

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

**LA DESPENALIZACIÓN COMO MEDIDA ALTERNATIVA DE LA POLÍTICA CRIMINAL
DE GUATEMALA**

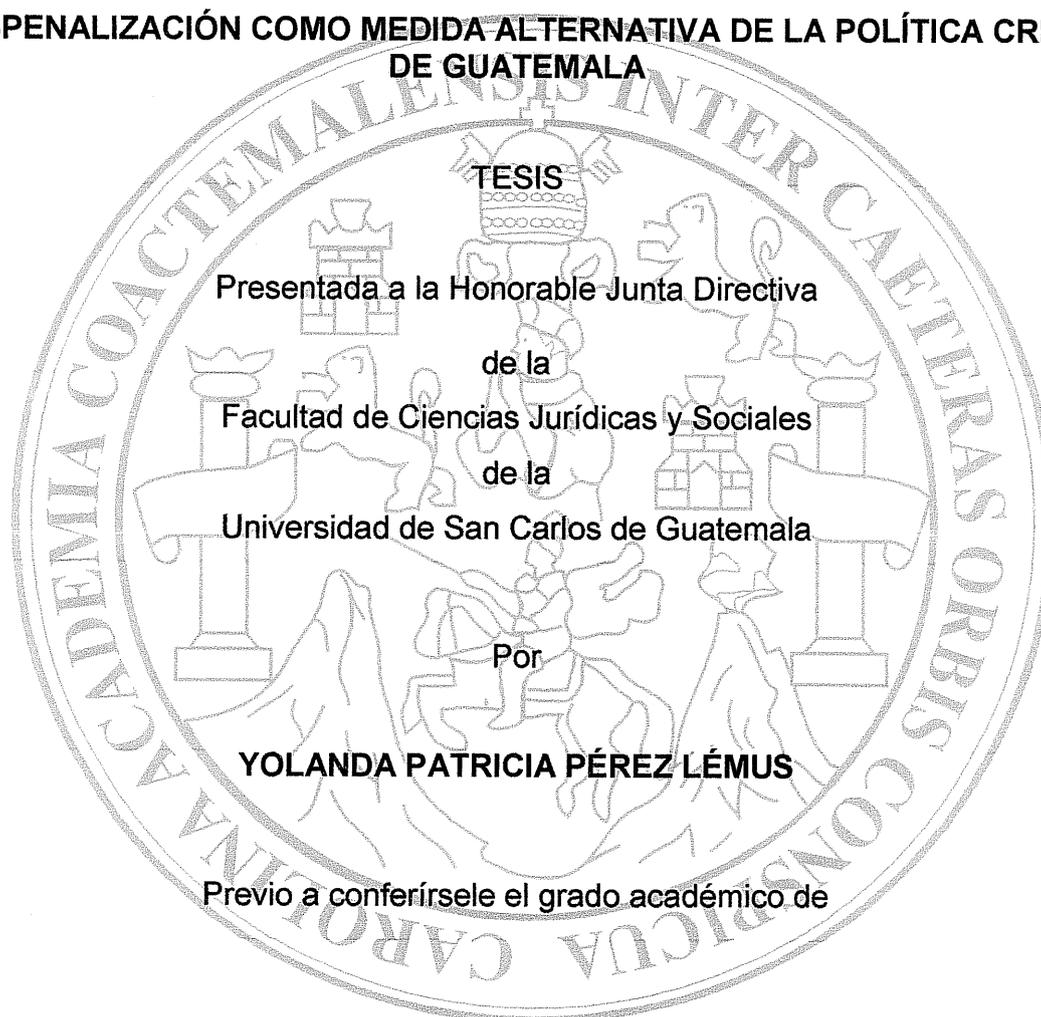


YOLANDA PATRICIA PÉREZ LÉMUS

GUATEMALA, JULIO DE 2011

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

**LA DESPENALIZACIÓN COMO MEDIDA ALTERNATIVA DE LA POLÍTICA CRIMINAL
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

YOLANDA PATRICIA PÉREZ LÉMUS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2011

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

DECANO	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Hugo Nery Ortiz González
Vocal:	Lic. Héctor David España Pinetta
Secretario:	Licda. Ileana Nohemí Villatoro Fernández

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. José Alejandro Alvarado Sandoval
Vocal:	Lic. Eneida Victoria Reyes Monzón
Secretaria:	Licda. Aura Marina Chang Contreras

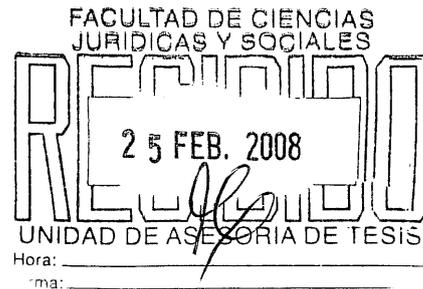
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales del Examen General Público).

Lic. Alvaro Florindo Aguirre Morales
Abogado y Notario
Colegiado 5,964
2^a. Calle 13-25, zona 11
Tel. 22069287



Guatemala, 25 de febrero de 2008

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho

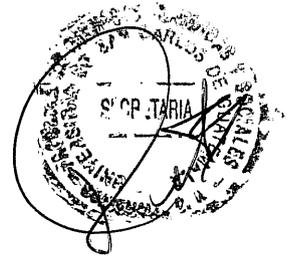


Respectable Licenciado Castillo Lutín:

Como ASESOR del trabajo de tesis de la bachiller **YOLANDA PATRICIA PÉREZ LÉMUS**, titulado “**LA DESPENALIZACIÓN COMO MEDIDA ALTERNATIVA DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE GUATEMALA**”, me complace manifestarle que dicho trabajo contiene:

- a) Un estudio que aborda una problemática jurídica, que radica en determinar que las medidas penales aplicadas en el derecho guatemalteco y en aumento de años a las mismas, no ha logrado el objetivo, entre otros, disminuir los índices de delincuencia en el país.
- b) Asimismo, el trabajo fue elaborado utilizando los métodos de la inducción y deducción, los cuales cumplen un papel primordial en el desarrollo del trabajo realizado.
- c) Siendo que esta Tesis fue una investigación de tipo jurídico con una tendencia de análisis propositivo, representa una referencia útil para crear políticas que coadyuven a despenalizar delitos que no ameriten ser penalizados, y hacer conciencia en los entes encargados de dictar las políticas criminales, que consideren esta propuesta.
- d) En lo que respecta a la redacción del presente trabajo, se estima que se desarrolló de forma adecuada y conteste con las reglas ortográficas de la Real Academia Española de la Lengua y adicionalmente, como resultado de la revisión del presente trabajo de tesis, se realizaron sugerencias y correcciones que se consideraron convenientes, las

Lic. Alvaro Florindo Aguirre Morales
Abogado y Notario
Colegiado 5,964
2ª. Calle 13-25, zona 11
Tel. 22069287



que fueron aceptadas por la sustentante, lo que constituye una pequeña contribución al fortalecimiento de la investigación realizada.

- e) Un aporte científico a la ciencia jurídica pues desde el planteamiento de la hipótesis del proyecto de investigación, se manifiesta de forma acertada que la legislación guatemalteca, en materia de derecho penal no abundan las investigaciones sobre este derecho, y en especial los relacionados con el tema de la pena.
- f) En la redacción de las conclusiones y las recomendaciones, se describen aspectos que confirman que la política criminal que se ha adoptado hasta la fecha, no ha dado los resultados esperados.
- g) La bibliografía utilizada, se considera oportuna y congruente con el trabajo técnico de esta naturaleza, derivado que fueron consultados documentos que incorporan información jurídica moderna relacionada con temas de despenalización.

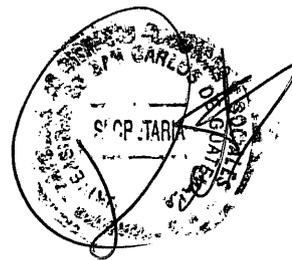
En este contexto, es importante indicar que he asesorado directamente a la sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática esbozada; con la cual comprueba la hipótesis planteada conforme la proyección científica de la investigación.

En virtud, que el trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos estipulados en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que la misma pueda continuar con el trámite correspondiente, para una posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me despido atentamente,

Lic. Alvaro Florindo Aguirre Morales
Abogado y Notario
Colegiado 5,964

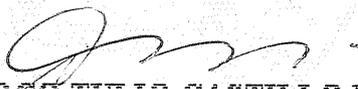




UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintisiete de marzo de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JOSÉ RANFERÍ HERRERA DONIS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante YOLANDA PATRICIA PÉREZ LÉMUS, Intitulado: "LA DESPENALIZACIÓN COMO MEDIDA ALTERNATIVA DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE GUATEMALA".

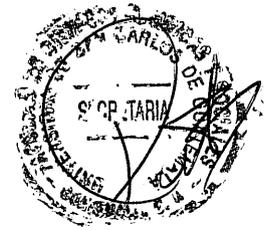
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen 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 TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

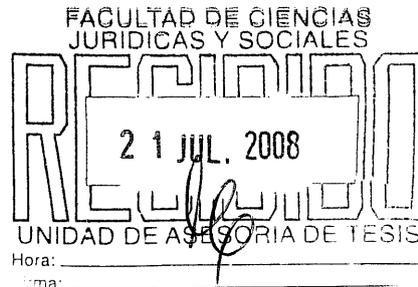


Lic. José Ranferí Herrera Donis
Abogado y Notario
Colegiado 5,567



Guatemala, 17 de junio de 2008

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho

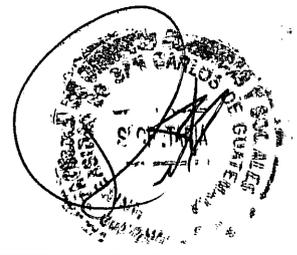


Respetable Licenciado Castillo Lutín:

Cumpliendo la disposición contenida en la resolución emanada de esa Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha veintisiete de marzo de dos mil ocho, procedí a realizar el análisis correspondiente como REVISOR del trabajo de tesis de la bachiller YOLANDA PATRICIA PÉREZ LÉMUS, titulado “LA DESPENALIZACIÓN COMO MEDIDA ALTERNATIVA DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE GUATEMALA”, por lo que me complace informarle que la investigación contiene lo siguiente:

- 1) Una investigación que aborda una problemática jurídica, ya que se establecen y analizan que las medidas penales aplicadas en el derecho penal guatemalteco, frente al fenómeno delincencial y aunado al aumento de penas, no se han obtenido los resultados que esperaba la sociedad.
- 2) Los métodos de investigación son los correctos. Tanto la inducción como la deducción cumplen un papel primordial en el contenido de la investigación.
- 3) El trabajo de referencia constituye un aporte científico a la ciencia jurídica, ya que desde el planteamiento de la hipótesis, se confirma que la política criminal de Guatemala debe tender a la despenalización, no al contrario como ocurre actualmente.
- 4) En la redacción de las conclusiones y recomendaciones se arriba a planteamientos importantes, que determinan las debilidades de nuestro sistema penal, que no coadyuva a disminuir los índices de criminalidad.
- 5) La bibliografía utilizada, se considera oportuna y congruente con el trabajo técnico de esta naturaleza, derivado que fueron consultados documentos bibliográficos, que contienen información técnica y jurídica de actualidad y sobre todo, de aplicación al tema relacionado con la doctrina de índole penal.

Lic. José Ranferí Herrera Donis
Abogado y Notario
Colegiado 5,567



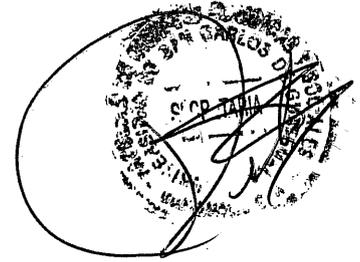
Hago constar que he guiado personalmente a la sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática esbozada; con la cual comprueba la hipótesis planteada conforme la proyección científica de la investigación.

En virtud, que el trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos estipulados en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que la misma pueda continuar con el trámite correspondiente, para una posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo atentamente,


Lic. José Ranferí Herrera Donis
Abogado y Notario
Colegiado 5,567

Lic. José Ranferí Herrera Donis
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, nueve de mayo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante YOLANDA PATRICIA PÉREZ LÉMUS, Titulado LA DESPENALIZACIÓN COMO MEDIDA ALTERNATIVA DE LA POLÍTICA CRIMINAL 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.-

700572R

CMCM/sllh.

DEDICATORIA



A DIOS: Por darme la paciencia, la fortaleza y la sabiduría para enfrentar y superar cada obstáculo en la vida.

A MI MADRE: Yolanda Lemus (+). Por su ejemplo, amor y entrega, y enseñarme que los únicos que se levantan son aquellos que han caído, y detrás de cada caída hay una enseñanza. Amada madre, aunque te hayas adelantado al encuentro con nuestro Padre Celestial, este triunfo es tuyo.

A MI ESPOSO: Hugo Calderón, por su amor, comprensión y apoyo para culminar con éxito mi carrera.

A MIS HIJOS: Claudia María, Sofía Patricia y Hugo Antonio. Razón de mi existencia, y que este triunfo sea un ejemplo para alcanzar las metas que en el futuro se propongan.

A MI HERMANO: Carlos Pérez, con amor, respeto y admiración.

A MIS ABUELITOS: Eladio Lemus (+) y Betzabé de Lemus. Por sus sabios consejos.

A MIS TÍOS: A todos ellos, en especial a Edvin y Lucrecia de Lemus, gracias por su incomparable apoyo en mi desarrollo como ser humano y como profesional.

A MIS SUEGROS: Juan Antonio y María Teresa de Calderón. Con todo respeto y aprecio.

A MIS CUÑADOS: A todos ellos, en especial a Lucrecia de Pérez, por enseñarme que una vez te aferres a Dios y a la vida, nada nos detiene.



A MIS MAESTROS: A todos ellos, en especial a: Licenciados Emilio Ciudad Real, Marco Antonio Castillo Lutín, César Augusto Martínez Alarcón y Carlos Eduardo Búcaro Segura. Por su amistad y valiosa colaboración a lo largo de mi carrera para culminar con éxito este sueño.

A MIS AMIGOS: Sandra, Sonia, Lucky, Liza, Claudia, Sharon, Ana Iris, Cristina, Marlen y Wendel. Por su compañerismo y apoyo para llegar a esta meta.

A: La Superintendencia de Bancos de Guatemala, noble institución; que Dios la bendiga hoy y siempre.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por darme la oportunidad de formarme como una profesional del derecho.

A: La Gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala.

ÍNDICE



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

CAPÍTULO I

1. Los fines de la pena.....	1
1.1. Concepto de la pena.....	1
1.2. Definición de pena.....	5
1.3. Características de la pena.....	6
1.4. Clasificación de la pena atendiendo al fin que persigue.....	8
1.5. Principios de la pena.....	9
1.6. Fines y teorías de la pena.....	14

CAPÍTULO II

2. La pena privativa de libertad y el derecho penitenciario.....	27
2.1. Naturaleza jurídica del derecho penitenciario.....	27
2.2. Sistemas penitenciarios, en particular el progresivo.....	28
2.3. El sistema pensilvánico.....	28
2.4. El sistema auburiano.....	30
2.5. Sistemas progresivos.....	33

CAPÍTULO III

3. Las medidas de seguridad.....	39
3.1. Generalidades de las medidas de seguridad.....	39
3.2. Clasificación de las medidas de seguridad.....	42
3.3. Las medidas de seguridad en Guatemala.....	54



CAPÍTULO IV

4.	Análisis sobre medios alternativos a las penas penitenciarias.....	63
4.1.	Reacción social en Guatemala.....	63
4.2.	Medios alternativos de reacción social o estatal.....	75
4.3.	Desjudicialización.....	77
4.4.	Descriminalización.....	78
4.5.	Despenalización.....	79
4.6.	Desprisionización.....	83
	CONCLUSIONES.....	93
	RECOMENDACIONES.....	95
	BIBLIOGRAFÍA.....	97

INTRODUCCIÓN



El motivo principal para llevar a cabo la investigación acerca de la despenalización como medida alternativa de la política criminal del Estado de Guatemala, surge como consecuencia de la creciente criminalidad en el país y el contraste de las políticas que hasta la fecha manifiestan estar equivocadas.

