

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

RESABIOS DEL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO EN EL CODIGO PENAL GUATEMALTECO
TESIS DE GRADO

AÍXA GABRIELA PÉREZ PÉREZ
CARNET 15295-08

QUETZALTENANGO, DICIEMBRE DE 2015
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

RESABIOS DEL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO EN EL CODIGO PENAL GUATEMALTECO

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR

AÍXA GABRIELA PÉREZ PÉREZ

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADA Y NOTARIA Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, DICIEMBRE DE 2015
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
MGTR. ERICK DARIO NUFIO VICENTE

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
DR. JOSUE FELIPE BAQUIAX BAQUIAX

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS: P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.

SUBDIRECTOR DE INTEGRACIÓN
UNIVERSITARIA: P. JOSÉ MARÍA FERRERO MUÑIZ, S.J.

SUBDIRECTOR ACADÉMICO: ING. JORGE DERIK LIMA PAR

SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO: MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ

SUBDIRECTOR DE GESTIÓN
GENERAL: MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ

Ciudad de Quetzaltenango, 30 de noviembre de 2,013.

Licenciada:

Claudia Caballeros de Baquía

Coordinadora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Rafael Landívar

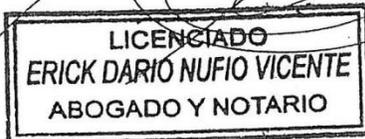
Campus de Quetzaltenango

Presente.

En forma atenta y respetuosa me dirijo a Usted indicándole que en virtud del nombramiento recaído en mi persona, como ASESOR de la tesis: "RESABIOS DEL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO" presentada por la estudiante AÍXA GABRIELA PÉREZ PÉREZ, número de carné 1529508, he finalizado la labor encomendada.

Al respecto me permito manifestarle que la tesis en mención es importante, pues se analiza un objeto de estudio que no se aborda comúnmente por los estudiantes de la carrera de Abogado y Notario, lo que implica un excelente aporte para la comunidad jurídica. Se arriba, asimismo, a conclusiones y recomendaciones de valor para esta casa de estudios. Por tal motivo emito dictamen favorable en relación a la tesis en mención, a efecto la estudiante pueda continuar con su respectiva tramitación.

Atentamente:



Msc. ERICK DARIO NUFIO VICENTE

Asesor



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante AÍXA GABRIELA PÉREZ PÉREZ, Carnet 15295-08 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07674-2014 de fecha 10 de junio de 2014, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

RESABIOS DEL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADA Y NOTARIA y el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 4 días del mes de diciembre del año 2015.



MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



Índice.

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. DERECHO PENAL.....	3
1.1 División de ramas.....	5
1.2 Fines del Derecho Penal.....	5
1.3 Funciones del Derecho Penal.....	6
1.3.1 Tutelar de bienes jurídicos.....	6
1.3.2 Función de motivación.....	7
1.4 Aspectos que regula el Derecho Penal.....	7
1.5 Derecho Penal objetivo y subjetivo.....	8
1.6 Delito.....	9
1.7 División del delito.....	10
1.7.1 En atención a la Acción.....	10
1.7.2 En atención al daño causado.....	11
1.8 Elementos comunes del delito.....	11
1.9 Delincuente.....	12
1.10 Víctima.....	14
1.10.1 Etapas de la víctima.....	15
1.11 Consecuencias jurídicas del delito, penas y medidas de seguridad.....	15
1.12 Control social.....	16
1.13 Legalidad legitimidad.....	18
CAPÍTULO II. CÓDIGO PENAL.....	20
2.1 Historia.....	20
2.2 División.....	30
2.3 Estructura.....	30
CAPÍTULO III. POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO.....	32
3.1 Historia del positivismo criminológico.....	32
3.2 Escuela Positiva.....	34

3.2.1	Principios de la escuela positiva.....	39
3.2.2	Postulados de la Escuela Positiva.....	40
3.2.3	La peligrosidad positivista.....	41
3.3	Criminología.....	43
3.3.1	Definición.....	44
3.3.2	Clases.....	46
3.3.3	El objeto de la Criminología.....	46
3.3.4	Fines.....	47
3.3.5	Las dos partes en que se distingue la criminología.....	47
3.3.6	Crisis del modelo positivista de Ciencia Criminológica.....	48
3.4	Conducta antisocial y desviada.....	48
3.4.1	Formas de conductas.....	52
3.5	Antropología criminal.....	53
3.6	Política Criminología.....	53
3.7	Criminología Contractualista.....	55
3.8	La Mala vida.....	56
3.9	Vulnerabilidad.....	57
3.10	Criminalidad y delito.....	58
3.11	La pena.....	59
3.12	La libertad del legislador penal en la adopción de sus decisiones.....	60
3.13	Valores eticosociales.....	62

CAPÍTULO IV. PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

DE RESULTADOS.....	64
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
REFERENCIAS.....	96
ANEXOS.....	99

Resumen

La presente investigación aborda el tema, resabios del positivismo criminológico en el Código Penal guatemalteco. Se incluyeron aspectos doctrinarios y legales referentes al tema y la escuela positiva, así también se planteó la interrogante: ¿Existe resabios del positivismo criminológico en el Código Penal guatemalteco? Señalando como objetivo del tema abordado el estudio jurídico-doctrinario sobre los artículos que contienen los resabios del positivismo criminológico contenidos en el código en vigencia.

Como conclusiones de la investigación se pudo determinar que si existen resabios del positivismo criminológico en el Código Penal guatemalteco los cuales afectan de gran manera a la hora de imponer una pena y cómo el juzgador toma en cuenta la peligrosidad del individuo.

Dentro de las recomendaciones se plantea la pronta reforma de los artículos que contienen resabios del positivismo criminológico en el Código Penal guatemalteco de igual manera la pronta eliminación de la peligrosidad del individuo esto con el único fin de la aplicación de un Derecho Penal de Acto y no un Derecho Penal de autor.

INTRODUCCION

El Código Penal guatemalteco data de 1973, fue emitido bajo el amparo de una Constitución diferente a la que actualmente rige y dentro de su normativa contempla varios aspectos que quedan fuera del Derecho Penal de acto para pasar a formar parte de un Derecho Penal de autor, en donde para determinar la responsabilidad penal y fijar la pena, se toman en cuenta características personales del imputado, esto hace pensar que existen resabios del positivismo criminológico en el Código Penal guatemalteco, por lo que se hace necesario su análisis para determinar estos aspectos y así generar información importante para posibles reformas penales en Guatemala.

¿Existe resabios del positivismo criminológico en el Código Penal guatemalteco? Esta fue la hipótesis planteada en la presente investigación, teniendo como objetivo general, establecer estos resabios, para ello fue necesario analizar algunos artículos de la parte general del Código Penal vigente, en el cual se pretende demostrar los resabios del positivismo criminológico que aún contiene la actual normativa Penal guatemalteca, estableciendo la gran incidencia que tiene el estado de peligrosidad, contenido en las medidas de seguridad, que el Código Penal vigente establece, las cuales contienen una concepción peligrosista del Derecho Penal, en el que resalta el Derecho Penal de autor y no de acto, vulnerando principios, valores y garantías que el Estado reconoce.

La peligrosidad es algo subjetivo y difícil de determinar, desde una óptica eminentemente jurídica, el problema surge en cómo determinar esta situación, será que a través del vestuario, de los tatuajes, de las cicatrices, del largo del pelo. Estas pueden ser realidades que en determinado momento no pueden ser sinónimo de peligrosidad criminal. En el Derecho Penal guatemalteco, existen resabios del positivismo criminológico, en donde se considera a la persona y se toma en cuenta la llamada mala vida. En consecuencia, es necesario el estudio e investigación de estos resabio en el actual código Penal guatemalteco ya que afectan e inciden de gran

manera al momento de fijar la pena, ya sea en su aumento o disminución, pues para ello se toma en cuenta la peligrosidad y los antecedentes personales del procesado.

La presente investigación tiene como objetivos específicos identificar las normas vigentes que contienen resabios del positivismo criminológico y proponer una reforma legal para eliminarlas. Su fin, es dar una nueva visión al legislador en donde la persona sujeta a procedimiento penal, no sea juzgada por su apariencia física, o porque su comportamiento no concuerda con las normas morales aceptadas y reconocidas en la sociedad, proponiendo una posible reforma legal en donde se puedan satisfacer las necesidades de una sociedad moderna, definiendo sus instrumentos y modernizando sus instituciones, contribuyendo a que se haga viable operar los cambios que deberán estar orientados a procurar una verdadera justicia social y garantizar el respeto a la dignidad humana.

Durante el proceso de elaboración del presente trabajo se presentaron limitaciones como, la escasa información y estudio del presente tema en Guatemala, dificultad en cuanto al acceso de los códigos penales derogados, falta de profesionales expertos en el tema. Los alcances fueron el poder identificar los resabios del positivismo criminológico en el Código Penal guatemalteco, la propuesta a una posible reforma legal, se amplió el conocimiento en cuanto al pasado y como mejorar en el presente la legislación penal guatemalteca.

El trabajo se divide en cuatro capítulos: En el primero se expondrán doctrinas sobre el Derecho Penal en general; el capítulo segundo se expone la historia y evolución del Código Penal guatemalteco; el capítulo tercero se hace una breve exposición sobre las definiciones, características y doctrinas referentes a la escuela positiva y el positivismo criológico. Finalmente, en el capítulo cuarto se expone la presentación, análisis y discusión de resultados de la presente tesis, de igual manera se expone un cuadro de cotejo en donde se analiza la evolución que ha tenido el resabio positivista durante la vida del Derecho Penal guatemalteco, el trabajo finaliza con las conclusiones y recomendaciones que se exponen en los apartados respectivos.

CAPITULO I

DERECHO PENAL

Se empezará hablando que el Derecho Penal es una rama del derecho público interno, que protege intereses individuales y colectivos.

Para Luis Jiménez de Asúa es el “Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regula el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”¹.

Zaffaroni Estima que “El Derecho Penal es una rama del saber jurídico que mediante la interpretación de leyes penales propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el proceso del Estado Constitucional del Derecho”².

Con base a la doctrina, la investigadora llega a la conclusión que el Derecho Penal, se puede definir, como el conjunto de principios, normas jurídicas e instituciones, que definen determinadas conductas como delito, a la vez crea una serie de penas o medidas de seguridad como medio de control del Estado, para quienes comente dicha conducta ilícita.

El Derecho Penal es un instrumento de control que busca un determinado orden social y desarrollo de valores.

Tiene por objeto: Por medio del legislador, evitar que los ciudadanos tengan determinadas conductas ilícitas, creando sanciones como advertencia.

¹ Jiménez de Asúa, Luis. Lecciones de Derecho Penal, México, Harla, 1997, Pág. 2.

² De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco, Mata Vela. Derecho Penal Guatemalteco, Tomo I parte general, Vigésima tercera edición, Guatemala, Magna Terra Editores, 2013, Pág. 5.

Se debe tener claro, que el Derecho Penal es uno de los instrumentos jurídicos que el Estado tiene para evitar conductas que la sociedad no tolera. De esta manera, la sociedad viene siendo, otro instrumento jurídico, que tiene medios para ejercer control social, ya que genera instancias formales e informales de control sobre los individuos que integran un grupo social.

Se dirige a todos los individuos sean o no ciudadanos, imponiéndoles la ejecución o la omisión de determinados actos, estableciendo no solo las normas relativas a las penas, sino también las referentes a medidas de seguridad y de corrección.

Tiene como fin: La defensa, el mantenimiento, reintegración y prevención del orden jurídico, la protección social contra el delito y la acción criminal.

Welzel considera que "la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos a través de la protección de los valores ético sociales de la acción más elementales", destacando que esa protección de bienes jurídicos es "más fuerte y profunda cuando se lleva a cabo con un entendimiento más amplio de la función ético social del Derecho penal, y no sólo por la idea de protección de bienes jurídicos"³.

El concepto descrito por el jurista Welzel, es de relevancia para la investigadora ya que en su primer apartado refiere que la misión del Derecho Penal es la "protección de bienes jurídicos", fin que encaja perfectamente en la legislación guatemalteca conforme el artículo dos de la Constitución Política de la República de Guatemala en donde garantiza a los habitantes de la República la protección de bienes jurídicos como: la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

³ Hassemer, Winfried y Francisco, Muñoz Conde. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1989, Pág. 101.

De igual manera es importante analizar el segundo apartado del concepto descrito por el jurista Welzel en donde establece la “función ético social” ya que en Guatemala aun se lleva a cabo esta función en donde se establecen patrones de conducta, que si en algún momento no se cumplen, el juzgador es severo al momento de una sanción, ideología que para el tiempo en que se promulgo el actual código llenaba todas las necesidades de ese tiempo, cosa contraria a la actualidad en donde la sociedad ha evolucionado y la libertad de actuar de cada individuo es diferente, por lo tanto presenta un serio problema en la administración de justicia.

1.1 División de ramas:

- a) Sustantivo o material: Comprende las reglas, derechos y obligaciones de las personas, los delitos, sanciones y medidas de seguridad cuando se incumple alguna norma, como consecuencia habla del delincuente.

- b) Adjetivo o procesal: Se refiere a los pasos que se deben de seguir para juzgar un asunto penal.

- c) Penitenciario o de ejecución: Se refiere al lugar en donde se cumplirá la resolución judicial, como centros de detención preventiva, centros de cumplimiento de condena, Centros principales de detención o de máxima seguridad. Cuenta con todo un sistema penitenciario con varios órganos que lo integran.

1.2 Fines del Derecho Penal:

- a) Evitar comportamientos de los ciudadanos que perturben el orden social.
- b) Ser una garantía, ya que se establecen las conductas que quedan fuera de ser sancionadas y se les da libertad a los ciudadanos de actuar dentro de los límites de la ley.

1.3 Funciones del Derecho Penal:

1.3.1 Tutelar Bienes Jurídicos:

El Derecho Penal, a través de las penas que impone por parte del Estado, busca proteger determinados interés de las personas y sus derechos, como el derecho a la vida, la libertad, salud y seguridad.

El legislador debe de actuar siempre dentro del ámbito delimitado por los bienes jurídicos que el Estado protege, siendo los titulares de estos derechos tanto el individuo, la comunidad, el propio Estado.

Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde establecen que los bienes jurídicos tutelados "son los indispensables para la convivencia humana en sociedad y que, por eso mismo, deben ser protegidos por el poder coactivo del Estado a través de la pena pública"⁴.

Welzeliana establece que "la protección de bienes jurídicos se consigue a través de la protección de los valores de la acción de carácter ético social más elementales"⁵.

La investigadora considera que las dos definiciones anteriores en el derecho Guatemalteco, encajan en el artículo dos constitucional.

En resumen: El Derecho penal tratándose de un bien jurídico, ofrece al legislador un criterio preventivo y práctico a la hora de tomar sus decisiones y, al mismo tiempo, constituye un criterio extremo de comprobación de la justicia en esas decisiones. Con el fin de evitar que el legislador pueda amenazar con una pena, un bien jurídico, es necesario que mida sus decisiones, con criterios justos y claros, para su justificación y crítica. Es por eso que todo aquello que nada tenga que ver con la protección de los bienes jurídicos debe ser excluido del ámbito del Derecho penal.

⁴ Ibid., Pág. 103.

⁵ Ibid., Pág. 102.

1.3.2 Función de Motivación:

Esta función pretende incidir sobre los miembros de una comunidad o grupo social, para que estos se abstengan de realizar comportamientos que pongan en peligro algún bien jurídico tutelado. Creando un respeto que forma parte de su código de conducta, para regir su comportamiento frente a los demás individuos. La norma Penal cumple esa función motivadora, amenazando con una pena, la realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad como no deseables.

La función de motivación que cumple el Derecho Penal es principalmente social, incidiendo en la sociedad; tomando en cuenta que su última fase es individual, es decir incide en el individuo concreto. La función motivadora sólo puede comprenderse, situando el sistema jurídico-penal en un contexto mucho más amplio del control social, es decir, disciplinar el comportamiento humano en sociedad.

En resumen: La función motivadora de la norma penal sólo puede ser eficaz, si va acompañada de otras instancias de control social.

