legalidad que, en muchos aspectos, puede ser profundamente injusta.

Precisamente, algunas de las críticas vertidas contra los programas resocializadores máximos y mínimos han llevado a ciertos sectores de la doctrina a buscar posiciones intermedias, como la pedagogía de la autodeterminación y la terapia social emancipatoria, preocupadas ambas por lograr una intervención resocializadora caracterizada por el neutralismo valorativo y basada en el ofrecimiento al sujeto de las diversas alternativas sociales existentes, respetando su libertad y capacidad de autodeterminación.

Ambas teorías ponen, con todo, de manifiesto lo difícil que resulta en la intervención resocializadora eludir todo tipo de imposición o, al menos, de influencia cara a la interiorización moral de valores. De aquí que, sin perjuicio de las críticas apuntadas y frente a lo ambicioso de los programas resocializadores máximos, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho preocupado por garantizar la autonomía individual y la dignidad de las personas, parezca preferible la resocialización a la legalidad, reduciendo las influencias al respeto (no necesariamente acrítico) de los bienes y valores protegidos por las normas penales.



Frente a las posturas que critican la resocialización como verdadero fin de la pena, que desde perspectivas diversas coinciden en exigir el abandono de la finalidad resocializadora como meta de la intervención penitenciaria o de la sanción, personalmente considero que conviene seguir propugnando el mantenimiento del ideal resocializador. De un lado, porque, las críticas lanzadas contra el concepto resocializador tienen respuesta, pero también por los peligros que, frente a lo que normalmente se piensa, pueden derivar de un tal abandono para la situación penitenciaria, cuando resulta todavía posible un entendimiento aceptable de la resocialización y conforme con el pluralismo y la libertad ideológica, no sólo como meta del tratamiento sino también como principio informador del régimen penitenciario, aspecto, el último, frecuentemente desconocido y cuyas repercusiones en la vida penitenciaria resultan de especial valor.

Las críticas lanzadas contra del ideal resocializador en ningún caso pueden considerarse definitivas y suficientes para fundamentar el rechazo definitivo de la resocialización. En primer lugar, porque si la resocialización es un mito, evidentemente no es el único mito que funciona en este discurso.

Se encuentra, así, por ejemplo, altamente extendida la idea apriorística de que los delincuentes no tienen ninguna posibilidad de integración en la sociedad, ni capacidad para ello, en la situación de crisis económica y de escasez de oferta laboral que padecemos. Pues bien, sin perjuicio de que las dificultades a las que deben enfrentarse los internos para su entrada en el mercado de trabajo son grandes (mayores, incluso, que las de muchos ciudadanos), no son pocos ni



anecdóticos los ejemplos que demuestran lo contrario. De aquí que no quepa rechazar sin más la posibilidad de que una intervención resocializadora pueda alcanzar cierta eficacia en la prevención del delito.

Pero, además, el hecho de que la resocialización pueda funcionar frecuentemente como un mito no es algo necesariamente rechazable y "peyorativo". Hay que insistir en que son muchos los mitos que funcionan en nuestra sociedad incorporando aquellas ideas que la sociedad nos impone como básicas para su existencia y desarrollo: la justicia, la libertad, la democracia, la solidaridad, el amor, la belleza, etcétera. Pues bien, la resocialización como mito no dejaría de ser una de esas "ideas-fuerza" esenciales para el funcionamiento de nuestra sociedad, aunque susceptibles, como la justicia, la libertad o la belleza, de interpretaciones diversas, según el modelo o "ideología social" preferido. En definitiva, lo que socialmente se persigue al castigar o sancionar al infractor es siempre que no vuelva a cometer el delito, pero para ello se ofrecen múltiples modelos de resocialización sustentados sobre métodos y contenidos diversos.

Tampoco cabe aceptar que puesto que nos encontramos en una sociedad injusta sea preciso comenzar por resocializar a la propia sociedad antes de intervenir sobre los delincuentes (o el resto de los ciudadanos: menores, jóvenes, etcétera) con un fin resocializador.

