

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



**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN
CONGRUENCIA CON EL DELITO COMETIDO DENTRO DEL MARCO DE LOS
FINES PROPUESTOS EN EL ARTÍCULO DIECINUEVE DE LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

FELIPE ANDRÉS POLANCO ÁVILA

GUATEMALA, MAYO 201

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN
CONGRUENCIA CON EL DELITO COMETIDO DENTRO DEL MARCO DE LOS
FINES PROPUESTOS EN EL ARTÍCULO DIECINUEVE DE LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

FELIPE ANDRÉS POLANCO ÁVILA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo 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 Alergría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Rodrigo Franco López
Vocal: Lic. Marco Tulio Escobar Herrera
Secretario: Lic. Eddy Aguilar Muñoz

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos de León Velasco
Vocal: Lic. Rodolfo Giovanni Celis Lopez
Secretario: Licda. Marisol Morales Chew

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. Marco Antonio Villada Sandoral
Abogado y Notario
Talam Tzu Z.4 Lote 42 manzana H.
Teléfono 53064960



Guatemala, 1 de noviembre de 2010.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Latin
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria
Su Despacho



Licenciado Castillo Latin:

Por este medio me dirijo a usted, deseándole éxitos en sus labores cotidianas y profesionales.

El motivo de la presente es para informarle que en cumplimiento a la resolución en la que fui nombrado como Asesor del trabajo de tesis del bachiller FELIPE ANDRÉS POLANCO ÁVILA, intitulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN CONGRUENCIA CON EL DELITO COMETIDO DENTRO DEL MARCO DE LOS FINES PROPUESTOS EN EL ARTÍCULO DIECINUEVE DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA"**.

En base al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de la Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público se desglosa en los siguientes incisos:

- A) Considero procedente dictaminar que el contenido, objetivo desarrollado, análisis, aportaciones y teorías sustentadas por la autora, ameritan ser calificadas de sustento importante y valederas al momento de la asesoría efectuada del presente trabajo de investigación de tesis.

El tema seleccionado por el autor y el trabajo de investigación realizado reviste de suma importancia, ya que se pretende un Análisis Jurídico de la Pena en Guatemala y su mala aplicación así como su mal ejecución olvidando su fin en la Constitución Política que es rehabilitar, Readaptar y Resocializar al reo por ende el efecto inmediato es la reclusión de los delincuentes habituales; por lo que indico que el trabajo de investigación efectuado por el Bachiller FELIPE ANDRÉS POLANCO ÁVILA, es un punto relevante en el contenido analítico inserto en todo el presente trabajo de investigación

- B) Estableciendo que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la revisión prestada, habiéndose apreciado también el cumplimiento a los presupuestos

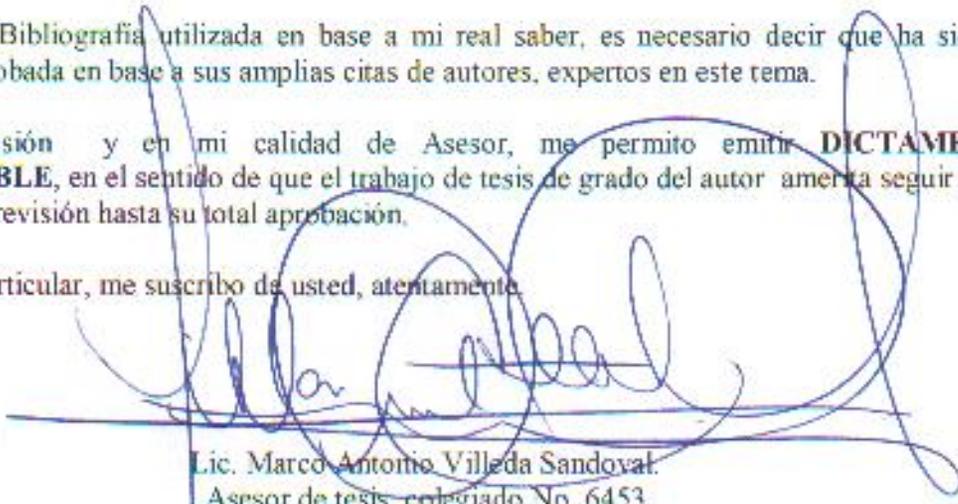


tanto de forma como de fondo, exigidos por el Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, Artículo 32, en la investigación, en esta tesis se utilizó el método científico, mediante los tres métodos fundamentales que este implica, el método hipotético deductivo, observando el fenómeno a estudiar, creado la hipótesis para explicar el fenómeno, deducción de consecuencias o proposiciones elementales que la propia hipótesis aprobando en mi calidad de asesor.

- C) En base a mi opinión el trabajo de investigación y otras consideraciones que se estiman pertinentes indico que la redacción es aprobada y que en el presente dictamen se determina expresamente que el trabajo de investigación cumple satisfactoriamente con los requisitos establecidos anteriormente.
- D) Verificando el contenido científico y técnico en la elaboración del tema, su método y técnicas de investigación los cuales fueron indicados, habiendo dado una idea de cómo mejorar la redacción, verificando las conclusiones y las recomendaciones, la contribución científica del tema presentado es de mucha importancia a la sociedad debido a que vivimos una etapa sangrienta y todos nos preguntamos el por qué, siendo este muy claro y sencillo que es nuestro fracaso en los sistemas penitenciarios, siendo estos muy obsoletos, antiguos, y sin personal capacitado.
- E) Buscando el objeto del tema del presente trabajo, las conclusiones y recomendaciones a las que ha llegado el autor, son pertinentes y acordes al contenido y siendo muy reales, estableciendo que es necesario un cambio en los sistemas penitenciarios en el país para que un reo pueda ser rehabilitado, readaptado y resocializado a la sociedad.
- F) La Bibliografía utilizada en base a mi real saber, es necesario decir que ha sido aprobada en base a sus amplias citas de autores, expertos en este tema.

En conclusión y en mi calidad de Asesor, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado del autor amerita seguir su trámite de revisión hasta su total aprobación.

Sin otro particular, me suscribo de usted, atentamente.


Lic. Marco Antonio Villeda Sandoval
Asesor de tesis, colegiado No. 6453

Lic. Marco Antonio Villeda Sandoval
ABOGADO Y NOTARIO



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintitrés de noviembre de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante FELIPE ANDRÉS POLANCO ÁVILA, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN CONGRUENCIA CON EL DELITO COMETIDO DENTRO DEL MARCO DE LOS FINES PROPUESTOS EN EL ARTÍCULO DIECINUEVE DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA".

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. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/stlh



Lic. Edgar Armando Castillo Ayala
Abogado y Notario
307. Avenida 13-62 zona 1, ciudad
Teléfono 22327936.

Guatemala, 15 de enero de 2011

Licenciado

Marco Tulio Castillo Lutin.

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Licenciado:



Con base en la resolución de fecha 23 de noviembre del año 2010. En donde se me nombra como revisor del trabajo de tesis del Bachiller FELIPE ANDRES POLANCO AVILA, intitulado: "ANÁLISIS JURIDICO DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN CONGRUENCIA CON EL DELITO COMETIDO DENTRO DEL MARCO DE LOS FINES PROPUESTOS EN EL ARTICULO DIECINUEVE DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA".

Por la facultad que se me concede como revisor para realizar modificaciones que tiene como objeto mejorar la investigación, se modifica la redacción de las conclusiones y bibliografía con el objeto de tener una mejor comprensión de las mismas, en base a las siguientes numerales romanos:

- I) El trabajo de tesis está contenido Científicamente y Técnico en Cuatro Capítulos; los cuales se detallan a continuación: el Primer Capítulo, Proporcionalidad de la pena, el Segundo Capítulo La Culpabilidad. En el Tercer Capítulo como punto medular de esta investigación se enfatiza la Tipicidad, y como Cuarto Capítulo, Proposición de la pena, estableciendo que el Código Penal su fin de la pena es retributiva y la Constitución Política establece que debe ser resocializadora, siendo esto motivo del análisis jurídico.
- II) Para el desarrollo del trabajo, el autor hizo uso de los métodos; el científico, mediante los tres métodos fundamentales que este implica, el método hipotético deductivo, observando el fenómeno a estudiar, creado la hipótesis para explicar el fenómeno, deducción de consecuencias o proposiciones elementales que la propia hipótesis, de igual forma el método inductivo mediante la obtención de conclusiones generales a partir de indicios particulares, observando y registrando los hechos para poder analizar y clasificar los hechos obteniendo el contraste y el método deductivo partiendo de la observación de los hechos.



- III) La redacción utilizada es de mi aprobación, para fines de elaboración de tesis, he leído la misma y junto con el autor realizamos los cambios pertinentes.
- IV) En este tema la contribución científica presentada, se redacta mencionando una mejora a los sistemas penitenciarios, proponiendo que se creen normas legales, y nuevos centros penitenciarios con capacidad de control de los reos y con programas de estudio de enseñanza, programas de trabajo, programas de rehabilitación intensivas.
- V) Para finalizar se plantean las conclusiones y recomendaciones pertinentes, adquiridas mediante el presente estudio, las cuales junto al autor han sido modificadas y ahora ya revisadas por mi persona.
- VI) La Bibliografía utilizada en base a mi real saber, es necesario decir que ha sido aprobada en base a sus amplias citas de autores, expertos en este tema.

Para concluir se utilizó paralelamente a los métodos que integran el científico el método analítico que implica la separación de un todo en sus partes o en sus elementos y el método sintético uniendo los elementos. En el desarrollo del trabajo se utilizó metodología adecuada y la bibliografía utilizada fue la indicada para el desarrollo del tema.

Se establece que se cumplieron los requisitos exigidos por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo cual, resulta procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis revisada.

Atentamente me suscribo como su seguro servidor.

No. De colegiado 6220.

Edgar Arminio Castillo Ayala
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinticinco de marzo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante FELIPE ANDRÉS POLANCO ÁVILA, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN CONGRUENCIA CON EL DELITO COMETIDO DENTRO DEL MARCO DE LOS FINES PROPUESTOS EN EL ARTÍCULO DIECINUEVE DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/slh.



DEDICATORIA

- A DIOS PADRE:** Por ser el centro de mi existir
- A DIOS HIJO:** Por ser mi mejor amigo.
- A DIOS ESPIRITU SANTO:** Por iluminar mi entendimiento y fortificar mi voluntad.
- A LA VIRGEN MARÍA:** Por ser el modelo de mujer en mi vida.
- A MIS PADRES:** Arq. Jesús Felipe Polanco Tello y Larina Lizeth Ávila Avelar por su amor, comprensión, apoyo y estímulo; esperando que con la meta hoy alcanzada remunerere aunque sea en mínima parte todos los sacrificios que han hecho por mí.
- A MI HERMANITO:** Rodrigo José Polanco Ávila, que desde antes de decir una palabra intenta seguir mis pasos y yo con gusto le mostrare el buen camino.
- A MIS ABUELOS:** Paulino Felipe Polanco Vega
Rosalia Tello de Polanco
Dr. Sandino Antulio Ávila Mont
Nohemi Avelar de Ávila

A MIS TÍOS:

En especial a la Licda. Emilia Ávila y Lic. Marco Villeda por su ayuda en todo momento.

A MIS PRIMOS:

Por hacerme reír en mis momentos más estresantes.

A MIS AMIGOS:

Por acompañarme en cada etapa de mi vida.

A LOS LICENCIADOS:

Bonerge Amilcar Mejía Orellana, Avidán Ortíz Orellana, Hector Manfredo Maldonado Méndez, Giovani Celis Lopez, Carlos de León Velasco .

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por permitirme ser parte de sus aulas de estudio y aprendizaje.

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. Proposición de la pena.....	1
1.1 Condiciones y reglas que el juzgador debe observar al imponer una pena.....	1
1.2 Análisis del cumplimiento de resocialización y readaptación de la pena en Guatemala.....	6
1.3 Régimen progresista.....	28

CAPÍTULO II

2. Culpabilidad.....	41
2.1 Clases de culpabilidad.....	42
2.2 La proporcionalidad de la pena en congruencia con el daño infringido.....	46
2.3 La culpabilidad en el delito.....	47
2.4 La culpabilidad del autor.....	51
2.5 Atenuantes y agravantes.....	58

CAPÍTULO III

3. Tipicidad.....	63
3.1 Aplicación de los tipos penales regulados en el Código Penal y sus penas.....	66
3.2 Análisis de la justa relación entre los tipos penales regulados en el Código Penal y sus penas.....	88
3.3 No hay pena sin tipo penal.....	91

CAPÍTULO IV

4. Proporcionalidad de la pena.....	95
4.1 Concepto.....	95
4.2 La defensa social y el tratamiento del delincuente.....	98
4.3 Análisis jurídico de la proporcionalidad de la pena en congruencia con el delito dentro del marco de los fines propuestos en el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala.....	106
4.4 La teoría retributiva.....	110
4.5 La teoría resocializadora.....	116
CONCLUSIONES.....	127
RECOMENDACIONES.....	129
BIBLIOGRAFÍA.....	131

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas por el cual el autor, realiza un análisis Jurídico, es la realidad nacional que viven la sociedad guatemalteca, diariamente en los periódicos nacionales, se observa que los criminales vuelven a delinquir, debido a que los sistemas penitenciarios de Guatemala, carecen de políticas efectivas, profesionales aptos y carentes de seguridad de alto nivel.

El objetivo es crear centros correccionales y sistemas penitenciarios, que puedan rehabilitar, readaptar y resocializar al recluso para que este no vuelva a delinquir, para que cuando salga del centro penitenciario, respete las leyes y no vuelva a cometer actos ilícitos, es muy probable que un delincuente aplicando leyes correccionales efectivas, y se empiece un proceso de reinserción al reo, disminuirá la delincuencia y aumentara la seguridad de los guatemaltecos.

El incumplimiento de los principios regulados en la Constitución Política de la República de Guatemala referentes al sistema penitenciario, la falta de asignación presupuestaria, carencia de carrera penitenciaria, corrupción en el sistema penitenciario, el control disciplinario a cargo de los reclusos son algunas de las causas por las cuales el sistema penitenciario guatemalteco no cumple con su finalidad.

El presente trabajo está contenido en cuatro capítulos, de los cuales el primero es relativo a las penas, su origen, finalidad y naturaleza; el segundo los principios y teorías sobre la culpabilidad; el tercer capítulo desarrolla lo referente a la aplicación de los tipos penales regulados en el Código Penal y sus penas y finaliza con el cuarto capítulo con condiciones y reglas que el juzgador debe observar al imponer una pena dentro del marco legal constitucional llegando a las conclusiones y recomendaciones que el autor considero pertinentes.

El hombre a través de la historia se caracteriza por su afán de conocer la realidad, la fuente de esta necesidad es utilizar todo tipo de instrumentos y técnicas de investigación, los métodos utilizados para la realización del presente análisis jurídico son el científico y el analítico que implica la separación de un todo en sus partes o en sus elementos y el sintético uniendo los elementos.

Sirva a la sociedad guatemalteca esta investigación, en la cual la pena dentro del marco constitucional guatemalteco, debe de cumplir los fines que establece el artículo diecinueve de la Constitución Política de la Republica de Guatemala, que son resocializar, readaptar y rehabilitar al reo, también es de suma importancia mejorar el sistema penitenciario de Guatemala, debido a la crisis en la que actualmente se encuentra dicho sistema, proponiendo mejores políticas rehabilitadoras, para beneficio de la sociedad guatemalteca.

CAPÍTULO I

1. Proposición de la pena

La función punitiva del estado que consiste en sancionar las conductas antijurídicas, principalmente se materializa, aplicando la pena de prisión la que dentro del proceso de rehabilitación integral del interno tiene como finalidad la resocialización. Así lo expresa el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al señalar como fin esencial del confinamiento en prisión, la readaptación y reeducación social de los reclusos en los centros penales.

1.1 Condiciones y reglas que el juzgador debe observar al imponer una pena dentro del marco legal constitucional

a) En relación a la persona: Los principios doctrinarios y legales del procedimiento penal relacionados con el sujeto activo del delito, así como con el agraviado, se conjugan en el sistema acusatorio penal, por lo que será necesario hacer un análisis de los mismos.

- Principio de legalidad: “El principio de legalidad implica, en primer lugar, la supremacía de la Constitución y de la ley como expresión de voluntad general frente a todos los poderes públicos. Además, el principio de legalidad implica la sujeción de la administración a sus propias normas, los reglamentos”¹.

Este es el principio rector del derecho penal, mediante el cual se limita el poder del Estado como ente encargado de administrar justicia, y constituye una garantía para todo ciudadano, en el sentido de que sus actos no sean objeto de proceso penal si no están contemplados en la ley.

¹ Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**. Pág. 792.

- Principio de audiencia: En particular, se entiende por principio de audiencia aquel principio general del derecho que tradicionalmente se formula diciendo que nadie puede ser condenado sin ser citado, oído y vencido en juicio. Dicho en otras palabras, no puede dictarse una resolución judicial para un sujeto jurídico sin que éste haya tenido oportunidad de exponer dentro del proceso en que la resolución recae, lo que estime conveniente y esté legalmente previsto como medio de defensa.
- Juicio previo y debido proceso: Éste consiste en que para dictar un fallo es necesaria la tramitación previa de un proceso, de acuerdo con las normas legales establecidas sin violación de las mismas.

Mediante este principio el imputado tiene derecho a ser juzgado por juez competente; el sindicado tiene derecho a ser citado y notificado conforme a la ley; el imputado tiene derecho a la defensa técnica, y el Estado, la obligación de garantizársela.

- Principio de inocencia: Este es el principio por medio del cual a todo imputado se le considera inocente hasta que se pruebe lo contrario. Por medio de este principio, durante todo el procedimiento el procesado será tratado como inocente hasta que, mediante sentencia firme, se declare responsable y se le imponga una pena o medida de seguridad.

“El principio de inocencia se encuentra ligado con el principio del juicio previo. Los principios obedecen a la concepción República, al gobierno y al espíritu liberal de las instituciones”².

En los procesos de desjudicialización es aplicable este principio, ya que, aunque el sindicado se declare confeso, como en el procedimiento abreviado, el juez actuará imparcialmente y velará porque el delito esté tipificado y que el hecho constituya delito;

² Palacios Colindres, Norma Judith. **Principios y garantías del sistema procesal penal**. Pág. 34.

asimismo, el defensor puede probar la inocencia de su representado, o bien alegar eximentes.

- In dubio pro reo: Mediante este principio se tendrá presente que la duda favorece al reo. En el Digesto de Justiniano se establece: “Es preferible dejar impune al culpable de un hecho que perjudicar a un inocente”³.
- Principio de oportunidad reglada: Este principio se aplica tradicionalmente en los países anglosajones, y establece reglas claras para que pueda prescindirse de la acusación penal, cuando por un aparente hecho delictivo ordinariamente deba seguirse proceso. El ordenamiento procesal penal guatemalteco lo regula en el criterio de oportunidad.
- Favor libertatis: Este principio busca la graduación del auto de prisión provisional, y como consecuencia aplicar dicho auto a los delitos de mayor gravedad, minorizando ese auto a los sujetos activos de delitos intrascendentes y que no lesionan el interés social.
- Principio de non bis in idem: Este principio establece que nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.

b) En relación con el órgano jurisdiccional: Entre los principios que rigen el órgano jurisdiccional, o sea el tribunal o juzgado que conoce del caso, es necesario mencionar los siguientes:

- Juicio previo y debido proceso: Este principio, si bien es cierto fue mencionado en los principios en relación con la persona, también es cierto que debe ser citado entre las normas que rigen el órgano jurisdiccional, ya que el juzgador debe observar que en el proceso se sigan los lineamientos establecidos en las leyes, y que antes de dictar una sentencia haya un juicio previo para llegar a conclusiones

³ Ibíd., Pág. 37.

de certeza jurídica (Artículos 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo cuatro del Código Procesal Penal y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

- Principio de oficialidad: Radica en que el Estado es el encargado de perseguir y castigar al sujeto que ha cometido el delito, por medio de los órganos jurisdiccionales establecidos, y es el Ministerio Público el encargado de investigar y llevar a cabo la persecución penal en los delitos de acción pública.
- Principio de estatalidad: Se enrola a los órganos creados por el Estado para el desarrollo de la investigación y la persecución penal, entre los cuales están la Policía, el Ministerio Público y los órganos jurisdiccionales.
- Principio de oficiosidad: “Se refiere a la doble particularidad del Estado ante la comisión de un delito; su oficio es espontáneo e interviene en defensa de la sociedad”⁴.

La intervención de oficio se refiere a la persecución penal en los delitos de acción pública (Artículo 24 del Código Procesal Penal). En la intervención de oficio se excluyen los delitos de acción pública a instancia particular, y los delitos de acción privada. En la desjudicialización, el Ministerio Público puede pedir al juez que controla la investigación que se aplique uno de los sistemas desjudicializadores (criterio de oportunidad, procedimiento abreviado, etc.) cuando el delito no es grave ni afecta a la sociedad, para dedicarle más tiempo a los delitos que sí debe perseguir de oficio y con los cuales se ofenden los derechos de la sociedad.

- Principio de la verdad real: Este principio rige en cuanto al fin primordial de todo proceso, que es la averiguación de la verdad. Cuando se logra alcanzar la verdad formal se lleva a buen término el proceso, por lo que la razón la tendrá aquel a quien la ley la otorga.

⁴ Ibíd. Pág. 18.

- La autonomía en la investigación: También llamada impulso procesal de oficio. Este principio lo toma el Código Procesal Penal, en el sentido de dar al Ministerio Público independencia en la investigación (Artículo ocho del Código Procesal Penal).

Como ejemplo se puede mencionar la desjudicialización en varios delitos. Se han creado procedimientos en los cuales el Ministerio Público no tiene participación, y donde las partes son los protagonistas del procedimiento (delitos de acción privada). En otros casos el Ministerio Público actúa con el objetivo de terminar el procedimiento por medio de la desjudicialización (criterio de oportunidad) para dedicarle mayor tiempo y esmero a los delitos que sí tienen que investigar de oficio por la gravedad del mismo.

c) En relación con la sociedad: Estos principios van en defensa de la sociedad, para castigar al sujeto que ha cometido el delito, considerándose el ilícito que lesiona los intereses sociales y que por mandato legal se debe actuar de oficio.

- Independencia en la investigación: En éste, el Ministerio Público es independiente para realizar la investigación con el fin de perseguir aquellos delitos que van contra la sociedad; su fin principal es la averiguación del hecho punible para llevar a juicio al o los sujetos que han cometido el ilícito.

Principio de imputación: Este es el conjunto de garantías cuyo incumplimiento hace incurrir a la autoridad en violación de ley.

Este principio descansa en una formal acusación de parte del Ministerio Público, que señalará concretamente los hechos por los cuales se formula la acusación, el delito cometido y las personas ofendidas. Sin estos postulados no tendría razón el juzgamiento del sujeto activo del delito.

En estos casos el Ministerio Público vela por plantear los hechos concretos y probarlos para buscar la condena del imputado.

d) Disposiciones generales: Los principios procesales son aquellos que deben cumplirse para que el proceso llene los requisitos y legalidades formales, para que durante el mismo se lleve con rectitud el procedimiento y las partes puedan tener la certeza de que el proceso fue tramitado en la forma que determinan las leyes guatemaltecas, que se llenaron los requisitos esenciales para llegar a dictar un fallo o una sentencia; además de darles todas las oportunidades a las partes para que puedan participar en el proceso dentro del marco legal.

La palabra principio proviene del vocablo latín principium, que significa primer instante del ser, de la existencia, de la vida. Razón, fundamento, origen, causa primera, máxima norma, guía. En este sentido se dice que los principios jurídicos procesales son los que le dan vida al derecho, al proceso, a determinado procedimiento; son la guía para el desenvolvimiento del procedimiento; son las normas para que el proceso se efectúe con el fiel desempeño, teniendo un fundamento legal que será por el que velarán los juzgadores para su cumplimiento.

e) Fines: El fin principal que conllevan los principios procesales es la tramitación de la causa, apegándose a la ley y a las formalidades del procedimiento; establecer la legalidad de las actuaciones sin vulnerar la norma jurídica que le da vida al procedimiento.

1.2 Análisis del cumplimiento de resocialización y readaptación de la pena en Guatemala

Dentro del marco constitucional guatemalteco, el cumplimiento de resocialización y readaptación social del interno, no es lo que buscan los juzgadores en Guatemala, debido a que los centros preventivos carecen de un control interno y externo efectivo, los reclusos se insertan dentro de la sociedad no rehabilitados, por lo que son muy altas las probabilidades de que este vuelva a delinquir.

a) Características del sistema penitenciario guatemalteco: La situación real en que se desarrolla la administración de los centros penales del país por el sistema penitenciario como institución, ha sido investigada por organismos internacionales entre ellos, la Organización de Estados Americanos, y por entes nacionales creados con ese propósito, entre otros por ejemplo: la Comisión Consultiva del Sistema Penitenciario Nacional.

Sin embargo, el Estado debe contar con suficiente información del funcionamiento del sistema penitenciario, proporcionada por las instituciones mencionadas, la situación actual de las cárceles no ha variado, según se constato en la presente investigación, las principales características del sistema penitenciario que se determinaron son las siguientes:

- 1) El marco regulador del sistema penitenciario, es la Ley del Régimen Penitenciario, Decreto Ley 33-2006 del Congreso de la República de Guatemala; no obstante durante décadas el sistema funcionó de acuerdo al Reglamento de la Dirección General del Sistema Penitenciario, Acuerdo Gubernativo 607-88, regulándose la administración de los centros penales a través del Acuerdo Gubernativo 975-84 Reglamento para los centros de detención de la república de Guatemala.
- 2) El sistema penitenciario guatemalteco, entendido como conjunto de Instituciones que se encarga de la administración de los centros penales, adolece de graves limitaciones, principalmente de orden económico, depende directamente del Ministerio de Gobernación, y de las asignaciones presupuestarias que este le otorgue, este tipo de limitaciones se proyectan en la administración de los centros de reclusión⁵.
- 3) Las personas que han ocupado el cargo de director del sistema penitenciario, han sido removidas o renuncian al cargo al poco tiempo de estarlo desempeñado.

⁵ Soberanis, Catalina, y otros. **Comisión consultiva del sistema penitenciario nacional**. Págs. 61, y 62.