1.4 El Derecho Penal Regula:

- El principio de legalidad.
- El tiempo y lugar del delito.
- La relación de causalidad.
- El delito doloso y culposo.
- El hecho consumado.
- Las causas que eximen la responsabilidad penal.
- Las circunstancias agravantes o atenuantes.
- Si el agente es autor o participe en el hecho.
- Las penas principales o accesorias.
- El curso del delito.
- Las medidas de seguridad.
- La responsabilidad civil del delito.

1.5 Derecho Penal Objetivo y Subjetivo:

a) Subjetivo (ius puniendi): Es el poder que tiene el Estado para castigar una conducta antijurídica. Lo realiza el Organismo Judicial ya que es el encargado de crear leyes que contienen las sanciones de las conductas ilícitas.

Cesar Camargo opina que es un Derecho que tiene el Estado para definir los delitos, determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de seguridad, contra la lucha de la criminalidad⁶.

El Derecho Penal Subjetivo es un poder, una facultad, una potestad, y al mismo tiempo deber, que tiene el Estado, de definir los delitos, de determinar cuáles actos son delictivos, de establecer cuáles son las sanciones aplicables a los delincuentes y, en el caso de que una persona cometa efectivamente un delito, la facultad y la potestad de aplicar e imponer la sanción prevista en la ley penal a esa persona, si resulta penalmente responsable de la comisión de ese delito.

b) Objetivo: Es el conjunto de normas jurídicas que buscan prevenir delitos y como consecuencia sus acciones.

El Derecho Penal Objetivo es el límite estricto del Derecho Penal Subjetivo, en virtud del principio de legalidad, que tiene valor fundamental en materia penal. El principio de legalidad de los delitos y de las penas desarrolla dos garantías: la garantía criminal (no hay delito sin ley penal previa) y la garantía penal (no hay pena sin ley penal previa).

En la garantía criminal, la persona que no ha cometido delito alguno, no puede, o no debe, ser sometida a una sanción penal.

⁶ Camargo Hernández, César. Derecho Penal, Decimoséptima edición, tomo I, Barcelona España, Bosc, 1975, Pág. 8.

En la garantía penal, la persona que haya cometido un delito, puede o, al menos debe, asegurarse de que, si bien ha de ser castigada penalmente, sólo debe serle aplicada la sanción penal señalada en la ley para ese delito, y no una creada de manera caprichosa, de diferente especie o distinta cuantía por parte del juzgador.

1.6 Delito:

Proviene del latín “delictum” que significaba en el derecho romano culpa, crimen o quebrantamiento.

Para Enrique Ferri delito, “es la acción que por motivos individuales y antisociales, alteran y lesionan la moralidad de una sociedad” Por su parte Rafael Garofalo considera que delito, “es una lesión al sentido moral que consiste en sentimientos desinteresado o egoísta, según como se encuentre la sociedad”⁷.

Más allá de las leyes, se conoce como delito a toda acción que resulta condenable desde un punto de vista ético o moral. Siendo siempre una valoración de la conducta humana, condicionada por el criterio ético de la clase que domina la sociedad.

Los conceptos de delito se desarrollaron en los siglos XVIII, XIX y XX, y pueden ser agrupadas de la siguiente manera:

- Concepciones formales o nominales: Establecen que el delito es una conducta humana que se opone a lo que la ley manda o prohíbe bajo la amenaza de una pena. Es la ley la que establece que hechos deben ser considerados como delito, de igual manera fija que caracteres son delictuales.
- Concepciones substanciales o materiales: Establecen elementos del delito como presupuestos para que un acto voluntario humano sea considerado como delito, siendo este elemento, el acto humano, típicamente antijurídico, culpable y sancionado con una pena de carácter criminal.

⁷ Cabanellas, Guillermo y Luis, Alcalá Zamora. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo II C-D, Buenos Aires Argentina, Heliasta S.R.L, 1979, Pág. 525.

Muchos jurista y criminalistas han intentado formar un concepto o noción de delito, una noción que sirva en todos los tiempos y en todos los países, para determinar si un hecho es o no delictivo. Esto viene a ser casi imposible, ya que el delito tiene una conexión con la vida social y jurídica de cada país, esto quiere decir que el concepto de delito va cambiando y evolucionando constantemente, hasta el punto que es posible, que lo que fue penado en el pasado como delito se considere hoy como lícito y viceversa.

Con base a lo anterior expuesto se puede asegurar que efectivamente lo establecido en el actual Código Penal guatemalteco emitido en 1973, llenaba las necesidades que en ese entonces la sociedad tenía, pero que en la actualidad 40 años después de su promulgación, las necesidades, los pensamientos, las ideologías de la sociedad han cambiado.

Como conclusión se puede decir: “Que delito es la conducta grave que afecta los bienes jurídicos más preciados de una persona y por lo tanto debe ser sancionada por el Estado. Es la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena”. Pero haciendo énfasis en que la sociedad evoluciona y por lo tanto las conductas tachadas como delito de igual manera van cambiando, por lo tanto la norma debe ir siempre un paso a delante de la sociedad y definir las nuevas conductas antijurídicas que quizás en el pasado no existían.

1.7 División del delito:

1.7.1 En atención a la Acción:

- **POR ACCION:** El delito es un acto humano, ó sea una acción (voluntario) o reflejo (no voluntarios). Surge de la acción del autor, cuando la norma prohíbe realizar una determinada conducta y el actor la realiza.

La acción: Consiste en movimientos corporales voluntarios dirigidos a la obtención de un fin determinado.

El reflejo: Son los movimientos corporales causados por una excitación de carácter fisiológico bajo el dominio de una fuerza física irresistible.

- **POR OMISIÓN:** Es una manifestación de voluntad, que se exterioriza en una conducta pasiva de no "hacer", en un sentido jurídico, se puede definir como la actividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado y no se realiza.

Los delitos de omisión responden a un principio de solidaridad humana, en el que se responsabiliza a un sujeto que es el que omite, a realizar una determinada prestación, dirigida a la salvaguarda de un bien jurídico, o a que no impida la producción de un resultado típico.

El concepto de omisión solo se refiere a aquellos comportamientos pasivos que producen consecuencias jurídicas. Por esta razón no todo comportamiento pasivo consiste en un "no hacer", equivalente a una omisión en sentido penal.

1.7.2 En atención al daño causado:

- **DE DAÑO O LESIÓN:** Esta clasificación se refiere a cuando se afecta directamente un bien jurídico tutelado.
- **DE PELIGRO:** Esta clasificación es cuando no se daña el bien jurídico tutelado, sino solo se pone en peligro pero la ley aun así castiga por el riesgo en que se expuso dicho bien.

1.8 Elementos Comunes del Delito:

a) La Tipicidad: Es uno de los elementos positivos del delito, surgen de la acción del autor, cuando la norma prohíbe realizar una determinada conducta y el actor la realiza, el juez solo puede imponer penas a las conductas que estén descritas en la ley como delito. Los sujetos que intervienen son:

- **Sujeto Activo:** Que es el autor o sindicado.

- Sujeto Pasivo: El agraviado o la víctima.

- b) La Antijuridicidad: Es la conducta contraria al derecho que no se puede justificar. Se le puede considerar como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito.
- c) La Culpabilidad: Consiste en determinar si el autor es culpable y responsable de la acción típica y antijurídica. La culpabilidad es un juicio formulado sobre una situación de hecho, la cual es reprochable.

- d) Pena: Este cuarto elemento en la actualidad ya no es muy tomada en cuenta, ya que se cree que es el resultado de las anteriores, no un elemento.

1.9 Delincuente:

Solamente el hombre puede ser sujeto del delito, solo el hombre puede ser denominado delincuente.

Desde hace varios siglos, los juristas están de acuerdo en que la capacidad para delinquir solo se encuentra en los seres racionales, ya que no es posible hablar de delincuencia y culpabilidad, sin el curso de la ciencia y la voluntad, estas dos características solo se halla en el hombre⁸.

La persona del delincuente alcanzó su máximo protagonismo como objeto de las investigaciones criminológicas, durante la etapa positivista. La Criminología tradicional centro la atención científica, en la Criminología moderna, el estudio del hombre delincuente, ha pasado a un segundo plano, como consecuencia de un giro sociológico y la necesaria superación criminal, aún sin abandonar nunca la persona del infractor, el centro de interés de las investigaciones, se desplaza hacia la conducta delictiva misma, la víctima y el control social.

⁸ Carrara, Francisco. Principios del Derecho Penal, España, Alimena, pág. 336.

Se dice que una persona es un delincuente cuando comete un delito, o sea, un acto antijurídico que el Derecho o sistema legal, de un Estado, califica como tal y sanciona con una pena.

Para el positivismo, el delincuente presenta rasgos patológicos en su físico, que lo determinan a cometer los hechos ilícitos. La descripción de Cesar Lombroso evangelista de la escuela positiva, sobre las características físicas que presentan las personas predeterminadas por la naturaleza a ser delincuentes, a los que son llamados delincuentes natos, tienen la característica de tener una frente y cerebro protuberante, ojos rasgados, pómulos salientes.

La investigadora opina, que la sociedad guatemalteca aun vive con el pensamiento positivista, siendo una sociedad reservada a la cual los cambios le asustan, cambios tanto físicos como psicológicos, llegando al extremo de que cualquier cambio físico que presente un individuo, ignorantemente se cree que amenaza contra la sociedad, teoría de la cual está totalmente en desacuerdo.

La defensa social fue, y hasta el momento es, el motivo de la imposición de la pena a las personas, que en realidad no eligen ser delincuentes, sino que lo son por mandato natural, porque la sociedad los tacha por el aspecto que tienen o la forma de vida que llevan.

Según el diccionario de la Real Academia Española, un delincuente es todo aquel que comete un delito, siendo delito toda aquella acción tipificada que establece el Código Penal de cada país⁹. Es decir, que lo que puede ser considerado como delito en un país puede no serlo en otro.

Algunas doctrinas establecen que delincuente es quien comete un delito por absoluta necesidad, que se ha visto en una situación tan estresante casi imposible de

⁹ Cabanellas, Guillermo y Luis, Alcalá-Zamora. Diccionario enciclopédico de derecho usual, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, Heliasta S.R.L, 1979, Pág., 522.

controlar, que no ha tenido una salida más ética, por lo tanto, lo impulsa de a delinquir.

1.10 Víctima:

Tradicionalmente, el estudio de la doctrina en el ámbito del Derecho Penal, ha girado alrededor del imputado y de la justificación de la sanción que el Estado le impone, quedando la víctima en el olvido.

Cuando se habla de víctima se hace referencia a la persona agraviada, es el sujeto al que le fueron violados sus derechos, siendo esta el sujeto pasivo del delito. La persona que ha sufrido el daño o las consecuencias de un hecho delictivo, lógicamente sufre directa o indirectamente y mediata o inmediatamente las consecuencias lesivas, patrimoniales, físicas o morales del hecho delictivo. También recibe el nombre de victimario.

La víctima puede participar en el proceso penal y tiene el derecho a ser oído y protegido ante cualquier probabilidad de riesgo.

Luis Jiménez de Asúa, planteó una definición que es bastante acertada por muchos juristas que han buscado un concepto apropiado para encuadrar a las personas que sufren directamente las consecuencias del ilícito penal, en el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento al Delincuente definió que: “Se entenderá por víctimas a las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”¹⁰.

¹⁰ Universidad de Málaga. Grupo de Investigación Eumednet, La Víctima, <http://www.eumed.net/libros-gratis/2010c/749/Concepto%20de%20victima.htm>, Consultado: 31 de Julio de 2013.

En conclusión, la víctima del delito es aquella persona que haya sufrido daños materiales, físicos o morales, incluidas las lesiones corporales, mentales, sufrimientos emocionales, pérdidas financieras, violaciones de sus derechos fundamentales que infrinjan la legislación penal vigente.

1.10.1 Etapas de la víctima:

- **Protagonista:** Es la primera etapa de la figura llamada víctima, se basa en la venganza privada, nace por la ley de Tali3n “ojo por ojo, diente por diente”, en esta etapa la víctima era protagonista ya que hacia justicia por su propia mano, al principio era una forma efectiva que la sociedad de esa 3poca aceptaba como medio de justicia, pero al pasar el tiempo cada vez fue menos efectiva ya que la victima empez3 a rebasar el l3mite de igualdad y a cobraba mas del da3o que le hab3an causado.
- **Neutralizaci3n:** En esta etapa es cuando por primera vez el Estado interviene y proh3be a la victima castigar a su victimario, y la forma de hacer justicia la asume el Estado, apartando a la v3ctima del conflicto.
- **Redescubrimiento:** Es la etapa en donde el papel de la victima resurge, siempre bajo la intervenci3n del Estado, la victima toma un papel m3s din3mico en el proceso, al lado de su abogado o sola.

1.11 Consecuencias jur3dicas del delito, penas y medidas de seguridad:

Las penas y medidas de seguridad son el medio que utiliza el Estado para ejercer un control social sobre sus ciudadanos.

La pena: Se aplica como consecuencia jur3dica a la acci3n t3pica, antijur3dica y culpable. Se impone a una persona imputable con un fin retributivo de castigo y prevenci3n.

A criterio de la investigadora una pena es la condena, castigo, o sanci3n que un juez o un tribunal imponen, seg3n lo estipulado por la legislaci3n de cada pa3s, a la persona que ha cometido un delito o una infracci3n.

La pena es un mal para el que la sufre, privándole de su libertad, su patrimonio, su honor. Debemos considerar que la pena también es un mal para otras personas, que se ven afectadas directamente por su cumplimiento, por ejemplo el sufrimiento de los hijos del condenado, el abandono y desamparo del otro cónyuge. La sociedad que correr con los gastos que ocasiona la condena y la ejecución de la pena (alimentación y asistencia médica); En el aspecto material la infraestructura y construcción de centros penitenciarios.

El internamiento del delincuente en un establecimiento penitenciario conlleva a un aislamiento de la sociedad, lo que provoca un alejamiento de las innovaciones sociales, políticas, científicas y culturales.

La medida de seguridad: Se aplica como consecuencia jurídica a la acción típica, antijurídica pero no culpable. Esta se impone a personas inimputables con una finalidad terapéutica.

Son sanciones impuestas a una persona física por su peligrosidad delictiva o criminal por la comisión de un hecho delictivo, para lograr su reeducación, reinserción o reforma. Busca medios orientados a readaptar al delincuente a la vida social libre, es decir, a promover su educación su cura, sin perjudicarlo.

1.12 CONTROL SOCIAL:

El concepto de control social, nace de las ciencias sociales y políticas. En la teoría anglosajona es utilizado como categoría e instrumento central de la sociología, para analizar la organización social y el desarrollo de la sociedad. En la teoría jurídico continental, es una teoría estatal del control social, que concibe este concepto como control político de la sociedad centralizado por el Estado.

Se ejerce mediante mecanismos no formalizados jurídicamente, estos pueden ser: las normas morales, ideas religiosas, la educación, la costumbre, la ética. Cuando se

habla de control social formal se refiere a las normas jurídicas, instituciones jurídicas, sistemas penitenciarios, el organismo judicial en sí.

Los teóricos del control suelen distinguir entre controles sociales activos y reactivos.

- Activo: Mecanismos que intentan prevenir un comportamiento socialmente no deseado.
- Reactivo: Para ciertos grupos de la sociedad.

Los Hermanos Madrazo establecen que “La naturaleza del derecho penal como instrumento de control y dirección social y es coherente con las exigencias preventivas que en el campo penal impone el Estados social y democrático de derecho”¹¹.

Las normas del Derecho Penal y las normas sociales están en una relación que no siempre es paralela ni conduce al mismo fin, aunque tengan elementos estructurales comunes que las acercan irremediabilmente. La sociedad despliega su supremacía sobre los individuos que la componen, consiguiendo que éstos acaten sus normas.

Las normas jurídico penales como las sociales tienen un factor común que las relacionan y las hacen objeto de la misma preocupación científica: una desviación o conducta desviada de las normas y su forma de sanción, el "control social"; En ambas se reflejan los mismos elementos fundamentales (norma-sanción-proceso), aunque luego existan diferencias.