Se considera que la principal problemática del presente tema, consiste en aumentar la penalización de conductas, que según la historia, no ha logrado disminuir la criminalidad y al contrario, se evidencia una política severa y deshumanizada que no ha obtenido resultados satisfactorios, de esa cuenta es preciso analizar la despenalización como una política criminal.

La hipótesis que orientó el desarrollo de este informe es la: Necesidad de que el Estado de Guatemala establezca la despenalización como política alternativa de reacción, con lo cual posiblemente disminuya la criminalidad.

La principal teoría que se ha aplicado es precisamente la de la despenalización, que consiste en la disminución de penas como forma de reacción del Estado frente al delito.

Los objetivos de la tesis son: Demostrar la ineficacia de las medidas penales aplicadas en el derecho guatemalteco; así como demostrar que las sentencias y castigos penales

han sido insuficientes e ineficientes para evitar el alto índice de criminalidad en Guatemala.



El presente trabajo se ha dividido en cuatro capítulos. El primero contiene lo concerniente a los conocimientos generales de la pena; el segundo, la clasificación especial de las penas; el tercero, lo relativo a las medidas de seguridad; finalmente, el capítulo cuarto contiene lo concerniente a la despenalización como reacción del Estado frente al fenómeno socio jurídico de la delincuencia.

Los métodos empleados en su realización son, entre otros; el inductivo y deductivo. El primero sirvió para el estudio de las diferentes clases de penas que han evidenciado su ineffectividad. El segundo de los mencionados se usó para partir de juicios generales en la dogmática penal moderna y concluir en conceptos particulares tales como la corriente de despenalización. La principal técnica de investigación fue la bibliográfica, que permitió el desarrollo de los fundamentos doctrinarios del presente contenido.

CAPÍTULO I



1. Los fines de la pena

Se considera necesario iniciar el presente estudio, con la exposición doctrinaria de los elementos más generales en torno a la pena y su tratamiento en la legislación nacional guatemalteca.

1.1. Concepto de la pena

La pena se considera como una de las principales discusiones dentro del derecho penal. Ha tenido suficiente tratamiento entre autores nacionales e internacionales. Julio y Jorge Armaza Galdos, tratadistas peruanos señalan que: “Apaciguado el debate que en las últimas dos décadas se libró en esta parte del continente en torno a las teorías causal y final, el interés por la pena permanece intacto...”¹

La potestad que tiene el Estado de penalizar es por tanto, un tema nada agotado y sobre todo en Guatemala donde no abundan los trabajos sobre derecho penal, y especialmente son escasos los referidos al tema de la pena.

Bacigalupo indica que: “El enfrentamiento radical de estos puntos de vista (sobre la pena), dio lugar a partir del último cuarto del siglo pasado, a la llamada lucha de escuelas, que no

¹ Armaza Galdos, Julio y Jorge. **La pena**. Pág. 23.

es en verdad otra cosa que una disputa en torno a los principios legitimantes del derecho penal”.²



Es evidente que la discusión sobre el contenido de la pena es importante para el derecho penal, al punto que como señalan la mayoría de tratados o manuales de derecho penal tales como los peruanos, argentinos y colombianos (de los autores ya citados en este trabajo de investigación) es la que caracteriza fundamentalmente el nombre penal de esta rama del derecho. Por eso es que el autor Juan Bustos Ramírez afirma: “En el derecho penal una de sus características esenciales es el establecimiento de penas y que ya en la evolución de su denominación, la pena ha surgido como el rasgo definitorio a la hora de su nombre”.³

Afirman De Mata Vela y De León Velasco que: “Las denominaciones de abolengo que más acogida han tenido para identificar a nuestra disciplina son las de: derecho penal y derecho criminal, la primera hace alusión a la pena (derecho penal), y a pesar de ser la más usada y por lo mismo la más conocida en nuestro medio de cultura jurídica, consideramos que cada día es la menos indicada si tomamos en cuenta que la disciplina actualmente ya no tiene como único fin castigar, sino reeducar; regenerar o rehabilitar al delincuente”.⁴

Estos autores citados ilustran de paso, la concepción de juristas guatemaltecos con respecto al derecho penal, y conviene tomarlos en cuenta, cuando se lee por ejemplo a

² Bacigalupo, Enrique. **Elementos de la teoría del delito**. Pág. 71.

³ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal español**. Pág. 13.

⁴ De Mata Vela José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco, **Curso de derecho penal guatemalteco**. Pág. 38.



tratadistas como Eugenio Raúl Zaffaroni quien señala lo siguiente: “Toda concepción de la pena es, necesariamente, una concepción del derecho penal, de su función y del modo de cumplir esa función”.⁵

La pena, esa función o facultad que tiene el Estado para sancionar; para imponer penas, e incluso la pena capital, ha sido objeto de múltiples discusiones, en las diferentes etapas por las que el derecho penal sustantivo ha atravesado. ¿Qué penas se aplican?; ¿de qué forma se aplica una pena?; ¿se aplica una pena en forma exclusiva o bien se hace a la par de una medida de seguridad o en vez de esta última?; ¿qué se penaliza y qué no?; ¿en qué grado debe penalizarse?. Resultan éstas, ser algunas de las principales cuestiones a resolver cuando se enfrentan los principios de la pena.

Kelsen, citado por Bustos Ramírez, afirma que: “La regla jurídica se distingue justamente por la sanción”,⁶ que en el caso de la regla jurídico penal, es la pena. Sin embargo, contrario a esa afirmación, Binding, según cita el mismo autor antes mencionado, señala que: “Para que exista el imperativo no es necesaria la sanción”.⁷

Aunque los juristas no otorgan una naturaleza a la sanción, es lógica la aseveración de que la misma es potestad del Estado, y que se impone a través de los tribunales.

Por el sistema penal existente en Guatemala, se puede decir que todos estos temas (la sanción, la pena etc.), no pueden ser facultad ni potestad de los particulares.

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Derecho procesal penal**. Pág. 75.

⁶ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit.** Pág. 26.

⁷ **Ibid.** Pág. 26.

Según Bustos Ramírez: “El Estado sólo puede querer sus propias acciones y esa acción sería el acto coactivo”.⁸ Por ello, la sanción es invariablemente coactiva. “En la norma penal, uno de los elementos básicos de la sanción, y para hacer posible su aplicación, es la llamada coacción”.⁹



Este carácter coercitivo que debe tener la sanción, es esencial para poder cumplir el fin para el que está destinada.

Se afirma que coacción es el cumplimiento forzado del deber o de la sanción impuesta.

Ahora bien, las sanciones suelen clasificarse atendiendo a la finalidad que persiguen, a la relación entre la conducta ordenada y la norma infringida agrupándose en tres formas: De cumplimiento forzoso, si su fin consiste en obtener coactivamente la observancia de la norma infringida; de indemnización, si tiene como fin obtener del sancionado una prestación económica equivalente al deber jurídico primario.

Una sanción también puede ser simplemente un castigo, si su finalidad inmediata es aflictiva. No persigue el cumplimiento del deber jurídico primario ni la obtención de prestaciones equivalentes, sino reprender al sujeto.

Sin embargo, la norma jurídico penal como quedó descrito al hablar del criterio de Bindig, no necesariamente debe ser sancionatoria y además; la misma sanción no debe ser

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

exclusivamente un castigo, si no puede incorporarse a la misma (es decir a la función de la pena), el carácter rehabilitador de la misma.



En otras palabras la consecuencia de la infracción a la ley penal, no necesariamente tiene que ser la penalización, sino puede ser la de rehabilitar a ese individuo que ha infringido una norma jurídico penal.

La pena debe ser capaz de incorporar de nuevo al sujeto a la sociedad, puesto que cumplió la pena y debe volver al mismo grupo humano del que salió, previo a cumplir su condena. Según la mayoría de tratadistas españoles, también debe ser capaz la pena, de expresar claramente y con voz diáfana sobre el resto del conglomerado social, un amedrentamiento, para que el resto no infrinja la ley.

1.2. Definición de pena

Es una sanción, sufrimiento o mal, que es impuesto por el Estado, aunque se difiera en el nombre de las instancias estatales respectivas con dicha jurisdicción.

El elemento más importante respecto a la pena es que se le aplica al culpable de un delito.

De tal manera que pena para Bustos Ramírez es: “El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal”.¹⁰

¹⁰ Ibid.



Otra definición importante es la que indica que: “La pena es irrogación de un mal que se adecúa a la gravedad del hecho cometido en contra del ordenamiento jurídico, es por tanto retribución, necesariamente privación de bienes jurídicos. La pena es un mal amenazado primero y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico cuyo fin es evitar los delitos. La pena justa no es otra que la que procura la resocialización del condenado sin afectar el sentimiento medio de seguridad jurídica de la población. No se trata de retribución de ninguna deuda, sino de un límite racional además de prudente que impone el derecho que el juez traduce individualmente en cada caso”.¹¹

En conclusión, la pena es una privación de bienes jurídicos; es decir, algo negativo para aquél al que se le impone, que parece vinculado a la realización de un delito, no tiene por que suponer ya una determinada respuesta, ni a la pregunta de por qué se castiga, ni a la pregunta de para qué se castiga.

1.3. Características de la pena

Las características de la pena, son las cualidades que permiten individualizarla o caracterizarla.

Las características de la pena, son:

- Es un castigo
- Es de naturaleza pública

¹¹ Ibid.



- Es consecuencia jurídica
- Debe ser personal
- Debe ser determinada
- Debe ser proporcionada
- Debe ser ética y moral
- Pronta e ineludible
- Necesaria y suficiente

Es un castigo, porque es un sufrimiento impuesto al condenado.

Es de naturaleza pública, porque sólo el Estado tiene el poder para imponer y ejecutar penas.

Es consecuencia jurídica, porque debe ser dictada previo la existencia de una ley que tipifique como condenatoria determinada conducta.

Debe ser personal, pues nadie debe ser condenado por hechos que han cometido otros.

Debe ser determinada, porque la pena de prisión como otras similares, debe tener un tiempo establecido.

Debe ser proporcionada, debido a que como quedó apuntado, la pena debe ser proporcional al hecho delictivo, el sujeto y las características de ambos.



Debe ser ética y moral, pues la pena no debe ser inmoral, puesto que lo que busca es la rehabilitación, más bien busca dar un remedio a una situación irregular y antijurídica dada.

Pronta e ineludible, puesto que mientras más tiempo de diferencia hay entre el ilícito cometido y la sanción, menos impacto tiene en el sujeto.

Necesaria y suficiente, toda vez que siendo el derecho penal el último nivel para solución de conflictos (sea éste entre el Estado y sus gobernados), la pena debe llenar el requisito de ser verdaderamente necesaria y por tal, suficiente para el hecho cometido.

1.4. Clasificación de la pena atendiendo al fin que persigue

De intimidación, se aplican a los individuos aún no corrompidos.

De corrección, se aplican a los individuos moralmente corrompidos, pero refutados corregibles.

De eliminación o seguridad, se aplican a los individuos, que se pretende alejar o separar de la sociedad, para proteger a la misma.

Atendiendo la materia sobre la que recae la aflicción penal, las penas se clasifican en:



- Corporales, las penas que recaen sobre la integridad física de las personas como el caso de la pena de muerte.
- Privativas de libertad, privan al individuo de su libertad física.
- Restrictivas de libertad, sólo restringen la libertad del individuo a visitar lugares.
- Privativas o restrictivas de derechos, son las que se dan principalmente en los derechos de familia. Por ejemplo la tutela de los hijos.
- Pecuniarias, las que recaen especialmente sobre dinero.

Legalmente la clasificación que de la pena establece el Código Penal en sus Artículos 41 y 42, es:

- Principales, la muerte, la prisión el arresto y la multa.
- Accesorias, inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, comiso, pérdida de los objetos o instrumentos del delito; procesales, publicación de la sentencia y todas aquellas otras que las leyes señalen.

1.5. Principios de la pena

Los principios que necesariamente informan a la pena son consecuencia indiscutible de las garantías al estado de derecho y deben estar basadas en ley.

Tienen que ser aplicadas con base a la ley y además en jurisdicción previamente establecida por ésta.



Debido a que no pueden aplicarse penas distintas a las que establece la ley, también el principio de legalidad informa la institucionalidad de la pena. Dicho principio como se mencionó está contenido y regulado por el Código Procesal Penal en su Artículo 1, el cual regula que: “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean previamente establecidas en la ley”.

Concretamente se señalan tres principios como los de mayor relevancia jurídica y social, para la legitimación de la pena, los cuales son: el principio de necesidad de la intervención; el principio de la protección de los bienes jurídicos y el principio de la dignidad de la persona.

Principio de necesidad de la intervención

Este principio se fundamenta en los cimientos del contrato social, a partir de la época de César Bonnesara el Marqués de Beccaria, sustancialmente en que el Estado existe para la felicidad del hombre y no para su infelicidad. En tal virtud, la intervención del Estado sólo está justificada en la medida que resulte necesaria; por lo que, el derecho penal ha de entenderse como extrema necesidad o lo que es lo mismo última ratio. Adicionalmente, con esto se puede constatar el control que el Estado ejerce sobre los ciudadanos, no puede aplicarse en toda situación, puesto que entonces se está frente a un estado policial o gendarme; y es por tanto ésta la fisonomía fragmentaria del derecho penal.



Finalmente, lo anterior también conduce a un último control de este principio de necesidad de la intervención, que consiste en la proporcionalidad que debe prevalecer en el momento de aplicar la pena; según la cual, debe existir un equilibrio entre sanción y el fin que persigue la pena.

En este sentido, las teorías preventivas resultan bastante contestes con tal enunciación; sin embargo, es aún mayor la consecuencia que significa para la proporcionalidad que debe existir entre la determinación de la pena y los bienes jurídicos tutelados.

En tal dirección debe apuntar asimismo, la discusión que se tendrá en adelante con respecto a la proporcionalidad que establece actualmente la política delincencial que a materia de narcoactividad se refiere.

Principio de protección de los bienes jurídicos

Surge para darle forma, sustentación, legitimación y a la vez deslegitimación al principio de necesidad de la intervención, puesto que resulta necesario demostrar lo que debe estar protegido; es decir, que la intervención del Estado sólo es posible y necesaria cuando se trata de bienes jurídicos.

Dada la relevancia de este principio con relación a los objetivos del presente trabajo de tesis, y dada la hipótesis que se plantea de posible despenalización, resulta necesario citar textualmente al autor Juan Bustos Ramírez que con relación a la teoría del bien jurídico,



señala: "En definitiva el bien jurídico no sólo aparece entonces como un concepto fundamentador de la intervención sino al mismo tiempo garantizador para el ciudadano, pero además deslegitimador de la propia intervención. En cuanto la profundización democrática de las necesidades y su satisfacción, ha de llevar a resolver los conflictos que se produzcan o puedan producirse a través de otros medios que no sean el derecho penal. La descriminalización y la no criminalización aparecen también como consecuencia de la profundización democrática de las necesidades y su satisfacción"¹².

Debido a que no se ha explicado en este apartado el concepto de despenalización o incluso el de descriminalización, mencionado en la anterior cita, no se puede sino remitir al apartado respectivo para su discusión.