- 4) Consecuencia del principio de judicialización, el sistema penitenciario está bajo el control jurisdiccional de los jueces de ejecución, con el objeto de velar para que no se produzcan desvíos en la ejecución penal por parte de las autoridades penitenciarias, ni tampoco se lesionen o limiten derechos subjetivos de los reclusos que la ley garantiza.
 - 5) Con relación a la administración de los centros penales, la seguridad en las entradas principales y alrededor de sus oficinas administrativas, está a cargo de la guardia penitenciaria.
 - 6) Las eventuales requisas al interior de los centros, están a cargo de la Policía Nacional Civil.
 - 7) La mayoría de los centros penales administrados por el sistema penitenciario, basa su infraestructura en módulos comunales llamados sectores, en donde los internos son clasificados supuestamente, atendiendo al grado de peligrosidad.
 - 8) Consecuencia de la infraestructura de módulos comunales, el control interno de los centros se encuentra a cargo de los comités de orden, o de líderes de los sectores.
 - 9) En la granja modelo de rehabilitación Pavón, anterior a su intervención, proliferaban apartamentos de propiedad particular.
 - 10) En los centros de detención preventiva, hay hacinamiento, es evidente el ocio, los internos están generalmente confinados a su sector durante el día; no existen actividades debidamente planificadas por el sistema penitenciario, en las que los reclusos ocupen su tiempo.
- b) Análisis a las características del sistema penitenciario guatemalteco: El sistema penitenciario guatemalteco como conjunto de instituciones a cargo de la administración de los centros penales y la reinserción social de los internos, hasta el seis de octubre del 2006, careció durante décadas, de una ley específica que regulara su función, las

normas aplicadas para el tratamiento de los reclusos, se encontraban dispersas en varias leyes penales; y las instituciones que lo conforman aún dependen fundamentalmente del Ministerio de Gobernación; el Decreto Ley 33/2006 del Congreso de la República, Ley del Régimen Penitenciario, que agrupo las leyes dispersas recién entró vigencia.

A partir de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, el Organismo Legislativo recibió más de 14 anteproyectos de ley del régimen penitenciario, la iniciativa de ley mas reciente conocida por el pleno fue la 2686 presentada por el Organismo Ejecutivo en el año 2002, la que por cambio del Congreso de la República, debió ser presentado de nuevo el 14 de octubre del 2004, con dictamen favorable por la comisión de gobernación, este proyecto se convirtió en ley de la República, mediante el Decreto del Congreso de la República 33-2006. “El aprobar una ley que regulara las funciones del sistema penitenciario, se fue prorrogando durante muchas legislaturas, lo que evidencia el poco interés político, en mejorar el sistema carcelario”⁶.

Al depender directamente del Ministerio de Gobernación, el Sistema Penitenciario Guatemalteco no dispone de recursos suficientes que le permitan una mejor administración de los centros penales, la falta de recursos no permite la ampliación de la infraestructura en los espacios disponibles de los centros, observándose que los mismos internos paulatinamente han invadido estos espacios con construcciones anti-técnicas y caprichosas que en nada benefician al centro penal, este fenómeno fue fácilmente observable en la granja modelo de rehabilitación Pavón previo a su ocupación, además la falta de recursos, tampoco permite la construcción de nuevas edificaciones, la compra de equipo tecnológico apropiado para la seguridad de los centros, la no-contratación de personal calificado que como equipo multidisciplinario determine el régimen de resocialización aplicable acorde al tipo de reclusos de los centros penales.

⁶ Ibíd., Pág 67.

Para el cargo de director en el sistema penitenciario, no se exigía que la persona que lo desempeñara forzosamente fuera un profesional del derecho, el reglamento permitía la inclusión de un técnico en administración penitenciaria, sin embargo fueron constantes las remociones o renunciaciones de sus titulares, lo que dio un margen muy estrecho para originar cambios sustanciales.

El proyecto de ley del régimen penitenciario, contenido en la iniciativa de Ley 2686; incluyó en la exposición de motivos, la recomendación de que en la administración del sistema penitenciario se contratara a funcionarios, personal administrativo y personal de seguridad con amplios conocimientos en materia penitenciaria; convertido en ley mediante el Decreto 33- 2006, Ley del Régimen Penitenciario, en su Artículo 36 para director del sistema solo exige que ostente el grado de licenciatura, no prescribe ningún requisito de especialización en derecho penitenciario.

La infraestructura de los centros penales, bajo la modalidad de módulos comunales llamados sectores genera hacinamiento, y permite que reclusos multireincidentes con alto grado de peligrosidad, compartan el sector con delincuentes primarios, y determina que el control interno del sector o del centro penal lo tengan ciertos reos con el carisma de líderes; además facilita la connivencia para la preparación de fugas, motines y actos delincuenciales desde su interior, como por ejemplo las amenazas por medio de llamadas telefónicas.

El principio de intervención judicial o judicialización del sistema penitenciario, está contenido en el Código Procesal Penal que señala en el Artículo 498: control general sobre la pena privativa de libertad: el juez de ejecución controlará el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario; entre otras medidas dispondrá las inspecciones de establecimientos penitenciarios que fueren necesarias y podrá hacer comparecer ante sí a los penados con fines de vigilancia y control. A tal fin podrá delegar la función en inspectores designados para el caso. El juez deberá escuchar al penado sobre los problemas que enfrentará inmediatamente después de recuperar su libertad y procurará atender aquellos cuya solución este a su alcance; sin embargo, ésta no es

una competencia exclusiva de los jueces de ejecución, el inciso c del 45 Artículo 95 de la Ley del Organismo Judicial, con relación a las atribuciones de los jueces de primera instancia, literalmente expresa: “c) los que tienen competencia en materia penal están obligados a visitar, por lo menos una vez al mes los centros de detención y las cárceles de su distrito, de donde se colige que es pretensión del Organismo Judicial, comprobar el estado de las cárceles y de los centros de detención”; este articulado en principio permite reducir las posibilidades de probables abusos en contra de los internos, sin embargo los internos entrevistados en la granja modelo rehabilitación Pavón, manifestaron que nadie del Organismo Judicial los visita para averiguar en qué condiciones se desarrollan sus actividades.

De conformidad con la ley anterior, la dirección general del sistema penitenciario podía establecer el funcionamiento de cada centro, a través de los informes que rindiera el inspector general del sistema penitenciario, así el derogado Acuerdo Gubernativo 607-88 Reglamento de la Dirección General del Sistema Penitenciario, literalmente en su Artículo 14 expresa: “el inspector general del sistema penitenciario tendrá a su cargo: a) visitar periódicamente todos los centros de detención de la República, a efecto de verificar el correcto funcionamiento de los mismos de acuerdo a las leyes y reglamentos respectivos... d) supervisar directamente los procedimientos y actividades administrativas, la prestación de los servicios, el tratamiento que se le proporcione a los reclusos y las condiciones de vida en que éstos se desarrollen, debiendo velar por la seguridad de los internos...”

Sin embargo se comprobó mediante la observación directa, que no obstante existir un mecanismo legal para la supervisión de los centros penales, la infraestructura de los mismos, estaba descuidada, el comité de orden de la granja modelo de rehabilitación Pavón, aseguró al sustentante, que ellos exigen a los internos una cuota mensual que oscila entre dos y cinco quetzales para la compra de insumos destinados a los trabajos de mantenimiento interno del centro, y para pagar a los reclusos que hacen este tipo de trabajo.

En el Centro de Orientación Femenino, las internas no están organizadas para proveerse de fondos para la mejora de las instalaciones, y es notorio el deterioro de estas, se advierte que desde su inicial construcción no se le han hecho mejoras, ni cambios sustanciales, aun la pintura de las paredes de los módulos, da la impresión de ser la que se uso en su inauguración.

La parte más débil del sistema penitenciario se observa en su seguridad interna, la Policía Nacional Civil eventualmente requisita el interior de los centro penales, ante el avizoramiento de motines o fugas masivas se solicita la ayuda del Ejército Nacional; pese a las requisas siempre encuentran gran cantidad drogas, alcohol, celulares, armas punzo cortantes y de fuego, lo que denota la fragilidad del control, y la permeabilidad en el ingreso de los estupefacientes y artefactos prohibidos, no se puede afirmar que esta situación que denota corrupción se relacione con los salarios que devengan los guardias penitenciarios que son bajos, pero los internos al ser entrevistados manifestaron que en muchas ocasiones proveen a los guardias de comida, y de recursos económicos para que estos regresen a sus lugares de origen en sus días de descanso. La Comisión Nacional del Sistema Penitenciario, en su informe señala que: “el sistema penitenciario, es la institución que más bajos salarios paga a sus funcionarios y empleados, los cuales están por debajo de los sueldos devengados por la Policía Nacional Civil”⁷.

Al interior de los centros penales no entra la guardia penitenciaria; el señor Julio César Yoc, interno encargado del taller mecánico de Pavón, expreso que los vehículos que ingresan para su reparación en éste taller deben previamente cumplir con todo un procedimiento administrativo para su ingreso, trámite que corre a cargo de las autoridades del penal, no ingresa ningún vehículo sin autorización, consecuentemente es difícil establecer el porque se encuentran en el taller vehículos de dudosa procedencia según aseguran las autoridades de policía. Las investigaciones periodísticas señalan: “un taller mecánico ubicado en la granja penal Pavón era utilizado por la banda de Jorge Moreira alias el marino, para ocultar vehículos, cambiar

⁷ Ibíd., Pág. 75.

placas, alterarlos y luego utilizarlos en secuestros y robos, según la Policía Nacional Civil”⁸.

El fundamento jurídico que regulaba la inclusión de grupos de enlace entre autoridades e internos, puede ubicarse en Artículo 36 del derogado Acuerdo Gubernativo 607-88, Reglamento General de la Dirección General del Sistema Penitenciario, que literalmente establece: Artículo 36. “La Dirección General del Sistema Penitenciario, llamará a integrar una comisión de internos en cada uno de los centros de detención de la república, la cual tendrá como función primordial servir de enlace entre los internos y las autoridades para promover el mejoramiento de las condiciones de vida de los mismos. La dirección general asesorada por el Ministerio de Gobernación, determinará el número de integrantes a cada comisión y el procedimiento a seguir para integrarlas”.

Este precepto jurídico, no establecía precisamente, la conformación de grupos de poder paralelos. Sin embargo en la práctica, previo a la intervención de la granja modelo de rehabilitación Pavón establecí mediante la observación, que el control interno estaba a cargo de los comités de orden y disciplina. El presidente del comité de orden y disciplina de la granja modelo de rehabilitación Pavón, Luis Alfonso Zepeda, manifestó al ponente: que su junta directiva está conformada por cuatro integrantes sin especificar los cargos que ocupaban cada uno, y que el comité de orden en pleno estaba integrado por 60 presidiarios, asegurando contar con el aval de la totalidad de la población reclusa; agregando que el comité de orden y disciplina creó un reglamento que contiene 50 artículos, puesto en vigencia el seis de septiembre de 1996, se le introdujeron reformas con fecha 10 de junio del 2004, instrumento que le sirvió de fundamento al comité de orden, para la aplicación de las normas que debía observar toda la población reclusa del centro; en los demás centros penales del país, supuestamente aún el control interno corre a cargo de los comités de orden, o de líderes de cada centro.

⁸ Palencia, Gema. **Ocultaban 11 autos en pavón**. Pág. 4.

El antecedente más cercano de la formación de los comités de orden en los centros penales; puede encontrarse en el establecimiento del personal auxiliar, contenido en el Reglamento para la Penitenciaría Central de 1937, que establecía: “Artículo tres. El gobierno de la penitenciaría, estará a cargo de un director, un subdirector y un alcalde”. Habrá para los diferentes servicios que las necesidades requieran, el personal de nombramiento gubernativo que indique el presupuesto general de gastos. Existirá además, un personal auxiliar, integrado por los reos que por su buena conducta y capacidad, merezcan desempeñar cargos secundarios, los que serán de nombramiento de la dirección, agregando este mismo cuerpo legal, que la inspección general del presidio estaría a cargo de un inspector general, delimitando sus funciones de conformidad con los Artículos 75 y 76, que literalmente transcritos expresan: Artículo 75: “Inspector General: desempeñará este cargo el recluso que haya demostrado ser de buena conducta, excelentes principios de moralidad, honradez y buenos antecedentes”. Artículo 76: “como subalterno inmediato del alcaide, es el llamado a mantener el orden y disciplina de todos los reclusos y velar porque las distintas dependencias funcionen de la mejor manera”.

Considero que la estructura de control interno a cargo de los reclusos establecida mediante el Reglamento para la Penitenciaría Central de 1937, se trasladó a los centros penales que la sustituyeron a partir de 1968; y la función principal del personal auxiliar, conformado por los mismos internos, con el propósito de velar por el mantenimiento del orden al interior del penal, y contribuir al mejoramiento de vida de los penados, se tergiversó con el tiempo, debilitó el principio de disciplina administrativa de los centros, y sin una base legal, su establecimiento primitivo, ha sido aprovechado por grupos de reclusos con poder y recursos económicos; este poder que ostentan ciertos reclusos, era observable en la granja Modelo de rehabilitación antes de su intervención, en el privilegio de aquellos que no permanecían en los sectores, sino que habían construido sus viviendas en los alrededores del penal.

Al entrevistar a los internos expresaron, que estando el control del centro a cargo del comité de orden y disciplina, le ahorran al estado cantidades considerables de dinero, y

que este tipo de autoridad a cargo de ellos mismos, es más efectivo para el mantenimiento de la paz, agregando, que las familias de los reos, los investigadores, y quienes visiten el centro penal, están más seguros dentro de él, que al salir del mismo.

Existió en todos los centros penales anterior a la ocupación de la Granja modelo de rehabilitación Pavón, un poder paralelo ostentado por los comités de orden y disciplina, los que supuestamente anulados, trasladaron el poder a los líderes de los sectores; justificable o no, lo cierto es que contradice el principio de que la autoridad y normas disciplinarias aplicables dentro de los centros penales deben provenir de la ley, debiendo ser el órgano encargado de su ejecución la dirección general del sistema penitenciario; no obstante como lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sin mecanismos que gradualmente reviertan el control interno en poder de los reclusos, los comités de orden y disciplina, o los líderes de los sectores comunales, decidirán lo que debe hacerse dentro del penal⁹.

Pese a que el Decreto Ley 33-2006 del Congreso de la República, Ley del Régimen Penitenciario establece en el Artículo 90 que “las medidas disciplinarias, son exclusividad de los directores de cada centro, o en su defecto del director del sistema penitenciario”; permite por medio del Artículo 26 la formación de grupos de reclusos que colaboren en el desarrollo de actividades educativas, laborales, culturales, deportivas, religiosas.

Con relación a la formación profesional de los reclusos en los centros penales, acorde con el precepto constitucional de la readaptación y reeducación social, contenido en el Artículo 19; el derogado Reglamento para los Centros de Detención de la República de Guatemala en su Artículo cinco expresaba: Las autoridades de cada Centro de Detención recibirán a los detenidos, de conformidad con lo dispuesto en las normas legales aplicables vigentes en Guatemala, y procurarán el bienestar general de la población interna y una orientación ocupacional y educativa, con miras a su

⁹ Sarmiento Citalán, Arnulfo. **La situación jurídica de los internos en el sistema penitenciario mexicano**. www.universidadabierta.edu.mx/biblio/LETRA-S.htm. (3 de diciembre del 2005).

rehabilitación; en tanto que el Decreto 33-200 del Congreso de la República, Ley del Régimen Penitenciario, en su Artículo tres, prescribe: “El sistema penitenciario tiene como fines...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”.

Sin embargo, puedo asegurar que pese a que la legislación penal ordena la reincorporación social de los reclusos, no existen en ningún centro penal guatemalteco, programas de reinserción social, debidamente estructurados por la administración penitenciaria.

A la sobrepoblación causa principal del hacinamiento, una infraestructura inadecuada, y una deficiente clasificación de los reclusos, se agrega el constante ocio en que se desarrolla la vida en prisión, especialmente en los de prisión preventiva, en donde los internos están generalmente confinados a su sector durante el día.

De lo descrito en los párrafos que preceden, infiero que para conseguir la eficacia del tratamiento penitenciario guatemalteco basado en el modelo resocializador, deberá contarse con la voluntad del penado, esto significa que debe despertarse el interés del interno en participar; consecuentemente no debe ser obligatorio, el interno debe estar convencido de su importancia; no debe enfocarse desde el punto de vista curativo, ya que la criminología moderna sostiene que el delincuente no es un enfermo, por lo tanto, el tratamiento resocializador no debe ser un medio de transformación de la personalidad del sujeto, esto no significa que en su conformación no se haga uso de un equipo multidisciplinario como ente encargado de la eficiencia y eficacia del proceso, integrado por profesionales en los campos del derecho, de la psicología, de la sociología, maestros de educación y de las artes, trabajadores sociales, médicos, psiquiatras y religiosos.

Un análisis del proceso de rehabilitación integral del recluso dentro del sistema jurídico guatemalteco permite deducir su orientación hacia las necesidades y carencias del recluso, el tratamiento en este sentido debe tomar en cuenta la condición socio cultural de los internos, y en esa línea debe enfocar sus programas; y debe ser eficiente, esto significa que aquellos que se hayan adherido al programa, al ser liberados deben tener plena capacidad de competir, y de reincorporarse al entorno económico social, en consecuencia; el interno con su adhesión voluntaria al proceso de resocialización, como sujeto proveniente de los estratos sociales más vulnerables del estado, carente de una serie de recursos económicos, que no le han permitido acceder a los procesos educativos formales, menos a una formación técnica profesional, consigue su rehabilitación integral.

Derivado de lo expuesto, considero que la institucionalización de un proceso readaptativo en los centros penales, debe ser una prioridad de la política criminal del estado, y en consecuencia el proceso de rehabilitación integral, debe ser toda una serie de programas de naturaleza preventiva, encaminada a conseguir con la anuencia del recluso, cambios profundos en su actitud, teniendo como fin principal, regresar a la sociedad hombres sanos y productivos al cumplimiento de su condena; proceso que para su eficacia precisa de la inclusión de un equipo de profesionales de carácter multidisciplinario especializados en ciencia penitenciaria.

A pesar de que desde el punto de vista legal se ha contemplado que el interno se rehabilite de forma integral, citando como ejemplo, el Acuerdo Gubernativo de fecha 12 de julio de 1937, Reglamento de la Penitenciaría Central, que expresaba que la penitenciaría central tenía como objeto principal, preparar el mejoramiento de las condiciones morales, físicas e intelectuales del recluso, para su útil reintegración al medio social; esta esperada reconversión social de los reclusos no se ha materializado. Para los reclusos guatemaltecos, las condiciones de sobrepoblación, hacinamiento, encierro, olvido, etiquetamiento de delincuente, falta de desarrollo cultural y laboral, son elementos o factores que modifican sus patrones culturales, a esto hay que agregarle que bajo el argumento de seguridad para la población, existe tendencia hacia la

condena con periodos largos de prisión; según los estudios realizados, el encierro mayor de 15 años causa un deterioro psicológico irreversible en el individuo¹⁰.

Este tipo de condiciones, aunado a la indiferencia gubernamental, ha determinado que en los centros penales guatemaltecos, nunca hayan puesto en vigencia ningún modelo de tratamiento penitenciario.

Con relación al tratamiento de los reclusos dentro de los centros penales guatemaltecos, considero que establecer programas de reinserción social de los reos, debe ser una prioridad dentro de la política criminal del estado, a efecto de conseguir resultados efectivos a corto plazo.

- Sustentación jurídica del proceso de rehabilitación integral de los reclusos, en los centros penales guatemaltecos: El proceso de reinserción social de los internos en los centros penales de Guatemala bajo la perspectiva del modelo resocializador, tiene su fundamento legal en la Constitución Política de la República de Guatemala promulgada el 31 de mayo de 1985, que señala en la primera parte del Artículo 19, que, los reclusos tienen derecho a la readaptación social y a la reeducación, evidenciando que la legislación penal guatemalteca, se orienta hacia el modelo de resocialización del recluso, basado en los elementos trabajo y educación.

El personal técnico necesario que funcione en calidad de equipo multidisciplinario dentro proceso de reinserción social en los centros penales guatemaltecos, podía ubicar su fundamentación jurídica, en el Artículo nueve del derogado Reglamento para el Centro de Orientación Femenino (COF), Acuerdo Gubernativo 8-70, que expresa: “el personal técnico está integrado por los médicos, psiquiatras, psicólogos, trabajadoras sociales, enfermeras y aquellos que ocupen plazas que se crearen en el futuro y que realicen, en el desempeño de sus funciones conocimientos especiales en alguna disciplina”, sin embargo al entrar en vigencia el Decreto 33-2006 del Congreso de la

¹⁰ Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. **Políticas educativas en el sistema penitenciario**. Pág. 15.

República de Guatemala, Ley del Régimen Penitenciario, determina por medio de su Artículo 58, la inclusión de un equipo multidisciplinario encargado del diagnóstico y ubicación de los reclusos dentro de los programas de resocialización, además el Artículo 42 de este mismo cuerpo legal, regula la conformación de una Comisión Nacional de Salud Integral, Educación y Trabajo, como órgano técnico asesor y consultor de la Dirección General, encargado de proponer las políticas para facilitar a los reclusos el desarrollo de destrezas y habilidades laborales y educativas; la implementación de fuentes de trabajo debidamente estructurados dentro de un programa de reinserción social, que inclusive de seguimiento al recluso una vez obtenida su libertad.

No sólo las normas internas del Estado de Guatemala le dan sustento jurídico al proceso de rehabilitación integral de los internos de los centros penales guatemaltecos, dentro del ámbito internacional; la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, también denominada Pacto de San José, expresa en el numeral seis del Artículo cinco, “que las penas privativas de la libertad, tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”; en el Primer Congreso de las Naciones Unidas, sobre prevención del delito y tratamiento de los delincuentes, celebrado en Ginebra, en 1955, se dice que, el periodo 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. Y que para hacer efectiva esa recuperación individual y social del recluso, necesario es un estudio y tratamiento científico del mismo, lo cual a la vez deberá hacerse mediante una organización técnicamente estructurada, a la que ya en líneas arriba hemos denominado sistema penitenciario.

c) Rehabilitación penitenciaria integral del recluso: Es necesario hacer mención que la ejecución de la pena de prisión, es la acción jurídica que recae sobre el individuo a consecuencia de haber transgredido las normas penales vigentes, y que el estado hace efectiva al recluirlo en un centro penal; pese a, el estado moderno dentro de su política criminal, ya no concreta su acción al confinamiento del individuo en prisión con

propósito únicamente retributivo; dentro de sus programas de prevención del delito, precisa asegurar la reintegración del delincuente a la vida social, por medio de un tratamiento, que entre otros nombres puede denominarse como rehabilitación penitenciaria, la que consiste en todo un proceso de revalorización de la conducta del penado, con el fin de que al cumplimiento de su condena se encuentre en la capacidad de reintegrarse plenamente al entorno social.

Los términos: régimen penitenciario, tratamiento penitenciario, rehabilitación integral del recluso, modelos de reinserción social, rehabilitación social, readaptación y reeducación, resocialización, política criminal de reintegración social; son empleados en el tratamiento de los internos de los centros penales, y se constituyen en sinónimos que encierran el mismo contenido: procurar la enmienda o corrección de la conducta antisocial de los reclusos, a través de medios de naturaleza científica con el objetivo final de que al cumplimiento de su condena, tengan plena capacidad de reinsertarse económica y socialmente, éste proceso corresponde a lo que en materia penal se conoce como teoría de la prevención especial.

Se considera que tratamiento penitenciario es una aplicación de todas las medidas que permitirán modificar las tendencias antisociales de cada recluso.

Los diversos regímenes penitenciarios, según el diccionario de Guillermo Cabanellas son definidos como “cada uno de los planes propuestos y practicados para lograr la regeneración de los delincuentes durante el lapso de su condena”¹¹; no obstante la acepción regeneración no es aceptada por todos los tratadistas, al considerar que no se debe calificar a todos los reclusos como degenerados.

Al comentar las definiciones varios autores, considero que los términos régimen, tratamiento, resocialización etcétera, son sinónimos de rehabilitación penitenciaria integral del recluso, entendida esta como: el conjunto de métodos y procedimientos, aplicados por el sistema penitenciario, para lograr con los recursos disponibles una

¹¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 393.

correcta administración de los establecimientos penales, y un tratamiento idóneo para la reincorporación social de los reclusos al cumplimiento de su condena; y que la rehabilitación integral del recluso, debe funcionar como una herramienta del sistema penitenciario, y consistir en la reeducación moral, física, laboral y educativa del delincuente interno, programada de tal forma que pueda realmente servir, para que el recluso al termino de su condena se reinserte social y económicamente a la sociedad, sin que se modifique o anule su personalidad.

d) Modelos de régimen o tratamiento penitenciario: Para lograr la rehabilitación integral del recluso, el tratamiento, régimen o modelo penitenciario, a lo largo de la historia, se ha constituido bajo tres puntos de vista diferentes: como tratamiento moralizador o religioso; como tratamiento terapéutico y; bajo el punto de vista de tratamiento resocializador. Los modelos de tratamiento penitenciario, encuentran su punto de partida con la denominada reforma carcelaria a mediados del siglo XVIII, época en que se dan a conocer las obras: De los delitos y de las penas; y El estado de las prisiones, acreditadas a César Bonassena Marques de Beccaria y John Howard respectivamente.

- Moralizador o religioso: El modelo moralista religioso, como intento serio de transformación del individuo, desde una perspectiva moral religiosa, es obra de John Howard a través de las cárceles en el Estado de Pennsylvania, con Howard se inicio la corriente del penitenciarismo que como fin principal conllevo la construcción de centros penales apropiados para el cumplimiento de las penas de prisión, Howard expresa en su obra el estado de las prisiones, “que el pecado es la causa de todos los delitos, en tal sentido consideró la necesidad de reformar moralmente al individuo mediante el poder de la oración, el silencio, la meditación, el aislamiento, el trabajo y la instrucción; estableció un método para lograr esta reforma moral, la que consistió en aislar al sujeto en una celda individual, en donde a la par del trabajo, la disciplina, el orden y el silencio absoluto, debía coexistir como complemento la instrucción y la asistencia religiosa, el modelo moralista religioso, como medio de administración y de reconversión social de los reclusos, se constituyó sobre la base del trabajo forzado en los centros penales, se pretendía

que el sentenciado no sólo se encontrara privado de su libertad, sino que el sufrimiento fuera mayor con los trabajos forzados”¹².

Desde un punto de vista diferente, Jeremías Bentham jurisconsulto y filósofo Inglés, crea una doctrina de reforma moral de corte materialista, y “afirma que la pena devuelve una cantidad de sufrimiento igual al que ha causado el delincuente, y que tal sentido es útil para conseguir la disciplina en los reclusorios”¹³. Bentham con profundos conocimientos jurídicos y en arquitectura, diseña un modelo de cárcel, con una torre central y corredores radiales, que permiten la observación total de sus ocupantes, este tipo de edificio es conocido como el panóptico, la doctrina penitenciaria sustentada por Bentham se centraliza en las dos condiciones que según su pensamiento requiere toda prisión:

- La estructura del centro penal.
- La forma de su administración.

Construcciones basadas en el panóptico de Bentham son utilizadas en la actualidad en algunas penitenciarias de alta seguridad de los Estados Unidos de Norteamérica.

Como puede apreciarse, John Howard, Jeremías Bentham y otros autores penitenciaristas dentro de los que se pueden mencionar a Marat y Lardizabal, a finales del siglo XVII y principios del XVIII, inician la llamada reforma carcelaria, siendo aceptada en las legislaciones de ese tiempo encaminada a construir establecimientos apropiados para el cumplimiento de la sanción privativa de libertad, en las que paulatinamente por medio de un incipiente sistema penitenciario, se van organizando la forma como debían funcionar las prisiones, así como las finalidades principales, tales como aislamiento que debía ser nocturno, para evitar la contaminación.