Esta intervención se efectúa para supervisar el funcionamiento correcto de la sociedad. Que la sociedad funcione bien, significa que se ajuste al plan preestablecido por quienes la gobiernan. El control social hace que el grupo se mantenga unido y orientado hacia fines comunes, estableciendo para ello un conjunto de principios y valoraciones compartidas, sobre lo que está bien y lo que

¹¹ Madrazo Mazariegos, Sergio y Danilo, Madrazo Mazariegos. Constelación de Ciencias Penales, Mazatenango Suchitepéquez, Guatemala, Magna Tierra Editores, 2006, Pág. 102.

está mal (código ético), que a su vez, es reforzado por leyes positivas, para imponer esas conductas a quienes no desean hacerlo libremente.

Las normas sociales y jurídicas, no son normas estáticas, van cambiando junto al progreso cultural, surgiendo nuevos valores, que deberán ser respetados, mediante el control social. Se trata de que la sociedad esté conforme con las normas impuestas, pues un descontento puede generar reacciones grupales violentas.

El autor José Luis Diez Ripollés opina que el control social tiene tres elementos fundamentales los cuales son: Las normas, sanciones y procedimientos, las cuales se encargan de verificar las infracciones de la norma, determinar las sanciones e imponer su cumplimiento¹².

1.13 Legalidad y legitimidad:

- Legalidad: Es un concepto del cual el discurso jurídico-penal desprende dos principios: el de legalidad penal y el de legalidad procesal.

El principio de legalidad penal exige que el ejercicio de poder punitivo del sistema penal, tenga lugar dentro de los límites previamente establecidos a la punibilidad (poniendo especial énfasis en los límites a la tipicidad). El principio de legalidad procesal exige que los órganos del sistema penal ejerzan su poder para intentar criminalizar a todos los autores de acciones típicas, antijurídicas y culpables y que lo hagan conforme a ciertas pautas¹³. Esto significa que el sistema penal únicamente podría ejercer su poder en el marco estricto de la legalidad.

- La legitimidad: Proviene del término latino legitimare, que significa hacer cumplir la ley. En este sentido, legitimidad es transformar algo en legítimo, en algo que

¹² Diez Ripollés, José Luis. El concepto de Derecho Penal, Manual de Derecho Penal, Parte General, Artemis Edinter, Guatemala, 2001, Pág. 3.

¹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. En busca de las Penas Perdidas, Buenos Aires Argentina, Tucumán, 1998, pág. 25.

cumple lo impuesto por la ley y por lo tanto se considera un bien para toda la sociedad.

El término legitimidad se toma del mundo jurídico y legal, de acuerdo a los parámetros que los diferentes sistemas de leyes y normas establecen para cada caso. La legitimidad de un acto o de un proceso se hace presente cuando, para llevar tal acto o proceso, se siguen las normas preestablecidas

El jurista Hernández Vega, rechaza que la legalidad pueda proporcionar legitimidad, concluye descalificando cualquier pretensión de aislar al derecho y al ejercicio del poder de un marco ético¹⁴. Demuestra que el poder se presenta como un hecho social, pero también como una realidad moral, que se ejerce mediante acciones humanas.

¹⁴ Ibid., pág. 38.

CAPÍTULO II

CÓDIGO PENAL

2.1 Historia.

Sin duda alguna el Derecho Penal, es la disciplina más antigua que protege la dignidad, el patrimonio, la seguridad y la libertad del hombre.

Si se enfoca al desarrollo Penal en Guatemala, en el camino histórico del Derecho Penal guatemalteco, se han promulgado cinco códigos penales hasta la presente fecha, el primero se promulgo en el año 1834, el segundo en el año 1877 (decreto 230), el tercero en el año 1889 (decreto 419), el cuarto en el año 1936 (decreto 2164) y el quinto que es el que actualmente nos rige, entro en vigencia el día 1 de enero de 1974 decreto número 17-73¹⁵.

CÓDIGO PENAL DE 1834 : Se promulgo durante el gobierno de Mariano Gálvez el 30 de abril de ese mismo año entrando en vigencia el 1 de enero de 1837, siendo derogado el 13 de marzo de 1838.

Guatemala adoptó una serie de proyectos elaborados por el jurista norteamericano Edward Livingston para el Estado de Luisiana y los Estados que quisieran adoptar esta legislación, de los proyectos propuestos surge: un Código de Reforma y Disciplina de Prisiones (el 26 de abril de 1834), un Código Penal (30 de abril de 1834), una Ley Orgánica de la Administración de Justicia por Jurados (27 de agosto de 1835), un Código de Procedimientos del Ramo Criminal y un Código de Pruebas Judiciales (ambos el 10 de diciembre de 1835), y un Libro de Definiciones. Sin

¹⁵ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco, De Mata Vela. Derecho Penal guatemalteco, 18º. Edición, Editorial Magna Terra, Guatemala 2008.

embargo, estos códigos resultaron ser demasiado novedosos para Guatemala, y su vigencia tuvo que ser suspendida poco después de su emisión¹⁶.

Este código Penal fue sui generis en la legislación latinoamericana de su época, en el se establecen los principios rectores de la legislación penal democrática. En sus postulados se apreciaban:

- Que la legislación criminal debe tener por principal objeto el impedir los delitos (En la actualidad es llamada la finalidad preventiva).
- Que los delitos sean definidos claramente, en términos entendibles (en la actualidad llamado principio de legalidad).
- Que los castigos sean proporcionados a la culpa (en la actualidad llamado principio de proporcionalidad de la pena).

Este código abolió la pena de muerte y estableció la reforma de los delincuentes como fin del derecho penal. Fue derogado debido a la gran oposición de los conservadores de esa época, al ser derogado entro en vigencia nuevamente la legislación colonial que perduro con varias modificaciones hasta 1877.

Para la investigadora fue imposible encontrar más información específica sobre este código ya que no se encuentran registros del mismo, ni en libros, universidades del país y del extranjero, entidades del Estado e internet. Después de agotar todos los medios posibles, lo expuesto es la única información que se pudo recabar, debido a que en algunos órganos del Estado la información que se tiene recopilada empieza desde 1871, antes de esta fecha es historia.

CÓDIGO PENAL DE 1877 DECRETO 230: Este es el segundo cuerpo normativo penal, afín de los códigos europeos, promulgado en el gobierno del general Justo

¹⁶ Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. Universidad de Costa Rica, http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_98/completos/06_completo.html, consultado el 21 de noviembre de 2013.

Rufino Barrios, tuvo una vigencia de doce años. Contaba con 447 artículos, se dividió en 3 libros y tuvo como anexo el código de procedimientos.

En sus considerandos establecía:

“Que las leyes penales hasta ahora vigentes en la Republica son inaplicables, por haber sido emitidas en una época remota y para regir una nación diversa de la nuestra; Que por esta razón han sido reemplazadas por una jurisprudencia puramente practica, que deja las penas y parte de los procedimientos al arbitrio judicial.¹⁷”

En cuanto al considerando anterior establece que se emite un nuevo Código Penal debido a que el anterior es de época remota y se promulgo para regir a una nación diversa a Guatemala. Retrocediendo un poco a la historia, es necesario recordar que Guatemala en sus inicios se rigió por leyes españolas, desde la época de la colonia, luego trato de tener su primer código penal con las leyes de Livingston las cuales fracasaron ya que eran muy avanzadas para la sociedad guatemalteca, luego del fracaso de esta ley se regresa a la legislación española, legislación que si llenaba las necesidades de ese país más no la de Guatemala. En ese sentido, se retrocede en cuanto a ser un país soberano e independiente; El legislador de este nuevo código trata de regular la vida social específicamente de Guatemala, de sus necesidades las cuales nunca se habían regulado independiente a otros países, desde el punto de vista de la investigadora fue el primer paso a la independencia de Guatemala hablando específicamente de su legislación penal.

La sociedad Guatemalteca llevaba siendo juzgada en base a jurisprudencia, ya que las normas no eran adecuadas para lo que se vivía en ese entonces, pero la jurisprudencia no era suficiente, se necesitaba la promulgación de un nuevo código en los cuales si se pudiera respaldar desde una fuente legal el hecho que se juzgaba.

¹⁷ Ministerio de Gobernación, Justicia y negocios Eclesiásticos. Código Penal de 1877, Guatemala, Tipografía de “El Progreso”, 1877.

En el artículo 5 de este código establecía que los “locos” que cometieren un delito serían encerrados en una casa destinada para su clase. Analizando este artículo se ve claramente que el legislador en ningún momento tenía la intención de dar educación, cuidado o tratamiento especial a los que padecían demencia, lo que hacía era alejarlo de la sociedad como un medio de protección a la misma.

Ya se regulaba la embriaguez solo que lo tenían como una atenuante cuando no fuere una práctica habitual y la reincidencia ya estaba regulada como una agravante.

Algunos juristas guatemaltecos establecen que el código de 1936 regulo por primera vez el principio de legalidad, pero analizando el presente código de 1877 en el artículo 17 ya establecía “que no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración¹⁸”. Es evidente que ya se tenía una ideal del principio de legalidad en esta época en la cual a pesar de ser la primera vez de crearse un código específico para Guatemala, trataba de introducir los principios rectores del Derecho Penal.

Otro resabio que tiene el actual Código Penal de 1973 y que ya estaba contenido en el código de 1877 es el de la enfermedad mental del detenido, establecía en su artículo 64 que “el delincuente en locura o en imbecilidad después de pronunciada sentencia firme, se suspenderá la ejecución tan solo en cuanto a la pena personal, en cualquier tiempo el condenado retomara el juicio y cumplirá su sentencia¹⁹”. Resabio que se encuentra regulado en el artículo 67 del actual Código Penal.

En cuanto a el trabajo forzado del recluso lo regulaba en sus artículos 71 y 72 en el cual establecía que este trabajo era destinado para hacer efectiva la responsabilidad civil, y para los objetos que determine los reglamentos de cada prisión. El Código Penal actual trato de darle un giro regulando es su artículo 47 que será destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados, cumplir las prestaciones alimenticias al que estaba obligado, para incrementar los medios productivos del recluso, en el artículo 91 del

¹⁸ Loc.cit.

¹⁹ Loc.cit.

actual código de igual manera habla del régimen de trabajo cuando el cumplimiento de la condena a sido ineficaz específicamente para los delincuentes habituales.

En la actualidad, de este código, se cuenta con una copia en Universidad San Carlos de Guatemala y en las oficinas del Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial. De conformidad a la investigación realizada, su original se encuentra en la universidad de Harvard.

CÓDIGO PENAL DE 1889 DECRETO 419: Promulgado en 15 de Febrero de 1889 en el gobierno del general Manuel Lisandro Barrillas, entrando en vigor el 15 de Marzo de 1890, es la normativa más larga de la historia de Guatemala ya que estuvo en vigencia aproximadamente 47 años. Contaba con 173 artículos y se dividía en 3 libros:

- Libro I, Disposiciones Generales sobre los delitos y faltas, Las personas responsables y las penas.
- Libro II, De los delitos y sus penas.
- Libro III, De las faltas y sus penas.

El lunes 25 de Febrero del año 1889 en el diario “El Guatemalteco”, Diario oficial de la Republica de Guatemala, en la América central. Se publican los considerandos del Código Penal que entraría en vigencia ese año, estableciendo:

“Que la legislación vigente en la Republica, si bien ha llenado una gran necesidad social sustituyendo a las antiguas leyes, se resiente ya de las imperfecciones propias de toda obra nueva; exigiendo en consecuencia, una reforma general que la haga más adecuada al grado de cultura en que la Nación se encuentra²⁰”.

Analizando lo anterior, se ve que las necesidades que tenia la sociedad en ese entonces, eran más grandes que lo que la legislación podía cubrir, por lo tanto ya no era suficientemente eficaz para lo que se vivía en sociedad. El propio legislador reconoce que existen imperfecciones del código a derogar y que las nuevas obras,

²⁰ El Guatemalteco. Diario oficial de la Republica de Guatemala, en la América central, Tomo X, Guatemala, Febrero, El Guatemalteco, 1889, Numero 22.

doctrinas y legislaciones extranjera avanzan a gran escala, formando una necesidad para la sociedad Guatemalteca, de poner su normativa legal a un nivel de igual o mayor al grado de cultura que la sociedad tenía, por lo tanto no fue suficiente reformar ciertos artículos del código a derogar, si no que era necesaria la total reforma del código, el legislador trataba de empezar desde cero la nueva vida en sociedad.

“Se nombro una comisión de jurisconsultos de reconocida competencia para que formulase los respectivos proyectos. Que dicha comisión ha dado cuenta con el proyecto de un nuevo Código Penal cuyas disposiciones responden a los adelantos que en la materia han alcanzado los pueblos cultos, llenando los vacios y remueven los inconvenientes que el código que rige ha presentado; y por el nuevo sistema de penalidad que encierran, su aplicación es sumamente fácil y sencilla²¹”.

El considerando anterior especifica que los creadores del nuevo código son jurisconsultos de reconocida competencia, se podría decir que eran los mejores, doctos en la materia y sabían las necesidades de la sociedad, de igual manera hacen referencia a los adelantos alcanzados por los pueblos, recordando que la sociedad es cambiante, debido que la ciencia, la tecnología y el hombre evoluciona, al igual que sus habilidades, pensamientos y acciones, siendo cada vez más difíciles de controlar. Los jurisconsultos de esa época trataron de llenar los vacios que tenía el anterior código con un nuevo sistema legal, que sea de fácil entendimiento para cualquier ciudadano que aun sin educación pudiera comprender lo regulado en ese código y sencilla aplicación para el juzgador.

Este código aporta al Derecho Penal Guatemalteco los límites del Estado, los actos específicos que sean punibles como delitos o faltas, determina la jurisdicción de los tribunales, por primera vez se explica la retroactividad de la leyes y la legítima defensa.

Es de destacar que, este código por primera vez toma en cuenta la falta de discernimiento del menor de edad delincuente, también toma en cuenta la buena o

²¹ Loc.cit.

mala conducta del reo para disminuir o aumentar su pena, se aumenta la pena en los delitos denominados en el código anterior abuso contra particulares, con el fin de que los ciudadanos queden mejor garantizados contra la arbitrariedad de los funcionarios o empleados públicos.

Algunos juristas establecen que el código de 1973 introdujo como avance la retroactividad de la ley pero si se analiza este código de 1889 en su artículo 4 establece “Las leyes Penales tienen efecto retroactivo, en cuanto favorezcan al reo, aun cuando al publicarse haya recaído sentencia firme y se halle aquel cumpliendo su condena²²”. En este código ya se encuentra regulado la territorialidad y extraterritorialidad de la ley penal.

En lo que se refiere al “loco” o demente regula lo mismo que establecía el código anterior, no tuvo ninguna reforma en cuanto al encierro; en el caso de las atenuantes toma en cuenta la reincidencia y habitualidad del delincuente, se puede destacar que este código no contiene ningún tipo de medidas de seguridad.

En la Actualidad, se encuentran cuatro ejemplares únicamente de los considerandos de este código más no el contenido completo del mismo, en la Universidad San Carlos de Guatemala y en las oficinas del Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial, de igual manera que el código de fecha anterior, su original se encuentra en la universidad de Harvard.

CÓDIGO PENAL DE 1936 DECRETO 2164: Se promulgo el 29 de abril de ese año, por la Asamblea Legislativa de la Republica de Guatemala, durante el gobierno del general Jorge Ubico.

Contaba con 488 artículos, se dividió en tres libros, siendo el más importante para esta investigación el libro primero, el cual se encontraba dividido de la siguiente manera:

²² Secretaría de Gobernación y justicia. Código Penal derogado, decreto 419, Guatemala, Tipografía Nacional, 1889.