Sin embargo, para los efectos del presente subtema, es decir el principio de protección de los bienes jurídicos, lo dicho por Juan Bustos resulta aplicable a la orientación que debe llevar la despenalización de los delitos de narcoactividad así como del resto de ilícitos en los que pertinente resultare tal abordaje de su problemática, según el caso.

Principio de dignidad de la persona

El derecho penal ha sido influenciado en su contenido por la forma y respeto a los derechos humanos que conllevan a la dignificación de la persona humana, pues el

¹² Ibid.

derecho penal no puede tratar al hombre como a una bestia o un animal feroz. Por este principio el legislador y el juzgador, están limitados a no dar el mismo tratamiento a un menor o a un adulto, a un indígena o a un hombre urbano y adaptado al mundo de civilización ladina. La dignidad de la persona aparece como último y fundamental límite a la actividad punitiva del Estado.

Tal como lo afirman tratadistas como Santiago Mir Puig: “Aunque se extinga la responsabilidad penal, por el cumplimiento de la pena, el condenado no se redime, puesto que aún le sigue pesando para su futuro entre otras cosas sus antecedentes. Por otro lado, existen legislaciones en las que de estos antecedentes penales siempre habrá constancia en registros, puesto que no se pierde de vista que un día el sujeto cumplió por determinado ilícito con alguna pena. Los antecedentes no simplemente son papeles, certificaciones o registros, son también un lastre que el sujeto condenado llevará, lo que incidirá indefectiblemente en el desarrollo del resto de los acontecimientos de su vida futura, básicamente porque las penas y sobre todo la pena privativa de libertad no redime al sujeto, lejos, lo marca como una huella indeleble, de una etapa de su vida en la que simplemente estuvo encerrado y la conexión con el ilícito que fundamentó dicha situación incluso para él dejará de tener verdadera relevancia con el correr del tiempo”.¹³

¹³ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal**. Pág. 113.

1.6. Fines y teorías de la pena



En definitiva, analizar la naturaleza del delito, abalanza el sentimiento de aplicar justicia y contradecir así la impunidad.

En sociedades como la guatemalteca, es importantísimo el someter a análisis y discusiones, las magnitudes de los delitos que se cometen. Sin embargo, no se puede aislar el concepto de la pena. Porque su dimensión exacta no sólo está ligada al delito sino también a la conducta social que desarrolla una colectividad, histórica y estructuralmente.

Por mucho tiempo la idea de pena fue relacionada con ideas morales o hasta religiosas, que lo único que produjeron se resume en una contradicción y polémica entre tratadistas y legislaciones sobre la verdadera naturaleza de la pena, y por tanto sobre la del derecho penal subjetivo.

Dicha discrepancia ha generado el origen de distintas escuelas, motivadas por el ensayo de su propia respuesta a la pregunta sobre la naturaleza de la pena. Entre estas escuelas se han presentado adicionalmente varias tendencias, corrientes o propuestas, que algunos tratadistas como Muñoz Conde les llama: teorías, aunque de tal concepto sólo tengan el nombre, puesto que son más una forma de concebir el poder punitivo del Estado, por lo que Bustos Ramírez les llama simplemente: criterios.



Por su parte Julio y Jorge Armaza Galdos exponen que: “Es Zacharia al que se le debe la conocida clasificación de teorías absolutas y relativas a las que Antón Bauer añadió las mixtas. Bentham, antes distinguió las teorías relativas preventivo especiales y generales”.¹⁴

Teorías absolutas

Básicamente, la pena le indica al ciudadano la existencia de un castigo impuesto por el Estado para determinada conducta. Es de imaginarse por ejemplo, un hombre que roba consuetudinariamente e incluso frente a la autoridad y éstos nunca le reprenden, por lo que en términos materiales concretos nunca temerá al poder punitivo del Estado.

Con este ejemplo, se quiere enfatizar que la pena es una de las formas en que el Estado puede basar su relación de poder y dominio sobre la sociedad.

Esta breve exposición de la relación de poder del Estado sobre sus gobernados sirve a su vez para poder examinar las distintas teorías de la pena, que en algunas aparece mal abordada y en otras ni siquiera verifican.

Entre las teorías absolutas se ubican todas aquellas explicaciones sobre que una pena es legítima, si es la retribución de una lesión cometida culpablemente, a lo que califican como retribucionismo.

¹⁴ Armaza Galdos, Julio y Jorge. **Ob. Cit.** Pág. 23.



La lesión del orden jurídico cometida libremente importa para determinar un abuso de la libertad que es reprochable y por tanto, culpable.

Para estas teorías la pena necesaria es aquella que produzca al autor un mal; es decir, una disminución de sus derechos, y compense el mal que él ha causado libremente. Filosóficamente hablando, la utilidad de la pena queda fuera de discusión y para estas teorías lo que es relevante es la pena justa.

Las teorías absolutas de la pena explican la relación de Estado, gobernados y derecho penal subjetivo; sin embargo, sus posturas son metafísicas, su planteamiento es dogmático absoluto, por lo que el Estado queda elevado a la categoría de ente moral por excelencia, y por tanto queda fuera de toda discusión.

Teorías relativas o preventivo especiales y generales

Por teorías relativas se entiende, aquellas concepciones en las que el Estado no puede dejar de ser represivo pero a nivel especial e individual. Estas teorías, las relativas, por el contrario de las absolutas, no dilucidan la cuestión relacionada con el poder del Estado, en cuanto a imponer penas y de esta forma demostrar su existencia.

Por supuesto desde la perspectiva de las teorías preventivas no puede ser abordado con comodidad el hecho de que el Estado sea represivo o que para dejar en claro que su sistema sigue siendo vigente, tenga que recurrir a la sanción.



Sin embargo, con este tipo de posturas las teorías preventivas encubren esta realidad y plantean un Estado neutral o benefactor por principio, con la imposibilidad de entrar en discusión con él.

En palabras de Bustos Ramírez: “Según estas teorías: los hombres eran los malos el Estado no”¹⁵

Las teorías relativas pretenden legitimar a la pena, contrariamente al retribucionismo de las teorías absolutas, por medio de la tendencia de las mismas a obtener un resultado o un determinado fin.

Es decir que, el criterio legitimante de la pena en el caso de las teorías preventivas es el de la utilidad de la pena.

Las teorías preventivo especiales se refieren a la prevención que debe hacer el Estado en el delincuente, para escarmentar a éste o simplemente para curarlo de no volver a delinquir.

Se dice escarmentar puesto que antes que el positivismo invadiera los terrenos de toda ciencia y en particular de la ciencia penal, la prevención individual en el delincuente consistía simplemente en que el mal de la pena debía revertirse para su autor en lograr por medio de la pena la inhibición del impulso.

¹⁵ Ibid.



Por otro lado, se señala el hecho de curar al delincuente puesto que a partir de la década del 60 la prevención especial experimentó una nueva transformación, el fin de la misma se definió de manera uniforme a través del concepto de resocialización y se dio cabida a las consideraciones de que la sociedad tiene corresponsabilidad en el delito.

La prevención general por el contrario, se refiere al efecto que debe lograr la pena en el resto de la sociedad y no individualmente en el delincuente; es decir, la intimidación de la generalidad, el inhibir los impulsos delictivos de determinados potenciales delincuentes.

Teorías mixtas

Llamadas por Bacigalupo, teorías de la unión, no son más que la combinación de posturas entre retribuciones, sea esta última especial o prevención general.

Empero, se objeta que no es posible conciliar teorías que se basan en presupuestos antagónicos como la culpabilidad por el hecho en controversia con el retribucionismo, o la del autor en relación a la prevención especial: así como, las dificultades que involucra el defender la idea de libre albedrío, por medio de posturas que combinan prevención general y retribucionismo.

Las teorías de la unión resultan poco más que difíciles de defender, puesto que se basan en combinaciones antagónicas como se mencionó, que no conducen sino a discusiones aún mayores.



En resumen, las teorías absolutistas, debido a la imposibilidad que plantean en cuestiones surgidas a partir de los derechos humanos y de principios tales como el de dignidad de la persona humana, han de tener adeptos, siendo posturas demasiado conservadoras o radicales de aquellos juristas, los cuales las defienden o, de legislaciones que las conservan o simplemente se inspiran en las mismas.

Por otro lado, las teorías relativas postulan enunciados que obvian la verdadera cara del Estado, que utiliza el derecho penal como instrumento de control, tornando imposible la discusión de la verdadera naturaleza de la pena, puesto que se le reviste como Estado benefactor, lo que para los contemporáneos ciudadanos de las últimas seis décadas en Iberoamérica, o para quienes simplemente revisen la historia de los pueblos, resulta una tesis indefendible.

Finalmente, las teorías de la unión ya han sido criticadas. Sin embargo, se debe hacer la aclaración de que estas teorías, aparecen en los Códigos Penales como el español y el peruano, sobre todo en el guatemalteco que sin adoptar una postura definitiva es conciliador muchas veces equivocadamente de posturas irreconocibles entre prevención general, tal el caso de lo acontecido con el Artículo 201 y el terrible y frecuente problema insoluble a la presente fecha del injusto de plagio o secuestro, como caso de prevención general; contrastante con posturas de retribución, es decir un mal que compensa el mal causado, en ese mismo caso mencionado, ampliando a la pena capital la posible consecuencia de la violación a dicho imperativo penal, típico retribucionismo.



Pareciera además, por coyunturas político estatales que se trata de un retroceso en las teorías absolutas, fenómeno que ya se plantean en otras regiones del mundo bajo la excusa de criticar frontalmente el fracaso de la resocialización como método de curar a la sociedad de delincuentes, por ejemplo con la reciente ampliación y penalización así como el tratamiento en general del problema de la narcoactividad, es aquí donde vale la pena preguntar sobre la pertinencia de ampliar penas o de optar por otras medidas más dignas y consecuentes con la situación socio-económica del país, tal el caso de la despenalización.

Sin embargo, dicha cuestión se tratará en el último capítulo del presente trabajo.

En todo caso, se considera que la naturaleza de la pena no puede estar ligada a un fin, tanto como a una función.

Si se verifica por medio de su fin, se tiene que concluir que la misma ya es un fin, mientras que si se verifica por medio de sus funciones, se puede encontrar aquello que le da legitimación.

En otras épocas, el Estado cumplía funciones divinas, era por tanto el representante de Dios, épocas de las teorías absolutistas. Sin embargo, en los tiempos modernos en los que se busca instaurar un régimen de absoluta legalidad y legitimidad, además de una justicia más democrática, el Estado tiene que ser social y de derecho; en el que la función de la pena no puede ser más que la de proteger el sistema social, que en el campo penal no es otra cosa que la protección de bienes jurídicos.

¿Qué delitos pueden ser éstos que se pueden despenalizar o que vale la reflexión hacia su despenalización? Se responderá más adelante, pero se debe tomar en cuenta que la prisión como reacción del Estado frente a determinados delitos no ha logrado ni perfila lograr una rehabilitación de los sujetos responsables; de acuerdo a los fines de la pena. En el presente apartado, la importancia radica en la relación tan relevante que guarda el tema de los fines de la pena con los argumentos de la despenalización.



La nueva defensa social

Se cree conveniente abordar el tema de la nueva defensa social puesto que plantea una visión importante con relación al tratamiento y relevancia que tiene la pena en el presente trabajo.

Con la finalización de la segunda guerra mundial, aparece el libro de Marc Ancel, denominado La Nueva Defensa Social, en París en 1954, con una serie de tendencias innovadoras, revolucionarias, que tratan de romper con las antiguas concepciones del derecho penal, en lo que se refiere específicamente al fundamento y fines de la pena.

El contenido ideológico de la nueva defensa social viene conformado por la confluencia de muy diversas orientaciones: El positivismo criminológico, el neoclasicismo de este siglo y las aspiraciones humanistas surgidas imperativamente después de la segunda guerra mundial.

Los planteamientos de la nueva defensa social, son:



- Trata de adoptar frente al delincuente una nueva actitud, se afirma que el delincuente no debe ser sometido a la justicia penal con un fin de expiación, venganza o retribución. El movimiento examinado se autocalifica como no represivo.

- La política criminal que se trata de imponer está orientada al tratamiento del delincuente, con la concreta finalidad de devolver al autor del delito a una vida social libre y consciente. La pena, en consecuencia, no debe ser utilizada con el fin de infringir un sufrimiento al reo, ni en ella debe verse una satisfacción abstracta destinada idealmente a borrar el acto delictivo.

- Para alcanzar la resocialización del delincuente debe realizarse un meticuloso estudio científico de su personalidad; consecuentemente el juez penal no debe tener del mismo un mero conocimiento judicial, sino de su construcción biológica, situación social, etc. El juez juzgará un acto calificado de delictivo, pero no siguiendo solamente el criterio objetivo de la ley, sino en función de los elementos subjetivos de la personalidad del autor.

- El tratamiento del delincuente desemboca, desde la óptica defensiva, en una reorganización del sistema actual de los medios de reacción propios y exclusivos del derecho penal, lo que se ha dado en llamar una integración racional de la



pena y de la medida de seguridad. Se centra el problema en la adopción de todos los medios por los cuales la lucha contra la delincuencia puede ser organizada y ordenada efectivamente en favor del interés social bien comprendido, sin desconocer el interés individual, y desde este punto de vista puede ser igualmente utilizada la pena o la medida de seguridad. Por ello la política criminal, no tendría otra guía en su acción que la de eficacia de la reacción respecto al individuo, pasándose así de la pena a la medida, no por criterios jurídicos o por comodidades administrativas, sino en razón de la toma en consideración de la exacta personalidad del delincuente. Desde este momento afirma Ancel: “La pena y la medida de seguridad habrían dejado de oponerse. Aplicación indistinta de una sanción represiva o de una medida educativa, según aconseje la personalidad del delincuente, para dar a éste el adecuado tratamiento resocializador, que es uno de los puntos más criticados de esta aportación”¹⁶.

Entre las críticas se tienen las de Jiménez de Asúa y las de Quintano:

- En primer lugar, se denuncia la falta de novedad que adorna el movimiento defensista, a pesar de sus pretensiones de originalidad. Con la nueva defensa social, se pretende lo mismo que pretendieron todas las escuelas frente al derecho penal de su hora, que envejecía, lográndose solamente un inmenso cajón de sastre, al que ha tenido acceso tendencias de muy variada procedencia.

¹⁶ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit.** Pág. 26.

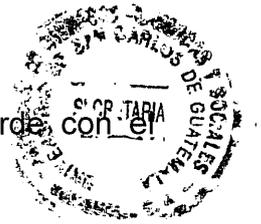
- 
- Cuando Ancel afirma que no hay delito, sino delincuente; que la prevención general debe ceder el paso a la especial de corrección y resocialización, que la culpabilidad ha de reemplazarse por un criterio objetivo de estado peligroso y que la pena no es más que un resto del sadismo reprimido, no se hace otra cosa que demoler el derecho penal, que sin las nociones de delito y pena sería la más patente de las contradicciones lógicas.

 - Las ideas semisentimentales y semidefensistas que pretender erradicar del derecho penal la noción básica de la pena, no se limitan tan solo a acreditarse ingenuas, lo peor es que con su difusión resultan susceptibles de ocasionar resultados más inciertos y peligrosos, son ideas que, de arraigar, debilitan o anulan el valor intimidante de la pena frente a los eventuales justiciables, y contribuyen a la pérdida de firmeza y certidumbre por parte de los jueces llamados a pronunciar los fallos.

 - La unificación entre pena y medida de seguridad fue ya un postulado positivista, que ha desenterrado la nueva defensa, con tal unificación se destruiría la prevención general, a la que no debe renunciarse y que sólo la pena logra. Se correría el riesgo de que la medida de seguridad pusiese en evidente peligro la libertad de los ciudadanos.