¹² Howard, John. **El estado de las prisiones**. Pág. 93.

¹³ Bentham, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Pág. 172.

El trabajo obligatorio aparece organizado en sentido correctivo en el que inclusive los reclusos ya percibían una remuneración económica por el trabajo realizado, inferior a la que se percibía en la vida libre, y existe también como elemento para su reconversión la educación religiosa.

Como consecuencia de esta reforma carcelaria, en el transcurso de la historia, el trabajo se aplica según los regímenes penitenciarios adoptados, las ideas arquitectónicas aportadas por Jeremías Bentham, y el modelo moralizador de Howard, llegaron a tener gran aceptación en el mundo, en especial en Estados Unidos y España, en donde modificados previamente, de manera conjunta aparecieron y se desarrollaron diversos regímenes penitenciarios.

En los Estados Unidos de América, predominaron los regímenes: celular pensilvánico o filadélfico, en el que el elemento principal de la reconversión del recluso consistía en ponerlo a trabajar dentro de su propia celda de manera individual, generalmente, sin necesidad de recurrir a medidas disciplinarias, siendo el objetivo principal, capacitar al condenado para trabajar una vez que obtuviera su libertad, así como el otro régimen denominado Arburiano, que consistía en que los prisioneros eran llevados a trabajar a los talleres durante el día, bajo estricta vigilancia y eran guardados individualmente durante el resto del tiempo. Este régimen fue aplicado en la ciudad de Nueva York que trataba de mejorar sus establecimientos de reclusión en los que en un principio fue aplicado el régimen pensilvánico o filadélfico.

Se comprobó que los regímenes basados en el modelo moralista religioso esencialmente aislantes del mundo exterior, pero sobre todo la ausencia de interrelación de los reclusos basada en el silencio, destruían la imaginación y el progreso mental de los reclusos conduciéndolos a la locura completa, el modelo moralista religioso, perdió su actualidad cuando el positivismo científico, busco la causa de la conducta criminal.

- Terapéutico: A mediados del siglo XIX, el modelo moral religioso entro en crisis al cuestionarse la validez y conveniencia de sus logros como consecuencia de que bajo este tipo de régimen de aislamiento y silencio, la mayoría de los reclusos terminaban en un estado demencial, el enfoque moral religioso perdió su legitimidad, y surgió un nuevo modelo de tratamiento, basado esencialmente sobre la reforma de la personalidad del recluso, en donde se hace manifiesta la tesis lombrosiana que considera al recluso, sujeto de un tratamiento terapéutico, que modifique su comportamiento criminal, en este sentido, la criminología se convierte en una ciencia que considera al recluso un hombre enfermo al que hay que sanar, el modelo terapéutico fue aplicado en los centros penales de distintos países, mas con el ánimo de curar a los reclusos, que el de su reinserción social al termino de su condena, obviamente se abandono el encierro, el régimen de silencio y la disciplina férrea; dando lugar a los establecimientos de prisión abierta, y aun del trabajo extramuros.

En Inglaterra, para conseguir la reconversión de sus prisioneros se utilizó un régimen, al que se le denominó: progresivo, de Maconochie o Mark System, el que consistía en aislar al recluso de forma individual durante un periodo de nueve meses, cuando se consideraba que el aislamiento había surtido sus efectos se le incorporaba al trabajo en común en donde lo principal era que observara una buena conducta, situación que le permitía pasar al siguiente periodo en el que obtenía su libertad condicional, la que se le otorgaba con restricciones por un tiempo determinado, pasado el cual si observaba una buena conducta, y se aplicaba al trabajo, obtenía su libertad en forma definitiva. En Italia se utiliza un proceso rehabilitativo denominado All'aperto, el que consiste en crear, establecimientos para trabajo de los sentenciados situados al aire libre, esto es, fuera de los tradicionales muros de las prisiones. La primera legislación que se creó esta clase de instituciones fue precisamente el código penal italiano de 1898. Pocos años después el VII Congreso Penitenciario Internacional reunido en 1905, aprobó recomendar este régimen, y decisiones similares se adoptaron más tarde en el Primer Congreso Internacional de Derecho Penal (Bruselas 1926), y en el XII

Congreso Internacional Penal y Penitenciario (La Haya 1950), dicha institución fue acogida por bastantes naciones, entre éstas: Suiza, Alemania y Dinamarca.

- Resocializador: El modelo terapéutico, prototipo de la escuela positivista, basado en el supuesto estado patológico del delincuente, y en el estereotipo de la apariencia física, en la que se identifica a ciertas personas, e incluso grupos raciales como peligrosos, dieron pauta para la eliminación física de personas en los campos de concentración alemanes, estas situaciones generaron su deslegitimación y al apareamiento del modelo resocializador, que parte de la criminología sociológica que tiende a explicar el fenómeno delictivo desde una perspectiva social, el modelo resocializador sostiene que el ambiente o el contacto con grupos culturales distintos, hace que el individuo asuma patrones culturales desviados o antisociales, para esta teoría, el delincuentes es un producto social, el resultado necesario de un proceso de socialización.

Al comentar los diferentes modelos de tratamiento penitenciario, estimo procedente señalar que el más ajustado a la idiosincrasia guatemalteca, es el modelo resocializador, que asume la naturaleza social del problema criminal, no obstante, mantiene una perspectiva etiológica, en la que asegura que los malos contactos, la pertenencia a grupos subculturales desviados causan un defectuoso proceso de socialización, procediendo en consecuencia someter al individuo a un nuevo proceso de revalorización social.

Dentro del sistema penitenciario guatemalteco, opino que un tratamiento penitenciario encaminado a lograr la resocialización del interno, deberá procurar porque se mejoren las condiciones en que conviven los reclusos, condiciones que tiendan a modificar sus hábitos, mediante la aceptación voluntaria de un tratamiento que modifique su escala de valores, ya que no debe tratarse de un tratamiento terapéutico que modifique, o anule su personalidad, sino por el contrario procure conseguir que el interno desarrolle su sentido de la

responsabilidad, y que en el momento que recupere su libertad se reintegre plenamente al entorno social.

e) La rehabilitación integral de los reclusos en los centros penales de Guatemala: De lo descrito en los párrafos que preceden, infiero que para conseguir la eficacia del tratamiento penitenciario guatemalteco basado en el modelo resocializador, deberá contarse con la voluntad del penado, esto significa que debe despertarse el interés del interno en participar; consecuentemente no debe ser obligatorio, el interno debe estar convencido de su importancia; no debe enfocarse desde el punto de vista curativo, ya que la criminología moderna sostiene que el delincuente no es un enfermo, por lo tanto, el tratamiento resocializador no debe ser un medio de transformación de la personalidad del sujeto, esto no significa que en su conformación no se haga uso de un equipo multidisciplinario como ente encargado de la eficiencia y eficacia del proceso, integrado por profesionales en los campos del derecho, de la psicología, de la sociología, maestros de educación y de las artes, trabajadores sociales, médicos, psiquiatras y religiosos.

Un análisis del proceso de rehabilitación integral del recluso dentro del sistema jurídico guatemalteco permite deducir su orientación hacia las necesidades y carencias del recluso, el tratamiento en este sentido debe tomar en cuenta la condición socio cultural de los internos, y en esa línea debe enfocar sus programas; y debe ser eficiente, esto significa que aquellos que se hayan adherido al programa, al ser liberados deben tener plena capacidad de competir, y de reincorporarse al entorno económico social, en consecuencia; el interno con su adhesión voluntaria al proceso de resocialización, como sujeto proveniente de los estratos sociales más vulnerables del estado, carente de una serie de recursos económicos, que no le han permitido acceder a los procesos educativos formales, menos aun a formación técnica profesional, consigue su rehabilitación integral.

Derivado de lo expuesto, considero que la institucionalización de un proceso readaptativo en los centros penales, debe ser una prioridad de la política criminal del

estado, y en consecuencia el proceso de rehabilitación integral, debe ser toda una serie de programas de naturaleza preventiva, encaminada a conseguir con la anuencia del recluso, cambios profundos en su actitud, teniendo como fin principal, regresar a la sociedad hombres sanos y productivos al cumplimiento de su condena; proceso que para su eficacia precisa de la inclusión de un equipo de profesionales de carácter multidisciplinario especializados en ciencia penitenciaria.

Pese a, que desde el punto de vista legal se ha contemplado que el interno se rehabilite de forma integral, citando como ejemplo, el Acuerdo Gubernativo de fecha 12 de julio de 1937, Reglamento de la Penitenciaría Central, que expresaba que la penitenciaría central tenía como objeto principal, preparar el mejoramiento de las condiciones morales, físicas e intelectuales del recluso, para su útil reintegración al medio social; esta esperada reconversión social de los reclusos no se ha materializado.

Este tipo de condiciones, aunado a la indiferencia gubernamental, ha determinado que en los centros penales guatemaltecos, nunca se hayan puesto en vigencia ningún modelo de tratamiento penitenciario.

Con relación al tratamiento de los reclusos dentro de los centros penales guatemaltecos, considero que establecer programas de reinserción social de los reos, debe ser una prioridad dentro de la política criminal del estado, a efecto de conseguir resultados efectivos a corto plazo.

1.3 Régimen progresista

a) Consideraciones generales: Los antecedentes sentados en los Estados Unidos de América con los sistemas Pensilvánico y Auburniano, se hicieron sentir en Europa, implantándose, los llamados sistemas progresivos; también conocidos como sistemas de individualización científica, ligado a la ideología reformadora.

Como apunta Rodríguez Alonso en su lección octava que éstos sistemas progresivos pudieron ser implantados en Europa gracias a la labor de cuatro directores de prisiones: el capitán de la marina inglesa Alexander Macconiche, el alemán George Obermayer, el coronel español Manuel Montesinos y Molina, y el irlandés Walter Croftom”¹⁴.

La esencia del sistema progresivo es la distribución de la ejecución de la pena privativa de libertad en varios periodos o etapas, en cada uno de los cuales se van otorgando al recluso más ventajas y privilegios, con la posibilidad de alcanzar la excarcelación antes del cumplimiento total de la condena.

La ejecución de la pena privativa de libertad en estos sistemas se puede dividir en las fases o etapas, en cada país presentaba diversos matices y etapas según las distintas fases de que se componía y los motivos que permitían pasar de una etapa a la otra, pero de manera general, las fases son las siguientes: a) Fase de aislamiento, que tiene por objeto el reconocimiento y observación del reo, para poder clasificarlo y posteriormente destinarlo al establecimiento más adecuado atendiendo a sus características personales; b) fase de la vida en común, durante esta fase se desarrollan una serie de actividades de formación, educación, laborales, etc.; c) fase de prelibertad, en esta fase se pone al condenado en contacto con el mundo exterior mediante los permisos de salida; d) periodo de libertad condicional o bajo palabra.

Los sistemas progresivos de ejecución penal marcaron el inicio de una revolución reformadora en los establecimientos penitenciarios, mejorando las condiciones de vida de los reclusos dentro de estos establecimientos.

b) Clasificación de los sistemas progresivos:

- Sistema inglés, de Macconichie o Marc Sistem: Como señala Rodríguez Alonso, este sistema fue ideado en el año 1840, en la isla de Norfolk, Australia; Inglaterra

¹⁴ Rodríguez Alonso, Antonio. **Lecciones de derecho penitenciario**. Pág. 268.

enviaba a esa isla a sus criminales más peligrosos, es decir, aquellos que después de haber cumplido pena, incurrían en una nueva acción delictiva¹⁵.

“Nombrado alexander Marcconichie para dirigirlo, puso en práctica un régimen en el cuál sustituía la severidad por la benignidad y los castigos por los premios”¹⁶. Se adoptó un método que consistía en que la duración de la condena se determinaba por el espíritu de trabajo y la buena conducta del penado, otorgándole marcas o

vales (mark sistem) pretendiendo con ello que la duración de la misma dependiese del mismo penado. El número de marcas para obtener la libertad debía guardar proporción con la gravedad del delito. El resultado fue prometedor, produjo en la población reclusa el hábito de trabajo y la disciplina favoreciendo su enmienda.

La aplicación del sistema se componía en tres períodos: “a) aislamiento celular absoluto (diurno y nocturno) por un lapso de nueve meses, al igual que en los sistemas Pensilvánico Auburiano, la finalidad de esta etapa era que el condenado reflexionara sobre el delito cometido; b) trabajo común diurno sobre la regla del silencio y el aislamiento nocturno, esta fase se divide a su vez en cuatro clases: al ingresar el condenado era colocado en la cuarta clase o de prueba, durante nueve meses en la cual debía lograr un determinado número de marcas para pasar a la tercera clase, siendo transferido a las public work house”¹⁷. Debiendo obtener un número de marcas allí, pasaba a la segunda clase, donde gozaba de una serie de ventajas, dependiendo de su conducta y de su trabajo y finalmente llegaba a la primera clase, donde obtenía el ticket of leave, lo que lo acreditaba para pasar a la tercera fase; c) libertad condicional. La cual se le otorgaba con ciertas restricciones por un periodo pasado el cual obtenía su libertad definitiva.

¹⁵ Ibíd., Pág. 269.

¹⁶ Neuman, Ob. Cit. Pág. 133.

¹⁷ Ibíd.

Este sistema, instó a los reclusos a su buen comportamiento y trabajo arduo dentro de los establecimientos penitenciarios, no obstante, aún se seguían aplicando características de los sistemas utilizados en los Estados Unidos, como el aislamiento celular absoluto, las reglas de silencio, a manera de comparación, este sistema implementó mayores ventajas para los reclusos, no fue tan rígido como los otros sistemas y le daba la oportunidad a los reclusos de reducir su condena a periodos más cortos.

- Sistema irlandés o de Crofton: Supone una variedad y perfeccionamiento del sistema inglés, como señala Rodríguez Alonso, “este sistema fue introducido a Irlanda por Sir Walter Crofton, director de prisiones de ese país, se le considero a este sistema una adaptación del sistema inglés, introduciendo un grado intermedio entre la fase segunda y la libertad condicional”¹⁸. Constaba de cuatro periodos o etapas: el primer periodo denominado de reclusión celular diurna y nocturna que debía ser cumplido en prisiones locales o centrales. El segundo periodo, consagra en sistema Auburniano reclusión celular nocturna y comunidad de trabajo diurna con obligación de silencio.

El tercero, llamado intermedio que se llevo a cabo en prisiones sin muros ni cerrojos, “el penado trabajaba al aire libre, preferentemente en trabajos agrícolas, aquí el penado abandona el uso de uniforme, no recibe ningún castigo corporal, el trabajo que realiza era acorde a su capacidad física y aptitud”¹⁹. La novedad de este sistema era precisamente el periodo intermedio, porque en él se empleó ideas progresistas, como una disciplina atenuada. Por último, se pasaba al periodo de libertad condicional.

La finalidad humanista de este sistema quedó comprobada al hacer comprender al condenado que la sociedad que lo condenó está dispuesta a recibirle de nuevo

¹⁸ Rodríguez Alonso, Ob. Cit. Pág. 269.

¹⁹ Ibíd.

otorgándole una oportunidad de enmendar su error, siempre que éste lo demuestre.

- Sistema español o de Montecinos: A medida que la vida dentro de los establecimientos penitenciarios iba ganando sentido más humanitario, dirigiendo hasta la prevención del delito, aparece el coronel Manuel Montecinos y Molina. Se le considera como uno de los precursores del tratamiento humanitario. Como apunta Neuman, al igual que Howard y Penn, Montecinos fue prisionero en la guerra de independencia (1809), siendo sometido al encierro en el arsenal militar de Tolón (Francia), allí paso por lo menos tres años, una vez finalizó la contienda, regresó a España y se le nombró comandante del presidio de Valencia.

Montecinos conocía los problemas del presidio tras haber formado parte de él, su auténtica vocación frente a la tarea encomendada, como personalidad fuerte, ordenaba con firmeza pero sin despotismo y logró captar la confianza y el afecto de todos los presos, armas que le sirvieron para alcanzar el éxito. Intentaba modelar mediante una disciplina inalterable, vigilada y prevenida, el ejercicio de la voluntad y el trabajo provechosos.

El método que utilizó se dirigía a los hombres que habían delinquido y su única finalidad fue la corrección de éstos. Montecinos colocó en la puerta del presidio una frase en la que se reflejaba su ideal de ayudar a la corrección del condenado: La prisión solo recibe al hombre. El delito queda a la puerta.

El sistema de Montecinos estaba basado en la confianza. El régimen se dividía en tres periodos: De los hierros, del trabajo y libertad condicional. Al ingresar a la prisión, los penados sostenían una entrevista con Montecinos, luego pasaban a una oficina donde se le tomaban sus datos y posteriormente a la peluquería donde se le rapaba, se le entregaba su uniforme reglamentario: pantalón y chaqueta color gris, y se le asignaba su celda. El período de los hierros consistía en que se ponía al preso las cadenas y el grillete conforme a la sentencia, según Montecinos esta

etapa tiene una esencia simbólica y a la vez expiatoria, representaban el signo que les recordaba a cada paso su propio crimen. Luego se le trasladaba al condenado a una brigada de depósito, aquí el condenado tenía dos alternativas: seguir arrastrando los hierros y realizar tareas pesadas o solicitar uno de los tantos trabajos que brindaba el penal. Es en esos talleres donde inicia la segunda etapa: la del trabajo, característica que cabe resaltar era la elección del trabajo quedaba al libre albedrío del condenado, pues según consideraba Montecinos “el trabajo constituía una virtud moralizadora, una terapia de espíritu en los presos”²⁰.

El tercer periodo o de la libertad condicional que al igual que en los otros sistemas se otorgaba a aquellos reclusos de buena conducta y trabajo, para lo cual se le sometía a las llamadas duras pruebas que consistía en el empleo de los penados en el exterior, sin mayor vigilancia, en trabajos tales como ordenanzas, asistentes o realizando cualquier trabajo propio de la administración del establecimiento. La libertad definitiva se otorgaba una vez transcurrido el término condicional, siempre que el condenado presentase buena conducta y un trabajo constante.

“Dentro del sistema ideado por Montecinos se impartía instrucción religiosa y laica, se enseñaba lectura, aritmética, dibujo lineal e instrucción literaria, también se introdujo una imprenta, con lo que aparte de enseñarles un oficio, se imprimían numerosas obras de interés educacional. La asistencia médica era efectiva y la comida era abundante, sana y de óptima calidad”²¹.

- Sistema alemán: Rodríguez Alonso, indica que este sistema fue implantado por George M. Von Obermayer, en la prisión de Munich, este sistema estaba dividido en tres etapas: a) la primera, consistía básicamente en que los condenados mantenían una vida en común bajo las reglas del estricto silencio; b) la segunda etapa, tras la fase de observación, los penados eran agrupados con carácter heterogéneo en número de veinticinco a treinta, el trabajo y la buena conducta hacían posible alcanzar la libertad en un periodo más corto hasta una tercera parte

²⁰ Citado por Neuman, Ob. Cit. Pág. 268.

²¹ *Ibíd.*, Pág. 269.

de la condena; c) tercera, la fase de la libertad. Al igual que los otros sistemas, el condenado logra la libertad en un lapso más corto, otorgándosele tras haber cumplido con la disciplina impuesta en el establecimiento y el trabajo realizado durante su reclusión.

La evolución que han tenido los sistemas penitenciarios, desde el Pensilvánico hasta los progresivos, las constantes mejoras o ventajas que han logrado introducir un sistema con respecto del otro, de alguna forma han tratado de alcanzar las metas resocializadoras de los condenados, a través de una organización graduada, en la cual la ejecución de la pena privativa de libertad va llevando al penado paulatinamente a la vida comunitaria y la libertad.

- Sistema pensilvánico o filadélfico: También conocido en la doctrina como sistema de aislamiento celular. Como señala Mapelli Caffarena, “este sistema nace en la segunda mitad del Siglo XVII (1776), anteriormente aparece en las colonias británicas de América del Norte, específicamente en Pensylvania; cuyo fundador, Guillermo (William) Penn, jefe de una secta cuáquera debía cumplir con un despacho del rey Carlos II prescribiendo el establecimiento de leyes inglesas”²², este consistía en un código penal que castigaba con pena de muerte casi todos los delitos; más tarde, Guillermo Penn creó un cuerpo de leyes mucho más suaves, en el cual la privación de libertad se reservaba únicamente a los delitos de homicidio premeditado.

Señala Elías Neuman que producía la liberación de las colonias, los habitantes de Pensylvania formaron un estado independiente, creando una sociedad integrada por cuáqueros, quienes tuvieron contactos con el filántropo Howard, escogiendo entre ellos a los más respetables ciudadanos de Filadelfia para que mejoren la condición de los penados y reformaran las prisiones. Por otra parte indica que inicialmente se empleó en la prisión Walnut Street Jail, situada en la calle Walnut (se le considera como la primera prisión americana y precedente de las

²² Mapelli Caffarena, Borja. **Principios fundamentales del sistema penitenciario español**. Pág. 78.

posteriores), para unos treinta reclusos, se intentó sobre las bases de clasificación de los penados, pero debido al incremento de reclusos fue necesario pensar en la construcción de otro establecimiento, en 1829 fue clausurado y trasladado a un nuevo edificio Eastern Penitentiary, que fue el primer régimen celular donde se aplicó el aislamiento continuo. Es considerado en la doctrina como el primer sistema celular de la historia penitenciaria.

- Características del sistema pensilvánico: Giraba en torno a dos principios: el aislamiento y silencio continuo y absoluto, además la inexistencia del trabajo. Como dice Mapelli Caffarena: Los condenados pasaban día y noche aislados del mundo exterior ubicados en celdas individuales a manera de evitar la comunicación entre sí, era lo que se conocía como aislamiento celular. De esta manera el penado reflexionaba sobre su pasado criminal y se ponía en contacto con orientación penitencial basada en la meditación y en la oración procurando provocar en los reclusos sentimientos expiatorios por medio del aislamiento completo.

Así mismo, señala Mapelli que “por medio de la implantación de este sistema se intentó también, reducir la frecuencia con que los tribunales de justicia condenaban a la pena de muerte”²³.

El sistema celular o Pensilvánico tenía como objeto inmediato el aislamiento, la incontaminación, “...los contactos que solo se permitían fueran la visita del director de la penitenciaría, los funcionarios caracterizados, el capellán y los miembros de las asociaciones de ayuda y de socorro espiritual. La única lectura lícita y permitida era la Biblia. No se les dejaba escribir cartas, y cuando finalmente se les permitió el trabajo, fue ésta la única expresión que rompió con la monotonía de la vida penal”²⁴.

²³ Neuman, Ob. Cit. Pág. 269.

²⁴ Ibíd., Pág 120 y 121.

- Ventajas y desventajas del sistema pensilvánico: En cuanto a las favorables consecuencias de la separación individual, estas son las siguientes: “1) impide la corrupción derivada de la comunidad; 2) prevé los acuerdos para perpetrar futuros crímenes tras la liberación; 3) imposibilidad de recibir visitas no autorizadas; 4) inexistencia de evasiones o movimientos colectivos; 5) que no es excesivamente costoso; 6) favorece al arrepentimiento derivado de la meditación; 7) escasa necesidad de recurrir a medidas disciplinarias; 8) fácil mantenimiento de la higiene; 9) la prescindencia de personal técnico y número mínimo de guardias y; 10) el innegable efecto intimidatorio respecto de la colectividad y del delincuente”²⁵.

Respecto a las desventajas, José Paco enumera las siguientes: “1) Es incompatible con la naturaleza social del hombre; 2) trata la readaptación social del delincuente; 3) importa un sufrimiento cruel; 4) del cambio brusco de ambiente nacen serios peligros; 5) desconoce la naturaleza humana y; 6) las legislaciones tienden paulatinamente a limitar su duración. Los efectos negativos de la espantosa soledad de celda trajeron consigo desde el primer momento un fuerte incremento en los casos de suicidio y desequilibrios psíquicos entre los internos”²⁶.

Como se puede apreciar este sistema fue muy rígido en cuanto a la soledad y al silencio al que estaba sometido el condenado, muchos penalistas se opusieron al sistema pues, era perjudicial para la salud física y mental del recluso. Enrique Ferri calificó a este sistema como “una de las aberraciones del siglo XIX”²⁷. Por estas razones pronto comenzaron a introducirse modificaciones tendentes a mitigar la dureza del aislamiento y el silencio. En casi todas las prisiones del mundo, el aislamiento celular subsiste actualmente como una medida de castigo para casos de mala conducta.

- Sistema Auburiano: Denomínase así por haberse aplicado en la prisión de Auburn del estado de Nueva York, en el año de 1923, siendo su creador Elam Lynds,

²⁵ Ibíd., Pág. 121.

²⁶ Ibíd.

²⁷ Ibíd., Pág. 122

aunque comenzó a gestarse desde el año de 1816. Consiste en el aislamiento celular nocturno, mientras que la vida diurna se desarrolla en común bajo el régimen del silencio.

En este sistema o régimen se hace uso diferenciado del castigo: el aislamiento nocturno actúa como refuerzo negativo, el cual al ser removido, al llegar el día incrementa la probabilidad de ejecutar la conducta laboriosa diurna, pero al mismo tiempo, contradictoriamente, se le castiga por el silencio, con lo cual se estimulan respuestas incompatibles con la finalidad que se persigue en el recluso.

El sistema de Auburn pareció preferible al filadélfico, aunque su aspecto más censurable fue sin duda la regla del sometimiento al silencio absoluto, impuesta a los penados como medio de obtener un aislamiento moral, más aplicado con rigor no excesivo, dicho sistema se considero más humano y soportable, y por ello fue aplicado en la mayor parte de las prisiones norteamericanas, aunque en nuestros actuales días se hace en forma ínfima debido a las conquistas alcanzadas en el campo de los derechos humanos que privan en ese país.

- Antecedentes históricos del sistema Auburiano: Este sistema nace precisamente como consecuencia de los intentos de buscar una mejor alternativa que no fuese tan severa como el régimen pensilvanico, se conoce también como el sistema del silencio. Para el año de 1818 la legislatura de estado de Nueva York dispuso la aplicación del régimen pensilvánico los reclusos no tenían ocupación y debido al riguroso aislamiento, según Cadalso, citado por Elías Neuman “cinco murieron en un año y uno perdió la razón convirtiéndose en un loco furioso y agresivo”²⁸.

También apunta que hasta el año 1821 no se podía hablar en Auburn de un régimen penitenciario definido, los efectos negativos del aislamiento continuado del sistema ideado por Guillermo Penn, fue la razón principal para que en el año 1823, en el Estado de Nueva York, Elam Lynds implantaba en el establecimiento

²⁸ Ibíd.

penitenciario de Auburn un sistema de vida mixta, en la cual se podía aprovechar la mano de obra de los reclusos y evitar así los suicidios y los desequilibrios psíquicos.