- Título preliminar, artículos 1 al 10.
- Libro I, Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas.
- Título I, De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen de la responsabilidad.
- Párrafo I, De los delitos, artículos 11 al 20.
- Párrafo II, De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, artículo 21.
- Párrafo III, De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, artículo 22.
- Párrafo IV, De las circunstancias que agravan a responsabilidad criminal, artículo 23.
- Título II, De las personas responsables de los delitos y faltas.
- Párrafo I, De las personas responsables criminalmente de los delitos y faltas, artículos 28 al 33.
- Párrafo II, De las personas responsables civilmente de los delitos y faltas, artículos 34 al 43.
- Título III, De las penas.
- Párrafo I, Clasificación, duración y efectos de las penas, artículos 44 al 66.
- Párrafo II, De la aplicación de las penas y reglas que deben observarse al imponerse, artículos 67 al 77.
- Párrafo III, Reglas para la aplicación de las penas en consideración de las circunstancias atenuantes o agravantes, artículos 78 al 83.
- Párrafo IV, Disposiciones comunes a los párrafos anteriores, artículos 84 al 96.
- Título IV, De la responsabilidad civil, artículos 97 al 103.
- Título V, De las penas en que incurren los que quebrantan las condenas, artículos 104 al 106.
- Título VI, De la extinción de la responsabilidad penal, artículos 107 al 121.

La investigadora analizara los puntos más importantes y específicos sobre este código, empezando por que este código implemento avances técnicos a la legislación

Guatemalteca como en su artículo 1º. en donde establecía “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delitos o faltas y penadas por ley anterior a su perpetración”, de esta manera se introduce el principio de legalidad a la normativa penal guatemalteca.

Es su artículo 4 establecía “Las leyes penales tienen efectos retroactivos en cuanto favorezca al reo, aun cuando al publicarse haya recaído sentencia firme y se haya aquel cumpliendo su condena”, introduce el principio de retroactividad de la ley.

El concepto de delito el cual lo establecía el artículo 11 describiéndolo de la siguiente manera: “Delito es la infracción voluntaria de la ley penal²³”.

El párrafo IV se titula, De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, esta última palabra “criminal” le causa interés a la investigadora, ya que se señala de criminal a la persona que tenga relación con un hecho delictivo, aun cuando eran quizás pequeñas faltas u ofensas que no merecían etiquetarse como un crimen. De esta manera se ve clara la intervención del positivismo criminológico. El Código Penal actual le elimina al título la palabra “criminal”, tratando de disimular su corriente positiva, quedando de la siguiente manera “Circunstancias agravantes”.

En el artículo 23 inciso 14 establece como una agravante, “el que comete un delito mientras se cumple una condena o después de haberla quebrantado”, si se analiza este precepto legal ya se manejaba un Derecho Penal de autor, no de acto. A la investigadora le causa mucha curiosidad, que el legislador del actual Código Penal utiliza el mismo resabio de la corriente positiva aun después de haber transcurrido 37 años de su regulación, aun cuando la sociedad cambio durante este tiempo, pero lo que más asombra a la investigadora es que hoy en día, 77 años después, se siga utilizando el mismo Derecho Penal de autor.

²³ Asamblea legislativa de la Republica de Guatemala. Código Penal derogado, decreto 2164, Guatemala 1936.

De igual manera en el mismo artículo ya se encontraba regulado la vagancia, la reincidencia y multi-reincidencia. Llama la atención que en el numeral 19 ya se establecía “Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido²⁴”. Esta es una gran prueba de que la moral y la muestra de respeto, que debían tener los ciudadanos frente a los demás, era juzgado de una manera severa.

Este código no cuenta con ningún título o regulación, en relación a medidas de seguridad, ni establece ningún índice de estado peligroso como lo establece el código actual.

Copia de este código se puede encontrar en las instituciones del Estado.

CÓDIGO PENAL DE 1973: Entra en vigencia en el gobierno del general Carlos Arana Osorio, lleva en vigencia 40 años.

Ya expuesta una pequeña parte de la historia de la evolución del Código Penal guatemalteco, se encuentra que en el Código Penal abrogado, se refleja la influencia de la corriente clásica pero sobre todo predomina la positiva del Derecho Penal.

El Código Penal, actualmente en vigencia, indiscutiblemente presenta una estructura institucional y delictiva más técnicamente acabada que los anteriores, sin embargo no se ha hecho más que introducir postulados de la Escuela Positivista. Muchos de estos postulados sobre bases y principios de la escuela clásica que aún conserva. Atraves de la investigación, se ven muy pocos avances del tecnicismo jurídico, que para su tiempo de creación, ya había dominado todo el ámbito jurídico penal de aquella época.

El presente código conserva el discurso de la mala vida, toda vez que se encuentran aspectos como los que se describen a continuación, lo cual permite encontrar en el Código Penal vigente, resabios del positivismo criminológico.

²⁴ Loc.cit.

2.2 DIVISION:

- Parte General: Esta parte se ocupa de los conceptos, principios y doctrinas relativas al delito, al delincuente y a las sanciones penales. Artículos del 1 al 122 del Código Penal Vigente que contiene todos los principios, garantías y demás elementos de aplicación general.
- Parte Especial: Se ocupa del estudio de las concretas infracciones a la ley penal (delitos y faltas). Artículos del 123 al 498 a partir del Artículo 123 se encuentran los delitos y los bienes jurídicos tutelados.

2.3 Estructura:

El Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la Republica de Guatemala se publico el 27 de julio de 1973, entro en vigencia el 1 de enero de 1974 se encuentra estructurado de la siguiente forma:

Cuenta con tres libros:

1. El libro I es: la Parte general. Se encuentran varias instituciones que le son comunes a las infracciones penales. Este libro se estructura de la siguiente manera:
 - La ley penal.
 - El delito.
 - La pena y medidas de seguridad.
 - La responsabilidad civil.
2. El libro segundo: Los delitos y las penas: Es la parte especial en donde se encuentra lo regulado a las infracciones, a la ley penal y sus sanciones. Este libro está organizado por títulos y capítulos conforme al bien jurídico que protegen. Contempla las siguientes penas:
 - De Muerte.
 - De Prisión.
 - La Multa.

3. El libro tercero: Las faltas. Es la parte especial en el que se encuentran las infracciones leves a la ley penal que tiene como consecuencia una pena de arresto.

De esta manera a sido la evolución del Derecho Penal Guatemalteco hasta el día de hoy, tomando en cuenta que cada código tenía el fin de suplir las necesidades de la sociedad, una sociedad cambiante en donde las conductas del hombre cada día son nuevas y difíciles de controlar, siendo un trabajo difícil para el legislador poder tipificar toda nueva conducta antijurídica en un solo cuerpo legal.

CAPÍTULO III

POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO

3.1 Historia del positivismo criminológico:

Un dato histórico de cómo los primeros pasos de la criminología positivista empezó a tomar en cuenta los rasgos físicos de las personas se da con, "Lauvergne, discípulo de Gall, que estudia a los forzados de Tolón. Entre los que descubre a los asesinos fríos, a quienes define como: "Especie rara, originaria de las montañas y países escondidos; que tienen protuberancias acusadas y una facies especial marcada con el sello de un instinto brutal e impasible; Sus cabezas son grandes y acabadas en punta; notables las protuberancias laterales y enormes mandíbulas y músculos masticadores en constante acción²⁵".

El colonizado y el agresivo, pobre de Europa, indisciplinado era malo y por ende feo. No importaba la raza sino que eran antiestéticos, y esa fue la imagen que se proyectó públicamente sobre la burguesía central en los folletines de la época y que internalizaron sus policías y jueces. La fealdad del pobre de los enemigos de la burguesía y a enjaularlos en sus cárceles o en sus manicomios.

La cárcel y el manicomio servía, a su vez, para reforzar el natural sentimiento de superioridad burguesa que se distinguían por lindos, esbeltos y barbados, con la armonía estética.

Se marco una clara marginación por el color de piel del hombre: "el negro representa el hombre natural en toda su barbarie y violencia, se deja a un lado a Dios y la ley moral, se olvida todo respeto y moralidad, de todo sentimiento.

²⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Criminología, Aproximación desde un margen, Volumen I, Bogotá Colombia, Temis, 1988, Pág. 159.

Luego clasifican al hombre como el sub-humano o pre-humano. Lo describían como feo, malo, pobre o colonizado; pobre-agresivo o anarquista. Bastaba con ir a los zoológicos humanos carcelarios y manicomiales para convencerse de eso. Todos eran feos y malos, primitivos, lo mismo que los salvajes colonizados. No cabe duda de que en la segunda mitad del siglo pasado cualquier pobre-feo era altamente vulnerable al sistema penal y no podía andar muy tranquilo por las calles de las ciudades europeas.

En el caso de la persona linda o bonita que delinquía la señalaban como delincuente ocasional y no podían ser tan severos en las penas que les imponían.

Si se habla de América Latina, y su pluralismo cultural, se habla de un gran problema operacional en la criminología. Mucho más aún lo es Guatemala siendo un país del Tercer Mundo por ser un mosaico político y cultural.

El debate más importante es la naturaleza de la inferioridad, en Guatemala empieza en la colonización, cuando el indígena era un hombre inferior, los indios señalados así por los colonizadores no estaban adoctrinados en la fe de Cristo y, por ende, eran culpables por ignorancia esta es la principal corrientes criminológicas de los siglos XVI Y XVII.

En la década de los sesenta se comenzó a redactar el Código Penal latinoamericano con la base positivista que Kant estableció, cuya elaboración continuó a lo largo de varias reuniones hasta 1979 fecha que se realizó la última reunión en Buenos Aires, de dictadura militar argentina. Texto, cuya parte general estaba terminada varios años antes, establecía un sistema de penas sin límites legales con el nombre de medidas de seguridad, modelo que pasó a varios códigos que lo tuvieron en cuenta como modelo, especialmente en Centroamérica, optando de igual manera nuestro país por este modelo.

Una de las pretensiones más ambiciosas de la criminología individual fue la de hacer realidad el viejo sueño positivista: medir la peligrosidad. Desde entonces y hasta el presente, el sistema penal nunca ha sospechado el importante servicio que ha venido prestándole al sostenimiento de los valores estéticos de una sociedad. Hoy es de conocimiento de toda la sociedad, que la institución ya se trate de cárcel o manicomio, es un instrumento de control social, y que la psiquiatría también es parte de control social represivo.

La criminología latinoamericana fue primero racista, y luego sin dejar de ser positivista, se convirtió en el complemento ideal del Derecho Penal más o menos neo-kantiano: éste sólo se ocupaba del "deber ser", con lo cual el poder señalaba los límites del saber criminológico; la criminología se ocupaba de las acciones de las personas seleccionadas por el poder del sistema penal, ninguno de ambos se ocupaba de la realidad operativa del sistema penal, cuya legitimidad no se cuestiona.

El positivismo con su clasificación de las ciencias da lugar al nacimiento de la forma contemporánea de la criminología (como hija de la biología, la psicología y la sociología), también es una pretensión del grupo dominante.

Cuando la tecnología avanzó, como necesidad impuesta por la competencia entre los propios países, la ciencia no pudo seguir avalando las tesis positivistas, entonces toma dos caminos: a) Separar las ciencias de la cultura y las de la naturaleza; b) Parcializar el conocimiento en forma tal, que resulten imposibles todas las tentativas de formar teorías a gran escala.

3.1 Escuela Positiva: "Scuola Positiva".

Para poder empezar hablar sobre este tema, se hará una diferencia entre la escuela clásica y la positiva, para así dejar claro que camino se tomara en esta investigación.

- Positivismo: empírico, inductivo y observación.
- Clásico: Especulación (imaginación), deductivo.

Los juristas de la escuela clásica habían luchado contra el castigo, contra la irracionalidad del sistema penal. Por el contrario, la misión de la escuela positiva, es luchar contra el delito a través de un conocimiento científico de sus causas, veré scire est per causas scire, con el objeto de proteger el orden social.

Quedando un poco más claro el tema, se empezara hablando que la escuela positiva es de origen italiano, esta escuela inicia una nueva etapa del Derecho Penal, la cual se caracteriza por la apreciación de la objetividad del delito y su sustitución por la estimación de la personalidad del culpable.

Otra de las características de la escuela positiva es que tiene una concepción realista, cambia su método inductivo de indagación científica en oposición de los deductivos hasta en esa época empleados. El método positivo trata de someter constantemente la imaginación a la observación y los fenómenos sociales, a la consolidación y defensa del nuevo orden social.

Los fundadores de esta escuela fueron: Cesar Lombroso, Enrique ferri y Rafael Garófalo. No quiere decir que sean los únicos, sino ellos son los que marcan el principio de una corriente que tiene fuerza hasta hoy en día.

Lombroso es el fundador y antropólogo, Ferri el propagador y sociólogo y Garófalo el estabilizador y jurista.

Ezequías Marco Cesar Lombroso: Nació en Verona, Italia el 6 de Noviembre de 1835, muere el 18 de Octubre 1909 a los 75 años de edad, hijo de judíos, es el primer expositor de la criminología, siendo de profesión medico y cirujano. A los 30 años fue a la guerra contra Austria, experiencia que le hizo cambiar su perspectiva de la medicina ya que realizo varios descubrimientos en cuanto a la forma en que cambia la conducta del hombre.

En 1871 un acontecimiento produce un cambio en la historia de la ciencia. Estando observando el cráneo de un delincuente famoso (Villella), observó una serie de anomalías que le hacen pensar que el criminal lo es por ciertas deformidades craneales, y por su similitud con ciertas especies animales.

Al principio Lombroso no busca una teoría crimino genética, sino buscaba poder diferenciar entre el enfermo mental y el delincuente, pero al encontrar este descubrimiento, principia a elaborar lo que él llamaría "Antropología Criminal".

A fines de 1871 es llamado para dirigir el manicomio de Pesaro y el año siguiente publica un libro que se llama "Memoria sobre los Manicomios Criminales",²⁶ en el cual expone las primeras ideas sobre la diferencia que hay entre el delincuente y el loco, y sus ideas respecto a que el delincuente es un enfermo con malformaciones muy claras.

Lo que expone en este trabajo es la necesidad de que existan manicomios para criminales, y la necesidad de que los locos no estén en las prisiones, sino que se les interne en instituciones especiales.

El 15 de Abril de 1876 se puede considerar la fecha oficial del nacimiento de la Criminología como ciencia, ya que ese día se publica el "Tratado Antropológico Experimental del Hombre Delincuente", en el cual Lombroso expone su teoría.

En 1880 la Cámara aprueba la fundación oficial de los manicomios judiciales, algo por lo que Lombroso había luchado toda su vida, al igual se aprueba la creación de reformatorios en 1882.

Lombroso Clasifica al delincuente como:

- Delincuente nato: Hereditario.
- Delincuente moral: Despiadado.

²⁶ Manzanera Rodríguez, Luis. Criminología, Segunda edición , México, Porrúa, 1981, pág. 213

- Delincuente ocasional: Por necesidad.
- Delincuente pasional: Frenesí de los celos.
- Epiléptico: Degenerativo.
- Mujer delincuente: prostitución.

Enrique Ferri: Nació en San Benedetto Po, Mantua, el 25 de Febrero de 1856 y murió el 12 de Abril de 1929, creador de la sociología criminal.

En 1879, el joven jurista italiano, que estaba estudiando en París y que ya había tenido contacto con Lombroso, se presenta espontáneamente y con sencillez frente a Lombroso con el deseo de trabajar con él. Aquel joven que a los 21 años había revolucionado el Derecho Penal, se une al maestro y se convierte en "el hermano, el amigo, el hijo, y hasta un poco el padre de Lombroso"²⁷.

Presentó en 1877 su tesis en que trata de demostrar que el libre albedrío es una ficción, y que debe substituirse la responsabilidad moral por una responsabilidad social.

Para él la criminalidad se da mediante factores individuales, físicos y sociales. Niega la existencia del libre albedrío que es la base del Derecho Penal, por lo tanto la responsabilidad penal basada en la responsabilidad moral, asentó las bases sobre la responsabilidad social. Siguió las enseñanzas de Lombroso como base y establece que el delincuente no es un hombre normal, sino un ser que por sus anormalidades físicas y psíquicas representa para la sociedad moderna un hombre primitivo y salvaje.

Enrique Ferri crea la Sociología Criminal, como una ciencia de observación positiva, fundándose en la antropología, la psicología y la estadística criminal, así también como el Derecho Penal y los estudios penitenciarios.