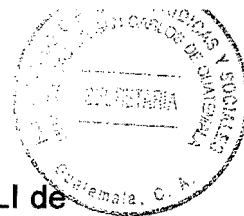
Con independencia de que la consecución de la (sin duda inalcanzable) sociedad perfecta, el derecho justo, coherentes con los valores socialmente proclamados,



deba ser objeto de esfuerzo permanente, ello no es obstáculo para que, entre tanto, los integrantes de esa sociedad hayan de insertarse en un orden (cambiante, pero) determinado y esa inserción será legítima siempre que se practique con respeto de los derechos fundamentales de la persona, constitucionalmente proclamados.

Incluso si todas las experiencias terapéuticas pudieran calificarse de fracaso, a la vista de los medios empleados y del estado actual de cosas en el mundo penitenciario podría seriamente discutirse que ello debiera llevar consigo el rechazo conceptual del principio resocializador. Desde luego no es ésta la solución aplicada a otros valores como la libertad individual, la salud, el desarrollo económico o el equilibrio ambiental, que también se caracterizan ampliamente (o en parte) por su fracaso histórico y la escasez de medios disponibles para su realización.

En fin, por lo que respecta a la compatibilidad o incompatibilidad de la intervención resocializadora con los derechos fundamentales de los internos que afecta especialmente a los modelos médicos, objeto de fuerte rechazo en la actualidad, parece ya ampliamente admitido que, hasta por criterios de eficacia, la sumisión a tratamiento ha de hacerse, en todo caso, sobre bases puramente voluntarias y con empleo de métodos aceptados en el mundo exterior, debiendo establecerse garantías formales suficientes en prisión para asegurar que el ejercicio de la (relativa) autonomía individual del interno no determine consecuencias disciplinarias, ni penitenciarias desfavorables. En este sentido,

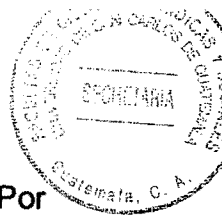


resulta de especial interés en el derecho español la propuesta de MAPELLI de aplicar el sistema progresivo tradicional a cuantos no se sujeten al modelo de individualización científica dibujado por la legislación penitenciaria.

Conviene además indicar que, frente a lo que comúnmente se cree, no son pocos los peligros que el abandono de la finalidad resocializadora plantea de regreso a concepciones puramente retributivas de la pena y mayor represión en la ejecución penitenciaria.

Conocido es, en efecto, el importante progreso que en el campo penal tuvo lugar históricamente con la adopción de la resocialización como meta de la intervención penitenciaria, promoviendo la desmitificación y discusión acerca del "ius puniendi" y de la pena misma, a los que se podía someter ya a enjuiciamiento por contraste con la finalidad perseguida. El rechazo de la resocialización, sin más, habría de conllevar probablemente una auténtica vuelta atrás en este estado de cosas, fomentando el neorretribucionismo y, consiguientemente, un firme refuerzo de la potestad punitiva del Estado sin cuestionamientos molestos.

Las repercusiones en el ámbito penitenciario serían, por su parte, especialmente graves. Resulta, en efecto, difícil imaginar un ambiente y régimen penitenciario humano y respetuoso de los derechos de los presos, ausente toda finalidad resocializadora. Por el contrario, la historia reciente demuestra que sólo a través de la reafirmación de la resocialización se ha solido luchar efectivamente por los derechos de los presos y por la obtención de mejoras y medios que permitan



una mejor atención y asistencia a cuantos se encuentran privados de libertad. Por consiguiente, el abandono de la resocialización habría de llevar probablemente a la focalización de la intervención penitenciaria en los aspectos custodiales y represivos, con grave riesgo de conversión de las prisiones en meros depósitos de seres humanos. Ahora bien, aun cuando en este marco se tratara de evitar toda influencia negativa, es preciso insistir en la importancia que todo lo vivido en prisión tiene para el comportamiento futuro del interno y la imposibilidad conceptual de influencias neutras en el mundo penitenciario. De aquí que parezca mucho más razonable mantener una orientación de la pena dirigida a propiciar influencias positivas sobre los internos, como sucede con la resocialización.