Concluyendo, la nueva defensa, no ha revolucionado el derecho penal, sólo en cierta medida lo ha beneficiado, por sus altruistas principios, que son el deseo de mejorar y

perfeccionar las ciencias penales, y de alcanzar una legislación más acorde con el momento histórico.



En Guatemala, este tipo de visión del derecho penal no se ha aplicado, como tampoco se han puesto en práctica sus postulados, igual sucede en muchos otros países.

Por eso y debido al momento de alta criminalidad que vive el país, conviene llevar a cabo una reflexión en torno a esta propuesta de reacción estatal frente al delito.

Con base en todo lo expuesto en el presente capítulo, se han podido establecer los elementos generales de conocimiento del tema de la pena. Con ello, es posible determinar las formas que ha adoptado en la historia, pero además, las principales equivocaciones que se han dado, tales como el retribucionismo y especialmente la prevención especial.



CAPÍTULO II



2. La pena privativa de libertad y el derecho penitenciario

Como consecuencia del amplio campo de aplicación del derecho penal en cuanto a pena de prisión, existe la disciplina auxiliar o parte de este mismo, denominado derecho penitenciario.

2.1. Naturaleza jurídica del derecho penitenciario

Las razones para proponer la delimitación de la naturaleza jurídica de esta rama del saber humano, responden a la idea de un tratamiento más coherente desde el punto de vista jurídico que debe darse a la misma, y cuál debe ser el régimen jurídico aplicable a la ejecución de penas; así como la determinación y análisis de las estructuras, organismos y dependencias que conforman los centros penitenciarios, carcelarios y especiales.

La delimitación de la naturaleza jurídica del derecho penitenciario *ius penalista* o *ius administrativista*, es un tema poco tratado, puesto que ven en éste una extensión del derecho punitivo que debe escapar a sus sabios conocimientos.

Sin embargo, se pretende desde el derecho público ubicar al derecho penitenciario en esta rama jurídica a fin de darle mayor elasticidad, un régimen jurídico autónomo y una visión *ius publicista* que resuelva los conflictos que actualmente se presentan al ubicar al derecho



penitenciario como un apéndice del derecho punitivo o entre el sustantivo y procesal penal.

2.2. Sistemas penitenciarios, en particular el progresivo

Habiéndose abandonado las penas corporales en Guatemala desde hace más de un siglo, e importando a los efectos de la presente investigación las penas privativas de libertad, es conveniente realizar una breve descripción de los sistemas penitenciarios, aun cuando algunos de ellos se encuentren superados hoy día.

2.3. El sistema pensilvánico

El aislamiento celular del interno, el trabajo como recogimiento y arrepentimiento (principios de la doctrina católica) y la higiene severa, son características propias del sistema pensilvánico (toma su nombre del estado de Pensilvania, Estados Unidos de América), o filadélfico y, la mejor forma de disciplinar y lograr la redención del sujeto.

El aislamiento celular e higiene del interno actualmente no es tan severo como en el régimen filadélfico, pero sí se mantiene cierta práctica penitenciaria con algunas modificaciones. En Guatemala se le sigue nombrando como bartolina o bien privado.

En cuanto a los dormitorios, si bien éstos son comunes no es que en la práctica y en el fondo siga siendo un aislamiento, pues cada interno deberá bajo determinadas horas del reglamento interno penitenciario permanecer en su cama o catre sin poder movilizarse, con



lo cual se revive el aislamiento a pesar de que esté en un cuarto-dormitorio con un grupo de personas más.

El aislamiento severo tal como en el sistema pensilvánico, se presenta hoy en día como un castigo dentro del castigo que ya es la penitenciaría misma.

En efecto, las llamadas celdas de castigo por mal comportamiento del interno constituyen un aislamiento a lo pensilvánico con un agravante mayor al de la simple incomunicación, aireación o luz, el de la alimentación en base a agua y la degradación humana.

“El Artículo 10 del Estatuto Penitenciario comienza haciendo énfasis en que el tratamiento penitenciario debe alcanzar la resocialización del infractor con el examen de su personalidad a través de la disciplina, destacando con ello que el trabajo engrandece al hombre, es la oración que más agrada a Dios como se pregonó por el vox populi que seguía las orientaciones cristianas. Pero no cualquier forma de trabajo sino el que bajo criterios y parámetros de disciplina exalten la labor de aprendizaje, creación y producción de bienes y servicios, a la vez, ayuden a fortalecer y desarrollar la personalidad”.¹⁷

Es obvio que estas últimas perspectivas sólo se dan en los actuales momentos, ya que en la época en que fue propuesto el trabajo como arrepentimiento, sólo buscaba espiar las culpas y servir de golpe de pecho por el mal infringido.

Con este símbolo espiatorio hoy en día se monta una teoría interiorizadora y fortalecedora

¹⁷ Ibid.



de la personalidad a partir del trabajo manual o intelectual, con lo cual se revive el origen del trabajo-obligación, el trabajo-reformatorio o el trabajo-exculpación.

2.4. El sistema auburiano

El aislamiento nocturno y la promiscuidad diurna, el trabajo comunitario diario en labores diversas y el silencio absoluto. Éstas son las características más relevantes del sistema auburiano, que debe su nombre a la primera prisión donde se implantó: Auburn, Estados Unidos de América en 1823, se considera una simple variación del sistema pensilvánico.

El aislamiento del interno comienza con la clasificación en categorías, atendiendo a su sexo, edad, naturaleza del hecho punible, personalidad, antecedentes y condiciones de salud física y mental.

Aunque este aislamiento resulte positivo y acorde a las exigencias actuales de la persona que ingresa a un centro carcelario y penitenciario puesto que atiende recomendaciones plasmadas en pactos y convenios internacionales sobre tratamiento penitenciario, constituyen una modalidad moderna de aislamiento cualificado.

Sin embargo, este aislamiento categorizado comienza a preocupar cuando en la práctica no es posible aplicar exactamente dichas divisiones: detenidos de condenados, primarios de reincidentes, jóvenes de adultos, etc., por las imposibilidades locativas, económicas, sociales e incluso culturales de los centros de reclusión en el manejo de personal. Se



impone en la práctica una promiscuidad desde la misma internación hasta en la vida diaria del interno en el centro y en general a toda hora. La categorización queda simplemente en el plano teórico.

El trabajo comunitario del interno no tiene ese cariz de obligatoriedad, de aflicción y de reforma a través del dolor, como se practicó en la cárcel de sing sing, donde martillar y dar forma a la piedra y al mármol constituía la base del tratamiento penitenciario.

El trabajo en comunidad tiene otros parámetros y fines que si bien se hacen en el seno de una privación de la libertad, no constituyen por sí una labor que tiene que cumplirse como opuesto al ocio, como mecanismo de duro castigo de trabajar por trabajar, de hacerlo por matar el tiempo o como medida de las autoridades penitenciarias para demostrar quien manda; a la vez para probar que el trabajo fuerte reforma al hombre; o en fin, para comprobar que el trabajo es una medida altamente coercitiva en tiempo y espacio.

Los móviles que mueven al trabajo comunitario bien en labores de índole pública (casi inaplicable) o de índole particular, han abandonado los predicamentos para tenerlo; al menos, como una prerrogativa que hay que saberla ganar para que le reporte beneficios personales y de tratamiento penitenciario al reo.

Esto último es lo que se aplica al menos en la granja Pavón en San José Pinula, Guatemala, aunque por supuesto, el cambio teleológico de aquel trabajo con relación a éste no ha avanzado tanto y tan significativamente con la época.



Por su parte, los detenidos pueden trabajar individualmente o en grupos en labores públicas, agrícolas o industriales en las mismas condiciones que los condenados. Tanto condenados como detenidos pueden trabajar en estas actividades en las mencionadas condiciones cuando a juicio del Director así se determine y previo estudio de la hoja de vida del interno, es decir: aspectos como la conducta personal, la calificación del delito por el cual se encuentra recluso y la de su seguridad.

De esta forma el trabajo, constituye un privilegio y no un derecho como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala.

En las granjas guatemaltecas de rehabilitación, los pequeños talleres artesanales en madera son coordinados por los internos condenados a penas largas y expertos en el tallado, manejo, modelación y pintura en maderas.

“Los internos ingresan a dichos talleres en calidad de aprendices inicialmente, a medida que van siendo más visibles sus habilidades y sus obras cada vez mejor se reconocen por propios (inicialmente por el coordinador del taller y las autoridades penitenciarias luego por sus compañeros de labor) y extraños (por regla general compradores de dichos productos), comienza un peculiar escalafón laboral del interno marcado por la experiencia, el tiempo, los favores y su obra”.¹⁸

El Gobierno de Guatemala no cuenta con una política laboral para los internos en las

¹⁸ Zafaronni, Eugenio. **Ob. Cit.** Pág. 235.



granjas de rehabilitación, por lo que los mismos se organizan en pequeños talleres para autosostenimiento. El trabajo en grupo de maderas, aunque difiere un tanto al realizado en las labores agrícolas por los internos que las desempeñan y los aires de aparente mayor libertad, los móviles jerarquización y grados de dificultad en el sui generis escalafón, son idénticos en una y otra labor comunitarias.

El trabajo agrícola se realiza en cultivos de huerta casera, casi igual a las pequeñas eras que utilizan los estudiantes de ingeniería agronómica para estudiar la adaptabilidad, desarrollo, rendimiento, permeabilidad, etc., de un producto agrícola a la tierra.

La poca producción obtenida de los cultivos dentro de la granja penitenciaria guatemalteca, sólo sirve para el autoabastecimiento, a diferencia del trabajo que pudiera comercializarse fuera del centro de detención.

2.5. Sistemas progresivos

La sola privación de la libertad y los diversos matices a la mejor y reformatoria vida del interno en un centro penitenciario o carcelario, planteados y desarrollados por los anteriores sistemas penitenciarios no fueron suficientes para hablar ni menos mantener o justificar un sistema de tratamiento penitenciario. Nacen entonces los estudios de expertos en cuestiones penitenciarias, que vienen a replantear los sistemas anteriores, y por ende, a proponer nuevos métodos, procedimientos y fines del tratamiento penitenciario que en su conjunto se conocerían como sistemas progresivos.

Dichos estudios que forjaron los sistemas progresivos surgieron en parte por quienes pasaron su vida laboral y profesional entre las llamadas autoridades penitenciarias en tareas de coordinación, dirección o consejería; o bien, porque dedicaron gran parte de su vida a la investigación penitenciaria produciendo informes, conceptos, recomendaciones o en suma obras como penólogos, tal como se conocería más recientemente a quienes estudian el fenómeno social, psicofisiológico y jurídico-administrativo del tratamiento penitenciario dentro de una de las ciencias de la criminología: La penología.

El postulado central de los sistemas progresivos era la consecución por etapas, fases o condicionamientos de la libertad del interno privado de la misma por un hecho delictivo, procedimiento judicial y condenación previos.

Estos sistemas metodológicos y procedimentales relativamente nuevos en el tratamiento penitenciario, han reportado grandes avances a la penología, pero a la vez han dado origen a contra-argumentaciones de las que no han escapado ninguno de los sistemas anteriores, como quiera estos sistemas progresivos recogen las que consideraron principales caracterizaciones de aquellos con sus bondades y defectos, sin profundizar en los efectos de unos y otros, a fin de plantear una especie de sistema mixto en el tratamiento penitenciario con el aumento que caracteriza al nuevo sistema: el de ser aplicado por períodos o fases para conseguir un fin de última ratio: La libertad condicional.

Los sistemas progresivos conjugan el poder punitivo del Estado, llamado ius-puniendi, la evolución de la pena, el tratamiento de los delincuentes y la consideración del ser humano



como sujeto calificado de dicho poder y tratamiento. De las varias posturas de tratadistas del tratamiento penitenciario ubicadas en los sistemas progresivos se destacaron la de Montesinos y de Crofton por ser prototípicas y representativas de aquellos sistemas.

El sistema de Montesinos

El nombre al sistema proviene de la teorización y aplicación en la práctica que le diera el Coronel Montesinos en el correccional de Valencia, España en 1836. El tratamiento penitenciario y consecuencial ejecución o cumplimiento de las penas por parte de los internos penitenciarios se dividió en tres fases, pero siempre haciendo énfasis en que quienes lo realizaban debían alcanzar en una última fase la libertad condicional.

Las fases a las que se hace mención, eran las siguientes:

- La de hierro, representada gráficamente por los grilletes o cadenas en los pies, recordándole de esta forma su indebida acción y su propia aflicción;
- La de trabajo, que pretendía mantenerlo ocupado, distraído y hasta cierto punto alejado de su propio dolor, a la vez que iniciarlo en el trabajo como una actividad de auto-capacitación y reforma; y,
- La de libertad intermedia, caracterizada por el trabajo extramuros de la cárcel por parte del interno y de vuelta al centro penitenciario en la noche para dormir donde

se asumirá la condición de un interno como si estuviese en la fase segunda



Se pasa por diferentes períodos, desde uno celular, destinado fundamentalmente a la clasificación del sujeto, posteriormente otro de vida en común, luego uno en que se inicia la vida en libertad mediante salidas bajo palabra, para terminar con la libertad condicional.

El sistema de Crofton

Como lo denota Bustos Ramírez: “El irlandés Crofton logró mayor matización de un sistema de ejecución (de penas) que pusiese su acento en el deseo de libertad del sujeto, al menos como fase última de un tratamiento penitenciario o como medida parcial en el cumplimiento de una pena, pero lo que caracteriza al sistema según Vallejo Calderón, es el llamado período de la libertad anticipada, en la cual el penado por interno podía llegar a reducir hasta en una tercera parte de su pena, según su buena conducta y trabajo demostraran a juicio de las autoridades penitenciarias que el penado es acreedor a tal beneficio, lo cual significaba disciplina, evaluación, calificación y aplicación o no del beneficio por parte de un cuerpo colegiado disciplinante con altísimo grado de subjetividad. Más recientemente, los principios o aspectos teleológicos de estos sistemas progresivos se aplicaron por las diversas legislaciones del mundo en forma mixta o enfáticamente matizada”.¹⁹

¹⁹ Bustos Ramírez, **Ob. Cit.** Pág. 16.

Como resumen del contenido de este capítulo se puede enfatizar que los sistemas penitenciarios, juegan un papel muy importante en relación a la pena de privación de libertad, en especial en cuanto al fin que en realidad ésta podría perseguir. No se puede aseverar que los centros de detención constitucional de la república de Guatemala, sean modelos en la aplicación de la mencionada sanción penal, por lo menos en cuanto a la rehabilitación que ordena la Constitución Política de la República de Guatemala. Sin embargo, constituyen el único recurso que tiene el Estado para ejecutar esta consecuencia del delito.





CAPÍTULO III



3. Las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad, según la legislación penal guatemalteca, contenida en el Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, son, conjuntamente con la pena, consecuencias del delito. Por ello, la importancia de su estudio en el presente trabajo de investigación.

3.1. Generalidades de las medidas de seguridad

La vigilancia policiaca, el internamiento de enajenados declarados irresponsables, el asilamiento de vagos y mendigos o las instituciones nacidas para educación de menores, suponen otras tantas medidas que históricamente y desde tiempos remotos, se arbitraron en beneficio de la colectividad, para la que el acto del inimputable, por ejemplo suponía un peligro cierto.

Medidas que se construyeron al margen de los vigentes postulados de la responsabilidad criminal.

El desarrollo científico-jurídico de la teoría de la peligrosidad y de las medidas creadas para combatirla corresponde al último tercio del siglo XIX.



Por ello, se considera que las medidas de seguridad constituyen un medio de defensa contra la delincuencia y una consecuencia jurídica del delito, nacidas en el moderno derecho penal.