²⁷ Ibid., pág. 214.

Su teoría es “El hombre es imputable y responsable por el hecho de vivir en sociedad”²⁸. Todo individuo que ejecuta un hecho penado por la ley, cualquiera que sea su condición psicofísica, es responsable legalmente y debe ser objeto de una reacción social (sanción) correspondiente a su peligrosidad.

Ferri, fue el encargado de extraer de la tesis de Lombroso, las consecuencias que Lombroso no había sacado de ella, en orden al control social punitivo en cuanto ideología jurídica.

La consecuencia más importante que extrajo Ferri, para su discurso jurídico, fue que la función del sistema penal debía ser la defensa social, llevada a cabo mediante medidas, nombre con el cual bautiza a las penas y les ocultaba su carácter doloroso, y sus límites que no debían reconocer otro criterio limitativo que la peligrosidad del autor. Como esta peligrosidad era natural y podía reconocerse antes de que el sujeto cometiese cualquier delito, era posible imponer estas penas sin necesidad de esperar la comisión de un delito, lo que generó todo un movimiento de leyes de peligrosidad sin delito aplicadas arbitrariamente a cuanto marginado fuese considerado como fastidioso o incómodo.

Rafael Garófalo: Nació en Nápoles, Italia el 18 de Noviembre de 1851 y muere en 1934, creador de la teoría de la Temibilita (peligrosidad del delincuente). Intento sistematizar las doctrinas criminológicas del positivismo con el fin de tapar la laguna que existía entre ambas al haber omitido por completo la noción del delito formulando su teoría llamada “Delito Natural”²⁹.

Para Garófalo, el delincuente se caracterizaba por una anomalía moral, por la ausencia o desviación del sentido moral y sus anomalías somáticas. Basa su estudio en:

- La peligrosidad.

²⁸ Camargo Hernández, Cesar. Derecho Penal, Decimoséptima edición, tomo I, Barcelona España, Bosc, 1975, Pág. 52.

²⁹ Ibid., Pág. 52.

- La readaptación social.
- El delito natural.

La reacción social contra el delincuente, tiene como fin la defensa social eliminando a los inadaptables de la sociedad y reparar los daños del delito ocasionado.

Garofalo, directamente construyó una ideología idealista disfrazada de ciencia, que es la mejor síntesis de racionalizaciones para todas las violaciones de derechos humanos que se haya escrito a lo largo de la historia. Garofalo, entendía que el delito es un hecho natural. Como a través de la historia no encontraba ninguna conducta que siempre, y en todos lados, haya sido delito, deducía que el delito es un concepto evolutivo. Que al avanzar evolutivamente la Humanidad, el delito fue, en cada época, la violación a las medidas que la sociedad establecía. Media en base a dos sentimientos: el de piedad y el de probidad, cuyos modelos serían el asesinato y el robo.

3.2.1 Principios de la escuela positiva:

Según Cesar Camargo Hernández los principios son los siguientes:

- El delito es un fenómeno natural y social producido por causas de orden biológico, social y físico.
- El delincuente es biológica y síquicamente un anormal.
- El libre albedrio de la libertad humana es una ilusión ya que la voluntad humana está determinada por influencias de orden físico, psicológico y social.
- La responsabilidad penal deja de fundamentarse sobre la imputabilidad moral contrayéndose sobre la base de la responsabilidad social.
- La función penal tiene como fin la defensa social³⁰.

La escuela positiva no solamente fue importante en Italia sino para muchos países mas, como Rusia, Colombia, Cuba y entre estos Guatemala, que tomaron la influencia de esta escuela y adoptaron algunos postulados de la misma.

³⁰ Ibid., Pág. 52.

Esta escuela no reconoce derechos absolutos, para ella todo derecho humano emana del legislador, nadie puede atribuirse sus derechos, todos es fuerza y arbitrio ya que no puede existir derecho sin seguridad, y la seguridad no puede darse sin la ley.

Esto viene a confundir la génesis del derecho tutelar porque construye una doctrina que niega el derecho natural poniendo todo a potestad del legislador.

Plantea un estudio a la personalidad del delincuente, el psicó-diagnostico del porque delinque, su grado de peligrosidad y el tratamiento adecuado para su reinserción social sin dejar de prever que en un futuro vuelva a delinquir.

La escuela positiva aun en la actualidad deja su teoría de la “defensa social”, continúa siendo el fin de la pena, se realiza mediante la prevención especial o individual y la prevención general para una retribución moral.

3.2.2 Postulados de la Escuela Positiva:

La Escuela Positiva se caracteriza por su método científico.

- El delito es un hecho de la naturaleza y debe estudiarse como un ente real, actual y existente.
- Determinativo.
- Sustituye la responsabilidad moral por la responsabilidad social, puesto que el hombre vive en sociedad y será responsablemente social mientras viva en sociedad.
- El hecho de que no hay responsabilidad moral, no quiere decir que se pueden quedar excluido del derecho.
- El concepto de Pena se sustituye por el de sanción.
- La sanción va de acuerdo a la peligrosidad del criminal.
- Estas deben durar mientras dure la peligrosidad del delincuente, y por eso son de duración indeterminada.
- La ley penal no restablece el orden jurídico, sino que tiene por misión la de combatir la criminalidad considerada como fenómeno social.

- El derecho a imponer sanciones pertenece al Estado a título de defensa social.
- Más importante que las penas son los substitutivos penales.
- Se acepta tipos criminales.
- La legislación penal debe estar basada en los estudios antropológicos y sociológicos.
- El método es inductivo - experimental.

3.2.3 La Peligrosidad Positivista.

El término de peligrosidad encuentra su origen en la época romana dentro del Derecho Penal, luego pasaría por la influencia cristiana de Santo Tomas de Aquino y de la ilustración.

Así, la gran noción de la criminología y la penalidad fue la concepción de la peligrosidad, lo cual significa que el individuo debe ser considerado por la sociedad a nivel de sus virtualidades y no de sus actos; no al nivel de las infracciones efectivas a la ley, sino de las virtualidades de comportamiento que ellas representan.

La peligrosidad es también el lugar en donde se cruzan y enlazan dos disciplinas, la psiquiatría y el derecho. Comparten este término, para marcar al loco y al delincuente. El máximo paradigma de la peligrosidad para ambas: el loco delincuente.

El derecho acude a la psiquiatría para comprender al sujeto criminal respecto a sus actos, Si es posible encontrar anomalías mentales en el delincuente que puedan relacionarse con la infracción que cometió. Ayuda establecer si el individuo puede curarse o readaptarse como un sujeto normal a la sociedad.

La sanción penal es un elemento de una técnica que consiste en apartar a los individuos peligrosos, encargarse de quienes pueden recibir una sanción penal para curarlos o readaptarlos, es una técnica de normalización para la readaptación del delincuente.

De acuerdo con el Nuevo Diccionario de Derecho Penal, la peligrosidad es la: “circunstancia personal del delincuente que lo hace socialmente temible por su malignidad. Es la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que se debe esperar del mismo autor del delito, saña y maldad manifestada por el sujeto activo del ilícito penal en la realización de los actos criminales”³¹.

Existen dos clases de peligrosidad según Luis Enrique Vidal Palmer: sostiene que “la peligrosidad es la inclinación que tiene un sujeto a delinquir, si se comete un delito se denomina ‘peligrosidad criminal’ (posdelictiva). Si esta conducta se manifestara y no se cometiera delito alguno se denomina ‘peligrosidad social’ (predelictiva)”³².

En resumen, se puede decir que no es otra cosa que asimilar completamente al delincuente con el "enemigo". Algunos autores han desarrollado un nuevo concepto, en donde abandonaron el concepto de acción y restaron importancia a los requisitos objetivos de la tipicidad. En su nuevo concepto resaltan el componente del "ánimo", suprimiendo el resultado material de la tipicidad y señala que el derecho penal es tutelar de la ética, hasta llegar a convertirlo casi en un discurso moralizante, destinado a castigar o a corregir a ciudadanos maleducados, como si la sociedad fuese una inmensa escuela y el derecho penal un conjunto de reglas para niños indisciplinados.

La peligrosidad se fija por la probabilidad de violar la ley causando un probable daño social. Se reprocha a la persona seleccionada su personalidad o temperamento.

La peligrosidad observa dos tipos de delincuentes:

- La existencia de un individuo que sin haber cometido un delito está próximo a cometerlo.
- El delincuente que puede volver a violar la ley.

³¹ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. México, Malej, 2004, pág. 757

³² Vidal Palmer, Luis Enrique. Peligrosidad y Medidas de Seguridad, www.psipanama.org/PELIGROSIDAD.pdf, consultado el 6 de septiembre de 2013.

Para la corriente positiva, la peligrosidad es definida así:

Garofalo, definió en 1880, el estado peligroso, en el cual englobaba dos elementos de la personalidad criminal: temibilidad o capacidad criminal y de adaptabilidad. Crea una fórmula para determinar la peligrosidad que toma en cuenta: 1) El delito cometido, 2) La conducta posterior al delito, 3) La vida anterior 4) La pericia antropológico-psiquiátrica.

Enrico Ferri, señaló que peligrosidad es la potencia ofensiva en orden a la mayor probabilidad en la comisión de delitos. Distingue dos formas de peligrosidad: la genérica o social, tributaria de una defensa preventiva y la criminal o específica, tributaria de una defensa represiva.

La sociedad ha creado el mito de la peligrosidad como el enfermo mental, una construcción social alentada por el positivismo criminológico, que presenta al mismo como un sujeto determinado biológica y genéticamente, incurable, inmodificable y peligroso.

En la actualidad son reprochados, marginados señalados por diferentes causas: drogadicción, alcoholismo, mendicidad, tendencias a moda, tatuajes, etc.

3.2 Criminología:

Viene del latín crimen-inis (crimen), y del griego Kriminos (delito) y logos (estudio) es decir que estudia el crimen. Fue difundida por Rafael Garofalo, en su obra Criminología Estudio del Delito. Esta viene siendo una disciplina que describe y explica hechos.

El término Criminología, es un término del derecho romano, los romanos distinguían entre delitos y crímenes; la diferencia es que: los crímenes eran perseguidos por el Estado, mientras que los delitos eran perseguidos por los particulares.

Hay que poner atención en no confundir hecho antisocial con delito. El objeto del Derecho Penal son las normas que rigen al delito, que es ente y figura jurídica. El objeto de la Criminología es el hecho antisocial, fenómeno y producto de la naturaleza.

Para por entender un poco mejor este tema se hará una diferencia:

- La criminología es la ciencia del “ser” (empírica).
- El derecho es la ciencia del “deber ser” (deductivo).

La criminología se sirve de un método inductivo, empírico, basado en el análisis y la observación de la realidad; el Derecho, como disciplina jurídica, utiliza un razonamiento lógico, abstracto-deductivo.

Por el rango de los conocimientos que suministra, la Criminología es una ciencia, porque aporta un núcleo de conocimientos verificados, sistemáticos, asegurados por razón del método y técnicas de investigación; la Criminología es una disciplina empírica e interdisciplinaria, una ciencia del ser, fáctica, inductiva, en la que predomina la observación de la realidad sobre la perspectiva normativista y el método abstracto, formal y deductivo propio de otras ciencias.

3.3.1 Definición.

Criminología es aquella parte de la Ciencia que se ocupa del estudio empírico de la criminalidad, por lo tanto, para poder explicar que es criminología debemos antes saber qué es lo que se entiende por criminalidad.

Por un lado, la criminalidad es el conjunto de las acciones u omisiones punibles dentro de un determinado ámbito temporal y espacial. En este sentido, el concepto de criminalidad viene marcado por el Derecho Penal que, al mismo tiempo, delimitaría el objeto de la criminología. Es el conjunto de conocimientos relativos al delito como fenómeno individual o social.

Hace más de cincuenta años trataron de definirla de una manera simple, la definen como “la ciencia del delito”³³.

La criminología es una ciencia que aporta información sobre el problema criminal la cual se base en la observación de la realidad. Hay que tomar en cuenta que la criminología no es una ciencia exacta, ni la acumulación de datos, sino transforma la información que tiene interpretándolo, sistematizándolo y valorizándolo con el fin que se obtenga como resultado una probabilidad, no algo certero.

García Pablos de Molina define la criminología como “La ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo.”³⁴ Trata de suministrar una información valida, del crimen, programas de prevención y las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente, desde el método de la observación.

El maestro Zaffaroni concluye que: “La criminología es el saber. Conjunto de conocimientos, que nos permite explicar cómo operan los controles sociales punitivos de nuestro margen periférico, qué conductas y actitudes promueven, qué efectos provocan y cómo se los encubre en cuanto ello sea necesario o útil para proyectar alternativas a las soluciones punitivas o soluciones punitivas alternativas menos violentas que las existentes y más adecuadas al progreso social”³⁵.

La moderna criminología deja atrás el estudio del hombre delincuente y se interesa por la conducta delictiva, la víctima y el control social.

La Criminología intenta describir y explicar la conducta antisocial, situarla en un momento y lugar determinado y dar leyes de aplicación universal. Pero no es

³³ Rodríguez Devesa, Seelig. Tratado de criminología, Madrid España, Trad. Española, 1953, pág. 3.

³⁴ Antonio García, Pablos de Molina. Tratado de Criminología, Tercera edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, Pág. 47.

³⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Criminología, Aproximación desde un margen, Volumen I, Bogotá Colombia, Temis, 1988, pág. 20.

solamente descriptiva, sino que busca ante todo encontrar las causas que producen y los factores que favorecen el fenómeno, y por lo tanto encontrar la forma de evitarlo. La Criminología es ciencia aplicada y no ciencia pura, es eminentemente práctica y no solamente teórica.

Para la criminología el delito se presenta como un problema social que influye al individuo en determinadas actitudes. Para que sea tomado como problema social debe tener los siguientes requisitos:

- Que tenga una incidencia masiva en la población.
- Que sea doloso.
- Que la sociedad lo vea como algo negativo.

3.3.2 Clases:

- Criminología científica: Conjunto de conocimientos, teorías, resultados y métodos que se refieren a la criminalidad como fenómeno individual y social, al delincuente, a la víctima, a la sociedad en parte y en cierta medida al sistema penal.
- Criminología aplicada: tiene aportes de la Criminología científica y de la empírica, creada por aquellos que forman parte del sistema penal.
- Criminología académica: Pretende sistematizar la historia, las teorías, los conceptos y los métodos criminológicos, con finalidad didáctica.
- Criminología analítica: Su finalidad es determinar si las otras criminologías y la política criminal cumplen su fin.

3.2.3 El objeto de la Criminología:

La Criminología se ocupa del crimen como infracción individual y como acontecimiento social del infractor, del delincuente en sus interdependencias sociales, de la víctima del delito y del control social del comportamiento desviado.

Es por un lado, el estudio de la conducta desviada y dentro de ella también de la criminalidad, por otro lado también el proceso de definición y sanción de la conducta

desviada y de la criminalidad, es decir, el control social, bien sea un control social informal (que se ocupa de la conducta desviada en general), o de un control social formalizado, como el Derecho Penal, que se ocupa específicamente de la criminalidad.

La Criminología positivista, resalto al máximo el protagonismo del delincuente, creyendo poder encontrar en una explicación científica del comportamiento criminal. En el pasado se hablaba del delincuente y el delito, en la actualidad la criminología moderna tomo un giro inmenso al hablar de la víctima y el control social. Así pues, la “conducta desviada”, se puede definir como, el estudio de las causas de la criminalidad, la etiología del delito, sus formas de aparición y desarrollo como fenómeno social e individual³⁶.

Hoy en día la criminología es la ciencia penal cuyo objeto primordial es la explicación de la criminalidad y la conducta desviada.

3.3.4 Fines:

- Descriptivos: Informar sobre la realidad de éste.
- Etiológicos: Sus causas.
- Preventivos: Control y neutralización del mismo.
- Intervención: Respuesta al delito y tratamiento resocializador del delincuente.