- Características del Sistema Auburiano: Los pilares fundamentales de este sistema fueron: “1) el aislamiento celular nocturno, que para Elam Lynds, tenía doble finalidad la del descanso de la fatiga diaria y la incontaminación de los reclusos entre sí; 2) trabajo común durante el día, se organizó el trabajo penitenciario en talleres con sentido de enseñanza pero sin olvidar lo provechoso que resultaba el mismo y; 3) sujeción a la regla del silencio absoluto, esta es la parte más irónica del régimen, porque los condenados trabajaban juntos todo el día pero tenía la orden estricta de no comunicarse entre sí. Otra característica de este sistema eran los castigos corporales utilizados para sostener la norma del silencio total, verbigracia: el gato de las nueve colas o el chicote”²⁹.

La idea del trabajo comunitario durante el día hizo de este sistema más soportable para los condenados e hizo que los resultados fueran más positivos en comparación al sistema Pensilvánico, pero en igual forma el sistema Auburiano seguía siendo estricto también en cuanto a las visitas, a los rígidos horarios y a los castigos corporales por la mínima infracción. Según Lynds, las reglas del sistema eran: economía en la construcción, reducción del gasto mediante el trabajo colectivo, evitar los efectos nocivos del aislamiento completo y evitar el contagio moral mediante el silencio absoluto³⁰.

- Ventajas y desventajas del Sistema Auburiano: De acuerdo con Mapelli Caffarena las ventajas del sistema: 1) permite organizar el trabajo y la instrucción; 2) es más económico; 3) al igual que en el Pensilvánico, la incomunicación evita planear futuras fechorías dentro o fuera de la prisión; 4) el aprovechamiento de la mano de obra de los reclusos. Las críticas a este sistema, se centralizaban en:

²⁹ Citado por Neuman. *Ibíd.*, Pág. 128.

³⁰ Mapelli Caffarena, *Ob. Cit.* Pág. 79.

El silencio absoluto, ya que es inconcebible mantener callado al ser humano cuando posee la voz para expresar sus ideas y sentimientos, b) el castigo corporal, que Lynds los consideraba como el de mayor eficacia y a la vez el de menor peligro, ya que según él, no dañaba la salud de los reos; c) el trabajo silencioso, que era tedioso y no era remunerado mientras se estaba en prisión.

Como se puede observar, el Sistema Auburniano es más eficaz que el Pensilvánico en cuanto a lo de evitar el ocio de los condenados y aprovechar su estadía en prisión y que el encierro no era absoluto; la única diferencia entre estos dos sistemas lo constituye el trabajo comunitario fuera de las celdas, pero en igual forma las condiciones inhumanas de los penados eran las mismas, pues se les privaba de visitas y lo más duro, el silencio total en el que debían permanecer.

Actualmente dentro del marco constitucional guatemalteco el Sistema Pensilvánico, es un conjunto de violaciones a los derechos humanos de los reclusos, que en épocas anteriores no se daba mucha importancia que a través de guerras, revoluciones, etc. se han notado hechos inhumanos los cuales provocaron la reacción de la sociedad y por ende crear organismos internacionales capaces de erradicar que suceda de nuevo y a la vez crear derechos para los reclusos.

Durante este capítulo se establece que la pena dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco es de mucha importancia para la rehabilitación readaptación y resocialización del reo, proponiendo que el juzgador para imponer una pena debe basarse dentro del marco constitucional y en los principios doctrinarios y legales del procedimiento penal.

El sistema penitenciario guatemalteco está actualmente en crisis y no se está realizando esfuerzo para poder solucionar esta situación, existen puntos en los cuales es necesario realizar acciones como capacitar mejor al personal, efectuar infraestructuras que permitan un control interno de los reclusos como también de los artefactos que ellos posean y crean.

La Policía Nacional Civil como entidad estatal encargada de la seguridad dentro de los Centros Penales, en base a los resultados negativos, existen deficiencias económicas por ejemplo los bajos salarios y personales que por ejemplo la falta de más personal capacitado penitenciariamente por tanto es necesario solucionar estos puntos débiles dentro de los Sistemas Penitenciarios Guatemaltecos.

Es necesario establecer que es un esfuerzo mutuo entre el reo y el centro penitenciario, tanto el primero debe de estar en plena voluntad al cambio y el segundo ofrecer los medios para facilitar el cambio del reo y así una completa resocialización.

Para esto se mencionan Sistemas Progresivos, en los cuales se van otorgando al recluso más ventajas y privilegios, con la posibilidad de alcanzar la excarcelación antes del cumplimiento total de la condena, el fin es proporcionar al reo la oportunidad de poder quedar en libertad antes de lo juzgado, pero con limitantes, y haciéndole saber que no se le podrá otorgar más este beneficio en caso de reincidencia.

CAPÍTULO II

2. Culpabilidad

Este principio tiene su fundamento en la culpa. No puede haber culpabilidad sin acción y constituye en ese sentido una garantía para el procesado, en general, para cualquier persona que se encuentre sometida a un proceso penal, pues establece que una persona para ser declarada culpable, debe haber tenido capacidad para motivarse conforme a la norma y haber realizado el acto u omisión que se sanciona. Para ello es importante denotar que todos los tipos penales tienen dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo, el objetivo es la materialidad de la acción y el subjetivo debe basarse en la intencionalidad, si hubo dolo o culpa.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 19 se establece: “Sistema penitenciario. El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas:

- a) Deben ser tratados como seres humanos: no deben ser discriminados por motivo alguno, no podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos.
- b) Deben cumplir las penas en los lugares destinados para el efecto. Los centros penales son de carácter civil y con personal especializado; y
- c) Tienen derecho a comunicarse, cuando lo soliciten, con sus familiares, abogado defensor, asistente religioso o médico, y en su caso, con el representante diplomático o consular de su nacionalidad.

La infracción de cualquiera de las normas establecidas en este Artículo, da derecho al detenido a reclamar del estado la indemnización por los daños ocasionados y la Corte Suprema de Justicia ordenará su protección inmediata. El estado deberá crear y fomentar las condiciones para el exacto cumplimiento de lo preceptuado en este artículo”.

Basándose en lo anterior, esta norma es el fundamento que debe desarrollar todo un cuerpo de normas ordinarias que se refieran al derecho penal ejecutivo, y que ostenta como se observa, el principio de readaptación social y reeducación de los reclusos. Independientemente de lo anterior, también cabe señalar que existen una serie de normas de carácter internacional que se refieren a las normas mínimas o reglas mínimas que deben observarse en el cumplimiento de la condena de los reclusos.

En el Código Penal el Artículo 41 establece las clases de penas e indica que: “Son penas principales, la de muerte, de la prisión, el arresto y la multa”. En cuanto a la pena de prisión, el Artículo 44 del Código Penal indica: “La pena de prisión consiste en la privación de la libertad personal y deberá cumplirse en los centros penales destinados para el efecto. Su duración se extiende desde un mes hasta cincuenta años. A los condenados a prisión que observen buena conducta durante las tres cuartas partes de la condena se les pondrá en libertad, en el entendido que si cometieren un nuevo delito durante el tiempo que estén gozando de dicho privilegio, deberán cumplir el resto de la pena y la que corresponda al nuevo delito cometido. La rebaja a que se refiere este artículo no se aplicará cuando el reo observe mala conducta, cometiere nuevo delito o infringiere gravemente los reglamentos del centro penal en que cumpla su condena”.

2.1 Clases de culpabilidad

“La culpa es aquella falta que da motivo para exigir legalmente alguna responsabilidad”³¹.

³¹ Cabanellas, Ob. Cit. Pág. 772.

De lo anterior se puede entender como el hecho de hacer y/o producir un daño, sin tener el deseo de provocarlo, como ocurre con el dolo, en el cual el animus necandi (ánimo de delinquir), esté presente desde su primera idea o tentativa si habláramos de derecho penal, hasta la realización del mismo. También se puede decir que es un elemento subjetivo del tipo, que consiste en causar un daño sin la intención de producirlo, pero este se produce porque la acción se realiza con negligencia, imprudencia o impericia.

- a) La negligencia: Es la que se traduce en un obrar pasivo, estático en el cual el sujeto activo no realiza una actividad que debería de realizar según lo aconseja las reglas de la experiencia y como consecuencia de su inactividad, de su despreocupación o de su indiferencia produce un resultado dañoso, sancionado por la ley.
- b) La imprudencia: Se traduce en un obrar activo, dinámico, en el cual el sujeto activo realiza una actividad, sin observar las reglas de la prudencia y como consecuencia produce un resultado dañoso castigado por la ley.
- c) La impericia: Consiste en que el sujeto activo realiza una actividad sin la necesaria destreza, aptitud o experiencia que ella requiere y, como consecuencia se produce un resultado dañoso que la ley prevé y sanciona”³².

En ninguno de los tres casos anteriores el sujeto activo actúa de mala fe con propósito de causar un resultado dañoso, si este se produce es como consecuencia de las causas indicadas. En la doctrina se mencionan dos clases de culpa, la culpa con representación y la culpa sin representación.

La culpa con representación llamada también con previsión y surge cuando el sujeto activo se representa un posible resultado dañoso, de su comportamiento, pero confía en que el resultado no se producirá por su buena suerte, por su fe y porque al final podrá evitarlo.

³² De Mata Vela, Francisco y otros. **Derecho Penal Guatemalteco**. Pág. 144.

La culpa sin representación denominada también sin previsión surge cuando el sujeto activo ni siquiera se representa un resultado dañoso habiendo podido y debido preverlo.

En la doctrina se le ha asignado a la tipicidad otras funciones:

Una función fundamentadora, constituye un presupuesto de ilegalidad que fundamenta la actitud del juzgador para conminar con una pena o una medida de seguridad la conducta delictiva del agente, siempre que no exista una causa que lo libere de la responsabilidad penal.

Una función sistematizadora se dice que por su medio se tiende a relacionar la parte general con la parte especial del derecho penal.

Una función garantizadora como la tipicidad resulta ser una consecuencia inevitable del principio de legalidad, por medio del cual no puede haber crimen ni pena si no está previamente establecida en una ley penal que la regule, este principio se constituye en una garantía de los derechos individuales del hombre delimitando la actividad punitiva del Estado y protegiendo a la ciudadanía de abusos y arbitrariedades.

- La antijuridicidad o antijuricidad: Elemento positivo del delito que consiste en la contradicción entre la acción realizada y el ordenamiento jurídico.

De la definición anterior se puede establecer que la antijuridicidad se puede enfocar desde tres puntos de vista:

1. A ver su aspecto formal: Formalmente se dice que antijuridicidad es la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal. La contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido previamente por el Estado.

2. Relacionado a su aspecto material: Se dice que es la acción que encierra una conducta antisocial que tiende a lesionar o a poner en peligro un bien jurídico tutelado por el Estado.
3. Tomando en cuenta la valoración (positiva) o desvaloración (negativa), que se hace de su aspecto formal o material: Hablando de nuestro tercer aspecto el penalista Rodríguez Devesa sostiene que “es un juicio de valor por el cual se declara que la conducta no es aquella que el derecho demanda”³³.

En sentido negativo, el penalista guatemalteco Palacios Motta, establece que, “es el juicio desvalorativo que un juez hace sobre una acción típica, en la medida que esta lesiona o pone en peligro; sin que exista una causa de justificación, el interés o bien jurídicamente tutelado”³⁴.

4. Naturaleza de su función: Se puede decir entonces que la antijuridicidad es un elemento positivo del delito y por ende, su naturaleza funcional es de carácter objetivo.

La naturaleza de su función desde el punto de vista formal, la antijuridicidad es consecuencia del principio de legalidad, así, donde la determinación de lo antijurídico se establece se estará basando en la antijuridicidad formal y solo se podrá hacer sobre la material cuando no exista principio de legalidad, esto viene a determinar si una conducta es antijurídica para indagar a la ley penal quien tiene la última palabra.

³³ Rodríguez Devesa, José María. **Derecho Penal Español - Parte General**. Pág. 261.

³⁴ Palacios Motta, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal, primera parte**. Pág. 29.

2.2 La proporcionalidad de la pena en congruencia con el daño infringido

“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”³⁵. 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.

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).

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

Al analizar un poco más este principio de proporcionalidad y de una manera profunda, dentro de este principio se encuentra 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)

³⁵ Monterroso Salvatierra, Jorge Efraín. **Culpa y omisión del delito**. Pág. 93.

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. Se puede 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 A se le priva de su libertad por cuarenta años, ¿Qué proporción hay? Tampoco se puede 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 más representativos dentro de la sociedad no son proporcionales.

Si se quiere tener una proporción exacta entre el daño causado y la pena impuesta por ese daño (delito) tal vez se tiene 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.

2.3 La culpabilidad en el delito

La culpabilidad además de constituir un elemento positivo, para la construcción técnica de la infracción tiene la característica fundamental de ser el elemento subjetivo del delito, su función está íntimamente ligada con el protagonista del crimen toda vez, que se refiere a la voluntad de la gente para la realización del acto delictivo.

La culpabilidad radica en la manifestación de voluntad del sujeto activo de la infracción penal que puede tomarse culposa o bien dolosa, dependiendo de la intención de cometer el delito o bien de la comisión del delito por negligencia, imprudencia o impericia.

Las doctrinas y las legislaciones penales modernas no titubean hoy en día en analizar la conducta humana para determinar la culpabilidad del delincuente, como presupuesto de la punibilidad, entrando a discutir la naturaleza de la culpabilidad en la constitución del delito.

- Naturaleza de la culpabilidad: La culpabilidad está concentrada en la conducta que asume el sujeto activo del delito; y con relación a su naturaleza siempre se ha discutido si la relación entre el sujeto y el acto es de índole psicológica, o bien tiene una naturaleza normativa.
 - a. Teoría psicológica: Manifiesta que la culpabilidad es la relación psíquica de causalidad entre el autor y el acto o bien entre el autor y el resultado; es decir el lazo que une al agente con el hecho delictivo es puramente psicológico. Su fundamento radica, según Carranca y Trujillo en que el hombre “es un sujeto con conciencia y voluntad por lo que es capaz de conocer la norma jurídica. Y de atacarla o no y por ende la reprochabilidad de su conducta o sea su culpabilidad, de que el sujeto ha podido actuar conforme a derecho”³⁶.
 - b. Teoría normativa: Sostiene que no basta la relación de causalidad psíquica entre el autor y el acto, sino es preciso que se dé lugar a una valoración normativa, que se traduzca en un reproche la conducta de conformidad con el deber jurídico exigible a su autor. La concepción normativa se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad.

Los aspectos fundamentales de esta teoría son:

- La culpabilidad es un juicio de referencia, por referirse al hecho psicológico.
- La culpabilidad es un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente.

La reprochabilidad de la conducta activa u omisiva, podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el sujeto.

³⁶ Carranca y Trujillo, Raúl. **Derecho Penal Mexicano, Parte General**. Pág. 85.

La culpabilidad tiene como fundamento, en consecuencia, la reprochabilidad y la exigibilidad.

La contradicción entre estas dos teorías ha sido superada por lo que expresa Eugenio Cuello Calón al sostener que “una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada”³⁷.

Resumiendo puede decirse que la naturaleza de la culpabilidad es subjetiva, ya que radica fundamentalmente en la actitud psíquica del sujeto.

Palacios Motta define a la culpabilidad como “un comportamiento consistente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche debido a que el sujeto actúa en forma antijurídica, pudiendo y debiendo actuar diversamente”³⁸.

- Formas de culpabilidad: La culpabilidad como manifestación de la voluntad humana se expresa en dos formas según lo indicara Palacios Motta:
 - a. “El dolo: Es la forma más grave de la culpabilidad y se define así: conciencia y voluntad de cometer un hecho ilícito, voluntad consiente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso. Podemos manifestar entonces que dolo es la intención deliberada de causar daño, de lesionar o poner en peligro un bien jurídico tutelado.
 - b. La culpa: Es la forma mínima de gravedad y la definimos así: El obrar sin la diligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. La culpa proviene de un obrar lícito cuyo resultado antijurídico se basa en la negligencia, imprudencia o impericia del sujeto activo.

³⁷ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho Penal, Parte General**. Pág. 127.

³⁸ Palacios Motta, Ob. Cit. Pág. 29.

b.1 Clases de dolo: De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico penal este se clasifica de la siguiente manera:

b.2 Dolo directo: Que en doctrina también se llama intencional o determinado. Es aquel que aparece cuando la previsión y la voluntad se identifican con el resultado, es decir, existe plena coincidencia entre la voluntad del sujeto activo y el resultado reproducido.

b.3 Dolo indirecto: Es aquel en el cual el resultado que no se quería causar directamente y que se preveía, aparece ligado al hecho deseado y el sujeto activo ejecuta el acto implicando una intención indirecta.

b.4 Dolo eventual: El sujeto activo ha previsto y tiene el propósito de obtener un resultado pero a su vez prevé que eventualmente pueda ocurrir otro resultado y aún así no se detiene en la ejecución del acto delictivo.

b.5 Dolo de lesiones: Surge cuando el sujeto activo el propósito es dañar, lesionar o destruir, perjudicar o menoscabar total o parcialmente un bien jurídico tutelado.

b.6 Dolo de peligro: Surge con el propósito deliberado de que el sujeto activo pone en peligro un bien jurídico tutelado.

b.7 Dolo genérico: Está constituido por la voluntad de ejecutar un acto en la ley como delito.

b.8 Dolo específico: Está constituido por la finalidad particular del sujeto activo al ejecutar el acto delictivo.

b.9 Dolo de ímpetu: Este dolo surge imprevisiblemente en la mente del sujeto activo como consecuencia de un estado de ánimo y dolo de propósito, es el dolo propio, surge en la mente del sujeto activo con relativa anterioridad a la producción del resultado criminoso³⁹.

³⁹ Puig Peña, Federico. **Derecho penal parte general y parte especial**. Pág. 252.

2.4 La culpabilidad del autor

La reacción punitiva tiene como premisa inicial una acción humana, hecho que está descrito en el tipo legal, objeto del ilícito penal y base de la declaración de responsabilidad del autor. Ésto induce a pensar que el derecho penal, en este sentido, está constituido o concebido como un derecho de actos.

El concepto de acción cumple tres funciones principales. En primer término comprende todas las formas o posibilidades en que se presenta el actuar u obrar del ser humano, sea esta acción de comisión o de omisión, dolosa o culposa. En consecuencia la diferencia específica debería encontrarse en cada uno de los tipos de acción. Segundo; la acción sirve de elemento vinculante de los demás aspectos del delito.

La acción debe ser independiente de cada uno de éstos y, al mismo tiempo, ser punto de referencia constante. La acción debe ser una acción típica, ilícita y culpable. Tercero: permite la exclusión de los simples sentimientos o ideas de los sucesos provocados por animales o fenómenos de la naturaleza.

Para los causalistas, la acción la conciben como una conducta humana dependiente de la voluntad, que provoca una consecuencia en el mundo exterior, es decir, se externaliza y se concreta la cual puede ser percibida, evaluable, en algunos casos, medible, ésta consecuencia puede ser seguida de un resultado, o sea delito de resultado, la acción causal porque la voluntad está determinada a una causa, sin la posibilidad que tiene el ser humano de conducir o modificar ese proceso causal.

La crítica a la postura causalista de la acción radica en que ignora la capacidad del hombre de conducir los procesos causales a una finalidad prevista, que es la esencia del actuar humano; no puede explicar los delitos de omisión en donde no existe movimiento corporal porque el concepto causal de la acción conduce a una regresión ad infinitum que permite relacionar teóricamente acontecimientos que sucedieron en el pasado.

En cambio la teoría de la acción social del delito no constituye una revisión crítica de la teoría causalista de la acción que está más ligada a la corriente filosófica del naturalismo, no va encaminada la acción social del delito basada en la concepción teleológica de Von Liszt respecto al delito y del derecho penal, para librarla justamente del naturalismo.

La teoría de la acción social toma en cuenta el sentido social de la acción es decir, la comprensión cultural, la influencia del medio ambiente, la adecuación social, el riesgo permitido, los elementos normativos, el cuidado objetivo de la imprudencia, elementos que dan base a la concepción de tipicidad que recoge el sentido social de la acción.

Los juristas dan por válido que el comportamiento humano es la base de la teoría del delito. La norma jurídica penal pretende la regulación de la conducta humana y tiene por base la conducta humana que pretende regular. Para ello tiene que partir de la conducta humana tal como aparece en la realidad. De todos los comportamientos humanos, la norma selecciona y describe una parte que valora negativamente y le asigna una pena. Es pues, la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y a ello se le adjudican ciertos predicativos como: tipicidad, un acto anti jurídico y culpabilidad, que pasan a ser conducta humana en el delito. La corriente del pensamiento del conductismo ha influido debidamente en el derecho de donde deviene que sólo la conducta humana traducida en actos externos puede ser calificada de delito y motivar una reacción penal.

Esta orientación de tipo conductista resulta bastante determinista, es decir, sólo lo observable, tangible o medible es objeto de conocimiento, todo aquella conducta que se diferencie de lo manifiesto o externo no puede ser considerado en el derecho penal, sin embargo, existe una conducta subjetiva que subyace, que está en la esfera del inconsciente, que está orientada por motivaciones internas a las cuales no se les da el valor por no contarse con los instrumentos precisos, que puedan valorar lo cualitativo y no sólo lo cuantitativo.

Debe distinguirse entre derecho penal de acto y derecho penal de autor, diferenciación que no sólo debe quedar en una cuestión de tipo semántico sino también, y fundamentalmente política e ideológica. Sólo el derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente.

Por el contrario el derecho penal de autor se basa en determinadas cualidades de la persona de la que ésta, la mayoría de las veces, no es responsable en absoluto, en todo caso no puede precisarse o formarse con toda precisión o nitidez los tipos penales.

Así, por ejemplo, es muy fácil describir en el tipo penal los actos constitutivos del asesinato en el Artículo 132 o el aborto regulado en los Artículos del 133 al 139 del Código Penal, pero resulta difícil o casi imposible determinar con la misma precisión las cualidades de un asesino o de un abortista. Por eso, el derecho penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una concepción totalitaria del mismo, en donde el aporte de la Psicología Forense como ciencia auxiliar del derecho penal puede ser de mucha utilidad en la búsqueda de la verdad en la investigación criminal.

La conducta humana es base de toda reacción jurídico penal, se manifiesta en el mundo externo en actos positivos como en omisiones, ambas formas de comportamiento son relevantes para el derecho penal.

La regulación penal guatemalteca tiene tipificado lo relativo a las acciones y omisiones, sobre éstas realidades ontológicas se constituye el concepto del delito con la adición de los elementos fundamentales que lo caracterizan. Es conveniente antes de conceptualizar el delito y los elementos que lo significan, conocer acerca de la acción y omisión.

“La acción y la omisión cumplen por lo tanto, la función de elementos básicos de la teoría del delito, aunque sólo en la medida que coincida con la conducta descrita en el

tipo penal de la correspondiente figura del delito, serán penalmente relevantes. La realidad ontológica del comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídica penal en la medida en que la conducta coincida con el correspondiente tipo”⁴⁰.

Más de las veces se emplea indistintamente los términos como hecho, acto, comportamiento, conducta, cuando están referidos a la acción en sentido estricto así como a la omisión, sin que ello implique equipararlos, puesto que siguen siendo realidades distintas y con distintos significados.

La acción positiva o acción en sentido estricto es la forma de comportamiento humano más importante en derecho penal, sirviendo al mismo tiempo de referencia a la omisión. Se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana.

Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin.

La dirección final de la acción se realiza en dos fases:

- Una interna
- Otra externa.

La fase interna, sucede en la esfera del pensamiento del autor, en este caso éste se propone anticipadamente la realización de un fin. La selección que realiza el autor sólo se puede hacer a partir del fin, es decir que puede plantearse como lo quiere. En esta fase interna tiene también que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y la consecución del fin que se propone. La consideración de estos efectos concomitantes puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechazar algunos de los medios seleccionados para su realización. Pero una vez

⁴⁰ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**. Pág. 8.

que los admita como de segura o probablemente producción, también esos efectos concomitantes, pertenecen a la acción.

La fase externa una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el medio externo, pone en marcha el plan previsto, el proceso causal, dominado por la finalidad y procura alcanzar la meta propuesta.

La valoración penal puede recaer tanto en la fase interna como en la externa de la acción, una vez que ésta se ha realizado en el mundo externo. Puede suceder que el fin principal sea irrelevante desde el punto de vista penal y que lo importante sea los efectos concomitantes o los medios seleccionados para realizarlo.

La teoría final de la acción fue planteada por los juristas alemanes Von Liszt y Mezgen. Para esta teoría, la acción es también conducta humana voluntaria pero a diferencia de la teoría final, la teoría causal prescinde del contenido de la voluntad, es decir, del fin. Por su parte la teoría causal reduce el concepto de acción a un proceso causal prescindiendo por completo de la finalidad. Con ello desconoce la realidad de las acciones humanas, que no son simples procesos causales, sino procesos causales dirigidos a un fin.

De lo expuesto hasta aquí, la teoría finalista de la acción tiene cada vez más partidarios en el campo del derecho penal. Lo que al penalista, al juez, al fiscal o al intérprete interesa sobre todo es la acción típica y ésta, como está descrita en los artículos de la ley penal donde se definen los delitos, no es otra que una acción final.

Otra teoría que puede superar la polémica entre la teoría final y la teoría causal es la teoría social de la acción que tiene un enfoque valorativo más destacado que concibe a la acción como un comportamiento humano socialmente más relevante. La teoría de la acción social no reviste el carácter de una revisión crítica de la teoría causalista, sino más bien se enlazan con ella. La teoría social de la acción profundiza el concepto de la

acción sobre la base de la concepción teleológica de Von Liszt respecto del delito y del derecho penal para liberarla del naturalismo y que da fundamento a la concepción de tipicidad que recoge el sentido de la acción social, es decir, la comprensión cultural, la influencia del medio ambiente, la adecuación social, el riesgo permitido, los elementos normativos y el cuidado objetivo de la imprudencia.

Recapitulando la acción parte de una estructura del delito dividida en dos grandes bloques. Por un lado está la acción, la tipicidad y la antijuridicidad que son los elementos objetivos del delito, es decir, que pueden ser observados por un espectador externo. De otro lado está la culpabilidad que es el elemento subjetivo. La teoría causal tiene el principal inconveniente que se encuentra en los casos que la mera acción, observada externamente no define la conducta típica realizada; como ejemplo: Cuando se dé el hecho de un disparo de arma de fuego contra la pierna de otro, lo que puede ser considerado como tentativa de homicidio, o bien, unas lesiones consumadas o un accidente. “Si se parte del concepto causalista de forma correcta habrá que ir hasta la culpabilidad analizar la intención del autor y luego volver a la tipicidad. Cosa que no se da en la acción causal, porque no explica en los delitos omisivos donde realmente el comportamiento realizado consiste: en un no comportamiento o falta de acción”⁴¹.