La conclusión anterior parece especialmente indicada cuando todavía cabe un entendimiento democrático de la resocialización y es posible su configuración como garantía individual del condenado y no derecho de la sociedad o del Estado.

Si la pena privativa de libertad debe orientarse a la reeducación y reinserción social, la resocialización no puede ser sólo meta del tratamiento (que entendido en un sentido estricto sólo afecta a una parte reducida de la población penitenciaria), sino que también ha de afectar al resto de aspectos no terapéuticos de la prisión, también el régimen penitenciario debe ser un régimen penitenciario resocializador.

El régimen penitenciario no puede quedar, pues, ajeno a la instauración y apertura de mecanismos que, al margen del tratamiento, faciliten el retorno del sujeto al



grupo social. También a él le corresponde ampliar las "posibilidades de participación (de los internos) en los sistemas sociales, ofreciendo alternativas al comportamiento criminal. Obviamente esto supone huir de las "cárceles-cementerios" y luchar decididamente, y en primer término, por la humanización de la institución penitenciaria, "condición necesaria del trabajo de resocialización".

Presupuesto y vía para esa humanización es sin duda, además de la modificación del actual ambiente prisional, caracterizado por la sobrepoblación y carencia de medios, la consolidación y refuerzo jurídico y jurisdiccional de las garantías individuales en el interior de la prisión, a través de una más clara regulación de los derechos de los presos y de los procedimientos en prisión, así como mediante el fortalecimiento de la figura del juez de ejecución de penas o de vigilancia, no exenta de problemas, pero de importancia elemental.

Igualmente, y en el plano organizativo, la orientación resocializadora del régimen habrá de obligar a la mayor aproximación posible de aquélla con la vida exterior a la prisión con objeto de mitigar el efecto desocializador o estigmatizante propio de toda decisión judicial de internamiento y fomentar la participación de los internos en los sistemas sociales del exterior, ampliando sus modelos de comportamientos alternativos a la vía criminal. En este orden de cosas, resulta primordial la descentralización de la vida penitenciaria, con apertura de amplios espacios de decisión a las administraciones regionales y a las propias direcciones de los centros de internamiento cara al desarrollo y puesta en marcha, con cierta autonomía, de experiencias propias de contacto con el exterior.



Obviamente, lo anterior no deja de plantear problemas en la práctica, pues exige una transformación radical de la vida penitenciaria tendente a la minimización de sus efectos negativos -aislamiento, violencia, apatía- y maximización de los positivos, todo ello en el marco de su progresiva y sincera humanización. De otra parte, entra fuertemente en conflicto con el principio de menor elegibilidad, presente en el universo penitenciario desde su nacimiento y que obligaría a mantener al ciudadano en prisión en peores condiciones que las del peor de los ciudadanos para garantizar así la función de prevención (intimidación) general atribuida a la sanción.

4.4 Comentario final (la doble utilidad social de la pena)

Se concluye, entonces, que el Estado y la población deben adoptar únicamente como justas, aquellas penas consideradas socialmente útiles debido a su fin resocializador y que tienden a evitar por todos los medios, excluir al condenado del crecimiento humano homogéneo en relación al resto de la población.

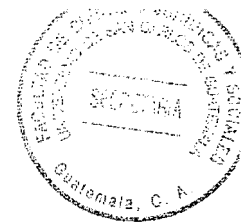
Particularmente resulta antagónica con el postulado anterior, la pena de muerte, pues su fin extinguidor traiciona el respeto de los derechos fundamentales del hombre, principalmente el de la vida, renunciando a los altos anhelos de conformar, imponer y ejecutar penas únicamente ventajosas para el individuo y para la sociedad. Ahí radica la dualidad de la utilidad de la pena: en primer término el efecto directo e inmediato sería en el individuo que delinque y es condenado, pues como fruto de su resocialización se derivarán efectos positivos de reaceptación social e integración en el plano de la



convivencia, sumándose al conjunto de individuos con equidad de posibilidades de desarrollo y crecimiento.