3.3.5 Las dos partes en que se distingue la criminología:

- La biología criminal: Que investiga la personalidad física del delincuente, su constitución orgánica, caracteres somáticos, anatómicos, fisiológicos. Se ocupa de los problemas relativos a la herencia, transmisión de tendencias y predisposiciones psicológicas criminal, su objeto es la investigación del estado mental y los estados anímicos del delincuente.

³⁶ Camargo Hernández, César. Derecho Penal, Tomo I, Decimoséptima Edición, Barcelona España, Bosch, 1975, Pág. 20.

- La sociología criminal: Augusto Comte (1798-1857), es considerado como el fundador de la sociología, quiso llamar a su ciencia como física social. La sociología contiene dos elementos que son incompatibles: la pretensión científica, con método positivo; y el organicismo social, que es producto del idealismo. El organismo social es un organismo con tres elementos: el individuo, la familia y la sociedad. El individuo presentaba una tendencia social biológica, la familia es la unidad social básica, la sociedad abarcaba a toda la especie.

Tiene por objeto estudiar el delito como fenómeno social y los factores de la criminalidad.

3.3.6 Crisis del modelo positivista de Ciencia Criminológica:

Muchos juristas creen que esta escuela es la más absurda y que ni siquiera merece el nombre de escuela, porque no es posible “dar a un individuo el poder de crear a su antojo, niega todo orden jurídico superior que gobierne a la humanidad y de tal modo, niega el derecho en sí mismo, convirtiéndolo en una concesión del soberano”³⁷.

3.3 Conducta antisocial y desviada:

Es evidente que el interés de la investigación criminológica no sólo recae sobre lo que la población entiende por criminalidad, sino también sobre lo que la misma criminología considera conducta desviada o delictiva. La criminología no se ocupa de qué conductas deben ser consideradas como desviadas, como de las condiciones que dan origen o inciden en la evolución de lo que se entiende como desviación y su significación social.

Se puede definir la desviación como cualquier conducta que no esté conforme con las expectativas de la sociedad o de un grupo determinado dentro de ella. La desviación es un distanciamiento de la normas y sucede cuando un individuo o un grupo de individuos no comparte los patrones de la sociedad. Se acostumbra a considerar la desviación en términos de aquella conducta que ha sido juzgada como

³⁷ Carrara, Francesco. Derecho Penal, Volumen I, México, Oxford, 2000, Pág. 26.

negativa, tal como el crimen o la locura. Sin embargo, el individuo que sobrepase ampliamente los patrones de una sociedad puede ser considerado igualmente desviado.

Un acto puede ser apropiado y aceptable en una situación dada, mientras se le considera impropio e inaceptable en una situación distinta.

Se debe hacer una clara distinción entre conducta antisocial y delito. Conducta antisocial es todo aquel comportamiento humano que va contra el bien común, mientras que delito es la acción u omisión que castigan las leyes penales, es la conducta penada por la ley.

No existe conducta desviada si no hay una norma de conducta precisa. No todo delito es una conducta antisocial, ni toda conducta antisocial es delito. Existen conductas que pueden ser consideradas como antisociales, que no están tipificadas en el Código Penal, por ejemplo: la homosexualidad; otras que tampoco son contempladas por la ley penal, como ciertas prácticas que tienen relación con la contaminación del ambiente, igualmente nos podemos encontrar con el caso de delito, es decir de tipos claros.

El control social crea la criminalidad, por eso el interés de la investigación se desplaza desde el desviado y su medio hacia aquellos que le definen como desviado, analizándose más los mecanismos y funcionamiento del control social y la falta de capacidad de socialización del individuo. Las carencias no se buscan en los controlados, sino en quienes ejercen el control.

En consecuencia, la criminalidad es creada por el control social, las instancias o agencias del control social (Policía, fiscalía, judicatura, etc.). No detecta o declara el carácter delictivo de un comportamiento, sino que por lo generan se producen al etiquetarlo o juzgarlo así.

La reacción social no sólo es injusta (discriminatoria), sino irracional y criminógena. Lejos de hacer justicia, prevenir la criminalidad y reinsertar al desviado, su impacto real convierte a la pena en una respuesta intrínsecamente irracional y criminógena. Exagera el conflicto social en lugar de resolverlo; potencia y perpetúa la desviación, consolida al desviado en su status criminal y genera los estereotipos e ideologías que se supone pretende evitar, cerrándose, de este modo, un lamentable círculo vicioso.

La teoría del "labeling approach" centra su atención en el proceso a través del cual una conducta se define como desviada y, en última instancia, como criminal. Demostró que, el sistema penal actúa de manera selectiva y discriminatoria y que las agencias de justicia se centran en ciertos sectores sociales de clase social baja.

La llamada "cifra oscura" demuestra, como rápidamente surge la sospecha de que la Administración de Justicia, tanto en la persecución como en la sanción de los comportamientos criminales, procede selectivamente, es decir, no protege por igual todos los bienes respecto a los cuales tienen igual interés todos los ciudadanos³⁸. Tampoco la ley penal es igual para todos, ni el status de criminal se aplica por igual a todos los sujetos.

A la criminología le interesa estudiar la conducta desviada desde los factores de la criminalidad o la criminalización. En su concepto de delito, incluye datos como la escasez de vivienda, el desempleo o las anomalías psicológicas, e incluso tiene que ampliarlo para no dejar fuera de su consideración fenómenos que puedan ser importantes. El Derecho Penal tiene, en cambio, una responsabilidad fundamentalmente política ante el delito. Sólo respecto a la determinación de las consecuencias jurídicas y en instituciones concretas, tales como la medición de la pena, la condena condicional.

³⁸ Hassemer, Winfried y Francisco, Muños Conde. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1989, Pág. 18.

La conducta desviada es un concepto de la moderna criminología. Se tienen dificultades conceptuales, respecto a lo que se considera desviado, porque depende de las normas vigentes reconocidas. No existe conducta desviada si no hay una norma de conducta.

La criminología no sólo incluye la criminalidad, sino todo lo que entra dentro del concepto de conducta desviada, como por ejemplo: la drogodependencia, las enfermedades mentales, el suicidio, las desviaciones sexuales. La investigación criminológica y, en general, sociológica de las normas, sus infracciones y sanciones se ve así enriquecida al incluir fenómenos más allá de los característicos de la conducta punible, ya que en cualquier ámbito de nuestra vida se encuentran situaciones y roles normativamente regulados³⁹.

Esta investigación no pretende establecer el por qué una persona comete un determinado delito, sino por qué ciertas conductas se definen socialmente como desviadas, etiquetando cómo delincuente a la persona infractora a quien de hecho se le asigna el status de desviado y cómo experimenta el individuo en su identidad el nuevo status de desviado que se le atribuyó.

La investigadora puede llegar a la conclusión que “la conducta desviada”, es aquella conducta de uno de los miembros la sociedad, que se comporta de manera diferente al resto es considerado como conducta desviada, aunque debe distinguirse entre diferentes conductas desviadas, pues existen conductas desviadas que son tolerables y no son repudiadas y hay otras, en cambio que si son repugnadas (conductas delictivas). Así, la sociedad hace de tonto o de loco a la persona que la ve vestir pants, y de calzado, botas vaqueras y le atribuye una conducta desviada, sin embargo esta no es repudiada, pero alguien que al pasar por el mercado, se apodera de un objeto ajeno, también está mostrando una conducta desviada la cual si es repudiada por el resto de la sociedad.

³⁹ Ibid., Pág. 52.

Por lo tanto la criminología estudia al hombre, aquel de conducta desviada, que debido a esa conducta, causa daño o menoscabo de los bienes jurídicos tutelados por un estado jurídicamente establecido.

3.4.1 Formas de Conductas:

Es necesario establecer las clases de conducta que el hombre puede presentar en la sociedad, para entender porque es necesaria la intervención de la criminología.

- Conducta social: Es la que cumple con las adecuadas normas de convivencia, la que no agrede en forma alguna a la colectividad, es la que cumple con el bien común. Son conductas humanas de convivencia (jurídica, moral, social) y buscan la realización de valores sociales⁴⁰.
- Conducta asocial: Es aquella que carece de contenido social, no tiene relación con las normas de convivencia ni con el bien común. La conducta asocial se realiza por lo general en la soledad, en el aislamiento.
- Conducta parasocial: Se da en el contexto social, pero es diferente a las conductas seguidas por la mayoría del conglomerado social. Es la no aceptación de los valores adoptados por la colectividad, pero sin destruirlos; no realiza el bien común, pero no lo agrede. Dentro de estas está la moda, ciertos usos o costumbres diferentes. Esta conducta es captada por la mayoría como extravagante o francamente desviada. La diferencia es que esta conducta asocial no puede ser aislada, necesita de los demás para poder darse.
- Conducta antisocial: Va contra el bien común, atenta contra la estructura básica de la sociedad, destruye sus valores fundamentales, lesiona las normas elementales de convivencia. Por ejemplo: el que priva de la vida a un individuo lesiona el bien común, daña no sólo a la víctima, sino a la familia y a la sociedad. A la Criminología le interesan sobre todo las conductas antisociales, pero esto no

⁴⁰ Manzanera Rodríguez, Luis. Criminología, Segunda edición, México, Porrúa, 1981, pág. 24.

implica que desatienda a las conductas parasociales, en cuanto que algunas de éstas pueden convertirse con facilidad en conductas antisociales.

3.5 Antropología criminal:

El concepto de antropología criminal tiene su origen en Italia a mitad del siglo XIX, la criminología nace como Antropología Criminal por Cesar Lombroso, en 1876, pretendiendo dar una explicación integral del hombre delincuente. La antropología viene del griego antropos: hombre, y logos: tratado. Etimológicamente es la ciencia del conocimiento del hombre, y la antropología criminológica sería el estudio de las características del hombre criminal⁴¹.

Esta, reclama al delincuente una serie de atavismos o características antropológicas que lo identifiquen como tal y que estarían relacionando al criminal con un resurgimiento del hombre primitivo, del instinto salvaje como los animales. Se remonta a un pasado oscuro en donde el hombre apenas sobresalía del mundo animal.

La antropología criminal, ha sido definida como el estudio de las características físicas y mentales particulares a los autores de crímenes y delitos. Estudia también el efecto del medio físico y la adaptación del hombre al mismo, así como el espacio en que se mueve el ser humano, y las relaciones sociales, al igual que sus obstáculos.

Las costumbres, los tatuajes, las supersticiones, la moral, el lenguaje, las expresiones artísticas del criminal, las diferencias entre diversos grupos criminales (según edad, religión, hábitat, etc.), el modus operandi en ciertos crímenes, son aportaciones de gran valor de la Antropología Criminológica.

3.6 Política Criminológica:

Política Criminal es la ciencia o práctica de los medios con los que cuenta el Estado para prevenir y reprimir los delitos.

⁴¹ Ibid., pág. 61.

La política criminal se refiere al conjunto de medidas de hecho y de derecho de las que se vale el estado para enfrentar la criminalidad, para controlar, reprimir y prevenir el delito. Para luchar contra el delito es necesario conocer sus causas para así evitar las consecuencias, por ende una política criminal que prescindiera de la criminología no es concebible.

La política criminal busca y pone en práctica los medios y las formas más adecuadas para hacer eficaces los fines del Derecho Penal. También se puede definir a la política criminal como la ciencia que se ocupa de la política de reforma del Derecho Penal, de la ejecución y la lucha contra el crimen por medio del Derecho Penal.

En resumen, Política criminal es el instrumento utilizado por el Estado para contrarrestar la criminalidad y la criminalización, especialmente su prevención, represión y control.

La violencia año con año aumenta, delitos más numerosos y más graves; limitaciones a la libertad de los ciudadanos comunes que deben restringir sus actividades por temor; inseguridad y enormes costos para los sistemas penitenciarios poco eficientes; tribunales lentos y burocratizados y organizaciones policiales frecuentemente cercanas a la corrupción.

Hoy en día se habla de una Política Criminal Integral, la cual procura que el delincuente no pueda delinquir pero fundamentalmente que el niño o joven, especialmente el marginal, aquél abandonado por su familia, por el Estado y por la sociedad no se convierta en delincuente. Procura que no se hagan adictos a las drogas o al alcohol, que se reduzca la circulación ilegítima de armas de fuego; que se refuercen los sistemas educativos y recreativos para la niñez y la juventud, con énfasis en la formación en valores, que se brinde apoyo a la familia de bajos recursos⁴².

⁴²Universidad Argentina John F. Kennedy. Dr. Enrique Aparicio, Julio. Breves Consideraciones sobre Política Criminal, <http://revista-cpc.kennedy.edu.ar/Edicion001/PoliticaCriminal.aspx>, Consultado el 13 de septiembre de 2013.

En Guatemala se está empezando a implementar una política pública de seguridad desde un enfoque de desarrollo político, económico y social, para garantizar la vida, la libertad y el bienestar de todos los guatemaltecos en un marco de respeto a los derechos humanos, a efecto de iniciar un camino real hacia la prevención del delito y la aplicabilidad de una Política Criminal Funcional dentro de Guatemala. Teniendo como objeto cumplir la misión constitucional de los órganos responsables de prevención, persecución y sanción del delito

3.7 Criminología Contractualista:

Es un fenómeno de la sociedad civil, como el cambio de los seres humanos de un Estado Comunal a un Estado que va a regir a todos por igual.

Concibe a la criminalidad como el ejercicio de un derecho natural del pobre, que recupera su estado de naturaleza frente a la sociedad que no cumple el contrato. No es ya el hombre el que viola el contrato, sino la sociedad. En una sociedad justa, la criminalidad sería el resultado de la decisión de un hombre de violar el contrato social.

Para esta teoría la pena es una reacción defensiva para la conservación del pacto social ya que el delito coloca al reo fuera de la protección del orden social. El orden social es un derecho que ha sido fundado por los ciudadanos, por ello el delincuente es un traidor al pacto social y cuando se lo condena se lo hace como enemigo, no como ciudadano.

La doctrina establece que en la sociedad antigua, la criminalidad es el resultado de la violación del contrato social por parte de una minoría que había usurpado la propiedad de la enorme masa restante. Y este pareciera ser el caso de Guatemala, donde no existe en realidad un solo plan para crear un modelo de sistema penal moderno, sino que trata de avanzar a una nueva sociedad con principios doctrinarios antiguos.

3.8 La Mala Vida:

De Veyga Establece: “Los degenerados son los de la mala vida, los monomaniacos, los invertidos sexuales, los perversos y obscenos, los neurópatas, los decaídos y seniles, los vagabundos, que son un detritus social, una escoria, en actitud de activa y perpetua lucha con el orden, con la moral y con la seguridad general, que además crece sin cesar y se sobrepone, en forma ostensible y decidida, a la clase superior dirigente, a la de los fuertes y aptos, siguiendo esa ley natural de la supervivencia y predominio de los débiles”⁴³.

El plan de Francisco De Veyga, se puede resumir en la propuesta de institucionalizar a perpetuidad el mayor número posible de degenerados, delincuentes o no delincuentes que la circunstancia de que el sujeto no haya infringido la ley no le quita su condición de degenerado.

La mala vida se ubicó en el dominio de las anomalías, referidas al individuo que no era calificado como delincuente, sino eventualmente peligroso en función de sus imperfecciones, rarezas o rasgos particulares

Se fue delineando un estereotipo del pobre bueno y otro del pobre malo, el pobre bueno es, física y moralmente bello por naturaleza; y el pobre malo es, feo por naturaleza, repugnante, con la marca física de todas las taras de la maldad moral.

Se volvían clases peligrosas, esa gente mala necesariamente debía ser fea, porque lo malo y lo feo casi siempre se identifican, y si permanece bello es solo en apariencia, porque su realidad última es la fealdad. Los feos fueron siempre sospechosos, porque siempre se buscó en el cuerpo la marca visible del alma y sobre esa base fue señalado por la sociedad la personan como criminal, a veces oficial otras semioficial y otras no oficial.

⁴³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Criminología, Aproximación desde un margen, Volumen I, Bogotá Colombia, Temis, 1988, Pág. 153.