Para la teoría final de la acción, la acción es todo comportamiento que depende de la voluntad humana dirigida a la consecución de un fin. Los juristas que sustentan la teoría finalista de la acción expresan que no se concibe un acto de voluntad que no vaya dirigido a un fin. La acción humana, regida por la voluntad, es siempre una acción final. De acuerdo a esta teoría el comportamiento humano, como conducta, constituye un todo, es decir, la personalidad está integrada por los factores: Psico bio sociales que, en otro enfoque cuerpo, alma y espíritu y para la psicología profunda de Freud los elementos integrantes de la personalidad son: el id, conformado por los deseos, instintos lo no racional y lo emotivo. El yo integrado por la voluntad, la razón, lo planificado, lo que tiene sentido, propósito o finalidad y el súper yo, que contiene el mundo de los valores, lo axiológico y teleológico; lo que la sociedad norma en el campo

⁴¹ Gonzáles Cahuapé-Cazáux, Eduardo. **Apuntes de derecho penal, teoría del delito**. Pág. 32.

de la moral, las costumbres socialmente aceptadas lo prohibido y lo aceptado, la educación, los fines, las leyes naturales o el *ius naturalismo* y las leyes positivas tanto internas como las de ámbito internacional.

Así también existen las sanciones o penas por acciones antijurídicas tipificadas en la ley penal que dependiendo de la gravedad de comisión de la acción humana antijurídica, se clasifica en faltas y delitos con sanciones de multas, arresto, prisión medidas de seguridad, hasta la pena capital o pena de muerte.

Por lo imperativo para juzgar la conducta humana en el campo penal, es necesario que se observe el debido proceso, normativa constitucional y ordinaria, que es tomada en cuenta por el Doctor Sergio Fernando Morales Alvarado en la introducción de la obra: *Garantías Individuales*, describe que, los derechos fundamentales, la garantías individuales y el imperio de la ley surgen en Europa en oposición al Estado absoluto de la edad media, la población especialmente la burguesía no soportó ese dominio paternal ni sus abusos, la falta de libertad personal, el establecimiento de impuestos, las penas crueles, irracionales y arbitrarias, y la falta de libertad y de comercio.

Es significativo el aporte de “César Bonesana, Márquez de Beccaria, jurisconsulto y escritor italiano, se quejó de la infamia y tortura con que eran tratados los detenidos en el siglo XVII, reivindicando las garantías individuales para detenidos, sindicados y reos, una crueldad, consagrada por el uso en la mayor parte de las naciones, es la de torturar al reo mientras se les procesa para obligarlo a confesar un delito, aprovechando las contradicciones en que incurre el descubrimiento de sus posibles cómplices, los otros delitos de que podría ser culpable, pero de los cuales no está acusado o metafísicamente incomprensible de la purgación de la infancia, ante estos hechos se tomó conciencia de que era necesario proteger a la persona de los abusos del detentador, las declaraciones eran insuficientes para protegerlo, era necesario crear derechos flexibles, lo que se alcanzan al someter el ejercicio del poder del Estado a un control de legalidad”⁴².

⁴² MORALES ALVARADO, Sergio Fernando. **Garantías individuales**. Pág. 20

2.5 Atenuantes y agravantes

a) Circunstancias atenuantes: El Código Penal vigente en el Artículo 26 número regula las circunstancias atenuantes la manifestación de la conducta humana consciente (voluntaria) o inconsciente (involuntaria) algunas veces; positiva (activa) o negativa (pasiva) que causa una modificación en el mundo exterior (mediante un movimiento corporal o mediante su omisión y que está prevista en la ley. De la anterior definición se infiere que la conducta humana en el delito puede realizarse básicamente de dos formas:

Obrar activo (comision)

Requiere un acto voluntario, producto de la conciencia y voluntad del agente.

Requiere un acto corporal externo que produzca una modificación del mundo exterior.

Requiere que el acto esté previsto en la ley como delito.

Obrar pasivo (omision)

Requiere inactividad voluntaria.

Requiere la existencia de un deber jurídico de obrar.

b) Causalismo y finalismo en derecho penal y su influencia en la Legislación nacional presente y futura: Relación de Causalidad: Al derecho penal le interesa las causas, que tienen su nacimiento en la conducta humana, entre ésta y el resultado delictuoso debe existir una relación de causa y efecto, de lo cual es fácil observarse en los delitos de resultados comisión o comisión por omisión, pero en el caso de los delitos puros de omisión se da el problema, sin embargo se indica que existe esta relación de causalidad debido a que si no se da la ilícita inactividad del agente no hubiera llegado a producirse el delito.

Rasgos generales de las teorías sobre la acción.

1. El finalismo: sostenida por Welzel, que indica que toda acción se encamina a un fin, debido a que es una expresión de la voluntad, por lo que indica que no existe el actuar ciego;
2. La teoría de la causalidad, se subdivide así:
 - Corriente de la equivalencia de las condiciones, indicando que existe un actuar ciego;
 - La causalidad adecuada: que indica que la eficacia intrínseca de la condición para producir en abstracto la condición dada.

El Código Penal en su Artículo 10 sigue la corriente causalista, quedando entonces las argumentaciones sobre la causalidad adecuada, como las de la equivalencia de condiciones (conditio sine qua non) expresado en el pensamiento causalista del legislador.

c) Clases o formas de operar de la acción o conducta delictiva: De acuerdo con de Mata y de León, las dos maneras de actuar se clasifican así:

- “Delitos de acción o comisión: La conducta humana consiste en hacer algo que infringe una ley prohibitiva.
- Delitos de pura omisión (omisión pura): La conducta humana consiste en no hacer algo, infringiendo una ley preceptiva que ordena hacer algo.
- Delitos de Comisión por Omisión (Omisión impropia) La conducta humana infringe una ley prohibitiva, mediante la infracción de una ley preceptiva, es decir, son delitos de acción cometidos mediante una omisión. Ejemplo: Una madre que no alimenta a su hijo recién nacido, con lo que le causa la muerte.
- Delitos de Pura Actividad: Estos no requieren de un cambio en el mundo exterior, es suficiente la condición humana. Ejemplo: Participar en asociaciones ilícitas”⁴³.

⁴³ De Mata, Ob. Cit. Pág. 144.

La conducta humana, como presupuesto indispensable, para la creación formal de todas las figuras delictivas, suele operar de dos maneras distintas el obrar activo y obrar pasivo.

d) El iter criminis: Es la vida del delito, desde que nace en la mente de su autor hasta la consumación; también se le denomina el camino del crimen. El Iter Criminis, como lo explica Francisco de Mata, se divide en dos fases.

“Fase interna. Conformada por las llamadas voliciones criminales, que no son más que las ideas delictivas nacidas en la mente del sujeto activo, únicamente meros pensamientos que mientras no se manifiesten no tienen importancia jurídica por no constituir delito.

Fase externa. Comienza cuando el sujeto activo exterioriza la conducta tramada durante la fase interna, en este momento principia a atacar o a poner en peligro el bien jurídico protegido a través de su resolución criminal manifiesta”⁴⁴. El ordenamiento jurídico reconoce dos formas de resolución criminal en el Artículo 17, una individual denominada proposición, y otra, colectiva denominada conspiración.

Al iniciarse la fase externa, se pueden suscitar varias situaciones siendo:

La consumación o delito consumado: Artículo 13 del Código Penal. “El delito es consumado, cuando concurren todos los elementos de su tipificación”. Si se han realizado voluntariamente todos los actos propios del delito y se configuran los elementos que lo integran, lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico objeto de protección penal, entonces el delito se considera consumado y se sanciona de acuerdo al Artículo 62 del Código Penal.

⁴⁴ De Mata, Ob. Cit. Pág. 155.

La tentativa o delito en grado de tentativa: Artículo 13 del Código Penal. “Hay tentativa cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos, y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente”.

Esto quiere decir que en la tentativa el sujeto activo mantiene la finalidad de cometer el delito, esta finalidad se identifica plenamente con la intencionalidad de tal manera que sólo cabe en los delitos dolosos, ya que en los delitos culposos existe ausencia de voluntad intencional. Se sanciona de acuerdo a los Artículos 63 y 64 del C.P.

La tentativa imposible: Artículo 15 del Código Penal. “Si la tentativa se efectuaré con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible, el autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad”.

En este caso no obstante la voluntad del sujeto activo, el delito no puede llegar a consumarse nunca, porque los medios que utiliza son inadecuados, o porque el objeto sobre el que recae la acción hace imposible la consumación del hecho, en este caso la ley supone evidentemente un indicio de peligrosidad en el sujeto activo y ordena las medidas de seguridad.

El desistimiento. Artículo 16 del Código Penal. “Es cuando comenzada la ejecución de un delito, el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumarlo. Sólo se le aplicará sanción por los actos ejecutados, si estos constituyen delito por sí mismo”.

Se trata de que el sujeto activo, a pesar de que puede consumir el delito, y ya habiéndolo iniciado, desiste voluntariamente de consumarlo, entonces su conducta es impune a menos que de los actos realizados se desprenda la comisión de otro delito el cual debe sancionarse.

La culpabilidad como elemento positivo de la teoría del delito es de total importancia antes de imponer una pena dentro del marco constitucional, ya que esta puede ser una acción u omisión con intención como dolo o sin la misma como culpa.

La culpa es dividida en negligencia, imprudencia e impericia, dentro de esta el sujeto activo no actúa de mala fe sin ánimos de perjudicar los bienes jurídicos tutelados, si no se produce por las causas indicadas anteriormente.

El dolo es la forma más grave de cometer hechos delictivos, debido a que existe la voluntad del sujeto activo en un hecho delictivo, poniendo en riesgo los bienes jurídicos tutelados por la ley, desarrollamos sus clases a través de este capítulo las cuales el juzgador debe de conocer y estar capacitado doctrinariamente para poder emitir un mejor juicio con respecto a un hecho delictivo.

Al momento de imponer la pena la sociedad guatemalteca lo que espera es que el reo al cumplirla, este completamente rehabilitado readaptado y resocializado a la sociedad, estando muy lejos de la realidad por falta de voluntad política para poder crear mejores Políticas y Centros Penitenciarios de Corrección.

CAPÍTULO III

3. Tipicidad

La tipicidad es el elemento positivo característico del delito y el tipo es la especie de la infracción penal que los juristas y tratadistas españoles y sudamericanos especialmente argentinos y chilenos conocen como encuadrabilidad o delito tipo, en cambio en Guatemala se le concibe como tipicidad cuando se refiere al elemento delito y tipificar cuando se trata de encuadrar la conducta humana a la norma legal.

Para una mejor ilustración, se puede concebir a la tipicidad como elemento fundante del delito, al decir que es la condición sine qua non para calificar la conducta del criminal en la conducta humana. Se sostiene que en los numerosos hechos de la vida real el legislador realiza un proceso de abstracción en virtud del cual, eliminando los elementos accidentales describe en la ley a manera de síntesis las líneas más generales del hecho delictivo. La anterior consideración convirtió a la tipicidad en una mera descripción de la conducta humana, en un tipo rector, carente de valoración e independiente de los demás caracteres del delito.

Max Ernesto Meyer de nacionalidad alemana concibió la tipicidad como “un indicio de la antijuricidad al sostener que la tipicidad era la razón del conocimiento de la antijuricidad”⁴⁵.

Ante las críticas a la postura que recibió Beling, éste revisó su teoría en el año 1930 y presenta al tipo o figura del delito formado por todos los elementos objetivos y subjetivos de la infracción, de esta manera presenta a la conducta antijurídica y culpable como una valoración real que tiene su existencia en la ley a diferencia de su concepción original como una abstracción conceptual. “La mayoría de juristas sostienen que la conducta penal tiene la existencia en la ley, siendo a un mismo tiempo

⁴⁵ Mayer, Max Ernest. **Derecho penal, parte general**. Pág. 61.

tipo de lo injusto y de la culpabilidad, porque los tipos delictivos son ejemplos de conductas antijurídicas y culpables”⁴⁶.

“En este orden de ideas el tipo se concibe como la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal y para Jiménez de Asúa el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la realización del hecho que se cataloga en la ley como delito”⁴⁷.

Respecto a la naturaleza de la tipicidad es considerado como un elemento positivo del delito y como tal se estudia dentro de la teoría general de delito. Sin embargo un grupo de penalistas mexicanos plantearon en 1965 la postura que debe ser tratado el tipo dentro de la teoría general del delito sino en la teoría de la ley penal, ponencia que no ha ganado trascendencia alguna.

La función que en doctrina se le asignan a la tipicidad son las que a continuación se describen:

- 1) Función fundamentadora: La tipicidad constituye en sí un presupuesto de ilegalidad, que fundamenta la actitud del juzgador para conminar con una pena o bien con una medida de seguridad, la conducta delictiva del agente, siempre que no exista una causa que lo libere de responsabilidad penal.
- 2) Función sistematizadora: La tipicidad establece la relación formal entre la parte general y la parte especial del derecho penal, caso legislado en el Código Penal guatemalteco.

⁴⁶ Von Beling, Ernest. **Esquema de derecho penal**. Pág. 55.

⁴⁷ Jiménez de Asúa, Luís. **Lecciones de derecho penal**. Pág. 136.

3) Función garantizadora: La tipicidad resulta ser una consecuencia inevitable del principio de legalidad Artículo uno del Código Penal, cuyos artículos regula que no puede haber crimen, ni pena si no está plenamente establecido en la ley penal.

Al exponer sobre la estructura del tipo debe tomarse en cuenta que éste tipo debe estar redactado de modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta que se prohíbe.

Es importante tomar en cuenta otras funciones del tipo:

- La función seleccionadora: Que contempla las conductas o comportamientos humanos penalmente relevantes.
- La función de garantía: Que establece que sólo los comportamientos seleccionados pueden ser sancionados penalmente.
- La función motivadora: Que lleva la conminación esperada para que las personas se abstengan de realizar la conducta calificada como delictiva o antijurídica.

Otro aspecto relacionado con el tipo es la adecuación social y se da cuando el legislador que crea un tipo está seleccionando una conducta y la hace penalmente relevante, sin embargo existe toda una serie de conductas que, aunque formalmente se encuadren en la descripción del tipo penal carecen de relevancia y de trascendencia en el ámbito social, citando como ejemplo, los anuncios publicitarios que hacen énfasis en las cualidades de sus productos sin hacer mención de sus fallas o su incidencia negativa o dañina, esto podría encuadrarse en un delito de estafa contemplado en el Artículo 263 del Código Penal Razón por la cual ha habido necesidad de regular la publicidad de ciertos productos consumidos por la sociedad y que en sus mensajes subliminales, tomando como ejemplo el anuncio de cigarrillos: Rubios sólo para ganadores inducen a la juventud como mercado cautivo proclive a su consumo, en ese caso es obligatorio hacer mención del daño que dicho consumo ocasiona por ejemplo: venta prohibida a menores. El consumo de este producto causa serios daños a la

salud. En la mujer embarazada el fumar tabaco produce aborto y malformación fetal. Con ello se está dando cumplimiento al Decreto 90-97.

La adecuación típica no debe confundirse no obstante con la derogación de facto de norma. No debe tergiversarse los planos sociales y jurídicos. Ciertamente lo que es socialmente admitido, es decir, los comportamientos habituales en la sociedad, aceptados y practicados por la mayoría no deberían ser típicos. Pero sucede muchas veces que existe un desfase entre lo que las normas penales prohíben y lo que socialmente se considera adecuado. Este desfase puede llevar a la derogación de hecho de la norma jurídica. Un ejemplo de ello era lo relativo al adulterio del Artículo 232 del Código Penal, que fue ley vigente durante muchos años sin que nunca se persiguiese penalmente.

3.1 Aplicación de los tipos penales regulados en el Código Penal y sus penas

a) Tiempo y lugar del delito: En lo relacionado con el tiempo de comisión del delito, el Artículo 19 del Código Penal regula que: “El delito se considera realizado en el momento en que se ha ejecutado la acción. En los delitos de omisión en el momento en que debió realizarse la acción omitida”.

En cuanto al lugar del delito, el Artículo 20 de la citada norma regula lo siguiente: “El delito se considera realizado en el lugar donde se ejecutó la acción, en todo o en parte; en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado y en los delitos de omisión, en el lugar donde debió cumplirse la acción omitida”.

b) Objeto del delito: Palacios Motta señalan los objetos del delito, siendo los mismos los siguientes:

- Objeto material: Es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido.

Cuando se trata de una persona, esta se identifica con el sujeto pasivo, de modo que en una misma figura coincide el sujeto pasivo y el objeto material será la cosa afectada bienes muebles o inmuebles.

- Objeto jurídico: El objeto jurídico es el interés jurídicamente tutelado por la ley. Al derecho le interesa tutelar o salvaguardar la libertad de las personas, justamente en razón de este criterio, el Código Penal clasifica los delitos en orden al objeto jurídico.

c) Causas de justificación: El Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, regula las causas de justificación en el Artículo 24:

“Legítima defensa: 1º. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1) Agresión ilegítima;
- 2) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla;
- 3) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.

Estado de necesidad: 2º. Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro.

Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes:

- 1) Realidad del mal que se trate de evitar.

- 2) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo.
- 3) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.

Legítimo ejercicio de un derecho: 3º. Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o la ayuda que preste a la justicia”.

Al aceptar las normas como normas de determinación nos permite poder comprender los preceptos permisivos, de manera especial en momentos de configuración de la responsabilidad penal, es decir causas de justificación. Dichos preceptos no consisten en mandatos o prohibiciones sino en autorizaciones para llevar a cabo conductas que generalmente se encuentran prohibidas u ordenadas, las cuales provocarán que la norma general, ya sea mandato o prohibición no derive un deber jurídico para el sujeto.

d) Causas de inculpabilidad: Se encuentran reguladas en el Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 25:

“Son causas de inculpabilidad:

Miedo invencible: 1º. Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias.

Fuerza exterior: 2º. Ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada por él.

Error: 3º. Ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión legítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto.

Obediencia debida. 4º. Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado.

La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones:

- 1) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto.
- 2) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales.
- 3) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.

Omisión justificada: 5º. Quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable”.

Al igual que las causas de inimputabilidad y las causas de justificación, las causas de inculpabilidad, son eximentes de la responsabilidad penal del sujeto activo, y en este caso porque el elemento subjetivo del delito, que es la voluntad del agente, existe o está justificada; en ese sentido las causas de inculpabilidad son el elemento negativo de la culpabilidad como elemento positivo del delito, y surgen precisamente cuando en la comisión de un acto delictivo no existe.

e) La pena y las medidas de seguridad: El concepto de pena surgió, en principio, como un concepto de carácter eminentemente formal. La pena consiste en el mal que es impuesto a través del legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables de haber llevado a cabo el hecho que transgrede las normas penales.

Es importante distinguir tres aspectos de la pena en la legislación penal vigente en el país, siendo las mismas las siguientes: la justificación, su sentido y su fin.

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad.

Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una necesidad.

Más discutidos son los problemas sobre el sentido y fin de la pena. Estos han constituido el objeto de la llamada lucha de escuelas, que durante muchos años ha ocupado el centro de gravedad de las discusiones y polémicas en la ciencia del derecho penal.

f) Teorías sobre el fin de la pena: De forma tradicional, se distingue entre teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión según lo indica Muñoz Conde.

- Las teorías absolutas: Atienden sólo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica en la retribución, en la imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena.

La pena es, la consecuencia justa y necesaria del delito cometido, entendida bien como una necesidad ética, como un imperativo categórico para la existencia de un bien como una necesidad lógica, negación del delito y afirmación del derecho.

De algún modo, la idea anotada se encuentra fuertemente enraizada en la sociedad, que reacciona frente a los más graves delitos exigiendo el castigo de sus culpables de que quien la hace, la paga y en las concepciones religiosas, que ven la pena como la expiación necesaria del delito cometido.

También las ideas de venganza y de castigo se basan en una concepción retribucionista de la pena.

- Las teorías relativas: Atienden al fin que se persigue con la pena. Se dividen en teorías de la prevención especial y teorías de la prevención general.

“Las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en la intimidación de la principal representante fue el penalista alemán de principios de siglo XIX, Feurbach, que consideraba la pena como una coacción psicológica que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos”⁴⁸.

Las teorías de la prevención especial ven el fin de la pena en apartar al que ya ha delinquirido de la comisión de futuros delitos que se puedan cometer, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad. Su principal representante fue otro gran penalista alemán, Franz Von Liszt, quien se encargó de considerar al delincuente como el objeto central del derecho penal y a la pena como una institución que se dirige a su corrección, intimidación o aseguramiento⁴⁹.

“También la llamada escuela correccionalista española de finales del siglo XIX y principios del XX preconizó una teoría preventiva especial de la pena. El derecho protector de los criminales sintetiza perfectamente las aspiraciones resocializadoras de la teoría preventiva especial. Por lo demás, las tesis preventivas están ya claramente formuladas en la famosa frase atribuida a Platón de que: nadie que sea prudente castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque”⁵⁰.

- Teoría de la unión: Estas teorías unificadoras aparecen en la historia del derecho penal como una solución de compromiso en la lucha de escuelas que dividió a los

⁴⁸ Camargo Hernández, César. **Introducción al estudio del derecho penal**. Pág. 16.

⁴⁹ *Ibíd.*, Pág. 19.

⁵⁰ Fernández Carrasquilla, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**. Pág. 24.

penalistas en dos bandos irreconciliables: los partidarios de la retribución y los partidarios de la prevención, general o especial.

Pero como toda solución de compromiso desemboca en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie. Retribución y prevención son dos polos opuestos de una misma realidad que no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente.

La retribución mira al pasado, al delito cometido; la prevención, al futuro, a evitar que se vuelva delinquir. Reconducir ambas visiones de la pena a una unidad es una especie de difícil solución. Las teorías de la unión, en sus distintas variantes tienen, sin embargo el mérito de haber superado el excesivo parcialismo que late tanto en las teorías absolutas como en las relativas. Ninguna de estas dos teorías puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, porque sólo fijan su atención en partes de ese fenómeno. Cualquier teoría que pretenda comprender el fenómeno penal tiene que enfrentarse con él, desde un punto de vista totalizador, sin perjuicio de descomponerlo después; diferenciando sus distintos aspectos.

En lo anotado fracasan las teorías de la unión. Para estas teorías lo fundamental sigue siendo la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro de este marco retributivo y, por vía de excepción, admiten que con el castigo se busquen fines preventivos.

Pero, la retribución no es el único efecto de la pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la infringió, tiene un saludable efecto preventivo general en la comunidad. Consiste en el sentido de prevención general positiva que más que la intimidación general, persigue el reforzamiento de la confianza.

No se puede señalar entonces a una función única, ni mucho menos asignar a la pena un fin exclusivo. La pena es, más bien, un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que, aparece en el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida.

Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales.

Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de prevención especial, porque lo que en ese estadio debe perseguirse es la reeducación y socialización del delincuente o, por lo menos, su aseguramiento para los que vayan contra su voluntad o contra su dignidad como persona, o mediatizando la concesión de determinados beneficios, con criterios muy especiales, propios de la subcultura penitenciaria.

Sólo la integración armónica, progresiva y racional de las distintas fases del fenómeno penal puede eliminar estos peligros.

g) Finalidad de la pena: Las finalidades de la pena son las siguientes:

- Preventiva
- Protectora
- Resocializadora

Los procesos de reforma tienden, precisamente, a hacer de la pena un instrumento de resocialización. La ejecución de las penas y medidas privativas de libertad tienen por objeto la prevención, protección y resocialización del internado a la sociedad.

“En el plano práctico, se conduce a un derecho penal en que las personas devienen en objeto de manipulación en las manos de un Estado todopoderoso. Para evitar este grave peligro, no basta, contar con un sistema penitenciario organizado con la perfección necesaria. La experiencia de los últimos años en el mundo demuestra lo contrario. De allí se han realizado serios esfuerzos para aplicar los métodos de tratamiento más avanzados, exista una fuerte corriente dirigida a reforzar un sistema penal basado en el reconocimiento de la capacidad de culpabilidad y de responsabilidad de las personas”⁵¹.

Los fines de la pena deben cumplirse en diferentes esferas. La prevención se encuentra a cargo de sistemas de prevención del delito, desde los jóvenes, medidas legislativas y una buena y determinante participación de la Policía Nacional Civil.

En cuanto a la protección está a cargo del poder judicial y de los sistemas jurisdiccionales al imponer la pena a los infractores y delincuentes que pueden causar algún daño a la sociedad, aparte de la función de castigo de la pena que sirve para proteger a la sociedad de individuos con tendencias delictuosas.

En cuanto a la resocialización, se tienen que adoptar las medidas necesarias que sean ejecutadas en los centros penitenciarios del país para poder conseguir la resocialización de los internos.

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

⁵¹ Hassemer, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Pág. 20.

El Artículo 84 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “No se decretarán medidas de seguridad sin disposición legal que las establezca expresamente, ni fuera de los casos previstos en la ley”.

El Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula lo siguiente: “Las medidas de seguridad se aplicarán por tiempo indeterminado, salvo disposición expresa de la ley en contrario”.

El tema de las medidas de seguridad se relaciona de manera directa con la imputabilidad. El Código Penal parte de la presunción de que todas las personas son imputables, pero ha establecido ciertos casos de inimputabilidad, los cuales se encuentran regulados en el Artículo 23 de la citada norma:

“No es imputable:

1º. El menor de edad.

2º. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo síquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado a propósito por el agente”.

Cuando el sujeto está incurso en alguna de estas situaciones en forma parcial, es considerado como un inimputable relativo o disminuido. Las medidas de seguridad son tratamientos que se brindan a los sujetos cuando están dentro de alguno de los supuestos del artículo citado en el párrafo anterior del actual trabajo de tesis, y tiene como fundamento evitar que estas personas consideradas como peligrosas, cometan nuevos delitos.

La preeminencia que alcanzó la tesis de la prevención especial y la ineficacia de la pena retributiva, en la manera como había sido concebida, hicieron que irrumpieran en

la legislación y en la doctrina una serie de recursos tendientes a facilitar el tratamiento de delincuentes de acuerdo a su personalidad.

Dichos recursos son designados con la denominación de medidas de seguridad, y que complementando o suplantando a la pena deben cumplir con la prevención especial, es decir, disminuir o hacer desaparecer las causas que hacen del agente un ser peligroso.

Los diversos movimientos propugnadores de un derecho penal de prevención especial, exigen el abandono de la pena y su substitución por medidas de seguridad.

La aplicación de las medidas de seguridad requiere, que la personalidad del agente sea adecuada a una de tales categorías, y que se haya cometido una acción prevista en la ley como delito.

En todos los casos, es indispensable que el agente haya actuado culpablemente y se haga merecedor a una pena. Con esto se restringe ya de manera sensible el poder del Estado a recurrir a este tipo de medios de prevención de la delincuencia, los cuales representan en la práctica, como en el caso de la pena, la privación o restricción de derechos inalienables de la persona humana.