En segundo término, las ventajas de una adecuada resocialización son ilimitadas, pues los efectos descenderían en el conglomerado social. Dejemos de lado la parte retributiva o preventiva de la pena, y pensemos: ¿qué mayor beneficio, qué mejor último fin de la pena? que aquel que consigue devolver a la sociedad al peor de sus individuos y allanarlo a su propio ritmo, encausarlo en el mismo sueño, hacerlo útil nuevamente para la comunidad pacífica. Restarlo de la población criminal y sumarlo a la población normal. Diezmar la criminalidad y reforzar la llamada sociedad común, esa, esa es precisamente la verdadera utilidad de la pena, y solamente esas penas son las que deben juzgarse justas y no otras.





CONCLUSIONES

1. La actual aplicación de penas plenamente punitivistas y no resocializadoras, es un fenómeno emanado de la tendencia legislativa, judicial y poblacional, en cuyo criterio radica el castigo del recluso como único fin de la pena, desconociendo la utilidad social de un derecho penitenciario encauzado a la reeducación del individuo criminal.
2. La pena tiene, como fin primordial, motivar las facultades inhibitorias de los hombres, a efecto de que se abstengan de cometer acciones contrarias a la convivencia. La pena es una realidad no agradable y sin ésta ninguna sociedad podría sobrevivir. No se impone para retribuir, sino para hacer posible la convivencia humana. Por ello, nada puede justificar que el Estado imponga un padecimiento innecesario.
3. En Guatemala, las penas que buscan como fin exclusivo aplicar sanciones drásticas a quienes quebrantan la ley penal, con el objeto de mitigar la impotencia comunitaria ante la criminalidad, carecen de visión integral social, pues el punitivismo aporta nuevos factores criminógenos al no procurar la devolución de individuos útiles para la comunidad pacífica y normal.
4. La pena de muerte constituye la antinomia perfecta y más cruel de las penas justas y útiles para la sociedad. Tergiversan el modelo resocializador y declaran la derrota ante el fenómeno criminal. Todos los postulados que avanzan en contra de su



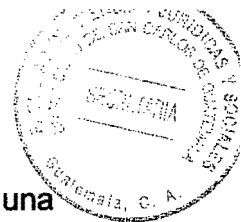
permanencia contienen un fundamento comprobado e histórico que irrefutablemente crea un marco de recapitación y de respeto a los derechos *ius* fundamentales.

5. La doble utilidad social de las penas recae, tanto en el individuo como en la sociedad misma; para el primero, porque lo incluye nuevamente en el engranaje del crecimiento humano uniforme, junto al resto de la población; para la sociedad porque neutraliza factores negativos al estrato criminal y los suma ventajosamente al conglomerado social que no busca más que una evolución humana y pacífica.



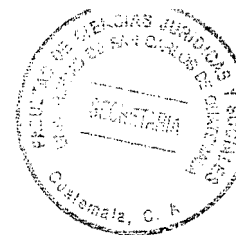
RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala debe crear y promocionar talleres informativos, así como medios de difusión masivos, dedicados a establecer y reforzar una cultura de sensibilización para la imposición de penas únicamente útiles para el condenado y para la sociedad. Dicha cultura ha de afirmarse en el criterio poblacional y estatal, para producir y ejecutar penas exclusivamente resocializadoras.
2. El Ministerio de Gobernación, mediante capacitaciones específicas, debe robustecer el sistema de imposición y ejecución penal. Principiando desde un objetivo análisis de los fiscales para solicitar penas con fines únicamente resocializadores, la imposición judicial de sanciones penales reeducativas y la constante vigilancia de la ejecución de las penas dentro de un marco de respeto a los derechos humanos.
3. El Estado de Guatemala debe divulgar ante la población y por los canales adecuados de comunicación, cuáles son las ventajas sociales al aplicar únicamente aquellas penas que tiendan a la readaptación social del condenado. Prefiriendo su fin reeducativo sobre su fin punitivo. Esa divulgación conviene realizarla mediante programas regionales coordinados con la sociedad civil y autoridades de la localidad receptora.
4. El Congreso de la República, debe suprimir la pena de muerte del ordenamiento jurídico vigente, esto ha de hacerlo luego de haber instalado la ya indicada cultura resocializadora. Puesto que todo proceso social debe realizarse paulatinamente y



tomando en cuenta el impacto político-social a producirse de no encontrar una sociedad educada y sensibilizada en el tema.