Hoy en día, el concepto de mala vida, según del Derecho Penal argentino, es aquella conducta ubicada en una zona fronteriza entre el crimen y la locura. Para su estudio se entrelazan la peligrosidad y prevención. La primera está relacionada con la identificación, en términos morales y físicos, de quien pudiera dañar de algún modo al cuerpo social. La segunda está vinculada a diferentes tecnologías de gobierno como el encierro preventivo de alcohólico y vagabundos, clasificados como degenerados.

En especial, en ciertas zonas como los barrios marginales, la lucha por la vida se hace difícil para muchos, no precisamente por la escasez de trabajo, sino más bien por inclinaciones propias, existe una agrupación de individuos con caracteres y costumbres especiales cuyos componentes son conocidos por gente de mala vida.

“La mala vida implica adaptación moral de la conducta y la criminalidad requiere su inadaptación moral”⁴⁴.

3.9 La Vulnerabilidad:

El nivel de vulnerabilidad está dado por la magnitud del riesgo en la situación de vulnerabilidad en que se colocó el sujeto. La vulnerabilidad, como todo peligro, reconoce grados, estableciendo niveles, según la situación en que se haya colorado la persona.

Esta situación de vulnerabilidad la producen distintos factores que pueden clasificarse en dos grandes grupos: posición o estado de vulnerabilidad y el esfuerzo personal por la vulnerabilidad.

1. La posición o estado de vulnerabilidad: La vulnerabilidad es predominantemente social (condicionada socialmente) y consiste en el grado de riesgo o peligro que la persona corre por pertenecer a una clase, grupo, estrato social, minoría, etc.

⁴⁴ Ingenieros, José. Criminología, La formación natural del Derecho Penal, Buenos aires, Talleres Gráficos de L.J. Rosso y Cía., 1916, pág. 27.

Como también por encajar en un estereotipo, en función de características que la persona ha recibido.

2. El esfuerzo personal por la vulnerabilidad: Es predominantemente individual, consistiendo en el grado de peligro o riesgo en que la persona se coloca en razón de su comportamiento particular. La realización del injusto es una parte del esfuerzo por la vulnerabilidad, en la medida en que lo haya decidido autónomamente.

Una de las principales causas para que un sujeto viva en estado de vulnerabilidad elevado, se da cuando la sociedad no se preocupa por elevar su nivel de vida, es decir que el sujeto no cuente con una escuela, casa digna, salud, acceso a los servicios básicos, hogar afectuoso. En cambio se inclina a una aceptación de lo negativo como falta de educación, pobreza, trabajo infantil, abandono, violencia familiar, etc. El Estado puede decidir si una persona se encuentra en estado de vulnerabilidad, en parte será porque el Estado no ha procurado que esa persona pueda formarse con y a través de hebras socialmente enriquecedoras.

3.10 Criminalidad y Delito:

Recordando que el objeto del Derecho Penal es la criminalidad, quien se ocupa del Derecho Penal, tiene que ocuparse también de la criminalidad y por lo tanto tiene que conocer el conjunto de normas jurídico penales y su interpretación, de igual manera conocer sobre la criminalidad y el delito.

- Criminalidad: Es el conjunto de todas las acciones u omisiones punibles dentro de un determinado ámbito temporal y espacial.
- Delito: Comportamiento punible de una determinada persona.

La conducta criminal es objeto del Derecho Penal, es tanto un fenómeno social (criminalidad) como uno individual (delito). La distinción entre criminalidad y delito está en que la criminalidad es la suma de todos los delitos, y que en su origen y

evolución inciden tantos factores distintos como los históricos, culturales, sociológicos, económicos, etc., que en el delito entendido como conducta individual⁴⁵.

3.11 La Pena:

La palabra pena proviene del latín poena, que significa castigo, tormento físico, padecimiento, sufrimiento. La pena se plantea como un concepto formal del derecho, como una sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. Es un mal que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito.

El Derecho Penal moderno ha humanizado sus penas, desapareciendo la torturas, azotes, mutilaciones, todo tipo de penas inhumanas, este tipo de penas las ha reemplazando, por la de privación de la libertad personal, para delitos graves y fórmulas alternativas de punición a la privación de la libertad, como multas u otras privativas de variados derechos, para delitos menores o faltas. El Estado lo utiliza como un instrumento de control formalizado que debe ser aplicado a la persona en forma proporcional y legal.

El criterio que hoy se maneja para determinar, desde el punto de vista de la justicia, el merecimiento de pena es el de la lesión o poner en peligro un bien jurídico. Con él se pretende asegurar que una conducta sólo sea amenazada con pena cuando afecte a intereses fundamentales del individuo o de la sociedad.

PRINCIPIOS:

En la determinación del concepto de merecimiento de pena hay principios elementales que limitan el poder punitivo del Estado. Entre estos se cuentan principios tales como:

- El principio de dañosidad social: Conforme a este principio, sólo puede considerarse merecedora de pena, la conducta que lesiona o pone en peligro un

⁴⁵ Zambrano Torres, Alex. Crimen y Criminalidad Organizada, <http://alexzambrano.webnode.es/products/crimen-y-criminalidad-organizada/>, consultado el 19 de septiembre de 2013.

bien jurídico, es decir, la que va más allá de la relación autor-víctima, afectando a todos los integrantes de la sociedad. Este principio marca los límites entre Derecho Penal y Moral, al exigir la exteriorización de la infracción jurídica y la manifestación social de sus consecuencias.

- El principio del Derecho Penal de hecho: Conforme al cual sólo las infracciones jurídicas realmente producidas y observables pueden ser consideradas merecedoras de pena. Con este principio, el sistema jurídico penal, se opone también a una completa adaptación a las metas preventivas, al declarar merecedora de pena sólo aquella conducta humana que pueda ser definida anticipadamente y que se manifieste concreta y externamente.
- El principio de subsidiariedad: Conforme al que sólo puede ser declarada merecedora de pena la infracción jurídica en la que el bien jurídico tenga que ser necesariamente protegido por el Derecho Penal y no por otros medios protectores menos radicales.
- El principio de proporcionalidad y de adecuación a la culpabilidad de las consecuencias jurídico penales, según el cual una conducta sólo puede tratarse como merecedora de pena cuando el empleo de los medios jurídico penales es adecuado, necesario y proporcionado.
- El principio de tolerancia y de respeto a la dignidad humana: En la determinación de qué es lo que merece una pena hay que respetar los límites fundamentales del ejercicio del poder estatal⁴⁶.

3.12 La Libertad del Legislador Penal en la Adopción de sus Decisiones:

El legislador penal tiene un importante margen de libertad a la hora de definir la conducta criminal. Por un lado, tiene que decidir no sólo sobre el sí del merecimiento

⁴⁶ Hassemer, Winfried y Francisco, Muñoz Conde. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1989, Pág. 71.

de pena, sino también sobre el cómo, es decir, sobre la técnica que debe utilizar para crear tipos legales protectores.

La decisión del legislador es siempre una decisión insegura, ya que desconoce la mayoría de las veces los factores que motivan en las personas, y si este volverá a delinquir en el futuro, es siempre un pronóstico que nunca se sabe si se va a confirmar.

La acción humana no se puede concebir de un modo puramente mecánico y el futuro es siempre incierto. Por eso, para legitimar la criminalización, el legislador debe obtener todos los datos que le sean posibles sobre el daño que causo la conducta ilícita y las consecuencias de la pena, sin que nadie le pueda sustituir en esa tarea.

En la actualidad el delito o la conducta desviada es producto de factores de diverso tipo: biológicos, psicológicos, sociales; se puede decir que es consecuencia de la interacción personal o simplemente el resultado de una atribución que hacen los distintos órganos de control social.

Probablemente, en cada uno de estos planteamientos hay puntos de vista correctos y desacertados, y su aceptación o rechazo, su éxito o su fracaso en la Administración de Justicia penal dependen de la valoración que ésta hace de los conocimientos empíricos que se le brindan. Por ejemplo, datos como el desempleo, condiciones de vida, drogodependencia, tipos de moda, tatuajes o perforaciones pueden ilustrar al legislador, a los Tribunales y a los funcionarios sobre las consecuencias y efectos de las decisiones que deben tomar. Aunque muchas veces las apariencias engañan, por ejemplo: un tatuaje no puede describir o afirmar que una persona sea criminal, puede ser un tipo de moda, una persona exitosa, un profesional. No se puede afirmar la peligrosidad a una persona que por no seguir las reglas morales de una sociedad, o no sea aceptada por el tipo de vida que lleva, sea penada o su condena sea mayor a la que este se merece.

3.13 Valores Ético-sociales:

⁴⁷Feuerbach, dividió la razón práctica en una razón práctica moral y una razón práctica jurídica: en la primera, el hombre puede conocer su deber moral, conforme al imperativo categórico; en la segunda, puede conocer sus derechos, que incluyen el derecho a realizar una acción inmoral. Hasta aquí el pensamiento de Feuerbach fue mucho más liberador que el de Kant, porque separó la moral del derecho, al mismo tiempo que esta distinción le permitía reconocer el derecho de resistencia a la opresión.

Ninguna reforma del Derecho Penal puede ser aceptable si no va dirigida a la protección de algún bien jurídico, por más que esté orientada en valores de la acción. Lo que hace el Derecho penal es estabilizar los valores éticosociales de la actitud interna, de una forma característica y teniendo en cuenta determinados límites que son precisamente los de los principios de legalidad y de protección de bienes jurídicos.

Sólo así puede esperarse que el control social ejerza a través del Derecho Penal una función ejemplar en la formación de los valores éticosociales de la acción.

Por ahora, la crítica debe orientarse a la satisfacción de las necesidades elementales que no están cubiertas: respeto del derecho a la vida, garantías a la integridad, elementales principios de igualdad y no discriminación, exigencias mínimas de justicia social. En América Latina, esos grandes modelos no se ajustan a la realidad, y ello lo demuestra la circunstancia de que no movilizan a la sociedad. "La única verdad es la realidad".

La manipulación de las clases medias latinoamericanas, y sobre todo en Guatemala, cuenta con un enorme poder social en donde marginan a los demás basándose en la supuesta violencia que pueden causar. Por ello, una tentativa de realismo

⁴⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Criminología, Aproximación desde un margen, Volumen I, Bogotá Colombia, Temis, 1988, Pág. 119.

criminológico marginal, que revele la represiva de los más carenciados y la violencia de igual magnitud que implica la invulnerabilidad de los poderosos, será siempre contracultural para las clases medias y sus intelectuales, pero se tiene la seguridad de que no lo será para las culturas de las grandes mayorías carenciadas y para la parte de la clase media que haya tomado conciencia de nuestra marginalidad.

Nuestra historia, será imposible hacer de América Latina una idea operativa, es decir, una idea que nos aproxime a la realidad de sus estructuras de poder y de control. Se nos impone una nueva tarea, que aún no se ha llevado a cabo orgánicamente, pero cuyos elementos están disponibles, y que solo podemos limitarnos a señalar: somos todos los inferiores, naturales e inmorales, hijos del despotismo, o del fanatismo, de la sensualidad, de la incapacidad de ser libres, esto es, todas aquellas culturas que no son europeas y nórdicas. El Tercer Mundo es, históricamente, toda la enorme riqueza de culturas milenarias, con sus respectivas cosmovisiones, que fueron despreciadas, destruidas o truncadas, sometidas y envilecidas por el poder mundial en el curso de los últimos cinco siglos⁴⁸.

⁴⁸ Ibid., Pág. 76.

IV CAPITULO

PRESENTACION, ANALISIS Y DISCUSIÓN.

La criminalidad no sólo es objeto del Derecho Penal, sino también es parte de la vida cotidiana del hombre en sociedad. Nos relacionamos con ella, a veces como afectados directamente y sobre todo como observadores interesados.

La investigadora está de acuerdo con la opinión de que, no hay sociedades sin criminalidad, es decir, sociedades en las que se permita la desviación o ésta quede impune.

La criminalidad sólo se puede determinar en relación a normas. Las normas penales son las que establecen que una conducta sea hoy y aquí delictiva, mientras que en otras épocas, esta fuera normal o incluso deseada.

Podemos decir que, la conducta criminal se vuelve seriamente problemática ya que las soluciones van desde la búsqueda del delito natural procurando explicaciones de un sistema penal preventivo. Lombroso, establece una corriente en donde basa su atención en lo social, “partiendo de una idea de integración, es decir, de una cierta unidad o armonía cultural en la sociedad. Distingue las conductas que se separan socialmente de las pautas culturales, y por ende, la criminología sería la ciencia que se ocupa de las conductas desviadas. Esta es la variable desarrollada en Estados Unidos”⁴⁹.

Es difícil para los países Latinoamericanos y más para un país como Guatemala, siendo un país de notoria inferioridad de desarrollo técnico y recursos informativos disponibles, que provoca un obstáculo desafiante adoptar postulados de la criminología.

⁴⁹ Ibid., Pág. 7.

El Código Penal, actualmente en vigencia, presenta una estructura institucional y delictiva un poco más técnica que los anteriores, sin embargo no se ha hecho más que introducir postulados de la Escuela Positivista, muchas veces sobre bases y principios de la escuela clásica que aún conserva.

Se dejan ver en él, muy pocos avances del tecnicismo jurídico, corriente que para su tiempo de creación ya había dominado todo el ámbito jurídico penal de aquella época.

Es de considerar que, el Código Penal actualmente vigente en el país, conserva el discurso de la mala vida, de tal manera que surge la siguiente interrogante ¿Cuáles son los resabios del positivismo criminológico del Código Penal Guatemalteco, que deben ser reformados para satisfacer las necesidades de la sociedad moderna?

Reincidencia y Habitualidad:

Conforme el artículo 27 inciso 23 y 24 del Código Penal, la reincidencia y la habitualidad son consideradas circunstancias agravantes del delito⁵⁰.

Es de considerar que, conforme el referido cuerpo legal, el delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena.

Para Cabanellas, “Reincidencia es la repetición de la misma falta, culpa o delito; insistencia en lo mismo. Estrictamente hablando, se dice que reincidencia es: la comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado. Agrava la responsabilidad criminal por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad”⁵¹.

⁵⁰ En este sentido se entiende como reincidente a quien comete nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero haya o no cumplido la pena.

Por su parte, se declara delincuente habitual conforme el mismo artículo en su inciso 24, a quien habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas. Así mismo conforme el artículo 33 del Código Penal, como consecuencia de la habitualidad, además de aplicarle la pena respectiva, el delincuente habitual quedara sujeto a medida de seguridad, siendo esta indefinida. Congreso de la República de Guatemala, Código Penal del Guatemala, Decreto 17-73.

⁵¹ Cabanellas, Guillermo y Luis, Alcalá Zamora. Diccionario Enciclopédico de Derecho Penal, Tomo V P-R, Argentina, Heliasta, 1970, Pág. 656.

La autora crítica estos incisos ya que son contrarios al principio de la cosa juzgada, los fines de la pena y garantías procesales. Debe considerarse que el Derecho Penal, debe ser un Derecho Penal de acto, no de autor y con esto, el Código Penal sanciona al autor por sus antecedentes delincuenciales.

Hoy en día, conservar en el ordenamiento jurídico guatemalteco, estas formas positivistas de castigo severo en el modo de vida de un individuo (Derecho Penal de autor), carece de lógica, humana y sentido jurídico. Al incrementar la pena, a un nuevo delito, por ser calificado como reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas anteriores que ya han sido debidamente ejecutadas.

Castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya han sido satisfechas, conlleva una violación del principio Non bis in idea (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), si se interpreta de esta forma el artículo 27 incisos 23 y 24 puede ser una norma inconstitucional.

Propuesta: La recomendación es, la urgente desaparición de esta norma legal ya que no es coherente para el modo de vida actual y la protección a los derechos del individuo. No siendo lógica su aplicación ya que se proyecta a los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social. Es necesaria su eliminación para que ello nos permita evolucionar como Estado de derecho.

Trabajo del Recluso:

El artículo 47 del Código Penal, señala que el trabajo de los reclusos es obligatorio y debe ser remunerado.

Esta sanción se encuentra regulada desde hace ya varios códigos anteriores, en la actualidad su aplicación se ha extinguido por lo tanto la investigadora no abarcara mas sobre este tema, basta con hacer mención del artículo.