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

i) Importancia de las medidas de seguridad: Las medidas de seguridad son de importancia, debido a que se encargan de definir las privaciones de los bienes jurídicos, que tienen por finalidad evitar la comisión de delitos que se aplican en función del sujeto peligroso y se ordenan a la prevención especial. Son ciertos medios orientados a readaptar al delincuente a la vida social libre, es decir, a promover su educación o curación, según tenga necesidad de una o de otra, poniéndolo en todo caso en la imposibilidad de perjudicarlo.

El Artículo 88 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Las medidas de seguridad aplicables son las siguientes:

- 1º. Internamiento en establecimiento siquiátrica.
- 2º. Internamiento en granja agrícola, centro industrial o de tratamiento especial.
- 3º. Internamiento en establecimiento educativo o de tratamiento especial.
- 4º. Libertad vigilada.
- 5º. Prohibición de residir en lugar determinado.
- 6º. Prohibición de concurrir a determinados lugares.
- 7º. Caución de buena conducta”.

Dada su generalidad, tampoco se encuentran ajustadas a las exigencias de estos medios. Suponen una disminución de los bienes del individuo y generalmente una discriminación de la libertad personal.

Consisten en los medios asistenciales consecuentes a un hecho típicamente antijurídico, aplicados por los órganos jurisdiccionales a tenor de la ley, a las personas peligrosas para lograr la prevención especial.

Son la privación de bienes jurídicos, impuesta jurisdiccionalmente por el Estado con un fin reeducador inocuizador o curativo a una persona socialmente peligrosa con ocasión de la comisión de un delito, y mientras aquel fin no se cumpla.

Tanto la pena como la medida de seguridad implican una privación de libertad, que sólo puede acusar diferenciaciones insignificantes.

La medida de seguridad conlleva de alguna manera una privación de bienes jurídicos al ser impuesta por el Estado al individuo. Esta afirmación no contradice que, desde la óptica de la aplicación estatal, no sea prudente ni necesario interpretarla como un medio asistencial que el Estado tiene el derecho pero al mismo tiempo la obligación de ofrecer al ciudadano y nunca como una pretensión sancionadora sustitutiva de la pena en sentido tradicional con el carácter más amenazante de su indeterminación.

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

j) Naturaleza jurídica de las medidas de seguridad: Un grupo de autores opina que las medidas de seguridad no han de incluirse en el derecho penal, en cuanto que son medios de tutela preventiva de carácter administrativo contra las causas del delito.

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

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

k) Fundamento: Pocas dudas existen en afirmar que el fundamento inmediato de las medidas de seguridad es la peligrosidad personal del individuo. No obstante esta afirmación necesita ser matizada.

La peligrosidad consiste en un complejo de condiciones subjetivas y objetivas bajo cuya acción es probable que un individuo cometa un hecho socialmente dañoso, existiendo la posibilidad de que se produzca un resultado dañoso.

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

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

La peligrosidad criminal, concebida en definitiva como un juicio de probabilidad de delinquir en el futuro, se manifiesta a su vez de dos maneras: peligrosidad criminal predelictual y peligrosidad criminal postdelictual. En la primera la peligrosidad no se manifiesta por medio de la realización de una conducta delictiva, sino por indicios personales distintos de la concreta comisión del delito.

En la segunda se expresa con un hecho tipificado como delito sin necesidad de que el sujeto sea imputable y culpable que es indicio de su inclinación antisocial.

Semejante distinción introduce en la problemática de cuál de estas clases de peligrosidad constituye el presupuesto de las medidas de seguridad jurídico-penales o,

dicho de otra forma, es necesario responder a la pregunta de si pertenecen al derecho penal las medidas predelictuales.

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

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

Las legislaciones penales anteriores y del presente incluyen entre sus sanciones verdaderas medidas predelictuales; entre aquéllas se muestran la de peligrosidad y rehabilitación social.

En la actualidad existe una falta de proporción entre el mal que se trata de evitar y la intromisión en el campo de la intimidad, de la libertad y de los derechos del ciudadano. La aceptación de dichas medidas en la esfera punitiva abre la puerta a funestos abusos de poder.

“Una gran parte de los teóricos del derecho niega, en igual intensidad, que sean imprescindibles tales medidas en lo relacionado con su posición de excluir de la esfera penal las medidas de seguridad predelictuales y, coherentemente, limitar el presupuesto de las medidas de seguridad de forma especial a las generadas por la peligrosidad postdelictual”⁵².

l) Justificación de las medidas de seguridad: “Se diferencia en dos bloques las opiniones de los penalistas que buscan la justificación de las medidas de seguridad a través de diversas argumentaciones:

- Los vinculados a orientaciones neoclásicas exigen una justificación ético-moral, y por tal motivo aceptan sólo aquellas medidas que privan de sus derechos a quienes

⁵² Fontán Balestra, Carlos. **Tratado de Derecho Penal**. Pág. 35.

no pueden o no saben ejercerlos con libertad interior, o a quienes esa privación de derechos resulte en conjunto provechosa para superar la rémora en su desarrollo personal.

- Los más cercanos a las orientaciones positivistas que las justifican en su necesidad y utilidad social, desde el momento en que la pena por sí sola no es suficiente para alcanzar las metas del derecho penal actual”⁵³.

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

Junto a la fundamentación utilitarista de la medida de seguridad se precisa una fundamentación ético-social. Toda libertad exterior o social sólo se justifica en base a la posesión de una libertad interior vinculada éticamente, que garantice los derechos de las personas.

El que no es apto para tener esta libertad interior, dirigida por una autodeterminación ética como los enfermos mentales, lo que a raíz de predisposiciones, vicios y hábitos perniciosos, no tiene el suficiente dominio sobre ella, ya no puede exigir la plena libertad social.

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

⁵³ *Ibíd.*, Pág 37.

La justificación ética de la medida de seguridad se encuentra exclusivamente en el interés social preponderante de la prevención del delito, de íntima conexión con el principio de proporcionalidad.

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

Es imprescindible asumir que junto a esta necesidad de las medidas se sitúan los derechos y libertades ciudadanos en una reclamada simbiosis, al igual que sucede con la pena y, en definitiva, con el derecho penal.

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

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

El Artículo 89 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula que: “Cuando un inimputable de los comprendidos en el inciso 2º. del Artículo 23, cometa un hecho que la ley califique de delito, se ordenará internación en un establecimiento psiquiátrico, hasta que por resolución judicial dictada con base en dictámenes periciales, pueda modificarse la medida, o revocarse si cesó el estado de peligro del sujeto.

Lo dispuesto en este Artículo se aplicará también, en el caso comprendido en el inciso 2º. del Artículo 87”.

El Artículo 90 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula que: “Los declarados delincuentes habituales serán sometidos, según el grado de peligrosidad que demuestren, al régimen de trabajo en granja agrícola, en centro industrial o centro análogo. Esta internación se declarará cuando, cumplida la condena impuesta, se estime que ésta ha sido ineficaz en lo relativo a la readaptación del delincuente”.

La mala utilización de las medidas de seguridad que puede transformarlas en un medio de ataque contra las garantías individuales provoca cierta tensión con las reglas esenciales del Estado democrático de derecho.

El Artículo 92 del Código Penal vigente regula lo siguiente: “En los casos del Artículo 15, se someterá el sujeto, según su grado de peligrosidad, a régimen especial de trabajo en alguna de las instituciones mencionadas en el inciso 3º. del Artículo 88”.

El Artículo 93 de la normativa anotada preceptúa lo siguiente: “Los vagos que hayan cometido delito, así como los sancionados por vagancia, serán sometidos al régimen de trabajo en granja agrícola, centro industrial u otro análogo, por un término no menor de un año ni mayor de tres”.

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

- Vigencia del principio de legalidad, para que no exista ninguna declaración de peligrosidad sin estar descrita en la ley; y ninguna medida de seguridad sin regulación legal.
- Exigencia de una previa comisión delictiva.
- Medidas de seguridad al servicio del individuo.
- Eliminación de todo carácter aflictivo.

El Artículo 94 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula que: “Al condenar por delito cometido bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas o estupefacientes y en todo caso, en que se compruebe que el delincuente es toxicómano o ebrio habitual, el tribunal correspondiente podrá disponer que, antes o después de cumplida la pena si fuere de privación de libertad o simultáneamente con ella, si fuere pecuniaria, el sujeto sea internado en un establecimiento de tratamiento especial, hasta que se demuestre, previo dictamen médico, que puede ser sometido a otro régimen, como los previstos en los incisos 4º., 5º. y 6º. del Artículo 88”.

El Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo número 97 que: “La libertad vigilada no tendrá carácter de custodia, sino de protección y consiste para los enfermos mentales, toxicómanos o ebrios habituales en confiarlos al cuidado de su familia bajo la inspección inmediata del Patronato de Cárceles y Liberados o la institución que haga sus veces, que la ejercerá en la forma y por los medios que estime convenientes”.

El Artículo 98 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula que: “Los tribunales, a su prudente arbitrio y cuando lo exijan las circunstancias, podrán imponer al sujeto que haya cumplido una pena o una medida de seguridad, la prohibición de residir en determinados lugares durante un año, como mínimo”.

En los casos de suspensión condicional de la pena y de la libertad condicional, la medida de libertad vigilada, durará el mismo tiempo que se fije para dichos regímenes; en los demás casos, durará el tiempo que señale el tribunal, sin que pueda ser menor de un año.

Al aplicar esta medida, el tribunal que corresponda prescribirá las reglas de comportamiento destinadas a evitar nuevas infracciones.

El Artículo 99 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula lo siguiente: “Cuando un delito haya sido motivado por hábito vicioso de su autor o por sus costumbres disolutas o cuando el caso lo requiera, el tribunal podrá imponer, además de la pena, la prohibición de concurrir a determinados lugares”.

El Artículo 100 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula lo siguiente: “La caución de buena conducta consiste en la garantía personal, hipotecaria, prendaria o depósito y por el término señalado en la sentencia, de que el sujeto peligroso no cometerá nuevos delitos y de que cumplirá las normas de conducta que le sean impuestas durante un período de prueba que no será menor de un año y no excederá de cinco.

Esta medida se aplicará en los casos que el tribunal lo estime.

La caución se hará efectiva cuando el sometido a ella violare las normas de conducta impuestas, en caso contrario, al finalizar su plazo, se ordenará la devolución de la suma depositada o la cancelación de la garantía”.

No se trata de defender una concepción individualista y radicalmente liberal del derecho y de la sociedad, sino de poner las prevenciones necesarias para frenar a aquellos que aniquilan al individuo bajo el pretexto de una supuesta defensa social, la cual en definitiva, consiste simple y sencillamente en aquella defensa de los que mandan y tienen el poder.

n) La extinción de la responsabilidad penal y de la pena: El Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, regula en el Artículo 101 lo relacionado con la extinción de la responsabilidad penal: “La responsabilidad penal se extingue:

1º. Por muerte del procesado o del condenado.

2º. Por amnistía.

3º. Por perdón del ofendido, en los casos en que la ley lo permita expresamente.

- 4º. Por prescripción.
- 5º. Por cumplimiento de la pena”.

El Artículo 102 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula lo relacionado con la extinción de la pena, al señalar lo siguiente: “La pena se extingue:

- 1º. Por su cumplimiento.
- 2º. Por muerte del reo.
- 3º. Por amnistía.
- 4º. Por indulto.
- 5º. Por perdón del ofendido, en los casos señalados por la ley.
- 6º. Por prescripción”.

Las condiciones objetivas de penalidad son circunstancias que, sin pertenecer a lo injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refieran a ellas el dolo o la imprudencia del autor, siendo indiferente que sean o no conocidas por él. En la legislación no están contempladas taxativamente este tipo de condiciones, pero en legislaciones con doctrinas modernas, el legislador ha considerado incluir estas condiciones, como el caso de rebeldes o sediciosos que depusieren su actitud, el falso testimonio del reo, o la previa declaración de quiebra en los delitos de quiebra.

La penalidad también puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente no imponer una pena, a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable. Se trata, normalmente, de causas vinculantes a la persona del autor y que, por lo tanto, solo afecta a él y no a los demás participantes del delito. Estas son las excusas absolutorias que no pertenecen al tipo penal, por cuyo motivo no benefician a los partícipes. Las excusas absolutorias, no pertenecen al tipo de delito y sólo tienen efectos sobre su consecuencia específicamente penal, es decir, sobre la pena.

También se ha dicho que los hechos amparados por una excusa absolutoria son verdaderos delitos sin pena. Se trata de situaciones en las que la ley generalmente por motivos de utilidad política criminal, considera preferente prescindir de la pena por razones especialísimas. Por tal razón, estas excusas tienen carácter individual y sólo excluyen los efectos estrictamente penales del delito, dejando subsistentes las demás consecuencias resultantes del hecho típicamente antijurídico y culpable.

ñ) Prescripción: La prescripción de la responsabilidad penal, está regulada en el Artículo 107 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “La responsabilidad penal prescribe:

- 1º. A los veinticinco años, cuando correspondiere pena de muerte.
- 2º. Por el transcurso de un período igual al máximo de duración de la pena señalada, aumentada en una tercera parte, no pudiendo exceder dicho término de veinte años, ni ser inferior a tres.
- 3º. A los cinco años, en los delitos penados con multa.
- 4º. A los seis meses, si se tratare de faltas.
- 5º. Por el transcurso del doble del tiempo de la pena máxima señalada para los delitos contemplados en los Capítulos I y II del Título III del Libro II del Código Penal”.

El Artículo 108 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula lo siguiente: “La prescripción de la responsabilidad penal comenzará a contarse:

- 1º. Para los delitos consumados, desde el día de su consumación.
- 2º. Para el caso de tentativa, desde el día en que se suspendió la ejecución.
- 3º. Para los delitos continuados desde el día en que se ejecutó el último hecho.
- 4º. Para los delitos permanentes, desde el día en que, cesaron sus efectos.
- 5º. Para la conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción, cuando éstas sean punibles, desde el día en que se haya ejecutado el último acto.

6°. En los delitos cometidos en contra de personas menores de edad, el plazo de prescripción comenzará a contarse desde el momento en que la víctima cumpla su mayoría de edad”.

La prescripción del delito se justifica por el argumento de carácter procesal, que con el transcurso del tiempo se extinguen o se debilitan las pruebas del hecho punible. A la buena administración de justicia interesa que las pruebas en los juicios criminales sean frescas y fehacientes pues las que, por haber transcurrido mucho tiempo desde la comisión del hecho han perdido su vigor probatorio, pueden originar sensibles errores judiciales. En defensa de la prescripción de la pena se alega con verdad que transcurrido un largo período desde la perpetración del hecho delictivo el recuerdo de éste se borra, y los sentimientos colectivos que origina la intranquilidad y la alarma, el deseo de dar satisfacción al ofendido, el afán de que el criminal pague su deuda, se atenúa y llegan a extinguirse por completo, y la sociedad sólo debe castigar cuando perduran el malestar y la inquietud causados por el hecho criminal.

3.2 Análisis de la justa relación entre los tipos penales regulados en el Código Penal y sus penas

El principio de intervención mínima implica una serie de limitaciones en todas las sanciones que el Estado pueda llegar a imponer. Es importante anotar que algún tipo de proporción debe existir entre la sanción que se imponga y la lesión o el riesgo del bien jurídico.

Al determinar la pena, se debe tomar en consideración tanto la culpabilidad que tenga el autor, como también el daño ocasionado por el delito. Las penas que cuenten con una mayor gravedad deberán ser reservadas para todos aquellos casos en los que se lesionen de manera grave los bienes jurídicos de mayor importancia y en los que el nivel de culpabilidad sea mayoritario.

En lo relacionado al límite mínimo determinado de la pena, es aquel de conformidad con el cual la ventaja del delito no debe ser mayor a la desventaja correspondiente a la

pena. O sea, que la pena no cuenta con ningún sentido, ya que a pesar de que la misma sea impuesta, continúa compensando la comisión del delito.

En lo que respecta al límite máximo, deben de rechazarse todas aquellas penas que originen un padecimiento mayor al ocasionado por el delito.

Las penas privativas de libertad de duración excesiva no son admisibles, tal y como lo regula nuestra Constitución Política de la República de Guatemala, al indicar en su Artículo 19 lo siguiente:

“El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas:

- Deben ser tratados como seres humanos; y no ser discriminados por motivo alguno, no podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos;
- Deben cumplir las penas en los lugares destinados para el efecto. Los centros penales son de carácter civil y con personal especializado; y
- Tienen derecho a comunicarse, cuando lo soliciten, con sus familiares, abogado defensor, asistente religioso o médico, y en su caso, con el representante diplomático o consular de su nacionalidad.

La infracción de cualquiera de las normas establecidas en este Artículo, da derecho al detenido a reclamar del Estado la indemnización por los daños ocasionados y la Corte Suprema de Justicia ordenará su protección inmediata.

El Estado deberá crear y fomentar las condiciones para el exacto cumplimiento de lo preceptuado en este artículo”.

Mediante una comparación entre los delitos se mide la proporcionalidad de las penas. Se puede establecer que una pena que se asocia a un determinado delito es proporcionada, si la misma es menor que la pena por delitos aún más graves y mayor que la pena por los delitos más leves. Por ende, el legislador siempre busca la unificación en el mismo texto legal de la mayor cantidad de los delitos, debido a que de dicha forma es más fácil el mantenimiento entre los delitos y las penas.

Pero, no siempre la desproporción en las penas es una técnica legislativa incorrecta. Los distintos códigos penales son el reflejo de una concepción de política criminal estructurada, la cual efectivamente puede apreciarse en función de los bienes jurídicos considerados como dignos de ser protegidos, así como también el nivel de protección con el cual pueden los mismos contar.

Al elaborar o modificar cualquier tipo penal existente, el legislador, tomando en consideración los aspectos primordiales del principio de intervención mínima, debe de respetar las reglas que a continuación se dan a conocer, siendo las mismas, las siguientes:

Primero se deben prohibir cualquier conducta que se encamine a proteger un bien jurídico concreto y no basado en principios éticos o morales.

En lo relacionado a la vía penal, únicamente se deben proteger los bienes jurídicos que sean fundamentales para convivir en sociedad y no deben prohibirse penalmente aquellas conductas que no lesionen a terceros. A la vía penal, solamente se debe de recurrir, cuando los bienes jurídicos no se pueden proteger mediante formas menos violentas. Esta debe ser rechazada, ya que la misma es generadora de perjuicios y no de beneficios.

Además las penas que se imponen no deben ser desproporcionadas, ni tampoco excesivamente elevadas, de manera concreta, deberán ser descritas las conductas prohibidas, evitándose con ello los tipos penales abiertos. Por lo cuál no se debe de

contar con la creencia errónea de que el derecho penal resuelve por sí solo los problemas sociales.

3.3 No hay pena sin tipo penal

a) Principio de culpabilidad: Por culpabilidad se entiende aquella: “Calidad de culpable, de responsable de un mal o de un daño. Imputación de falta o delito a quien resulta agente de uno u otra, para exigir la correspondiente responsabilidad”⁵⁴.

Entre los objetivos del derecho penal encontramos que busca ilustrarle a la ciudadanía lo relacionado a las diversas conductas que se encuentran prohibidas ya que las mismas lesionan de manera grave la debida convivencia en la sociedad. Para, que, mediante dicha enseñanza, los sujetos respeten las normas establecidas y sepan claramente que si no cumplen de manera efectiva, serán sancionados. El derecho penal se encarga de motivar a los sujetos, para que los mismos no lleven a cabo determinados comportamientos que son perjudiciales y dañinos para la sociedad.

Por lo anteriormente anotado, la sanción penal no tiene sentido, si el sujeto en ningún momento ha sido infractor de la norma. El Estado debe admitir que la dignidad humana ofrece y además le exige al individuo la posibilidad de poder evitar la pena, comportándose acorde al derecho. Para que un sujeto sea culpable, primero tiene que haber llevado a cabo un ilícito penal y segundo, el resultado prohibido obtenido tuvo que haber sido querido por ella, o bien ser el resultado de una determinada acción que sea propiamente imprudente y tercero que el sujeto deberá contar con el conocimiento y la debida capacidad para encontrarse bien consciente de que se encontraba cometiendo un delito.

Entonces, la conceptualización de la culpabilidad, puedo determinar que se convierte en una limitante a la capacidad de sancionar del Estado guatemalteco.

⁵⁴ Cabanellas, Ob. Cit. Pág. 101.

Únicamente puede imponer una sanción penal si el mismo prueba la culpabilidad del sujeto mediante la ley.

Los principios de personalidad, de la exigencia de imprudencia o de dolo y la exigencia de comprensión, se extraen del principio de culpabilidad, en nuestra legislación vigente en Guatemala.

b) Principio de la personalidad de las penas: El mismo, impide que se castigue a un sujeto por hechos ajenos. Actualmente, ninguna persona puede admitir la imposición de sanciones por hechos que hayan sido cometidos por alguna persona de su familia.

Pero, el principio de personalidad de las penas no suele ser común a las distintas ramas del derecho ya que en bastantes ocasiones, determinadas personas que no llevaron a cabo la comisión de los hechos, deberán responder civilmente por los mismos.

c) La exigencia de dolo: Por dolo en derecho penal se entiende: “La resolución libre y consciente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por la ley”⁵⁵.

Si no existe un delito, tampoco puede existir imprudencia o dolo en el autor del mismo. O sea, que no es suficiente que sea producido un resultado lesivo o que un comportamiento peligroso sea llevado a cabo, ya que para que exista un delito, el autor tuvo que haber querido el resultado, o como mínimo, haber producido el mismo por no haber puesto el cuidado necesario.

d) Exigencia de la comprensión de ilicitud: Para que exista la culpabilidad de una persona, es fundamental conocer que la conducta que va a llevar a cabo es prohibida y que además, pueda respetar dicha prohibición. Tampoco podrán ser culpables

⁵⁵ *Ibíd.*, Pág. 132.

penalmente todos aquellos sujetos, que habiendo puesto la debida diligencia, no sabían que la conducta que llevaban a cabo no era permitida.

Dentro de la Tipicidad como elemento positivo de la teoría del delito, en la cual calificamos las conductas en nuestro ordenamiento jurídico en el Código Penal de Guatemala, teniendo como medidas de coerción la pena o falta, dentro de la pena se establece objetos tanto materiales como jurídicos, siendo el objeto de la primera el daño infringido y la segunda el bien jurídico tutelado por la ley, siendo lo más importante de la pena la justificación su sentido y su fin.

La pena en la sociedad actual es importante para una convivencia digna entre personas, como lo establece nuestra Carta Magna, no obstante debemos de analizar su justa aplicación y ejecución.

Dentro de los fines de la pena existen tres muy importantes, debe ser preventiva, previniendo futuros hechos delictivos realizados por el internado, protectora garantizando la protección de los bienes jurídicos tutelados de las personas y resocializando efectivamente al internado.

CAPÍTULO IV

4. Proporcionalidad de la pena

En la edad media es cuando aparece la pena como una potestad del Estado. En la actualidad se le concibe como aquellas restricciones y privaciones de bienes jurídicos, señalados específicamente en la ley penal; cualquier otro tipo de sanción que no provenga de la ley penal no es considerada como pena para los efectos del derecho penal.

El fin último de la pena es negar el delito, en el sentido de anular el desorden contenido en la aparición del mismo, reafirmando la soberanía del Derecho sobre el individuo. Se dice entonces que el origen y significado de la penal tiene íntima relación con el origen y significado del delito, debido a que es el presupuesto indispensable para su existencia.

4.1 Concepto

Es una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídico, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del Estado, al responsable de un ilícito penal.

a) Características: Según se establece en el Código Penal guatemalteco las características son:

- Es un castigo: Debido a que aunque no se quiera, la pena se convierte en castigo para el condenado al privarle o restringirle de sus bienes jurídicos, sufrimiento que puede ser físico, moral o espiritual.
- Es de naturaleza pública: Debido a que solamente al Estado corresponde la imposición y ejecución de la pena.

- Es una consecuencia jurídica: Debido a que debe estar previamente determinada en la ley penal, y solo la puede imponer un órgano jurisdiccional competente al responsable mediante un proceso preestablecido en la ley.
- Debe ser personal: Solamente debe sufrirlo un sujeto determinado, solamente debe recaer sobre el condenado, debido a que nadie puede ser castigado por hechos cometidos por otros.
- Debe ser determinada: La pena debe estar determinada en la ley penal, el condenado no debe sufrir más de la pena impuesta que debe ser limitada.
- Debe ser proporcional: Si la pena es la reprobación a una conducta antijurídica, ésta debe ser en proporción a la naturaleza y a la gravedad del delito, atendiendo los detalles particulares del mismo debido a que no existe dos casos iguales en materia penal.
- Debe ser flexible: Debe existir la posibilidad de revocación o reparación, mediante un acto posterior, en el caso de error, debido a que el juzgador siempre es un ser humano con la posibilidad constante de equivocarse; ya que debe ser la pena proporcionada y se puede graduar entre un mínimo y un máximo de acuerdo al Artículo 65 del Código Penal.
- Debe ser ética y moral: La pena debe estar encaminada a hacer el bien para el delincuente, por lo que no debe convertirse en una venganza del Estado en nombre de la sociedad; debe tender a reeducar, a reformar, a rehabilitar al delincuente.

b) Su naturaleza y sus fines: La naturaleza de la pena es pública, porque sólo el Estado puede crearla, imponerla y ejecutarla, debido al *ius Puniendi*, pero este poder está

limitado por el principio de legalidad (nullum crimen, nulla pena sine lege), ya que si no está previamente determinado en la ley no puede imponerse ninguna pena.

En cuanto a los fines, aparte de la función retributiva, debe asignarsele un fin de utilidad social que debe traducirse en la objetiva prevención del delito y la efectiva rehabilitación del delincuente.

Según Kant y la escuela alemana de Liszt los fines de la pena son enfocados por 3 teorías así:

- Teoría de la retribución: Sostiene que la culpabilidad del autor debe compensarse mediante la imposición de un mal penal, con el objeto de alcanzar la justicia. Se fundamenta en el castigo retributivo.
- Teoría de la prevención especial: Sostienen que la pena es una intimidación individual que recae únicamente sobre el delincuente con el objeto de que no vuelva a delinquir; pretende prevenir la comisión de nuevos delitos.
- Teoría de la prevención general: Sostienen que la advertencia no debe ir encaminada solamente en forma individual, sino de tipo general a todos los ciudadanos, intimidándolos sobre las consecuencias perniciosas de su conducta antijurídica.

c) La punibilidad, la punición y la pena: La Punibilidad: Es la abstracta descripción de la pena que plasma como una amenaza de prevención general, el legislador en la ley penal. O sea que es la determinación de la sanción en la ley penal.

La Punición: Es la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes al autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general o determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad. O sea que es la imposición judicial de una pena.

La Pena: Es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la personalización. O sea que la pena consiste en la ejecución de la punición impuesta por el Juez en su sentencia condenatoria.

4.2 La defensa social y el tratamiento del delincuente

a) Clasificación de las penas: Las penas se clasifican en: Principales y Accesorias. Artículo 41 y 42 del Código Penal, las cuales se consideran son las más importantes.