Tal afirmación solamente es aceptable en sentido estrictamente técnico y en el plano terminológico; las características de estas medidas y su propio nombre son de moderna creación, pero desde tiempo inmemorial se luchó contra la criminalidad como un aparato represivo y preventivo que muchas veces rebasaba la esfera de lo estrictamente penal.

Lo verdaderamente moderno en las medidas de seguridad es la sistematización que alcanzan a finales del siglo pasado. Pero ya antes aunque innominadas se contenían en muchos ordenamientos jurídicos, entre ellos el español.

Como ha puesto de relieve Welzel en la cita hecha por Bacigalupo: "La función de protección jurídica de la pena está limitada, tanto material como personalmente, a la retribución justa por el quebrantamiento del derecho de un actor que actúa culpablemente. Esta función se cumple enteramente frente a los autores de oportunidad y conflicto, esto es, frente a los ciudadanos socialmente capaces de convivencia; pero no contempla la peligrosidad de ciertos delincuentes que sobrepasan la culpabilidad individual. En ellos, la pena debe ser completada con medidas de seguridad cuya base no es la culpabilidad, sino la peligrosidad".²⁰

²⁰ Bacigalupo, Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 25.



Estas medidas no son dictadas con el fin de comprensión retribuidora por un hecho injusto, sino para la seguridad futura de la comunidad frente a violaciones ulteriores del derecho a esperarse de parte de ese autor.

El hecho cometido tiene así solamente el valor de conocimiento y de síntoma de la peligrosidad del autor. Por ello, la clase y medida de estos específicos medios de reacción del derecho penal no se determinan según la gravedad del hecho, sino de acuerdo con la clase y peligrosidad del autor.

Históricamente, el desarrollo y la sucesiva implantación del sistema binario (penas y medidas de seguridad) encontró punto de partida en el anteproyecto del Código Penal suizo en 1893.

Supone ello que la garantía de las condiciones de existencia y desarrollo de la comunidad que aspira llevar a cabo el derecho penal, con la adecuada tutela de interés, fundamentales del individuo y de la sociedad, se realiza a través de dos efectos jurídicos propios de aquel ordenamiento: las penas y las medidas de seguridad.

“El sentido originario que tuvo el sistema dualista en el pensamiento de Stooss fue el de salvar la esencia retributiva de la pena, y que ya a finales del siglo XIX se percibía claramente que la pena, por su esencia retributiva ya destacada, no podía satisfacer una serie de necesidades político-criminales a las que urgía prestar especial atención. Frente a estas necesidades se podían adoptar dos posiciones: desvirtuar la naturaleza



de la pena, convirtiéndola en un medio puramente preventivo, o respetar el carácter retributivo de la misma e integrar el sistema penal con un nuevo recurso cuyo fundamento no fuese la retribución y estuviese destinado específicamente a la prevención. El segundo camino fue el seguido por Stooss en su fundamental aportación. La esencia de la medida de seguridad no es retributiva, porque no responde al reproche de culpabilidad; no tiene su esencia vinculada al pasado (culpabilidad del agente), sino del futuro (la peligrosidad del sujeto). De lo que se trata es de impedir los delitos de un hombre que ha demostrado ser temible, esto es, que se encuentra en estado peligroso. Consisten las medidas de seguridad en la privación de bienes jurídicos, que tienen como fin evitar la comisión de delitos y que se aplican en función del sujeto peligroso y se orientan a la prevención especial”.²¹

“El peligro aludido ha sido caracterizado por Olesa Mundo en los siguientes términos: una situación de hecho indicada para que se produzca con probabilidad un resultado dañoso. Peligrosidad personal del sujeto que se adjetiva de criminal, cuando el hecho socialmente dañoso o peligroso, cuya probable comisión se teme, es considerado delictivo por el ordenamiento jurídico”.²²

3.2. Clasificación de las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad pueden ser predelictuales o posdelictuales. Estas medidas – cuya necesidad en el orden práctico es hoy generalmente- pueden ser predelictuales o

²¹ **Ibid.**

²² Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho penal, parte general.** Pág. 39.



postdelictuales. En el caso de las primeras, son aquéllas que se imponen a un sujeto por su peligrosidad antes incluso de que cometa un hecho delictivo; están solamente en función de la peligrosidad del agente.

“Las medidas de seguridad postdelictuales son las que se imponen al sujeto también en base a su peligrosidad pero una vez que ha cometido un hecho descrito como delito en la ley penal”.²³

Actualmente son sometidas a muy severas críticas por determinados sectores doctrinales, como las siguientes:

Sobre el deseable principio de que el derecho ha de buscar el justo equilibrio entre las necesidades político-criminales de prevenir los delitos y las libertades individuales, han realizado matizaciones tendientes a rodear el sistema penal preventivo de una serie de garantías que conjuren los peligros que las medidas de seguridad comportan para la certeza del derecho:

- Vigencia absoluta al respecto del principio de legalidad. Tanto la peligrosidad como las medidas de seguridad deben quedar sometidas al principio: nadie debe ser declarado peligroso si la situación personal en que se encuentra no ha sido calificada por ley como estado peligroso. Es evidente que este presupuesto legal

²³ Landrove Díaz, Gerardo. **Las consecuencias jurídicas del delito**. Pág. 219.

no puede dibujarse con la misma precisión que los tipos delictivos, pero estas dificultades no justifican el abandono, en la materia, del principio de legalidad.



- Exigencia de la previa comisión de un delito. Exigencia que cumple una triple función de garantía: refuerza el pronóstico de peligrosidad, fortalece la vigencia del principio de legalidad y reduce a límites tolerables la función preventiva.

Se concreta esta exigencia con la afirmación de que la erradicación de las medidas de seguridad predelictuales no supone el abandono de la función preventiva. No significa que deba esperarse a la comisión de acciones punibles para que se ponga en marcha la prevención del delito.

La prevención antidelictual puede llevarse a cabo de manera más eficaz a través de otros cauces menos comprometedores para los fundamentales derechos de la persona.

La prevención mediata sólo puede arbitrarse a través de una correcta política social.

El modo más eficaz de prevenir delitos viene determinado por una justa regulación jurídica del orden económico, familiar, laboral, político, educativo, sanitario, etc.

Olvidar este aspecto y predisponer una serie de medidas para los etiquetados de peligrosos sociales, que a lo mejor son pura y simplemente víctimas de la injusta

regulación de cualquiera de los órdenes aludidos, parece una prevención que tiene mucho de inconsecuente.



Esta fórmula de solución que, en gran medida, quiebra la estructura tradicional del repertorio de medidas, se muestra escrupulosamente respetuosa de los derechos fundamentales del individuo, al tratar de evitar las deformaciones más frecuentes y más inconfensables que en la materia se han operado en los últimos tiempos: la conversión de las medidas de seguridad en verdaderas penas en el sentido tradicional y, su utilización como eficaces instrumentos de coerción política.

Por ello, la preservación de la sociedad de los sujetos posiblemente peligrosos debe quedar reducida a un segundo término ante los graves riesgos que supone la integración en un verdadero arsenal punitivo de las medidas predelictuales, arma predilecta para las más sórdidas maquinaciones atentatorias de la libertad y la dignidad humana.

El riesgo es demasiado grande para ser afrontado, porque la peligrosidad es la idea de que se ha servido siempre el totalitarismo para negar o al menos limitar al ciudadano la libertad política.

En materia de peligrosidad predelictual o peligrosidad sin delito, también se señala que mientras subsista el principio de legalidad es de todo punto necesario que esas medidas

de carácter preventivo o profiláctico guarden la debida distancia con las que corresponden al derecho penal.



Una intervención que signifique una privación prolongada de libertad, llámese pena o custodia de seguridad, perfora todo el dispositivo de garantías características de un estado de derecho, que no puede admitir injerencias de esta clase de vida privada si no se ha realizado todavía ningún acto delictivo.

En esta línea se expresó, entre las conclusiones alcanzadas en las Jornadas de Profesores de Derecho Penal, que las medidas de seguridad predelictivas conculcan los indeclinables postulados de la certeza y la seguridad jurídica. Doctrinal y legislativamente se han establecido varios criterios para clasificar las medidas de seguridad. Rodríguez Devesa estima que: "Para tal objetivo se pueden utilizar los mismos términos que para las penas".²⁴

Se habla así de medidas privativas de libertad como la custodia de seguridad y colonias de trabajo, para delincuentes incorregibles y refractarios al trabajo; de internamiento con tratamiento curativo obligatorio, para enfermos mentales, bebedores y habituados al consumo de drogas y estupefacientes; restrictivas de derechos, cuando la peligrosidad dimana de circunstancias ambientales; obligación o prohibición de residir en un lugar determinado, sumisión a vigilancia de las autoridades, prohibición de ejercer determinadas profesiones o de frecuentar ciertos lugares; pecuniarias, como la caución

²⁴ Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español**. Pág. 89.

de conducta, confiscación de efectos o instrumentos que puedan ser utilizados para cometer un delito, multas con fines disuasivos.



Rodríguez Manzanera propone una clasificación más amplia de medidas: “Eliminatorias, de control, patrimoniales, terapéuticas, educativas, restrictivas de derechos y privativas de libertad”.²⁵

Medidas eliminatorias

Estas medidas son las que se aplican a los sujetos que tienen dificultad o imposibilidad para adaptarse socialmente a la comunidad.

Se les interna en una institución de alta seguridad, se les envía a una colonia especial o se les expulsa del país.

Al referirse a los pacientes que deben ocupar este tipo de centros y a la necesidad de la creación de instalaciones adecuadas, Blanco y Soch señala que: “En el manejo de pacientes con medida de seguridad curativa hemos encontrado que los pacientes portadores de un diagnóstico de personalidad sociopática de la personalidad tienen poca posibilidad de recuperarse, más bien perturban el funcionamiento del pabellón en detrimento de los otros pacientes propios del hospital, el récord delictivo de estos pacientes es muy importante y encuentran el hospital un lugar fácil para fugarse, por lo

²⁵ Rodríguez Manzanera, Eduardo. **Derecho penal**. Pág. 121.

que es necesario contar con instalaciones que puedan ofrecer, tanto tratamiento psiquiátrico como penitenciario para este tipo de pacientes. Esto se podría lograr mediante la disponibilidad de un pabellón psiquiátrico en el centro penitenciario”²⁶



En países como Colombia, las colonias agrícolas en centro de detención, se reservan para autores de delitos denominados imposibles. Estas colonias especiales, sirven también para aislar al sujeto en el cual ha resultado infructuosa toda medida dirigida a su reinserción social por su reincidencia, pero que aún así, no representan una amenaza grave para la sociedad.

Medidas de control

Como se mencionó, la forma más común de vigilancia oficial es la policiaca. En esto hay que aclarar que las medidas de control se diferencian de la función preventiva de la policía, en que la primera se da sobre un caso específico; es decir, la vigilancia se lleva a cabo sobre un sujeto determinado que es considerado peligroso.

Éstas buscan la vigilancia del sujeto a fin de evitar que cometa delitos. Dicho control puede ser oficial o privado.

Constituyen además, una válvula de escape importante para el problema del hacinamiento y la sobrepoblación penal.

²⁶ Landrove Díaz, Gerardo. **Ob. Cit.** Pág. 219.

Se les critica porque en muchos países se aplican automáticamente, bajo ciertos requisitos o el transcurso del tiempo, sin previo estudio de personalidad ni dictamen de peligrosidad.



Además, otras medidas de este tipo son las que derivan del principio de oportunidad y consisten en someter al sujeto a libertad a la vigilancia de la autoridad, en lugar de privarlo de la misma.

Se sustituye la pena privativa de libertad, o las medidas que impliquen reclusión, por otra de menor magnitud.

En este caso se toma en cuenta que el sujeto no es tan peligroso y se persigue evitar la contaminación criminal y que desarrolle su peligrosidad.

Las manifestaciones más comunes de estas medidas son: la libertad condicional, la libertad bajo palabra; la parole (o libertad bajo palabra); la condena condicional; la probatio; la libertad vigilada, etc.

En cuanto a las medidas de control privado, consisten en someter al sujeto a la vigilancia de su familia o de alguna institución adecuada, no oficial.

Medidas patrimoniales



Estas medidas corresponden a las que afectan el patrimonio del sujeto, disminuyéndolo parcialmente. Pueden ser temporales o definitivas. Dentro de éstas se encuentran:

- La caución de buena conducta. Consiste en el depósito de una suma determinada por la autoridad, en garantía de que el sujeto no cometerá un delito. Es conocida desde los romanos.
- La fianza. Tiene como fin directo garantizar que el sujeto se presente ante el juez, siempre que sea requerido y subsidiariamente se dirige a prevenir la comisión de un delito.
- El decomiso. Se quita al poseedor ciertos instrumentos idóneos para la comisión de un delito: sustancias tóxicas u objetos peligrosos. En esta medida se estima que lo peligroso no es el sujeto, sino la cosa contra la que va dirigida. En muchos casos el sujeto puede ignorar que el objeto es nocivo, o que la sustancia es tóxica.
- Hay otras que perjudican directamente el patrimonio; por ejemplo, cuando se priva al sujeto de lícitas ganancias por el cierre de un establecimiento, por motivos especiales, como la inauguración de un centro escolar cerca de una cantina.

Medidas terapéuticas



Estas medidas de seguridad se aplican en casos de enfermedad física o mental, internando al sujeto u obligándolo a seguir determinado tratamiento.

Como medida terapéutica tiene gran importancia el internamiento de enajenados peligrosos en casas de cura y de custodia. Esto lleva nuevamente a la necesidad de la creación de un pabellón psiquiátrico de seguridad, que ya es utilizado desde hace bastante tiempo en Escocia, con buenos resultados.

La propuesta recoge una recomendación de la Dirección del Hospital Nacional Psiquiátrico de Estados Unidos de América y corresponde al sentir general de los médicos que allí laboran. Estiman que dicho centro de salud no es un depósito de criminales sumamente peligrosos, ya que no cuentan con el personal ni las instalaciones adecuadas para ello.

Rodríguez Manzanera señala que: “En ocasiones se ha llegado a utilizar medidas extremas, tales como la esterilización, la castración, la terapia de choque o la lobotomía”.²⁷

Este tipo de medidas fueron utilizadas por el Estado Nacional-Socialista alemán, con nefastos resultados.

²⁷ Rodríguez Manzanera. **Ob. Cit.** Pág. 121.

La esterilización ha sido utilizada en países en los cuales es delito el engendrar a sabiendas de que se tiene alguna tara o afección hereditaria, o que se busca la pureza de la raza, estando prohibida la unión con sujetos de grupos étnicos distintos.



La castración se ha aplicado para los delincuentes sexuales que son considerados delincuentes de gran peligrosidad, como los violadores de niños.

La terapia de choque se usa en delincuentes peligrosos. Se aplica energía eléctrica, cardiozol o insulina. Se busca hacer olvidar al paciente mecanismos proclives de su vida mental, y al no evocar hechos que desaparecen del campo de la consciencia, no se producen motivaciones que origina actos vivenciales de su conducta delictiva.

La lobotomía, es otra de las medidas aplicadas para corregir trastornos mentales o de conducta. Consiste en la extirpación de una parte del cerebro o lóbulo. Este tipo de tratamiento se ha ido abandonando pues frente a casos de gran éxito también se presentaron agravaciones de peligrosidad y hasta muertes.

Medidas educativas

Son aquéllas que tienden a la formación de la personalidad del sujeto, por medio de la instrucción, y son aplicadas principalmente a los menores. Se ejecutan a través de las escuelas-hogar, cuando la familia no es capaz de educarlo.