5. El Congreso de la República debe reformar los criterios punitivistas y fomentar una cultura resocializadora por medio de dos vías: la primera, mediante la inclusión del individuo a la sociedad con sus posibilidades intactas de desarrollo; la segunda, asegurando los panoramas y presupuestos necesarios para que la sociedad sea capaz de soportar penas que no causen padecimiento al transgresor.



BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. **Teoría general del proceso.** (s.e.) Editorial Vanguardia, México, 1997.
- ALBEÑO OVANDO, Gladis Yolanda. **Derecho procesal penal.** 2ª edición; Editorial universitaria. Guatemala, 2001.
- ASENCIO IBÁÑEZ, Pedro. **La función de los derechos humanos.** (s.e.) Editorial Fénix, México, 1992.
- BECHE LUJAN, Héctor. **Tratamiento penitenciario.** Pág. 3, San José de Costa Rica, Revista Ciencias Penitenciarias y Derecho Penal, No. 64, (abril, 1951).
- BOVINO, Alberto. **Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos.** Pág. 23, Buenos Aires, Argentina, Revista ¿mas derecho? No. 1 Noviembre 2000.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** (s.e.) Editorial Heliasta; Buenos Aires, Argentina; 1976
- CALDERÓN MORALES, Hugo. **Derecho administrativo I.** 3.a edición; Editorial Feg; Guatemala, 1999.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal.** 2ª Edición; Editorial Bosch, Barcelona 1940.
- FREIXAS, Eugenio. **La procuración penitenciaria, balance y perspectivas.** Editorial Del Puerto S.R.L., Buenos Aires, Argentina, año 1997.
- GARCÍA BÁSALO, José Carlos. **En torno al concepto de régimen penitenciario.** Pág. 29, México, Distrito Federal, Revista escuela de estudios penitenciarios No. 2, año 1990.
- GARCÍA VALDEZ, Juan Carlos. **Algunas tendencias actuales de la ciencia penitenciaria.** Managua, Nicaragua. Editorial Talleres el Grafico Impresiones, 1970.



HERRARTE, Alberto. **Derecho procesal penal. El proceso penal Guatemalteco.** Editorial Vile (s.e.); Guatemala; 1993.

LÓPEZ REY ARROJO, Manuel. **Cuestiones penológicas.** (s.l.i.) Editorial Richardel, 1955.

NAVARRO BATRES, Tomas Baudillo. **Cuatro temas de derecho penitenciario.** 2t.; (S.L.I.), año 1997.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Editorial Realista S.R.L. Argentina 1974.

OVALLE FAVELLA, José, **Teoría del proceso.** 2ª. edición; Editorial Fénix; México, 1998

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal.** (s.e.) Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, España, 1969.

RAMÍREZ GARCÍA, Luís Rodolfo. **Manual de derecho penal guatemalteco.** Guatemala, Ed. Artemis Edinter, Guatemala, 2001.

RODRÍGUEZ ALONSO, Alejandro. **Política educativa penitenciaria.** Editorial Serviprensa, S.A., Guatemala, 2002.

TOVAR TAMATO, Orlando. **La jurisdicción constitucional.** Serie Estudios, Caracas, Año 1983.

VALENZUELA O. Wilfredo. **El nuevo proceso penal.** Editorial Oscar de León Palacios (s.e.); Guatemala; 2000.

VARIOS AUTORES. **Diccionario de la Real Academia Española.** Ed. Electrónica. Versión 21.2.0w32. Real Academia Española; 1992. De la edición electrónica, Espasa Calpe, S.A., 1998.



Legislación:

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

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 de Guatemala. Decreto Número 17-73, Guatemala, 1973.

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

Ley del Régimen Penitenciario. Congreso de la Republica de Guatemala. Decreto 33-2006, Guatemala, 2006.