- Son Principales: La de muerte, la de prisión, la de arresto y la multa.
- Son Accesorias: La inhabilitación absoluta o especial, el comiso, la pérdida de los objetos o instrumentos del delito, la expulsión de extranjeros del territorio nacional, el pago de costas y gastos procesales, la publicación de sentencias y todas aquellas que otras leyes señalan.

Al respecto de la pena de muerte, se puede indicar que tiene carácter extraordinario y se aplica solo por los delitos señalados en la Ley, regulados en los Artículos 131, 132, 175, 201 y 383 del Código Penal. La pena de muerte, consiste en la eliminación física del delincuente, debido a la gravedad del delito cometido y la peligrosidad criminal del mismo. Al respecto de esta pena, se dan argumentos a favor de que se continúa con esta práctica y otros que sea abolido, así:

- Teoría Abolicionista: Los exponentes de esta teoría, analizan la cuestión desde dos puntos de vista: Moral y Jurídico.

Punto de Vista Moral: La pena de muerte es un acto impío, al imponerse se arrogan calidades de omnipotencia divina; es un acto contrario a los principios de la sociabilidad humana; va en contra de la conciencia colectiva, por el desprecio que se manifiesta al verdugo en forma universal.

Punto de Vista Jurídico: Carece de eficacia intimidatoria en general, en relación con ciertos delincuentes, carece de toda eficacia, debido a que se convierte en un riesgo profesional; el espectáculo de la ejecución produce en las masas un estado desmoralizador; su aplicación es escasa en proporción; la pena de muerte es irreparable; carece de divisibilidad y proporcionalidad; no es correccional.

- Teoría Antiabolicionista: Sus argumentos son: El particular que se defiende legítimamente, puede quitar la vida, el Estado debe también tener igual derecho contra el que le ataca; es un procedimiento excelente y único de selección que asegura perpetuamente a la sociedad contra el condenado y una saludable mejora de la raza;

Ahorra a la sociedad el mantenimiento de un ser que le es enemigo; es una justa retribución contra los delitos contra la vida; la pena de muerte es menos cruel que las privaciones de libertad.

- Teoría Ecléctica: Indica que la pena de muerte no debe aplicarse en tiempo de normalidad, pero si en circunstancias extremas de descomposición social, por cuanto la pena capital, constituye un acto de legítima defensa por parte del poder público. Para su aplicación deben darse los supuestos siguientes:
 - Solo ha de aplicarse cuando se trate de delitos gravísimos;
 - La existencia de plena prueba y humanamente cierta la culpabilidad del condenado;
 - Su ejecución debe ser de modo que haga sufrir menos al delincuente;
 - No aplicarse en presencia del pueblo, para evitar que excite la crueldad de las almas.

En nuestro país se sigue la corriente ecléctica.

- La conmuta: Es un beneficio que se otorga al condenado por medio de la cual la pena de prisión cuando ésta no exceda de cinco años y la pena de arresto en todos los casos, se puede convertir en pena de multa. En caso contrario, cuando el condenado con multa fuere insolvente, la pena se transformará en prisión, que nunca deberá exceder de 3 años.

b) Medidas de seguridad: El significado fundamental de las medidas de seguridad radica en la prevención del delito, y pueden aplicarse simultáneamente con la pena, o bien independientemente de ella.

- Definición. “Son los medios o procedimientos que utiliza el Estado en pro de la defensa social, identificándola con fines reeducadores y preventivos, apartándola de la retribución y el castigo que identifica a la pena”⁵⁶.

Son medios de defensa social utilizados por el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes, que tienen por objeto la prevención del delito y la rehabilitación de los sujetos con probabilidades de delinquir.

Según Francisco de Mata y Héctor de León las características son:

- 1.- Medios o procedimientos que utiliza el Estado: Corresponde exclusivamente al Estado la imposición de las medidas de seguridad por conducto de los órganos jurisdiccionales.
- 2.- Tienen un fin preventivo, rehabilitador, no retributivo: Se trata de evitar los delitos mediante la educación, corrección y curación de los sujetos con probabilidades de delinquir.
- 3.- Son un medio de defensa social: Debido a que su imposición depende de la peligrosidad del sujeto y no de la culpabilidad.

⁵⁶ De Mata Vela, Ob.Cit. Pág. 290.

- 4.- Puede aplicarse a peligrosos criminales y peligrosos sociales: Se aplica al que ha delinquirido y presenta peligrosidad, también al que presenta probabilidades de hacerlo.
 - 5.- Su aplicación es por tiempo indeterminado: Por lo que solo se reforma o revoca cuando efectivamente ha desaparecido la causa del estado peligroso. Artículo 85 C.P.
 - 6.- Responde al principio de legalidad: Solo se pueden imponer las establecidas en la ley.
- Naturaleza y Fines de las medidas de seguridad. Al respecto se indica que pueden ser de carácter judicial o administrativo, prevaleciendo el primer criterio, al indicar que sólo podrán decretarse por los tribunales de justicia en sentencia condenatoria o absolutoria por delito o falta. Artículo 86 Código Penal.

La mayor discusión acerca de su naturaleza jurídica es respecto de si tiene diferencia con las penas o no; al respecto se dan varias teorías:

Teoría Unitaria o Doctrinaria de la Identidad: Indican que las penas y las medidas de seguridad no tienen diferencias sino una similitud inmediata del delito, se traducen en privación y restricción de los derechos o bienes jurídicos.

Teoría Dualista o doctrinas de la Separación: Generalmente es la más aceptada, indicando que existen sustanciales diferencias entre las penas y las medidas de seguridad, indicando que las primeras son retribución o castigo por el delito cometido, y las segundas son puramente preventivas; sostienen que las diferencias principales son:

- La pena representa un castigo o daño al delincuente, la medida de seguridad tiende a su readaptación;
- La pena es consecuencia de la comisión de un delito, aplicándola en relación a su gravedad, la medida de seguridad se impone en razón al estado o condición del individuo;

- La pena se aplica al comprobarse la culpabilidad del autor del delito, la medida de seguridad es independiente de la culpabilidad.
- Clases de medidas de seguridad.
 - Medidas de Seguridad: Son las que se aplican como complemento de la pena en atención a la peligrosidad criminal del delincuente.
 - Medidas de Prevención: No dependen de la comisión de un delito, se imponen en atención a la peligrosidad social del sujeto con fin profiláctico.
 - Medidas Curativas: Son las que tienen por objeto el tratamiento clínico-psiquiátrico de los sujetos inimputables.
 - Medidas Reeducativas o Correccionales: Son aquellas que pretenden la reeducación, la reforma del individuo, su rehabilitación en sentido amplio con el fin de adaptarlo nuevamente a la sociedad.
 - Medidas Eliminatorias, de Segregación o de Protección Estricta: Son las que tratan de eliminar de la sociedad a sujetos inadaptables a ella, como los delincuentes habituales.
 - Medidas Privativas de Libertad: Son las que privan o coartan la libertad de locomoción del sujeto que la sufre.
 - Medidas No Privativas de Libertad: Son las que a pesar de sujetar obligatoriamente al individuo, no coartan en forma absoluta su libertad de locomoción. Ejemplo Libertad vigilada.
 - Medidas Patrimoniales: Son las que recaen directamente sobre el patrimonio. Ej. Caución de buena conducta.

c) La peligrosidad como presupuesto de las medidas de seguridad: Se puede entender a la peligrosidad como una elevada probabilidad de delinquir en el futuro, y al aplicarse al delincuente se dan dos situaciones:

- Se refiere a delincuentes que sin cometer delito se encuentran próximos a realizarlo, o sea peligrosidad predelictual o antidelictual, a los que ha de aplicarse medidas preventivas;

- Los delincuentes que presentan la posibilidad de volver a delinquir, denominada peligrosidad postdelictual o peligrosidad criminal, a los que ha de aplicarse las medidas de seguridad.

Los índices de peligrosidad considerados por nuestra legislación son los encontrados en el Artículo 87 del Código Penal, el Artículo 86 indica quien y en qué forma deben ser aplicados.

d) Sustitutivos de la pena: Son medios que utiliza el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales encaminados a sustituir la pena de prisión, atendiendo a una política criminal con el fin de resocializar al delincuente.

e) Clasificación doctrinaria: El Código Penal de Guatemala clasifica a las medidas sustitutivas como:

- Restrictivas de libertad, dividida así: La semilibertad: consistente en que el penado sale de la prisión por la mañana a trabajar al exterior y regresa por la tarde, pasando las noches, fines de semana y días de feriado en prisión.

Arresto de fin de semana: Los 5 días de la semana permanece fuera con su familia y trabajando, y vuelve los fines de semana a la prisión.

Confinamiento: Es la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él.

Arresto domiciliario: Consiste en la obligación de permanecer dentro de su domicilio por un tiempo determinado.

- No privativas de libertad, dividida así: Pecuniaria: Consistentes en multas, comiso y reparación del daño causado.

Destierro: Se expulsa al delincuente del territorio nacional.

Amonestación: Simple advertencia al sujeto para que no vuelva a delinquir.

Condena condicional: Es la suspensión condicional de la pena.

Probación: Es un método de tratamiento de delincuentes especialmente seleccionados que consiste en la suspensión condicional de la pena, siendo el delincuente colocado bajo una vigilancia personal que le proporciona guía y tratamiento.

Parole: Es la libertad condicional de un recluso, una vez ha cumplido con una parte de la condena.

f) Clasificación legal: Suspensión Condicional de la Pena. Artículo 72 del Código Penal. Perdón Judicial. Artículo 83 del Código Penal. En la suspensión condicional de la pena, esta se suspende por un tiempo determinado; en el perdón judicial la pena se extingue. Libertad Condicional. Artículo 78 al 82 Código Penal. Solo puede otorgarse por la Corte Suprema de Justicia con información del Patronato de Cárceles y Liberados.

La primera alusión que se realizó en Alemania al principio de proporcionalidad, en relación con el proceso penal, tuvo lugar en una resolución del Deutscher Journalistentag, tomada en Bremen el 22 de agosto de 1875, en la que se solicitaba que las medidas coactivas dirigidas contra los periodistas que se negaran a declarar como testigos fueran proporcionadas a las penas previstas para los delitos perseguidos. Aquella resolución supuso una primera llamada de atención sobre la necesidad de trasladar al proceso penal el principio de proporcionalidad, conocido ya en el Derecho Administrativo de Policía.

En opinión de Torío López, “el segundo brote del principio de proporcionalidad, de eliminación de las torturas y de las penas y tratos crueles, se dio en las declaraciones internacionales que siguieron a la terminación de la Segunda Guerra Mundial”⁵⁷. Es así como la idea de proporcionalidad ha pasado de un Derecho a otro, hasta convertirse en

⁵⁷ Rojas, Ivonne Yenissey. **El principio de las penas**. Pág. 3.

un principio general del ordenamiento jurídico y que, en sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto.

Definitivamente como lo ha escrito Roxin, “a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) sobre el principio de proporcionalidad, se ha elevado la eficacia de la jurisprudencia constitucional en el caso concreto a un altura jamás alcanzada (a pesar de la merma de seguridad jurídica), han sido reducidas las habilitaciones generales concedidas al Estado para la práctica de injerencias en la medida no deseable según las circunstancias particulares del caso concreto, y el legislador ha debido doblegarse a ello”⁵⁸.

El principio de proporcionalidad en el derecho penal es el fundamento político y constitucional del *ius puniendi* es el propio de una república, representativa, democrática, federal, creada de acuerdo con lo establecido en los artículos de la Constitución.

Por ello, se deben establecer en la Constitución como límites al *ius puniendi*, y como controles derivados de los derechos humanos y de la ciencia del Derecho Penal, los principios de dignidad del ser humano, igualdad ante la ley, proporcionalidad, conducta, lesividad de bienes jurídicos y culpabilidad.

Los principios de legalidad, taxatividad y prohibición de extractividad de la ley penal, prohibición de la analogía, debido proceso legal, juez natural y prohibición de doble incriminación, ya aparecen plasmados en la norma fundamental.

“La pena que establezca el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho. En este sentido no deben de admitirse penas o medidas de seguridad, exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito. Hay que distinguir dos exigencias:

⁵⁸ *Ibíd.*, Pág. 4.

- La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada.
- La proporcionalidad se medirá con base en la importancia social del hecho”⁵⁹.

La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico.

4.3 Análisis jurídico de la proporcionalidad de la pena en congruencia con el delito cometido dentro del marco de los fines propuestos en el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala

La escuela clásica, firme en las ideas del humanismo, prescribe que los reos deben ser objeto de un tratamiento humano, en tal sentido se caracteriza por los siguientes principios:

- 1) De igualdad: sostiene que todos los hombres nacen libres y con iguales derechos, y que en consecuencia el estado está obligado a proporcionarles un tratamiento igual.
- 2) De libre albedrío: afirma que ha todos los hombres se les ha dotado de la capacidad para elegir entre el bien y el mal, y que consecuentemente son responsables de la conducta que elijan.
- 3) De identidad del Delito: el derecho como entidad jurídica, es una creación del hombre, que debe enmarcarse dentro de una normativa que regule las conductas antijurídicas, y que por lo tanto solo a esta normativa les es dado determinar que conducta puede denominarse delictuosa.

⁵⁹ Mir Puig, Santiago. **Derecho Penal -Parte General**. Pág. 99.

- 4) De proporcionalidad de la pena: el estado no puede imponer penas, mayores o menores a las que contempla la normativa jurídica con relación al delito cometido.

El análisis de estos principios permite establecer, que el espíritu de estos en la escuela clásica persiste aun en determinadas normas de distintas legislaciones, así en el ordenamiento jurídico guatemalteco:

La igualdad y el libre albedrío, pueden ser ubicados en la norma constitucional contenida en el Artículo cuatro que señala: “en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, y gozan de iguales oportunidades”, agregando la responsabilidad personal de la conducta individual; en tanto que, el Artículo 21, del Decreto Ley 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal, dice que “quienes se encuentren sometidos a proceso, gozaran de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes establecen, sin discriminación alguna”.

El principio de identidad, lo incluye la normativa constitucional en el Artículo 17 al prescribir, que “no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delitos o faltas por ley anterior a su perpetración”.

Con relación al principio de proporcionalidad de la pena, el Artículo 65, del Código Penal Decreto Ley 17-73, del Congreso de la República expresa que: “corresponde al juez o tribunal, determinar en la sentencia la pena que corresponda, tomando en consideración la mayor o menor peligrosidad del sujeto, sus antecedentes penales, las causas que lo impulsaron a la comisión del hecho delictivo, la gravedad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho y que el juez considere que son determinantes para regular la pena”; este mismo cuerpo legal en su artículo uno agrega “la prohibición de que el juzgador imponga una sentencia diferente a la previamente establecida en la ley para el delito de que se trate, en consecuencia, la pena no es una sanción que de manera arbitraria pueda imponer el juzgador, la ley lo conmina a tomar en cuenta factores que contribuyan a su determinación, en proporción al delito cometido”.

Con relación a la escuela positiva, puedo afirmar que la influencia que esta corriente ideológica recibió del desarrollo de las ciencias naturales a principios del siglo XIX fue determinante en la concepción de muchas disciplinas culturales de esa época; en el campo del derecho, la escuela positiva centró el estudio filosófico de la criminalidad en el origen natural de sus causas, en el tratamiento terapéutico del hombre delincuente basado en la concepción psico-biológica del individuo; siendo las principales características de este movimiento ideológico jurídico: a) el estudio de la personalidad del delincuente, y el tratamiento terapéutico del mismo; b) la investigación de las causas de la criminalidad; c) la sistematización jurídica del delito, para la imposición de penas y medidas de seguridad.

Actualmente, como remanente de la concepción positivista, la mayoría de estados hacen estudios profundos para determinar las causas que originan el fenómeno criminal, clasifican a los delincuentes por su grado de peligrosidad, no estiman al modelo terapéutico como base de la rehabilitación social, pero sostienen que el individuo es susceptible de su readaptación social a través de un tratamiento pedagógico-social orientado a la sustitución de hábitos y valores del individuo debidamente aceptados por el conglomerado social, y que dentro de la prevención del delito se le denomina prevención especial.

Al analizar la posición ideológica de la escuela moderna opino, que en principio esta posición está sustentada, en la idea de que la conducta criminal, obedece a causas eminentemente sociológicas, sostiene que los delincuentes no son enfermos mentales, y que erradicar las causas que generan el delito corresponde al Estado.

El ordenamiento jurídico guatemalteco, congruente con la posición ideológica de la escuela moderna del derecho penal, que no considera al delincuente como un enfermo, sino como un sujeto desocializado, orienta su reconversión a través de tratamientos que tiendan a su rehabilitación principalmente en actividades laborales y educativas, sin que el propósito sea la modificación de su personalidad; así lo prescribe la

Constitución Política de la República en el Artículo 19, al señalar que el recluso debe ser objeto de un proceso de readaptación y reeducación social.

En sentido análogo el inciso b del Artículo tres del Decreto Ley 33-2006 Ley del Régimen Penitenciario, agrega que uno de los fines del sistema penitenciario, es 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; en tanto que el Artículo 91 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República, agrega que cuando se adviertan índices de peligrosidad en el sujeto por la reiteración de hechos delictivos debe sujetarse a un tratamiento específico al comprobarse que la medida condenatoria no ha sido eficaz para lograr su rehabilitación, y en este sentido pronuncia que: los declarados delincuentes habituales serán sometidos, según el grado de peligrosidad que demuestren, al régimen de trabajo en granja agrícola, en centro industrial o centro análogo; y que esta internación se decretará cuando cumplida la condena impuesta, se estime que esta ha sido ineficaz en lo relativo a la readaptación del delincuente.

El análisis del proceso histórico de la sistematización del derecho penal, permite determinar el largo camino que las sociedades modernas han tenido que recorrer para regular de forma científica los medios de represión y prevención del delito, y sustraer de manos de los particulares la aplicación de la justicia, para que sea el Estado como poder soberano quien se encargue de su aplicación.

La importancia de la sistematización del derecho penal, radica en que a partir de los estudios realizados por los fundadores de las escuelas penales, la forma de reprimir al delincuente, el objeto y el fin de la sanción cambió totalmente; así, quienes tengan interés en estudiar la aplicación y el propósito de las penas, principalmente la de prisión, necesitan tener un conocimiento de los antecedentes del origen del actual derecho penal, pues los exponentes de las teorías sustentadas por éstas escuelas,

sentaron las bases de las principales posiciones ideológicas con relación a la génesis del delito, a la imposición de las penas, y al tratamiento del delincuente.

4.4 La teoría retributiva

a) Conceptualización: Desde el comienzo de la humanidad, de diferentes formas existió el castigo aplicado por una ofensa cometida contra una persona o autoridad. Ese castigo, esa necesidad de reacción contra el agresor, con el correr de los tiempos se fortaleció con justificaciones normativas.

Eduardo Rabossi describe la concepción retribucionista “en relación al merecimiento de pena y culpabilidad ilustrándolo claramente; diciendo el citado autor que para los retribucionistas, aquellos que consideran la aplicación del castigo (pena) escindiendo de toda finalidad a la misma, que el castigo que se inflige a una persona se encuentra moralmente justificado por el hecho que dicha persona merece ser castigada y lo merece cuando es culpable por haber cometido una ofensa. He aquí nuevamente, tal vez frente a una construcción filosófica, que nos encontramos como bien detallé en la introducción con valores asignados: castigo - ofensa - reparación - justicia por justificación”⁶⁰.

Rabossi cita a F. H. Bradley cuando este manifiesta en su obra *Ethical Studies* “(...) el castigo es castigo sólo cuando es merecido. Pagamos la ofensa porque la debemos y por ninguna otra razón”⁶¹.

b) Fundamentos en la historia de la retribución: Tomando en cuenta que en las teorías absolutas, como menciona anteriormente, el eje de estas teorías de la pena se encuentra en la retribución, que a lo largo de la historia fue analizada y utilizada según la necesidad de los hechos. Los autores coinciden en que la tesis de “la retribución

⁶⁰ Rabossi, Eduardo A. **Justificación Moral del Castigo**. Pág. 26-27.

⁶¹ *Ibíd.*, 26.

como eje de las teorías absolutas se fundamenta en principios que según la historia fueron:

1. Retribución divina.
2. Retribución moral.
3. Retribución jurídica⁶².

- Retribución divina: Aquí la relación delito - pena está dada por el orden moral de las cosas; el Estado es considerado como una realización de la voluntad divina, la pena vence la voluntad que cometió el delito y violó la ley suprema.

Atendiendo a una ubicación temporal se puede citar la aplicación de esta retribución divina en el denominado Antiguo Régimen, “(...) abarca los efectos de la historia criminológica desde los albores de la humanidad en monarquías teocráticas y castas sacerdotales gobernantes en el Antiguo Egipto y Mesopotamia Asiática (...)”⁶³. He aquí tal vez la génesis de la aplicación de la venganza por parte de la autoridad para impartir justicia y detentar el poder sobre la tierra, cuestión que considero atendiendo a lo plasmado en aquellas primeras leyes establecidas en las culturas del Oriente Antiguo.

Fueron los dioses quienes dictaron las leyes a los hombres, por eso, las leyes son sagradas. En este caso es el dios Samash, el dios sol, dios de la Justicia, quien entrega las leyes al rey Hammurabi de Babilonia (1790-1750 A. C.). De hecho, antes de la llegada de Hammurabi al poder, eran los sacerdotes del dios Samash los que ejercían como jueces pero Hammurabi estableció que fueran funcionarios del rey quienes realizaran este trabajo, mermando así el poder de los sacerdotes y fortaleciendo el del propio monarca.

Los valores destacados son los de: poder - justicia - retribución - igualdad - orden.

⁶² Fontán Balestra, Carlos. **Tratado de Derecho Penal**. Pág. 126.

⁶³ Buján, Javier A. **Elementos de criminología en la realidad social**. Pág. 59.

- **Retribución moral:** La idea básica de la retribución moral se sostiene en la exigencia ineludible de la naturaleza humana de que el mal sea retribuido con el mal, como al bien debe corresponder la recompensa.

Atendiendo a la información suministrada por los diferentes autores consultados, todos enmarcan al filósofo alemán Immanuel Kant como quien lleva al máximo esplendor esta teoría absoluta de la pena con base retribucionista.

Mucho se ha escrito sobre el pensamiento filosófico de Kant, pero sólo limitaré la exposición a la relación de la concepción talional de la pena en relación al sentido de justicia otorgado por el mismo. Obedeciendo siempre a necesidades de justificación políticas - económicas - sociales.

Kant es conocido como el fundador teórico del Estado de Derecho y su estructura jurídica racional. Para Kant, el Estado es la racionalización formal del orden jurídico, por cuanto el Estado no proviene ni de la naturaleza ni de la voluntad libre (contrato social), por cuanto el contrato social no puede justificar el *ius puniendi*. La infracción no es un atentado contra el contrato sino una transgresión de la ley racional.

“No es el Estado el que otorga al infractor el derecho a la pena sino la ley racional la que obliga a que se aplique una pena”. “(...) La pena jamás es un medio para lograr un objetivo. La pena que busca objetivos utilitaristas y preventivos es por consiguiente indeterminada, arbitraria e injusta. El estado liberal en calidad de guardián, vela por el ejercicio negativo de la libertad. La ley penal racional es un conjunto de normas y de valores que delimitan negativamente la vida comunitaria”⁶⁴.

Kant pone en el hombre razonable la condición de hombre libre y moralmente responsable, desechando todo criterio de utilidad. Por cuanto el hombre actúa libremente en un marco donde la autonomía de la voluntad es soberana. Esta autonomía hace que se lo conciba como fin y no como medio. Realizando el mismo paso entre moral y derecho, Kant expresaba: “La pena jurídica que difiere de la pena

⁶⁴ Veravaele, John. **Las grandes teorías de la pena en los siglos XVIII y XIX**. Pág. 298-299.

natural por la cual el vicio lleva en sí su propio castigo, y a la cual el legislador no mira bajo ningún aspecto, no puede nunca aplicarse como un simple medio para procurar otro bien, ni aún en beneficio del culpable o de la sociedad, sino que debe siempre serlo contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real”⁶⁵.

La pena sólo tiene sentido si es retribución de la culpabilidad y no puede imponerse simplemente como medio para conseguir otro bien para el delincuente mismo o para la sociedad, sino que tiene que imponerse en todo momento contra el delincuente porque ha delinquido. “Cualquier otro fin constituiría, para él, una afrenta a la dignidad de la persona, ya que jamás un hombre puede ser utilizado como instrumento o degradado a la condición de objeto”⁶⁶.

Kant realiza su construcción basándose en la razón, distinguiéndola en razón pura esta razón no alcanza para el conocimiento de lo real ya que existe siempre en lo humano un condicionamiento en relación a su historia expresado en tiempo y espacio y razón práctica (aquella razón “...) que debe indicar el camino para conducirse en forma que los seres humanos coexistan, posibilitando a cada uno esa vía (...)”⁶⁷. Esta razón pretende engarzar la ética con el imperativo categórico, entendido como un mandato moralmente valioso de la conciencia individual sin ningún tipo de condicionamiento. Si bien los imperativos categóricos son individuales y se desarrollan en la conciencia de los individuos, Kant apela a una exteriorización objetiva constituida por el derecho, constituyendo así una garantía del imperativo categórico.

Así encuentra justicia en la aplicación del ius talionis, que es la expresión más neta de esa igualdad. “No hay más que el derecho del talión que pueda dar determinadamente

⁶⁵ Mari, Enrique Eduardo. **La problemática del castigo**. Pág. 106.

⁶⁶ Beloff, Mary. **Determinación judicial de la pena**. Pág. 55.

⁶⁷ Buján, Ob. Cit. Pág. 89.

la cualidad y la cantidad de la pena, pero con la condición bien entendida de ser apreciada por un tribunal (no por el juicio privado)”⁶⁸.

Atendiendo a lo ilustrado, a mi humilde entender, I. Kant estructura su doctrina en valores fuertes tales como justicia - igualdad - retribución, pero aquí la retribución en sí sería una consecuencia lógica para mantener la justicia e igualdad, valores necesarios frente al momento histórico - político -económico y social que se vivía. No olvidemos que Kant se encuentra comprendido dentro del movimiento contractualista que si bien prescinde del contrato social para la justificación del poder estadual, requiere de valores como libertad y libre voluntad para erigir su obra. Por otra parte necesita establecer el límite al Estado, “sólo con la misión frente a los ciudadanos de limitarse a la protección de la libertad individual”⁶⁹.

- **Retribución jurídica:** Se atribuye a Hegel esta doctrina en la cual el Estado persigue el mantenimiento del orden jurídico. El delito causa una aparente destrucción del derecho que la pena inmediatamente establece.

Así, el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general representada por el orden jurídico, que resulta negada por la voluntad especial del delincuente. Si la voluntad general es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general. Por cuanto el método dialéctico hegeliano; la voluntad general es la tesis, la negación de la misma por el delito es la antítesis, y la negación de esta negación será la síntesis, que tendrá lugar mediante el castigo del delito. Por cuanto la pena se concibe como reacción que mira al pasado (al delito y al restablecimiento del orden jurídico) y no como instrumento de fines utilitarios posteriores.