Medidas restrictivas de derechos



Se dirigen a restringir un derecho específico, cuyo ejercicio podría llevar a la comisión de un delito. Ejemplos de este tipo de medidas son las siguientes:

- La cancelación o suspensión de la licencia para conducción, cuando el sujeto está disminuido físicamente, o bien cuando ha demostrado notable impericia o imprudencia al guiar su vehículo.

- La restricción para ejercer determinadas profesiones u oficios. Se aplica por causas similares a las citadas en el punto anterior, o cuando existan pruebas de incapacidad o falta de ética profesional, o las condiciones de ejercicio no proporcionan seguridad al cliente o a terceros que pueden ser victimizados. En Guatemala, esta pena se encuentra contemplada en el Artículo 57 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

- La privación de derechos de familia. Se recomienda cuando el titular sufra una enfermedad peligrosa, cuando sea un vicioso, malviviente, antisocial, y pueda inducir a los familiares al delito o haya probabilidad de algún delito.

- Suspensión de ciertos derechos cívicos o políticos. En la legislación guatemalteca este tipo de pena se encuentra contemplada en el Código Penal, Decreto número

17-73 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 59 y se contempla como accesoria a la de privación de libertad.



- Prohibición de residir o asistir a lugares determinados. Se aplica cuando el sujeto tiene enemigos o rencillas en ese lugar, que pueden producir un delito. Tiende a la protección de la sociedad y del sujeto mismo. Contempla no sólo la prohibición de visitar una zona específica, sino también a cantinas, garitos, casas de juego, prostíbulos, billares y otros lugares criminógenos.

En ciertos casos también se prohíbe salir de un lugar determinado y la obligación de residir en cierta región.

Medidas privativas de libertad

Varias medidas de seguridad implican la privación de libertad, la que debe verse como un medio y no como un fin. Ciertas medidas eliminatorias, educativas o terapéuticas, no pueden ejecutarse con el sujeto en libertad.

3.3. Las medidas de seguridad en Guatemala

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



significa que estas medidas se aplican únicamente como consecuencia de delitos o faltas de los regulados en el cuerpo de leyes mencionado o leyes conexas.

El Artículo 85 del Código Penal guatemalteco, contempla que las medidas de seguridad pueden ser aplicadas por tiempo indeterminado, salvo que la misma ley que las impone, señale lo contrario.

Las medidas de seguridad previstas en el título séptimo del Código Penal guatemalteco, sólo pueden decretarse por los tribunales de justicia en sentencia condenatoria o absolutoria por delito o falta, lo que significa que ningún órgano de orden administrativo o ejecutivo puede aplicarlas.

Sin embargo, en cualquier tiempo podrán reformar o revocar sus resoluciones al respecto, si se modifica o cesa el estado de peligrosidad del sujeto. Los tribunales podrán decretar la aplicación simultánea de medidas de seguridad compatibles.

Se consideran índices de peligrosidad según el Artículo 87 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, los siguientes:

1. “La declaración de inimputabilidad.
2. La interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado.
3. La declaración del delincuente habitual.
4. El caso de tentativa imposible de delito, prevista en el Artículo 15.



5. La vagancia habitual. Se entiende por vago el que teniendo aptitud para ejecutar un trabajo remunerable se mantiene habitualmente en holganza, viviendo a costa del trabajo de otros, o de mendicidad, o sin medios de subsistencia conocidos.
6. La embriaguez habitual.
7. Cuando el sujeto fuere toxicómano.
8. La mala conducta observada durante el cumplimiento de la condena.
9. La explotación o el ejercicio de la prostitución”.

Según el Artículo 88 del Código Penal, las medidas de seguridad aplicables son las siguientes:

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

Según el inciso 2, del Artículo 23 del Código Penal: “Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardo o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno



mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente”. Cuando un sujeto de los mencionados en esta norma comete un hecho que la ley califique de delito, se ordenará su 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. Esto mismo se hace en cuanto al caso de la interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado.

Los tribunales podrán ordenar, después de cumplida la pena, si lo estimaren peligroso, que comprendido en el caso previsto en el inciso 1, del Artículo 26, sea internado en un establecimiento educativo o de tratamiento especial.

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 decretará cuando, cumplida la condena impuesta, se estime que ésta ha sido ineficaz en lo relativo a la readaptación del delincuente.

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 del Código Penal guatemalteco.

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.



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 puede 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 del Código Penal guatemalteco. Esta medida, es de muy rara aplicación en Guatemala, no obstante también se puede cumplir, si no hay establecimiento adecuado, en anexo o sección especial de otro establecimiento.

Según el Artículo 96 del Código Penal: “Las medidas de internamiento en establecimiento psiquiátrico o en establecimiento educativo o de tratamiento especial cesarán por resolución judicial, dictada con base en dictámenes médico y criminológico, que demuestren que el sujeto puede ser sometido a libertad vigilada”. El Artículo siguiente en el mismo cuerpo de leyes regula 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. 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”. Como es evidente, el legislador, desde el momento de la promulgación del Código Penal, intentaba darle una aplicación bastante viable a las medidas de seguridad e inclusive a las curativas. Las primeras han empezado a aplicarse de forma somera con la promulgación del Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala y las otras, las medidas curativas aún no se aplican.

El Artículo 98 del Código Penal preceptúa 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”.

El Artículo 99 del Código Penal regula que: “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”. Mientras que el Artículo 100 del mismo cuerpo de leyes, norma que: “La caución de buena conducta consiste en la garantía personal, hipotecaria, prendaria o depósito de una cantidad de dinero, prestada a satisfacción del tribunal y por el término



regulado 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 ni excederá de cinco. Esta medida se aplicará en los casos que el tribunal lo estime oportuno. 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”.

Como puede observarse de las medidas de seguridad y demás medidas reguladas en el Código Penal guatemalteco, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, se incluyen las de la clasificación normal. No obstante, es preciso regular que algunas, como las medidas curativas no se encuentran aplicadas actualmente.

Con el presente capítulo se ha expuesto lo referente a las medidas de seguridad que contempla la legislación penal guatemalteca. Sin embargo, como es evidente, Guatemala carece de recursos presupuestarios para aplicar un programa penal tan ambicioso. No se cuenta con establecimiento de tratamiento mental, y el único que actualmente se localiza en la zona 18 de la ciudad capital, se encuentra sobrepoblado, pero no atiende a sujetos que han cometido un delito, sino a aquellos que tienen carencias manifiestas en el uso de sus facultades mentales, los que como es de suponer son demasiados para la capacidad del Estado de Guatemala. En este sentido, los centros privados son una buena opción, pero para aquellas personas que pueden pagarlo. Por ende, como política criminal en Guatemala, las medidas de seguridad y en

especial las medidas curativas no han tenido el éxito que hubiesen esperado, los legisladores de la década de los setenta del siglo XX.





CAPÍTULO IV



4. Análisis sobre medios alternativos a las penas penitenciarias

Tomando en cuenta que en la política criminal, que constituye las medidas adoptadas por un Estado contra la delincuencia, se encuentran incluidas las consecuencias jurídicas del delito, conocidas como penas o medidas de seguridad, a continuación se analizan medios alternativos que pueden ser aplicados en Guatemala, a diferencia de los tradicionales, especialmente las penas privativas de libertad. Con el objeto de modernizar la política criminal y volverla más respetuosa de la dogmática penal vigente.

4.1. Reacción social en Guatemala

Se le nombra como reacción social o estatal para utilizar el término que se cree es el correcto, y que ha propuesto el autor Alfonso Devis Echandía, en su obra criminología: “Se llama reacción estatal a la forma en que el Estado organiza y dispone sus instrumentos legales para combatir a la delincuencia, sea ésta común u organizada, y obedezca a cualquier sector o sujeto social”.²⁸

En Guatemala, la reacción social frente a la delincuencia ha sido la de crear leyes que penalicen conductas; aumentar límites de penas privativas de libertad, multas y sanciones en general.

²⁸ Devis Echandía, Alfonso. **Criminología**. Pág. 1.

Contenida en el Decreto número 58-90 del Congreso de la República de Guatemala, se promulgó en la década de los noventa del siglo XX, la Ley Contra la Defraudación y Contrabando Aduaneros.



Revisando la historia reciente de Guatemala, con el Artículo 1 del Decreto número 81-96 del Congreso de la República se reformó el Artículo 201 del Código Penal, relativo al delito de plagio o secuestro, aumentando el espectro de aplicación de la pena de muerte y aumento en la pena privativa de libertad que antes de esta reforma era de 30 año máximo y a partir de ella se llega a 50. Es importante hacer notar que con el Decreto número 14-95 del Congreso de la República de Guatemala, a este delito no se podían aplicar las reglas generales contenidas en el Código Penal relativas a la determinación de las penas, por lo mismo no se pueden observar en la aplicación de las mencionadas para este ilícito penal, circunstancias atenuantes.

Con el Decreto número 58-95 del Congreso de la República se adicionaba al Código Penal, el Artículo 201 bis, del delito de tortura; y 201 ter, de la desaparición forzada.

Con el Decreto número 48-92 del Congreso de la República de Guatemala, se creó la Ley Contra la Narcoactividad.

El Decreto número 2-96 del Congreso de la República de Guatemala aumentaba los mínimos y máximos de las penas en todo el Código Penal.

Con la promulgación del Decreto número 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, se creaba la Ley Contra el Crimen Organizado.



Por medio del Decreto número 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala se ponía en vigencia la Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer.

En todos los cuerpos normativos mencionados, la reacción social que el Estado de Guatemala ha tenido como política criminal ha sido la de crear figuras delictivas y aumentar los límites a la pena de privación de libertad. Ahora bien, conviene preguntarse si la situación delincencial en el país ha sido controlada con tales medidas. Si la política de rehabilitación a la que obliga el Artículo 20 de la Constitución Política de la República al Estado de Guatemala se ha cumplido.

No habría que perder de vista que el derecho penal es: "El ámbito del ordenamiento jurídico que se ocupa de la determinación de los delitos y faltas, de las penas que procede imponer a los delincuentes y de las medidas de seguridad establecidas por el Estado para la prevención de la delincuencia. La tipificación de las conductas como delictivas puede variar, en alguna medida, según los tiempos y los países, pero en todo caso se tutela a la persona y sus bienes (vida, integridad física, propiedad, honor), amparándose también a la comunidad de que se trate en su conjunto. Requisitos del derecho penal son la proporcionalidad entre el delito y la pena y el respeto al principio de legalidad, formulado según la tradición procedente del derecho romano mediante la



sentencia: nullum crimen, nulla poena sine previa lege, no hay crimen ni pena sin ley previa. Los delitos pueden calificarse como acciones u omisiones típicas, antijurídicas, culpables y punibles. También las omisiones pueden ser delictivas; por ejemplo en la omisión del deber de socorro”.²⁹

El derecho penal de un Estado asume varias funciones, correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan.

En el Estado de base teocrática la pena podía justificarse como exigencia de justicia, análoga al castigo divino.

En un Estado absoluto erigido en sí mismo, la pena es un instrumento tendencialmente ilimitado de sometimiento de los súbditos: fue la época del terror penal, consecuencia de la atribución a la pena de una función de prevención general sin límites.

El Estado liberal clásico, preocupado en cambio por someter el poder al derecho, en esto consiste el estado de derecho, buscó antes la limitación jurídica de la potestad punitiva que la prevención de delitos.

La limitación jurídica del Estado liberal se basó en buena parte en principios abstractos e ideales, como el de igualdad ante la ley, tras el cual se mantenía una concepción ideal del hombre, como hombre-razón.

²⁹ www.biblioteca de Consulta Microsoft Encarta 2003. **Derecho penal.** Microsoft Corporation. (Guatemala, mayo de 2004).

Podía, entonces, fundarse coherentemente la pena en otro principio ideal: la exigencia de justicia, base de la retribución. Constituía un límite al poder punitivo del Estado, que sólo podía castigar según lo merecido, pero tenía el defecto de la rigidez y obligaba también a extender la pena donde no era necesaria.



La progresiva aparición del Estado social, como Estado intervencionista que toma partido en el juego social, acentuó de nuevo la misión de lucha contra la delincuencia. Se presta atención a la función de prevención especial, que no había podido encontrar acogida en el Estado liberal clásico, porque suponía admitir un distinto tratamiento penal para autores de un mismo delito, lo que chocaba con la igualdad ante la ley entendida en la forma absoluta del liberalismo.

En el nuevo contexto del Estado social-intervencionista aparecieron las medidas de seguridad, instrumentos de prevención especial inadecuados al estricto legalismo liberal clásico.

La tendencia intervencionista del Estado social condujo en algunos países a sistemas políticos totalitarios, lo que culminó en el período que medió entre las dos guerras mundiales.

“La experiencia de los horrores que ello trajo consigo, primero en la paz y luego con la guerra, hizo evidente la necesidad de un Estado que, sin abandonar sus deberes para con la sociedad, es decir, sin dejar de ser social, reforzase sus límites jurídicos en un



sentido democrático. Surgió, así, la fórmula sintética de Estado social y democrático de derecho. Acogida en la propia Constitución alemana de la postguerra, sirve de punto de arranque a la Constitución española de 1978".³⁰

En cuanto al derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida (y sólo en la medida) de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención.

Pero en cuanto a derecho penal de un Estado democrático de derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte herederos de la tradición liberal del estado de derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el derecho penal.

El derecho penal no sólo se integra de las normas que prevén penas o medidas, normas secundarias, sino también de las normas que prohíben los delitos a los ciudadanos, normas primarias. También en éstas habrá de reflejarse la función del derecho penal: también ellas tendrán la función de prevención limitada que corresponde al derecho penal de un Estado social y democrático de derecho. Al prohibir los delitos, las normas primarias perseguirán motivar al ciudadano para que no delinca, en lo que deberán respetar ciertos límites que la doctrina penal tiene en cuenta al exigir determinados

³⁰ Ibid.



requisitos mínimos en el concepto de delito y en particular en la teoría de la antijuricidad como infracción de la norma primaria.

Ello no cabría en una concepción puramente intimidatoria de la prevención general, pero sí como aspecto de la prevención general positiva. También la teoría del delito, y no sólo la de la pena, deberá basarse pues, en la función de prevención limitada que corresponde al derecho penal del Estado social y democrático de derecho.

Aunque la delincuencia parece ser un fenómeno inherente a cualquier sociedad humana, el valor que se le atribuye depende de la naturaleza y de la forma de organización de la sociedad en cuestión.

Las formas de la delincuencia son variadas y han ido cambiando en gran medida según los periodos de la historia y los tipos de sociedad. Actualmente, se observa un desarrollo general de formas de delincuencia organizada basadas en el modelo de la mafia siciliana o de la camorra napolitana, dedicadas principalmente al tráfico de drogas y de materias nucleares especialmente en Rusia, facilitado por la evolución de los medios de comunicación.

Los países occidentales tienen actualmente formas comunes de delincuencia, tanto en su frecuencia como en el tipo de infracciones. El término genérico de delincuencia abarca varios tipos básicos de comportamiento delictivo con criterios combinables: sin pretender ser exhaustivos, puede citarse la delincuencia cotidiana o delincuencia menor,



la delincuencia juvenil, la delincuencia por imprudencia, el crimen organizado, delincuencia económica y financiera, los atentados a personas, que comprenden básicamente los abusos sexuales, los atentados a las normas y al orden público y, finalmente, el terrorismo. Cada una de estas categorías presenta características propias, aunque a largo plazo se observa un crecimiento de la delincuencia económica y financiera y de la delincuencia cotidiana con atentados a bienes y a personas, generalmente de gravedad limitada.

La imagen del Estado social y democrático de derecho debe ofrecer el punto de partida para determinar la función del derecho penal, pero ésta a su vez debe servir de base no sólo de la teoría de la pena, sino también de la teoría del delito.