⁶⁸ *Ibíd.*, 111.

⁶⁹ Beloff, *Ob. Cit.* Pág. 55.

En el modelo hegeliano denotando la retribución jurídica, podría decirse que la pena para es la manifestación del delito. En la medida en que es manifestación del delito, la pena es expresión de justicia, como el derecho del delincuente es expresión de libertad. Hegel utiliza para fundamentar la pena el concepto de Derecho, interpretando el hecho punible como algo negativo, como vulneración del derecho en el sentido de su negación, surgiendo la pena como restablecimiento del Derecho.

En otro orden de cosas, la teoría hegeliana plantea aunque pretenda disimularlo una concepción organicista de la humanidad, atendiendo así a la burguesía europea nórdica.

Concluyendo la pena entendida como retribución, tiene lugar en un modelo social dado, sea en los tres momentos antes analizados, no puede ningún autor del delito quedar sin punir, se neutraliza mal por el mal mismo. De ninguna manera puede aplicarse la equidad. El sentido de la Ley del Talión está incita en las teorías absolutas, sea en el mundo antiguo, en el sentido racional de Kant y en la negación del derecho de Hegel, como base para el castigo. Si bien a estas teorías absolutas no se le asigna función a la pena, considero que la función que sí puede atribuírsele es la realización de la justicia, en relación a una exigencia religiosa, moral o jurídica de justicia. Esta realización de justicia basada en una filosofía de política liberal, ve en la concepción absoluta de la pena un límite de garantía para el ciudadano⁷⁰, necesario para ese mundo naciente liberal.

4.5 La teoría resocializadora

La falta de límites y proporcionalidad del modelo terapéutico y su fundamentación acientífica del delincuente nato pusieron en crisis este modelo. Tras la II Guerra Mundial el modelo terapéutico quedó totalmente deslegitimado y fue sustituido por un nuevo modelo de pensamiento, que el modelo resocializador.

⁷⁰ Mir Puig, Ob. Cit. Pág. 48.

Este modelo parte de la criminología sociológica que tendió a explicar el fenómeno delictivo desde una perspectiva social; como un proceso en donde el individuo había sido sometido a una defectuosa socialización, ya que el delincuente es resultado de un mal proceso resocializador, la naturaleza social se asume a un problema criminal, es decir que los malos contactos, la pertenencia a grupos subculturales que se tengan dentro del ámbito social son los causantes de este defectuoso proceso de socialización, en este modelo, el delincuente es un producto social, el resultado necesario de un mal proceso de socialización asume, la naturaleza social del problema criminal. Sin embargo mantiene una perspectiva etiológica, los malos contactos, la pertenencia a grupos subculturales desviados o el ambiente social son los causantes de este defectuoso proceso de socialización. La legitimación de la pena radica en los procesos reeducadores y resocializadores.

El introducir la resocialización como un derecho fundamental ha sido un gran acierto del constituyente, ello sin perjuicio de los inconvenientes que la cárcel debe enfrentar en el ámbito de legitimación axiológica y de carácter práctico, lo cierto es que la pena no puede ser un mecanismo puramente retributivo, concebida con el único fin de causar un sufrimiento estéril, sin que redunde en un beneficio para la persona del delincuente. La resocialización entonces debe ser entendido como una garantía constitucional de carácter individual, que se constituye en una síntesis entre las necesidades de la sociedad de intervenir en la persona del delincuente, pero con limitaciones muy claras en cuanto a no violar la dignidad humana, esto es, el derecho de toda persona a ser como es, a vivir de conformidad con sus propios valores y a mantener el carácter totalmente intangible del fuero interno de la personalidad⁷¹.

“Todo proceso de resocialización en un Estado social y Democrático de derecho, es absolutamente voluntario; debe empezarse por rechazar cualquier intento de tratamiento impuesto contra la voluntad del afectado; no puede imponerse ninguna agravación de la condena por exigencias de resocialización; es inadmisibles una concepción de tratamiento destinada a manipular la personalidad; no se puede

⁷¹ Rodríguez Barillas, Alejandro. **Política educativa penitenciaria**. Pág. 100.

pretender conseguir con la resocialización un convencimiento ético del individuo y su adhesión interna a los valores sociales”⁷².

Por lo tanto resocialización implica básicamente, asegurar todos los derechos fundamentales de la persona que se encuentra sometida en prisión, garantizar su vida, condiciones de higiene y salubridad, indispensables para su salud física y mental y sobre todo que no vuelva a delinquir.

De acuerdo con Mapelli, se concluye que los principios inspiradores del tratamiento penitenciario son los siguientes:

a) Principios del tratamiento resocializador:

- 1) Voluntariedad: El tratamiento penitenciario debe ser aceptado voluntariamente por el recluso. El éxito de los procesos resocializadores estriba en la participación, interés y voluntad del penado en el proceso, si el condenado no está 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.
- 2) 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 ambiente del individuo para su futuro en libertad, debe recordarse que el tejido social hostil favorece la reincidencia”⁷³.

Este principio abarca desde un estudio de la personalidad del recluso en todos los aspectos, hasta una proyección social que tienda a mejorar el ambiente del individuo para su futuro en libertad.

⁷² Mir Puig, Ob. Cit. Pág. 123.

⁷³ Mapelli Caffarena, Ob. Cit. Pág. 128.

La sociedad en su conjunto debe acoger mejor al exrecluso, proporcionándole un ambiente favorable para su readaptación, por ello los programas de tratamiento también deben de complementarse con sistemas de asistencia post-penitenciaria que eviten la reincidencia en el delito cuando la persona regrese en libertad.

- 3) 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 o 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. 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 quiera participar.
- 4) Mínima afectación: Otro derecho fundamental durante la ejecución penitenciaria es que se afecte lo menos posible 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.
- 5) Principio 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 cuáles 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”⁷⁴.

⁷⁴ Bovino, Alberto. **Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos**. Pág. 237.

No puede existir facultad legal sino 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 que “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”.

- 6) Participación ciudadana: Los procesos de resocialización se requieren de actividad extrapenitenciarias y de contacto con el mundo libre y que la desocialización producida por el contacto con la sociedad. La participación ciudadana en el proceso de 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 ostentan iguales características; evitar los procesos resocializadoras implica abrir los muros de la cárcel, para lograr programas de intervención social serios y responsables, que realmente sirvan para fortalecer los procesos resocializadores”⁷⁵.

En Guatemala conforme a la normativa vigente el modelo de tratamiento es de la resocialización y la reeducación, son derechos del recluso por ello los programas resocializadores deben observar los principios doctrinales y normativos que orientan este modelo en un Estado Social y Democrático de Derecho.

El derecho a la resocialización es pues una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es un derecho individual y no un derecho de la sociedad o del Estado. El derecho a la resocialización, como derecho individual, es uno de los derechos que el Estado no puede restringir como consecuencia de la

⁷⁵ Convención Americana. **Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos**. Pág. 15.

imposición de una pena, porque la resocialización en sí misma es el principal fin constitucional asignado a la pena.

b) Prisión tradicional y readaptación del preso: “La característica de la pena de prisión ha sido de un modo general y continúa siendo todavía en muchos países, la confusión de los detenidos. Parece como si el propósito de la justicia fuera sólo el de separar al delincuente de la sociedad, abandonando después toda preocupación por su suerte futura. Considerando así la privación total de libertad, dentro de un recinto de contención, cobra un mayor alcance y se convierte en un verdadero ataque contra la propia vida del reo. Sólo se conserva a éste su existencia física, se le aloja, se le viste, se le alimenta, su vida intelectual y moral quedan totalmente desdeñadas. Piensa la justicia, sin duda, que para expirar su crimen debe ser sometido a una auténtica muerte civil. Aun desde el punto de vista de la proporcionalidad entre la pena y el delito, ese criterio, en relación con la mayor parte de las infracciones criminales, resulta excesivamente desproporcionada”⁷⁶.

En esencia el propósito y justificación de las sentencias de encarcelamiento son, proteger a la sociedad de la delincuencia, este objetivo sólo puede lograrse si el tiempo bajo custodia se utiliza para asegurar que el delincuente, una vez puesto en libertad, obedecerá la ley y solamente a través de un tratamiento adecuado se lograra ese propósito.

“Todo ello ha conformado esquemas arraigados en torno a la disciplina, el rigorismo, la mentalidad del carcelero, y se instrumenta por la arquitectura severa, con apariencia de fortaleza, de la prisión corriente. Este mismo edificio que se erigió como expresión de custodia, con su atmósfera de aglomeración consecuencia de haber considerado al delincuente con repulsa no puede acondicionarse hoy a fines del tratamiento penitenciario que posibilite la readaptación social”⁷⁷.

⁷⁶ Ruíz Funes, Mariano. **La crisis de la prisión**. 1971. Pág. 109

⁷⁷ Neuman, Ob. Cit. 1971. Pág. 96.

A consecuencia de esto, no existen posibilidades de ejercer con eficacia alguna terapia, difícilmente podrá educarse para la libertad; cuanto más modernas sean las técnicas que pretendan llevarse a cabo en las prisiones tradicionales, resultaría más cruel e ineficaz para la rehabilitación del recluso, de lo anteriormente expuesto surge una interrogante: ¿Debe desaparecer la prisión tradicional?

La prisión tradicional no debe desaparecer en el momento histórico penológico actual por lo menos en los países de América. “Es necesaria para un grupo de delincuentes habituales y recalcitrantes que representan un riesgo constante para la comunidad. A ellos deberá aplicarse la prisión de extrema seguridad y el régimen severo, pero con tiento y humanidad, estudiando y alertando los casos en que la posibilidad del traslado a un establecimiento de menor rigorismo pueda ser benéfico”⁷⁸.

La supervivencia en última instancia se halla subordinada al progreso de las ciencias. “La celda y el aislamiento, de por sí antinaturales, servían a los fines de la expiación. A ello se unían los ejercicios de meditación espiritual, como un sosiego de la conciencia atormentada. Esa reforma por la expiación perimió de la penología y fue sustituida, gracias al avance la ciencia y de la solidaridad humana, por una concepción mucho más generosa: el empleo de métodos para que, mediante un tratamiento penitenciario eficaz, se lograra la readaptación social del delincuente”⁷⁹.

A tales efectos se requiere una serie de establecimientos diversificados para hacer posible la individualización penitenciaria conforme a la personalidad del agente, de una arquitectura en función de dichos métodos, personal idóneo, etc.

Se ha reconocido que existen derechos inherentes al hombre por su condición humana, de tal manera sustanciales que no puede perderlos aun recluido en la cárcel. El deber del Estado es amparar esos derechos limitando tan sólo aquéllos que la sentencia judicial disponga. Pueden mencionarse el derecho a la vida, al trabajo, a la familia.

⁷⁸ López Rey Arrojo, Manuel. **Cuestiones penológicas**. Pág. 41.

⁷⁹ O’connor, Juan José. **Memoria y estadísticas de la dirección general de institutos penales**.Pág. 9.

La aspiración reformadora tiende a no aniquilar la libertad por la pena, sino a restringirla por el mal uso que de esa libertad se ha hecho, dotando de una nueva aptitud al penado para su buen uso reeducándolo para su posterior disfrute.

c) Readaptación social: “Los términos readaptación social parecen pertenecer a un lenguaje sobreentendido. Existe un tácito asentimiento cuando se los formula e igual ocurre con sus presuntos sinónimos: corrección, enmienda, reforma, moralización, adaptación, rehabilitación, educación, reeducación, reinserción social, socialización, resocialización, etc., con ello se refiere a la acción constructiva o reconstructiva de los factores positivos de la personalidad del recluso y al posterior reintegro a la vida social”⁸⁰.

“Córrase el riesgo de emprender grandes programas teóricos sobre la base de interpretaciones muchas veces dogmáticas o deterministas respecto del delito, según sea el enfoque criminológico que se pretenda”⁸¹. En consecuencia todo programa o tratamiento penitenciario, encaminado a la readaptación social, debe tener una idea clara acerca del alcance de dicha readaptación, precisando exactamente qué debe entenderse y esperarse de ella, por ejemplo, para la técnica sicoanalítica, readaptar al delincuente sería hacer conciencia en él los traumas psíquicos, frustraciones, que hacen que su conducta se dirija hacia la criminalidad. Se entiende que penológicamente, readaptar sería lograr que los presos al recuperar la libertad definitiva o provisional se conduzca como los otros hombres.

En tal sentido se entiende que readaptar sería: lograr que los reclusos al recuperar la libertad definitiva se conduzcan como personas rehabilitadas, sin que pase por su mente volver a infringir la ley.

⁸⁰ Ancel, Marc. **Tendencias actuales de la individualización de la pena**. Pág. 12.

⁸¹ Neuman, Ob. Cit. Pág. 101

d) Individualización penitenciaria: “La individualización penitenciaria es la parte más importante y se conecta en forma directa y específica con la readaptación del hombre preso. Implica la individualización del tratamiento a que será sometido”⁸². El estudio del hombre preso desde todos sus niveles de su personalidad (físicas y psíquicas) y del ambiente del cual proviene (condición social, moral y material), así como de las motivaciones, causas y efectos de sus delitos, conlleva a la conclusión de que cada delincuente es un enigma, no existen delincuentes iguales.

Es forzoso que se promueva el tránsito inmediato de la confusión a la individualización, y como no es prácticamente posible atender a cada recluso, por lo menos debe implantarse el sistema homogéneo de la serie, que permite crear grupos regulares de detenidos, procedentes del mismo medio social, pertenecientes a idénticas categorías de criminales, inspirados en un diagnóstico homogéneo y susceptibles de un mismo pronóstico; solo es posible adaptar esos criterios a las realidades penitenciarias mediante una diversidad de regímenes y de establecimientos, aun cuando estén reunidos siempre con radical separación.

Constituye el ideal del penitenciarismo actual, la individualización del tratamiento a un grupo criminológicamente integrado de delincuentes en un establecimiento adecuado y aplicando una terapia penológica sobre la base del trabajo. Ese ideal llegaría a la cúspide si se concibiera al tratamiento como estudio del penado, en su actitud actual y futura. A ello debería ligarse alguna aplicación de condena mínima, que permitirá su egreso, toda vez que se hallase en condiciones morales psíquicas y económicas, dejando de lado la parte inútil de la condena.

“Los primeros pasos para la individualización del penado deben ser: 1) Determinar su situación actual y necesariamente las posibilidades actuales de adaptación; 2) Establecer si tiene condiciones para ser readaptado; y 3) Trazar el tratamiento apropiado. Para posibilitar ese estudio se requieren centros de observación que avalen debidamente las posibilidades que asisten a cada paso y procedan al fichaje y

⁸² *Ibíd.*, Pág. 103.

clasificación de los detenidos, aconsejando para los condenados los regímenes que más convienen a su personalidad, a fin de integrar los diversos establecimientos penales”⁸³.

La individualización consiste entonces, en último término en reintegrar a la comunidad social al condenado.

La proporcionalidad de la pena, dentro de un Estado de Derecho, es necesario aplicar todos los principios que dieron origen a la norma jurídica penal, no saliendo de su naturaleza de pública.

En el análisis jurídico de la proporcionalidad de la pena en congruencia con el delito cometido el tratamiento debe ser humano, de igualdad, libre albedrío y por ende con una justa proporcionalidad de la pena.

En Guatemala el delincuente se le considera no como un enfermo, es una persona no readaptada a la sociedad guatemalteca, estableciendo actividades laborales y educativas para su beneficio, para que el recluso deba ser objeto de un proceso de readaptación y reeducación social.

Las teorías más importantes son la resocializadora y la retributiva acerca de la pena, la primera aplicándose desde el principio de la humanidad siendo un castigo personal, sin principios ni justas normativas, por otra parte la teoría resocializadora que tiene al delincuente como resultado de un mal proceso resocializador, siendo el problema social, se legitima la pena en procesos reeducadores y resocializadores.

⁸³ Ruíz Funes, Ob. Cit. Pág. 105.

CONCLUSIONES

1. En los centros penales guatemaltecos no hay programas de rehabilitación social integral para los internos; planificados, organizados y dirigidos por el Estado, a través del sistema penitenciario; el que adolece de talleres artesanales o industriales propios, los existentes son de propiedad particular principalmente de carpintería, zapatería, mecánica, y de costura; trabajan por encargo y emplean a un reducido número de internos.
2. La reincidencia es un indicador de que el delincuente, una vez obtenida su libertad, reinicia el ciclo de su actividad delictiva, lo que comprueba que durante su reclusión, el trabajo y la educación como medios formales de reinserción social, no le fueron aplicados.
3. En los centros penales para varones, la organización del trabajo es por cuenta de los mismos internos, la mayoría se puede comprobar no tener una profesión u oficio definidos, por lo que se dedicaban a la elaboración de los trabajos manuales que otros reos les van enseñando.
4. El sistema penitenciario cuenta con equipos multidisciplinarios encargados de la reinserción social de los internos lamentablemente las funciones no son las adecuadas, los internos no tienen acceso a la educación desde el punto de vista de instrucción, su adquisición sólo es posible si el interno cuenta con suficientes recursos económicos.
5. En los centros penales masculinos, en defecto de los disueltos comités de orden, los líderes de los sectores, son los que poseen el poder de decisión en el interior de los penales, ya que carece de personal capacitado y presupuesto para poder aplicar las leyes, y así poder restringir los actos ilícitos dentro del centro.

RECOMENDACIONES

1. El Director los centros penales se deben implementar programas de rehabilitación integral, fundamentalmente aplicados al trabajo y la educación, que deben iniciarse en los centros que ofrezcan las mejores condiciones, en donde la mayoría de la población reclusa esté acostumbrada a trabajar, involucrando a los líderes y dueños de los talleres ya insertos en los centros, aprovechando al máximo su experiencia, actualizándolos, o capacitándolos con conocimientos.
2. El Estado debe garantizar la reinserción de los internos, está debe ser lo más efectiva posible, con el propósito de que los internos al alcanzar su libertad puedan adaptarse a la sociedad, se debería reestructurar el programa multidisciplinario de la Ley del Sistema Penitenciario, para que actúe de manera efectiva y con ello no volver a delinquir y de este modo poder adaptarse a la vida productiva del país.
3. El sistema penitenciario en consideración que un alto porcentaje de internos, no han tenido acceso a la educación formal que proporciona el Estado y que el factor educativo desarrolla un papel fundamental dentro del proceso de reinserción social, los niveles de educación que puedan impartirse dentro de los centros penales, de acuerdo con los recursos del sistema penitenciario, deben quedar debidamente delimitados dentro de la etapa de planificación
4. El sistema nacional de instrucción pública debe encargarse de la enseñanza proporcionada a los reclusos y al ser puestos en libertad, puedan continuar sin dificultad su preparación. La educación implementada debe ser gratuita, los internos que funcionen con carácter de docentes, deben percibir un sueldo que bien podría estar a cargo del Ministerio de Educación, cuya función es proporcionar educación a toda la población, incluyendo a los privados de libertad.

5. El Organismo Judicial de conformidad con lo prescrito por la Ley del Régimen Penitenciario, Decreto 33-2006 del Congreso de la República de Guatemala se debe contratar un equipo de profesionales, especialmente de abogados con amplios conocimientos y vocación en derecho penitenciario, expertos en psiquiatría, psicología y medicina forense, que puedan cumplir con las funciones de los comités de orden, evaluando la actitud y progresos de la conducta de los reos, orientada a su reinserción social al cumplimiento de su condena.

BIBLIOGRAFIA

- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. **Diccionario de Derecho Penal**. Ed. Oxford University Press, México, 2006.
- ANCEL, Marc. **Tendencias actuales de la individualización de la pena**. Revista de psiquiatría y criminología, no.26, Buenos Aires, Argentina, (mayo 1956).
- BELOFF, Mary. **Determinación Judicial de la pena - Teorías de la Pena: La justificación imposible**. Compilador Julio Maier. Bs. As., del Puerto, 1993.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. **En Lecciones de Derecho Penal - Parte General**. 2ª ed., Ed. Praxis, Barcelona, España. 1999.
- BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. 2 vols. Ed. Nueva Jurídica, Santa Fé de Bogotá, Colombia. 2000.
- BOVINO, Alberto. **Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos**. Revista ¿Más derecho? no. 1, Buenos Aires, Argentina, , noviembre 2,000.
- BOX REIG, Javier. **Diccionario de Derecho Penal**. Ed. IUSTEL, 2008.
- BUJÁN, Javier A. **Elementos de criminología en la realidad social**. Ed. Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1999.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1974.
- CAMARGO HERNÁNDEZ, César. **Introducción al estudio del derecho penal**. Ed. Bosch, Barcelona, España, 1992.
- CARRANCA y Trujillo, Raúl. **Derecho Penal Mexicano, Parte General**. 18ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1955.
- CASTILLO DÁVILA, William Paco. **Teoría General del hecho Punible**. Lima, 2000.
- COLONIA D´STRIA, Pierre. **Diccionario de términos jurídicos**. Ed. Dykingson, Buenos Aires, Argentina, 1999.

- CONVENCIÓN AMERICANA, **Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos.** 1955.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, **Derecho Penal, Parte General.** Ed. Bosch, Barcelona, España, 1975.
- DE MATA VELA, Francisco y De León Velasco, Héctor Aníbal. **Derecho Penal Guatemalteco.** 12^a. ed., Ed. Llerena. Guatemala. 2000.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho penal liberal de hoy.** Ed. Jurídico Ibáñez, Madrid, España, 2002.
- FIGUEROA PRADO, Enrique. **La responsabilidad civil.** Vol 1; Ed. Praxis, Madrid, España, 1997.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Tratado de Derecho Penal.** Tomo I, 2da. ed., Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1995.
- FUNDACIÓN TOMÁS MORO. **Diccionario jurídico Espasa,** Ed. Espasa Calpe, S.A., Madrid, España, 1999.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminología.** 3^a. ed., Ed. Tirant Lo Blanch. España. 1996.
- GONZÁLES CAHUAPÉ-CAZÁUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal, teoría del delito.** 2^a. ed., Fundación Mirna Mac. Guatemala. 2007.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal.** Ed. Bosch. España, (s.e.), 1984.
- HOWARD, John. **El Estado de las prisiones.** 1^a. ed., Ed. Fondo Cultural, México. 2005.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES DE GUATEMALA. **Políticas educativas en el sistema penitenciario.** 1^a ed., Guatemala: Editorial Serviprensa S.A., 2002.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES. **Prisiones, el desafío del nuevo milenio. Memoria del seminario taller internacional.** 1^a ed., Guatemala: Imprenta Fénix, 2001.

- JAKOBS, Günther. **Derecho Penal -Parte General**. 2ª. ed., Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. 1997.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. **Lecciones de derecho penal**. Biblioteca clásicos del derecho penal. Impresora y ediciones Rodríguez, viveros de la colina 352. Tlanepantla, Estado de México. 1998.
- LÓPEZ REY ARROJO, Manuel. **Cuestiones penológicas**. Ed. Richardet (s.l.i.), Tucumán, Argentina. 1955.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Principios fundamentales del sistema penitenciario español**. 2 tomos; 3ra. ed.; Ed. Bosch, Barcelona, España, 1983.
- MARCHIORI, Hilda. **El estudio del delincuente, tratamiento penitenciario**. 1ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1982.
- MARÍ, Enrique Eduardo. **La problemática del castigo**. Ed. Hachette, Buenos Aires, Argentina, 1983.
- MAURACH, Reinh. **Artículo Derecho Penal - Parte General**. Tomo I, 7a. ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994.
- MAYER, Max Ernest. **Derecho penal, parte general**, Ed. B de F, Buenos Aires, Argentina, 2007.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal -Parte General**. 5a. ed., Ed. Reppertor. Barcelona, España, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. **Problemática de la pena y seguridad ciudadana, en el derecho penal en el Estado Social y Democrático de derecho**. Ed. Ariel, Barcelona, España, 1994.
- MONTERROSO SALVATIERRA, Jorge Efraín. **Culpa y omisión del delito**. Ed. Porrúa, México, 1996.
- MORALES ALVARADO, Sergio Fernando. **Garantías individuales**. 3ª. ed., Ed. Serviprensa, Guatemala, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. Ed. Temis (s.e.). Colombia. 1990.

- NEUMAN, Elías. **Evolución de la pena privativa de la libertad y regímenes carcelarios**. Ed. Pannedille. Buenos Aires, Argentina, 1971.
- O'CONNOR, Juan José. **Memoria y estadísticas de la dirección general de institutos penales**. 3ra. ed., Ed. Talleres Gráficos, Buenos Aires, Argentina, 1937.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1981.
- PALACIOS COLINDRES, Norma Judith. **Principios y garantías del sistema procesal penal**. Guatemala: Imprenta Centroamericana. 1994.
- PALACIOS MOTTA, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal, primera parte**. 1ª. ed., Ed. Serviprensa, Guatemala, 1980.
- PALENCIA, Gema. **Ocultaban 11 autos en pavón**. Prensa Libre (Guatemala). Año LIV. No. 17718. (Domingo 22 de mayo del 2005).
- PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal parte general y parte especial**. Tomos I y II, 5ta. ed., Ed. Nauta S.A., Barcelona, España, 1959.
- RABOSI, Eduardo A. **Justificación Moral del Castigo**. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1976.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho Penal Español - Parte General**. 5ª ed., Ed. Gráficas Carasa, Madrid, España, 1979.
- RODRÍGUEZ ALONSO, Antonio. **Lecciones de derecho penitenciario**. Ed. Comares, Granada, España, 2003.
- RODRÍGUEZ BARILLAS, Alejandro. **Política educativa penitenciaria**. Ed. Serviprensa. S.A. Guatemala, 2002.
- ROJAS, Ivonne Yenissey. **El principio de las penas**. Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Sinaloa. Facultad de Derecho. 2004.
- RUÍZ FUNES, Mariano. **La crisis de la prisión**. 2da. ed., Ed. Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1971.

SARMIENTO CITALÁN, Arnulfo. **La situación jurídica de los internos en el sistema penitenciario mexicano**. www.universidadabierta.edu.mx/biblio/LETRA-S.htm. (3 de diciembre del 2005).

SOBERANIS, Catalina, y otros. **Comisión consultiva del Sistema Penitenciario Nacional. Segundo informe**. Edición única, Guatemala, 2002.

VERAVAELE, John. **Las grandes teorías de la pena en los siglos XVIII y XIX**. Revista del colegio de abogados penalistas del valle. Chile, 2006.

VOLK, Claus. **Teoría del delito**. Ed. Aragón. España. 2005.

VON BELING, Ernest. **Esquema de derecho penal. La doctrina del delito tipo**. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1944.

Legislación:

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

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

Código Procesal Penal y sus reformas. Congreso de la República, Decreto 51-92, 1992.

Convención americana sobre derechos humanos. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 6-78, 1978.

Declaración universal sobre derechos humanos. Congreso de la República de Guatemala, Decretos 54-86 y 32-87, 1986 y 1987.