Si el modelo de Estado debe determinar una concepción del derecho penal, ésta ha de ofrecer el soporte de sus dos componentes básicos, la pena y el delito: Estado, derecho penal, pena y delito se hallan en una estricta relación de dependencia.

“El delito responde a un tipo descrito en el Código Penal, cuerpo legal que, en la mayoría de los países, contiene la esencia y el grueso de las leyes penales. La antijuridicidad no se da ante supuestos de una causa de justificación, legítima defensa, estado de necesidad. Los actos delictivos han de ser voluntarios y fruto de negligencia o del propósito de conseguir el resultado contemplado por la ley. Las penas, que pueden ser pecuniarias o privativas de libertad, tienen una función represiva (de compensación del mal causado) y de prevención (intimidación para posibles delincuentes futuros).



Preventivas son también las medidas de seguridad: reclusión de locos o dementes, confinamiento, confiscación de objetos peligrosos o nocivos, vigilancia de la policía, medidas tutelares en relación con menores y otras muchas”.³¹

Hay dos formas de perseguir los delitos, aquellos delitos que se persiguen de oficio y los que se persiguen a instancia de parte.

Los delitos se persiguen de oficio, aunque la víctima o el ofendido no denuncien o exijan su investigación.

Los delitos se persiguen a instancia de parte, cuando es necesaria la denuncia, la actuación y la presencia del ofendido para que se inicie la investigación de los delitos.

Los delitos se castigan de acuerdo a las condiciones en que suceden y a las características de los sujetos pasivo y activo del mismo.

Importará, entonces, no sólo la eficacia de la prevención, principio de la máxima utilidad posible, sino también limitar al máximo sus costos, principio del mínimo sufrimiento necesario, de forma que resulte menos gravosa la protección que ofrece el derecho penal del Estado social y democrático de derecho que la que supondrían otros medios de control social ilimitados como la venganza privada o pública o desprovistos de garantías como actuaciones policiales incontroladas, condenas sin proceso legal

³¹ Ibid.



adecuado, medidas preventivas predelictuales, u otras formas de derecho penal autoritario.

La función del derecho penal se manifiesta en la función de la pena y de la medida de seguridad, pero no se agota en ello.

En un principio, la infracción fue valorada en función de criterios religiosos o mágicos, y la transgresión de lo prohibido producía, por lo general, la exclusión de la sociedad, ya fuera por muerte o por alejamiento, para el violador de la norma. Más tarde, la dominación ejercida por las grandes religiones monoteístas en sus respectivos ámbitos derivó en materia de derecho y un acto se consideraba infracción cuando violaba una prohibición expresa de los textos sagrados o de su interpretación.

La progresiva separación entre lo religioso y lo temporal, iniciada en la edad media, no consiguió sin embargo hacer desaparecer el carácter religioso de la infracción. Esta visión justificó, por ejemplo, el reconocimiento en diferentes épocas de la historia de la responsabilidad penal de los niños e incluso de los animales.

“En el siglo XVII, en la mayor parte de los países europeos, el derecho penal se basaba en el principio de la responsabilidad individual, favoreciendo la aplicación de penas intimidantes de gran severidad, como la rueda, el látigo o las galeras”.³²

³² Ibid.



En el Siglo de las Luces se produjo una ruptura con lo anterior a través de la búsqueda de una definición legal y universal de lo permitido y lo prohibido, con la idea de fundar una legalidad de delitos y de penas según fue formulada por el italiano Cesare Beccaria en su obra Ensayo sobre los Delitos y las Penas, publicada en 1764. Esta búsqueda se inscribía en el marco de una nueva definición más general del hombre como ser social, con derechos y obligaciones, que evolucionaba en una sociedad donde, sin tener que buscar su legitimidad en la religión, podía cuestionarse la naturaleza de las infracciones y las escalas de sanciones aplicables a todas las personas, cualquiera que fuera la calidad del delincuente. Este principio fue retomado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en cuyo Artículo 7 puede leerse: “La ley sólo puede establecer penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado salvo en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicable”.

En el transcurso del siglo XIX se hizo hincapié en la vertiente social de la acción criminal y se estudió el libre albedrío del delincuente, observando que resultaba posible modificar su conducta a través de su educación y de las condiciones de vida.

Estos trabajos abrieron el camino a los estudios sobre la readaptación de las penas y la reinserción del delincuente. Por su parte, la abolición de la pena capital en numerosos países supuso el abandono del valor mágico del castigo y, aunque la toma de conciencia del delincuente sigue siendo uno de los objetivos del encarcelamiento, éste tiene como primera finalidad la de ser eficaz en lo social.



El derecho penal positivo fija, ciertamente, un marco que la elaboración dogmática no puede desbordar, marco que viene determinado por el sentido literal posible de los preceptos legales y, en cuanto no redunde en perjuicio del reo, por su aplicación analógica. Este marco constituye un límite infranqueable para la ciencia jurídico-penal. Mas el interior de dicho marco es a menudo amplio y permite un determinado margen de libertad a la doctrina.

Cuanto más generales son los principios a considerar, menos inequívocamente vienen impuestos por los preceptos del derecho positivo. La decisión acerca de tales principios habrá de depender, entonces, de las premisas valorativas, filosóficas y políticas de que parte la doctrina en cada momento histórico-cultural.

De ahí que la evolución histórica de la teoría del delito refleje fielmente la evolución más general de las ideas: el positivismo desde el último tercio del siglo XIX hasta comienzos del XX, el neokantismo desde principios de siglo XX hasta la segunda guerra mundial, el ontologismo fenomenológico desde los años 30 hasta los 60 y el funcionalismo en derecho penal desde los años 70 hasta el presente, que han determinado las fases más características de la moderna teoría del delito.

Esta evolución no ha de detenerse. Uno de los aspectos más criticables de la fundamentación tradicional de la teoría del delito, fuertemente positivista, es el intento de presentar todos sus conceptos como no disponibles valorativamente, sino como exigencias sistemáticas.



Hay que rechazar este planteamiento, que encubre auténticas decisiones valorativas mediante un entramado conceptual aparentemente aséptico y neutral.

Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que nuestro modelo de Estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrece la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores.

Sólo una prevención así limitada podrá desplegar un efecto positivo de afirmación del derecho propio de un Estado social y democrático de derecho, y sólo así podrán conciliarse las exigencias incompatibles de la retribución, la prevención general y la prevención especial en un concepto superior de prevención general positiva.

4.2. Medios alternativos de reacción social o estatal

El examen de las teorías de la pena puso de manifiesto una amplia gama de opiniones en torno a la función de la pena.

Si como es frecuente, se estudia el tema sin situarlo en el contexto del derecho propio de un determinado momento histórico-cultural, cualquiera de las soluciones propuestas en la doctrina podría ser defendida. No es éste el camino correcto.

La retribución, la prevención general y la prevención especial no constituyen funciones históricas, sino diversos cometidos que distintas concepciones del Estado han asignado en diferentes momentos al derecho penal.



No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de la pena en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena en el derecho penal, propio de un determinado modelo de Estado.

La pena es un instrumento que puede utilizarse con fines muy diversos. En el Estado moderno se considera monopolio del Estado, por lo que su función dependerá de los cometidos que se atribuyan al Estado.

Existen medios alternativos para que el Estado de Guatemala reaccione ante el fenómeno delincriminal, en el plano puramente jurídico; es decir, no se trata de una forma diferente de reacción de la Policía Nacional Civil, sino de la política criminal que impulsa el Estado desde su legislación. Estas medidas alternativas son las que se procede a explicar a continuación.

Esta reacción social no tiene que ser siempre violenta, puede ser más bien todo lo contrario. Por ejemplo, en el caso de la situación de drogas o narcoactividad para el consumo, el Estado guatemalteco ha reaccionado amenazando dicha conducta con pena privativa de libertad.

El elemento de la reacción violenta quedó expuesto en el capítulo segundo de este trabajo de investigación.



El elemento de la imposición de pena privativa de libertad se encuentra sustentado en el capítulo subsiguiente cuando se aborda el tema de la pena en particular y se demuestra que amenazar incluso con prisión es una forma violenta de reaccionar.

Sin embargo, lo que se propone demostrar en el presente capítulo es la posibilidad de una reacción alternativa, que bien puede ser totalmente lo contrario a privar de la libertad a un sujeto que se vincula con una actividad de drogas o narcoactividad. Entre estas formas alternativas, están: Desjudicialización, descriminalización, despenalización y desprisionalización.

4.3. Desjudicialización

La desjudicialización consiste según Barrientos Pellecer en: "Aplicar medidas distintas a los procesos judiciales a un asunto sujeto a controversia con las leyes penales".³³

Consiste en la solución de un conflicto interpersonal por mecanismos distintos de los judiciales; generalmente, mediante el auxilio de disciplinas extrajurídicas de naturaleza laboral, psicóloga, médica, educativa y económica.

³³ Barrientos Pellecer, César. **El proceso penal guatemalteco**. Pág. 112.



En Guatemala, fue introducida ya este tipo de medida, que se considera como reacción alternativa del Estado en su lucha contra la delincuencia, y fue por medio de la reforma procesal penal operada en el marco del Código Procesal Penal, la cual quedó contenida en los Artículos del 24 al 31 del dicho cuerpo de leyes. Entre las instituciones que se pueden ubicar como desjudicializadoras se encuentra: el criterio de oportunidad, la conversión, la mediación; y la suspensión condicional de la persecución penal.

4.4. Descriminalización

La descriminalización consiste en abrogar un delito; es decir, dejar de considerar como delito una conducta que antes era considerada como tal.

“Consiste este fenómeno en hacer desaparecer del elenco de delitos o contravenciones legalmente descritos, un determinado modelo de comportamiento humano, que a partir de una tal decisión sería jurídicamente lícito o indiferente”.³⁴

Es importante hacer énfasis en que si bien en el presente trabajo se propone la despenalización de las conductas, no interesa tampoco a este trabajo suponer la descriminalización de estas conductas, que como se tiene conocimiento y tal como quedó esclarecido con la exposición del primer capítulo, son nocivas para la salud del ser humano. Por lo que queda totalmente entendida la razón que sustenta la protección a dicho bien jurídico.

³⁴ Devis Echandía. **Ob. Cit;** Pág. 13.

Un ejemplo de descriminalización en Guatemala se tiene con el delito de adulterio y de concubinato punible que quedaron sin efecto y han sido abrogados.



4.5. Despenalización

Despenalizar significa redefinir la función de la pena y la teoría del delito en un Estado social y democrático de derecho; por ello, existen diferentes posiciones doctrinarias respecto a la incriminación y a la despenalización, también hay legislaciones en que han existido procesos de aumentos de las penas, de las figuras delictivas, etc., por lo que siendo un problema sumamente complejo, definitivamente en el presente estudio, únicamente constituirá una aproximación al estudio de la despenalización de las conductas derivadas del uso de drogas, y con relación a ello varios autores han desembocado en que para poder despenalizar o incriminar se debe redefinir a la función que ejerce en una sociedad.

No se puede afirmar que la pena de muerte en realidad logre el efecto de escarmiento en el resto de la sociedad, puesto que en la década de los noventa, se tuvo la experiencia de ejecutar tres sentencias de pena capital, dos de ellas por medio de fusilamiento y la última por medio de la inyección letal, siendo aún así un hecho poco significativo en relación al número de ilícitos que se cometieron posteriormente.

En el interior de la república se incrementaron los secuestros, demostrándose así la respuesta del sector delincriminal; es decir, que lograron evadir, aunque no disminuir.



Existe también la penalización, que consiste en asignar por primera vez una pena a determinada conducta. Lo contrario a esto es la despenalización.

Según lo regula Alfonso Devis Echandía la despenalización consiste en: “El mecanismo en virtud del cual una conducta descrita en la ley penal como delito sale de esta esfera jurídica para ser sancionada en el ámbito de una jurisdicción diversa, de naturaleza civil, comercial, mercantil, administrativa”.³⁵

Para César Barrientos Pellecer la definición de la figura despenalizar es: “La decisión de disminuir o eliminar las penas de ciertas figuras delictivas a las que, como consecuencia, se fijan medidas alternativas y sustitutivas de la pena”.³⁶

El doctor Mario González Durán, regula que: “Para que haya despenalización en términos de hacer más dura la sanción prevista por la ley, se requiere de otra norma jurídica que dejando, sin efecto la anterior, disponga de mayor severidad o endurecimiento de aquella ...la descriminalización opera también la despenalización. Empero, no toda despenalización conlleva necesariamente la descriminalización”.³⁷

“Sin embargo, ciertamente, cuando una pena es demasiado severa, se constituye en un retributivo verdaderamente, es decir, excluye la idea de la resocialización.”³⁸

³⁵ **Ibid.** Pág. 327.

³⁶ Barrientos Pellecer, César. **Ob. Cit.** Pág. 112.

³⁷ González Durán, Mario. **Conferencia de derecho penal.** Pág. 10.

³⁸ Mir Puig, Santiago. **Ob. Cit.** Pág. 22.



Las conductas prohibidas establecen tipos penales, que están sujetos a determinada pena; aumentar o disminuir la misma, significa que se aumenta o disminuye la sanción; si se disminuye, se restringe la penalización vigente con relación a la anterior; si se aumenta, se amplía dicha penalización.

Por ejemplo, lo ocurrido con la reforma al Código Penal en 1996, cuando se aumentaron las penas privativas de libertad; estableciéndose nuevos máximos, por ejemplo, las penas que antes contemplaban un máximo de 30 años, ahora lo contemplan en 50. Por lo mismo, se amplió la penalización de todos aquellos delitos que contemplan pena de 30 años.

Por aparte, el Decreto número 48-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra la Narcoactividad, que en el proceso de sucesión de leyes amplió el tratamiento de algunas figuras delictivas, incrementó penas ya contenidas en el Código Penal, y dejó vigentes las penas de este último por no existir conflicto entre ambas leyes; y adicionalmente, amplió la criminalización creando nuevos tipos penales, tal el caso de: tránsito internacional, siembra y cultivos, transformación y otros, que no estaban contempladas anteriormente en el Código Penal.

Por tanto, y con base en los antecedentes, se puede decir que la penalización de un tipo penal previamente establecido, significa únicamente el aumento de las penas ya contempladas.



La penalización de un tipo penal no existente, significa no sólo la creación del tipo o delito, como figura delictiva, significa penalizar una conducta que hasta ese momento no había estado prohibida.

Finalmente, pudiera ser que ya existía la figura penal, pero era contemplada sin pena alguna; por tanto, si se penaliza, se asigna por primera vez una pena a esa conducta ya contemplada pero no penalizada. Lo contrario a todo lo anterior tendrá que ser, la despenalización.

En Alemania, los autores del proyecto alternativo, solicitaron despenalizar los hurtos en supermercados, la generalidad hurta, y aunque dicha conducta debería estar prohibida o criminalizada, no debería por tal motivo, ser penalizada. Por lo mismo, lógicamente, como hasta ese momento de la propuesta la misma tenía asignada una sanción coercitiva, dicho delito debería ser despenalizado.

La potestad que tiene el Estado de penalizar es por tanto, un tema nada agotado y sobre todo en Guatemala, donde no sólo no abundan los trabajos sobre derecho penal, sino que son escasos los referidos al tema de la pena.

Regula Bacigalupo que: "El enfrentamiento radical de estos puntos de vista (sobre la pena), dio lugar a partir del último cuarto del siglo pasado, a la llamada lucha de

escuelas, que no es en verdad otra cosa que una disputa en torno a los principios legitimantes del derecho penal”.³⁹



Resulta pues una discusión importante en el derecho penal, al punto que como regula la mayoría de tratados o manuales de derecho penal del mundo, en especial peruanos, argentinos, colombianos, la pena es la que caracteriza fundamentalmente el nombre que recibe esta rama del derecho penal; así como los españoles como Bustos que afirma: “Ya hemos visto que al definir el derecho penal una de sus características esenciales es el establecimiento de penas y que ya en la evolución de su denominación, la pena ha surgido como el rasgo definitorio a la hora de su nombre”.⁴⁰

4.6. Desprisionización

La desprisionización que significa no establecer penas privativas de libertad en algunos delitos que la contemplan; por ejemplo, debe ser un ejercicio al que todo sistema debe tender, por la búsqueda constante que acusa la humanidad desde tiempos remotos de la aplicación de un real estado de derecho.

La pena de prisión sirve para separar al delincuente del resto de la sociedad, pero únicamente, puesto que no hay rehabilitación.

³⁹ Bacigalupo, Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 13.

⁴⁰ Bustos Ramírez, **Ob. Cit.** Pág. 45.

Tal como se ha explicado, la reacción social del Estado frente a la delincuencia es siempre de sanción y en algunos casos de prevención. Ciertamente, el Estado de Guatemala no puede incluirse dentro de aquellos que habilitan al delincuente, pues aunque su sistema penal es de carácter garantista; no se puede aseverar que las penas privativas de libertad en Guatemala rehabiliten al delincuente.

La desprisionización consiste en sustituir la pena de prisión por métodos alternos de sujeción y de ejecución de la pena. En Guatemala por ejemplo, aunque es manifiesta la dificultad que enfrenta el sistema carcelario o penitenciario, evidenciándose en la recién creación de prisiones de máxima seguridad, no se observa ni por asomo la posibilidad de llegar a una posible sustitución de la pena de prisión, empero con la puesta en marcha del Código Procesal Penal, se establecen las medidas sustitutivas que son en sí, el indicio de posible revisión.

Los fines de la pena son establecidos de conformidad con la clase de pena que se trate.

De tal manera que existen algunas clases de pena en las que no se puede hablar de fines, sino más bien de función, un ejemplo del cual lo constituye la pena de muerte, a la cual es más justo llamarle pena capital.

En dicha pena, la función puede variar del hecho de ser un amedrantamiento propio de la prevención general de las penas, tal como se vio en las teorías de la pena a una prevención especial.



En el caso del presente trabajo, la importancia la cobran las penas privativas de libertad que constituyen el argumento a la hipótesis de despenalizar, sustentada en el principio de necesidad de la pena; es decir, después de verificar la mínima alternativa, establecer la imposibilidad de otro camino, y por tanto aplicar la pena, pero más allá, al no existir más camino que la de aplicar la pena, se produce entonces el principio de necesidad y es ineludible limitar al ser humano de su libertad.

Por el contrario, si este principio no se presenta es necesario no aplicar la pena. “En el caso de algunos delitos de narcoactividad, como se verá más adelante, resulta contraproducente y es más aconsejable el no encerrar o confinar a la persona a su prisionalización que hacerlo”.⁴¹

Los fines entonces, de la pena privativa de libertad se pueden resumir en lo que regula el Artículo 19 de la Constitución Política de la República, que establece: “El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos...”

Por lo que los fines de la pena de prisión deben ser de readaptación social y reeducación.

Tal como lo establece la doctrina también, en el caso de los autores Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: “El fin de reeducación y reinserción social debe ser compatible con el reconocimiento de los derechos fundamentales de los reclusos...”⁴²

⁴¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Introducción a la penología**. Pág. 61.

⁴² Muñoz Conde, **Ob. Cit.** Pág, 489.

Sin embargo, este tipo de fines no se cumplen y son nombrados como absurdos por Eugenio Zafaroni, cuando señala que: “Resocialización es una expresión que fuera del marco sistémico carece de contenido semántico y su uso equívoco se confunde en una multiplicidad de ideologías “re” readaptación; re-inserción; re-educación; re-personalización; etc., que en definitiva, pretenden que la prisión puede mejorar algo. Teniendo en cuenta que el encierro institucional, conforme a todas las investigaciones contemporáneas, es siempre deteriorante, especialmente si es prolongado, resulta claro que las ideologías “re” no son utopías sino absurdos”.⁴³

Dicho lo anterior, se establecen dos cosas. Primero que los fines de la pena legalmente en Guatemala, la pena privativa de libertad, es la resocialización, por medio de la reeducación y reinserción del penado.

Lo segundo sin embargo, contrapuesto a lo primero, criterio esbozado por Eugenio Raúl Zaffaroni, ratifica la hipótesis de la investigación con respecto al hecho de no representar la pena privativa de libertad, la tan mencionada y discursiva resocialización del delincuente.

Queda entonces claro que los fines de la pena debieran tender a dicha situación, aun cuando resulten casi imposibles en las circunstancias tan precarias por las que atraviesan los centros penitenciarios del país.

⁴³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Ob. Cit.** Pág. 61.

Si bien con la exposición de la desprisionación o desprisonalización, quedó desvirtuado el hecho de que los fines de la pena no pueden llegar a cumplirse, sí puede haber expectativas en cuanto a una filosofía de las penas, o consecuencias del delito en cuanto a la forma que se apliquen éstos; es decir, si no se pueden evitar por lo menos si se puede mejorar su aplicación, toda vez que tanto la doctrina como la ley en dicho sentido coinciden en la necesidad de que la prisión respete la humanidad de los penados.

Por un lado, está la Constitución Política de la República de Guatemala, que estableciendo los fines del sistema penitenciario en su Artículo 19 regula además que, en el tratamiento de los reclusos dicho sistema debe hacerlo respetando su calidad de seres humanos; es decir, derecho a ser tratados como tales.

La doctrina también establece lo dicho y en tal sentido Muñoz Conde regula al final de la cita ya hecha anteriormente, que: "...debe ser compatible con el reconocimiento de los derechos fundamentales de los reclusos..."⁴⁴

Sin embargo, es Eugenio Raúl Zaffaroni el que va mucho más allá cuando regula que: "Sabido que las personas no son criminalizadas por la magnitud de los ilícitos que cometen sino por sus características personales, que hacen vulnerables el ejercicio de poder de los sistemas penales, que siempre es estructuralmente selectivo, existe la posibilidad de formular una nueva filosofía de trato humano al prisionero, que tienda a

⁴⁴ Muñoz Conde, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 489.

reducir su vulnerabilidad y que eventualmente vaya apoyada por un clínica de la vulnerabilidad”.⁴⁵



Por lo mismo: “El carácter marcadamente retributivo y peligrosista del legislador del CP de 1973, impidió un sistema de penas que pudieran tener un efecto disuasivo tan importante como la pena de privación de libertad, pero sin contar con sus nocivos efectos. El resultado de ello es un deterioro considerable en las condiciones de detención. La promiscuidad y hacinamiento en las cárceles, el excesivo coste que representa para la administración pública el mantener a un número considerable de personas, y el grave deterioro que provoca sobre la personalidad de los penados”.⁴⁶

Asimismo, la determinación de la pena explica que ésta está ligada íntimamente a varios criterios; entre ellos, el criterio preventivo-especial. Dentro de este criterio están la resocialización, tratamiento o reeducación, con no pocas críticas e incluso doctrinas que hablan de su crisis.

“No hay duda que si la pena persigue en su imposición aumentar la capacidad de libertad del sujeto, se da alguna relación con el contenido tradicional de la prevención especial. Es decir, si se trata de presentar al sujeto alternativas para el desarrollo de su personalidad, sean socializadas o no, la pena ha de estar dirigida a una mayor humanización y en ese sentido adecuarse a las características particulares de cada sujeto...”⁴⁷

⁴⁵ Zaffaroni. **Ob. Cit.** Pág, 61.

⁴⁶ Rodríguez, Alejandro. **Análisis crítico sobre la tendencia político criminal del período 1994-1998.** Pág. 55.

⁴⁷ **Ibid.**



La resistencia a la función resocializadora de la pena surgió paradójicamente desde los mismos orígenes en las famosas Casas de Trabajo de Ámsterdam, siglos XVI a XVIII, casas holandesas públicas y privadas o en las "Work's House" "House of Correction" o cárceles de custodia inglesas, donde laboraban inicialmente las clases marginales, vagos, prostitutas, ancianos, etc., y luego los delincuentes para trabajar al propietario o empresario o al mismo Estado y con ello conseguir rebaja, sustitución o casi eliminación de penas, así como también salarios de libre tasación del empresario o el Estado, pero al menos servía para comprar la libertad o ahorrar en el encierro.

Por otro lado, el trabajo que no descartaba horas de estudio o recogimiento religioso, fue criticado pues a través del trabajo y estudio se conseguía la resocialización, pero como en cierta forma eran obligatorias en las labores de extracción de polvo de madera para tintes y con horarios rígidos (8 horas diarias inicialmente hasta quedar en 4) y por otra parte, el beneficio económico de este trabajo coercitivo iba a parar a manos del propietario de la casa de trabajo, aunque lo hacía en una especie de concesión con el Estado o el mismo Estado a través de sus organismos controladores y evaluadores de ese trabajo, se conseguía mano de obra barata, a bajo costo y con una rentabilidad asegurada y fructífera.

Sin embargo, esta forma de trabajo y estudio en las casas de trabajo para la época, representaba un gran avance dentro del camino de la humanización de las penas, pues atrás se dejaban las penas inhumanas: tormentos, penas de galeras, penas de muerte o cualquier otra forma de pena corporal.

La disciplina observada en las casas de trabajo se oponía a la ociosidad, a la

improductividad, a la degeneración física e intelectual del habitante de esos lugares.



Además, la disciplina aparejaba un beneficio personal y directo para el interno de esas casas: la redención de la pena con su propio esfuerzo, que constituyó un primer momento en el camino de la resocialización como se verá más adelante.

Por estas razones se probaba desde aquella época y hoy tras el análisis retrospectivo de esa praxis que arrojó resultados con sus pro y sus contra, una visión pragmática de la sanción, que incluso tuvo su permanencia por más de dos siglos.

El dogma teórico de los beneficios o perjuicios de la pena quedaba así superado por la pragmática de los aplicadores del Estado y los particulares. Estos últimos mediante la concesión, duramente criticada por los marxistas, porque generaba la explotación y plusvalía de la fuerza de trabajo desfavorecida.

Pero en todo caso el sistema superaba en creces a los anteriores sistemas de penas corporales, pues conllevaba si no la resocialización plena, al menos el camino ascendente en la humanización de la pena, era evidente al implantar penas no corporales privativas de la libertad, que podían modificarse tras el buen comportamiento, disminuirse e incluso eliminarse con el recogimiento, estudio y sobre todo el fruto del trabajo en las famosas work's house inglesas como holandesas.



Todo lo anterior tiene un fuerte contraste con la política criminal del Estado de Guatemala, cuando menos en la década de los noventa, que demuestra una tendencia criminalizadora lejos de una despenalizadora, tal como lo sustenta el doctor Alejandro Rodríguez quien realiza un estudio profundo de la tendencia político criminal de Guatemala: “Demuestra que con las reformas penales ocurridas entre 1994 y 1998, se aumentaron las penas e incluso la discutida pena de muerte fue ciertamente aumentado su espectro de aplicación, con la reforma al Artículo 201 del Código Penal”.⁴⁸

En Guatemala no existen políticas de servicio comunitario que, impulsadas por el Estado, logren el efecto resocializador en quienes han sido encontrados responsables de infringir la ley. En consecuencia, el espíritu del Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que ordena que toda pena tienda a la resocialización y rehabilitación del delincuente, no se logra concretamente. Establecer prisión como reacción a la criminalidad, ha demostrado con el correr del tiempo que tal medida no ha sido efectiva para reducir la criminalidad en el país. En consecuencia, se cree que la mejor forma es impulsando políticas alternativas como las que se mencionan de servicio comunitario. Se debe tomar en cuenta que en el Congreso de la República, los proyectos de ley que tiendan a establecer medidas alternas a la de prisión, deben ser consecuencia no de negociación política entre los legisladores, sino el resultado de estudios jurídicos y criminológicos serios acerca de la pena prisión.

⁴⁸ Rodríguez. **Ob. Cit.** Pág. 55.



CONCLUSIONES



1. Derivado de la inexistencia de políticas de rehabilitación y resocialización del delincuente, su adaptación a la sociedad es poco útil para devolverlo a la vida social libre y consciente.
2. La aprobación de las formas de criminalizar las conductas, amplía peligrosamente la intervención del Estado, que contraviene la dogmática penal moderna, que promueve una intervención estatal mínima.
3. El aumento del máximo en la pena privativa de libertad, impide un sistema alternativo en la política criminal tal como la desprisionización.
4. El incremento en el máximo de la pena privativa de libertad no ha sido eficaz para reducir los índices de violencia y criminalidad que afectan al país.
5. Las medidas alternativas en Guatemala no han sido implementadas como reacción social del Estado, frente al fenómeno delincuencia y se sigue aplicando una política criminal de aumento de penas y penalización con pocos resultados positivos evidentes en la lucha contra la criminalidad.



RECOMENDACIONES



1. El Estado debe fomentar la implementación de una política criminal, que incorpore estrategias que permitan la reinserción y rehabilitación del delincuente, una vez cumplida la condena, a la vida social y productiva de Guatemala.
2. El Estado, a través del Organismo Legislativo, debe orientar las formas de criminalizar las conductas, en el sentido de que se apliquen las modernas concepciones de la dogmática del derecho penal, tendientes a limitar el máximo de la pena privativa de libertad.
3. El Organismo Ejecutivo debe crear un sistema alternativo en la política criminal, que coadyuve a reducir los índices de delincuencia y con ello promover la convivencia social.
4. El Organismo Legislativo debe reformar el Código Penal, en el sentido que se despenalicen los delitos cuyas características no sean de alto impacto para reducir la población en los Centros de Detención, descongestionar el sistema judicial, y que algunos de esos delitos se solucionen por la vía civil, como por ejemplo, el hurto, lesiones, entre otros.





BIBLIOGRAFÍA

- ARMAZA GALDOS, Julio y Jorge. **La pena**. Colombia: Ed. PPU, 2000.
- BACIGALUPO, Enrique. **Elementos de la teoría del delito**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi, 1989.
- BARRIENTOS PELLECCER, César. **El proceso penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Vile, 1994.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal español**. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1996.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. Tomo IV, Madrid, España: Ed. Bochs, 1947.
- DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco, **Curso de derecho penal guatemalteco**. 2ª ed. Guatemala: Ed. Universitaria, 1999.
- DEVIS ECHANDÍA, Alfonso. **Criminología**. Barcelona, España: Ed. Boch, 1987.
- GONZÁLEZ DURÁN, Mario. **Conferencia de derecho penal**. Informe y memoria del evento. Corte Suprema de Justicia de Guatemala: (s.e.), 1998.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **Las consecuencias jurídicas del delito**. Barcelona, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1999.
- MONZÓN PAZ, Guillermo Alfonso. **La violencia institucionalizada**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho penal, parte general**, 2ª ed. Madrid, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 2000.



RODRÍGUEZ, Alejandro. **Análisis crítico sobre la tendencia político criminal del período 1994-1998**. Guatemala: Ed. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG), 1999.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español**. México: Ed. Porrúa S.A. 1984.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Eduardo. **Derecho penal**. España: Ed. Ariel, 1997.

www.biblioteca de Consulta Microsoft Encarta 2003. **Derecho penal**. Microsoft Corporation. (Guatemala, mayo de 2004).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta SRL, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Introducción a la penología**. Ed. Heliasta SRL, Buenos Aires, Argentina, 1998.

Legislación:

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

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

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 95-92, 1994.

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

Ley Contra la Narcoactividad, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 48-92, 1998.