Inconmutabilidad de la Pena:

Por su parte el artículo 51 del Código Penal, hace referencia a la conmutación de la pena⁵².

La conmutación a la pena es, aquellas medida alternativa de sustitutivos penales que consiste en reemplazar una pena privativa de libertad, impuesta judicialmente, por otra sanción de distinta naturaleza. Como señala De la Cuesta Arzamendi, ante “la no necesidad para el sujeto concreto de una pena cualitativamente tan grave, buscan la sustitución pura y simple de esas penas por otras, pretendidamente menos dañosas para el individuo y la sociedad”⁵³

En este sentido, llama la atención a la investigadora, la inclusión de la peligrosidad social como causal de no otorgamiento de conmutación de la pena. Así como, el considerar las condiciones personales del penado y los móviles de su conducta, afectando gravemente al individuo; quitándole la oportunidad de obtener una sanción menos grave a la que se le fue impuesta.

Las Naciones Unidas han expuesto una nueva forma de conmutación de la pena por trabajo y/o estudio, que motive a las personas privadas de libertad a ejercer sus derechos básicos, en especial el derecho al trabajo y a la educación, disminuyendo así el deterioro causado por el encierro, creyendo que es compatible con el Modelo Penitenciario de Derecho y Obligaciones de los sistemas penitenciarios de toda

⁵² La conmutación no se otorgara, 1º. A los reincidentes y delincuentes habituales; 2º. A los condenados por hurto y robo; 3º. Cuando así lo prescriban otras leyes; 4º Cuando apreciadas las condiciones personales del penado los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho, se establezca a juicio del juez su peligrosidad social; 5º. A los condenados por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera, contrabando aduanero, apropiación indebida de tributos y resistencia a la acción fiscalizadora de la administración tributaria. Op.cit.

⁵³ Prado Saldarriega, Víctor. Conversión de las Penas y Medidas de Seguridad en el Derecho Penal Peruano, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1997_11.pdf, Consultado: 24 de septiembre de 2013.

Centroamérica y del Caribe. Recordando que el derecho de trabajo y educación es para todos por igual, sin importar clase social, apariencias o edad.

Propuesta: El delincuente debe ser visto desde una perspectiva inteligente, como un ser libre y responsable de sus acciones. Por ello, no se debe juzgar con odio (por una simple emoción) si no desde un concepto responsable, garantizarle al individuo las condiciones mínimas de vida y juzgándole de conformidad al principio de igualdad con relación al resto de los individuos. Por lo tanto, la investigadora, propone eliminar el inciso 1 y 4 del precepto legal analizado, con fundamento en el principio Constitucional de igualdad.

Multa:

En relación a la pena de multa, esta la encontramos en el artículo 55⁵⁴.

A la investigadora le llama la atención el hecho de que en Guatemala está declarado Constitucionalmente que “no hay prisión por deuda”, sin embargo, si hay prisión por el no pago de una multa y los intereses y mora que esta pueda generar. Entonces surge la siguiente inquietud: ¿acaso la multa que no se paga se convierte en deuda frente al Estado?

El mecanismo legal sustitutivo, de la prisión por deudas, se sustenta sobre la base de que: la cárcel no genera dinero a los deudores, imposibilitándoles su adquisición por medio del trabajo.

Doctrinariamente, los hermanos Madrazo consideran, que a pesar de que ha avanzado considerablemente en relación a la pena de multa al incorporarle criterios tendientes a una aplicación igualitaria, sigue siendo desigual ya que los ingresos de un jornalero son o menores que los de un profesional o banquero, por lo tanto su incidencia aflictiva no

⁵⁴ Los penados con multa que no la hicieren efectiva en el término legal o que no cumplieren con efectuar las amortizaciones para su debido pago, o fueren insolventes, cumplirán su condena con privación de libertad, regulándose el tiempo según la naturaleza del hecho y las condiciones personales del penado entre cinco quetzales y cien quetzales por cada día. Ibid.

es la misma; al rico, al que poco importa el dinero, poco le importa la ley. Desde este punto de vista es un efecto desocializador y criminógeno propio de la pena carcelaria⁵⁵. Se le considera como una pena inmoral, ya que el Estado se aprovecha de los penados para incrementar sus fondos y es una pena que no rehabilita.

- Propuesta: Eliminar, en nuestro ordenamiento legal, la privación de libertad por la falta de pago. Pues la investigadora considera que, teniendo aun esta normativa regulada en nuestro código Penal, estaríamos regresando al origen del derecho, como en el derecho romano. La consideración es: ¿si se privaba de libertad al individuo, porqué regresar en lugar de avanzar y buscar el medio idóneo para que el individuo pueda hacer efectivo el pago sin ser privado de su libertad?

Para reforzar la propuesta anterior, debería contemplarse que desde el lugar donde labora el deudor se le descuenta cierta cantidad de dinero, que no afecte en gran escala su modo de vida. Que esa cantidad de dinero, sea depositada a una cuenta del Estado y de esta manera se solvete la deuda sin necesidad de llegar a privarle de su libertad.

Fijación de la Pena:

En el artículo 65 del Código Penal, se regula lo referente a la fijación de la pena⁵⁶.

En el artículo 66, se regula lo relativo al aumento y disminución de los límites de la pena, los cuales se determinan sobre las bases referidas, que hacen énfasis en situaciones personales del condenado.

En estos dos artículos, aun existe resabio del positivismo criminológico. Pues para la fijación de la pena, ya sea para su disminución o aumento, se toma en cuenta la

⁵⁵ Madrazo Mazariegos, Sergio y Danilo, Madrazo Mazariegos. Constelación de Ciencias Penales, Mazatenango, Guatemala, Magda Terra Editores, 2006, Pág. 319.

⁵⁶ Indicando que el juez o tribunal determinara en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de este y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado, las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por el numero como por su entidad o importancia. Op.cit.

peligrosidad y los antecedentes personales del procesado. Esta consideración, en determinado momento, cae en lo que se le llama la mala vida, pues si se considera que una persona ha tenido mala vida tendrá opción a una mayor pena.

A manera de ejemplo, consignaré los criterios de agravación y atenuación más utilizados en el proceso penal Guatemalteco. Estos criterios rutinariamente sirven de fundamento a los Jueces al emitir un fallo; criterios que lamentablemente se les ha dado escasa importancia. Es regla general que se cite como agravantes los malos antecedentes (penales y policíacos); las conductas antisociales (hábito a los juegos de azar, forma de vestir); las características del hecho y la peligrosidad manifestada; el estado policial; la pronta reincidencia luego de haber obtenido una libertad provisional; la personalidad del delincuente; la tendencia a la embriaguez, que lo convierte en socialmente peligroso; la edad de la víctima y la personalidad carente de principios elementales que le permitan dominar sus bajos instintos y algunos otros.

Como se ve, nada referido al futuro tratamiento penitenciario, y por lo tanto puede decirse que los criterios de graduación poco tienen que ver con el concepto de readaptación social y rehabilitación.

El doctor Zaffaroni presenta la idea de que los órganos judiciales o funcionarios encargados de impartir justicia suele presentársele a las personas ya disfrazadas y, de ser posible, con sus papeles completamente asumidos. El entrenamiento para ello se pone en marcha desde el momento en que el sistema penal toca a la persona que va a presionar o marcar⁵⁷.

El sistema de justicia supone que quien se viste de albañil se comporta como tal, construye muros y es albañil; se supone que quien corresponde al estereotipo del ladrón, es ladrón, se comporta como tal y, por ende, roba. La agencia judicial tiene

⁵⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl. En Busca de las Penas Perdidas, Buenos Aires Argentina, Tucumán, 1998, pág. 54.

por función confirmar, por medio de un proceso establecido, que efectivamente es así, que porque el que es ladrón debe robar, realmente roba.

Propuesta: El juez podría graduar la sanción de otra forma. Por ejemplo, por medio de un informe criminológico que le guíe y brinde información que desconocía. El informe tendría que ser de un médico psiquiatra judicial, pues en muchos casos, una sentencia mínima para el infractor sería suficiente, no sólo para intimidarlo, sino mejor, aún para persuadirlo. Para ello es necesario que el juez conozca mejor (a través de sus especialistas) a la persona que va a sentenciar.

Enfermedad Mental del Detenido:

En el artículo 67, se regula lo referente a la enfermedad mental del detenido⁵⁸.

La doctrina establece que para poder suspender la ejecución de la pena, tanto privativa como no privativa de libertad, es preciso que después de pronunciada sentencia firme se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena.

Conocer el sentido de la pena implica, antes de nada, que el penado entienda por qué se le ha impuesto la pena, que sea capaz de advertir que ésta es la consecuencia de su conducta contraria al ordenamiento jurídico. Ha de percatarse, además, de su contenido. Como establece Gracia Martín, “el proporcionar al condenado los instrumentos necesarios para su readaptación social no sólo es un deber del Estado, sino además un derecho de aquél sobre la ejecución de la pena”⁵⁹.

Se hace mención sobre el caso Fermín Ramírez, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el escrito de fecha 10 de agosto de 2006, mediante el cual los representantes presentaron sus observaciones a los informes del Estado. Al

⁵⁸ Indicando que si el delincuente enfermase mentalmente después de pronunciada sentencia, se suspenderá su ejecución, en cuanto a la pena personal. Al recobrar el penado su salud mental, cumplirá su pena. Op.cit.

⁵⁹ Gracia, Martín. Fundamentos de Dogmática Penal, Barcelona, Ed. Atelier, 2006, pág. 199.

respecto, manifestaron, inter alia, lo siguiente: “respecto del punto resolutivo décimo primero, se ha efectuado una evaluación médica y psiquiátrica, de Fermín Ramírez, para establecer su situación clínica actual. En el refiere que éste no habría tenido acceso a asistencia odontológica, médica y psicológica regular. En estos momentos, el señor Ramírez, presenta higiene bucal deteriorada, problemas estomacales y gástricos, cefaleas, irritación ocular y síntomas de depresión. Además, no ha contado con asistencia psicológica individual ni con un programa de atención especial y sufre las consecuencias del régimen de encierro permanente y falta de programas educativos, laborales o recreativos”.⁶⁰

Propuesta: En los casos en que se suspenda la ejecución de la pena privativa de libertad por enfermedad mental, se debe garantizar que el procesado recibirá la asistencia médica precisa, con el fin de poder decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad, de carácter esencialmente curativo. El cumplimiento de la pena no será necesario, si tras una larga suspensión de la pena y un adecuado tratamiento terapéutico, el sujeto no sólo ve restablecida su salud mental, sino que está en condiciones de integrarse socialmente.

Suspensión Condicional de la Pena:

El artículo 72, regula lo referente a la suspensión condicional de la pena⁶¹.

Nuevamente se encuentra ante la peligrosidad y ante una presunción aplicada a algo tan delicado como es la pena. Los jueces pueden presumir si volverá a delinquir o no.

La peligrosidad, del sujeto, es la cualidad especial del individuo de la cual se presume que cometerá o volverá a cometer un delito. Su determinación depende de la subjetividad del juzgador, quien se basa en la manifestación del individuo, de

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, de 22 de septiembre de 2006.

⁶¹ Señalando que la misma puede suspenderse si concurren entre otros los siguientes requisitos: 2°. que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso; 3°. que antes de la perpetración del delito el beneficiado haya observado buena conducta y hubiere sido un trabajador constante, que la naturaleza del delito cometido, sus móviles y circunstancias, no revelen peligrosidad en el agente y pueda presumirse que no volverá a delinquir. Op.cit.

alguno de los comportamientos previstos en la ley como índice de peligrosidad, ve si se rodea de factores que lo motiven a delinquir. Lo cual es una postura negativa del juzgador ya que estos factores no asegura que la persona llegara algún día a violar de nuevo la norma penal.

Teniendo esta norma vigente, se adelanta la respuesta correctiva del Estado sin justificación. ¿Quién puede afirmar que el sujeto lesionara de nuevo un bien jurídico penal? si en el cumplimiento de la pena demuestra buena conducta y es trabajador constante; y que por esa buena conducta se ha ganado la oportunidad de poder suspender condicionalmente la pena. El juzgador no puede quitarle este derecho al procesado por una suposición sin tener algo que afirme que volverá a delinquir. El juez no puede afirmar algo que no ha pasado, en virtud de que una presunción en realidad significa tener por cierto aquello que en definitiva podría resultar falso.

Para ello se debería exigir efectuar un pronóstico de peligrosidad basada en la posibilidad de daño para sí o para la sociedad, para determinar la procedencia de la libertad solicitada, mediante requerimiento de informes pertinentes al Establecimiento donde se encuentra alojado y considerar si cumple con los requisitos esenciales para la libertad condicional que pide el individuo.

Propuesta: Que se elimine este precepto legal de nuestro ordenamiento jurídico penal ya que el juzgador no puede adelantarse a condenar un hecho delictivo que no se ha cometido. Se está violando el principio de “presunción de inocencia”.

Perdón Judicial:

El artículo 83 del Código Penal, señala las condiciones para otorgar el perdón judicial⁶².

⁶² Señalando que deben darse los siguientes requisitos: que se tratare de delincuentes primarios, que antes de la perpetración del delito el beneficiado haya observado conducta intachable y la hubiere conservado durante su prisión, que los móviles del delito y las circunstancias personales del agente no revelen en éste peligrosidad social y pueda presumirse que no volverá a delinquir, que la pena no exceda un año de prisión o consista en multa. Ibid.

La doctrina considera al perdón judicial como un sustitutivo penal, debido a que tiene efectos directos sobre el cumplimiento de la pena, porque tiene como efecto principal el extinguir la responsabilidad penal. Puede aplicarse para la pena de prisión o multa.

Se aplica en los casos en que, se llega a la conclusión de que, la pena a imponer es demasiado severa y debe exonerarse su cumplimiento, y en determinados casos incluso puede considerarse que la aplicación de la misma no es necesaria.

Es una renuncia, que hace el Estado, de sancionar un delito cometido, atendiendo a una política criminal con el fin de resocializar al delincuente, dándole la oportunidad de reintegrarse a la sociedad y que no vuelva a delinquir.

Por lo que la apreciación del juez sobre la peligrosidad del individuo es personal y toma como fundamento los antecedentes sociales y familiares del delincuente. El juzgador debe otorgar el beneficio del perdón judicial y declarar que no existe fundamento para considerar que el sujeto volverá a encontrarse en una situación que lo lleve contravenir la ley penal.

Propuesta: Que se elimine ese inciso del precepto legal ya que el individuo a cumplido con los demás requisitos que establece el presente artículo, y tomando en cuenta que es una pena no tan grave. Se considera que el individuo que se encuentra en condiciones normales, no constituye una amenaza para la sociedad, siendo esto una causa de atenuación de la responsabilidad penal dando lugar a la aplicación del perdón judicial.

Indeterminación de las Medidas de Seguridad:

El artículo 85, hace referencia a la indeterminación en el tiempo de las medidas de seguridad⁶³.

⁶³ Señalando que las medidas de seguridad se aplicarán por tiempo indeterminado, salvo disposición expresa de la ley en contrario. Ibid.

En este sentido, se considera que las medidas de seguridad no pueden ser indeterminadas, debe existir una regulación al respecto, a efecto de su eficacia.

Las medidas de seguridad se apoyan en la peligrosidad y no en la culpabilidad, por esta razón se mantiene la distinción con la pena y medida de seguridad. Las medidas de seguridad se aplican en base a la peligrosidad a quienes jurídicamente están incapacitados para recibir una pena, porque faltan los requisitos de culpabilidad, por esta razón el delito deja de ser la razón de la imposición para convertirse en su circunstancia de fijación.

Claus Roxin establece que, la diferencia entre las penas y las medidas de seguridad radica en lo siguiente: “toda pena presupone culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado, y en cambio toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro”⁶⁴.

La corriente positiva se basa en que, no puede establecerse cuándo cesará la peligrosidad que debe combatirse en el sujeto pasivo, por esa razón la duración indefinida se relaciona estrechamente con el fin perseguido.

Postura que no comparto ya que no se toma en cuenta el principio de la humanidad de las penas, que prohíbe el trato cruel, inhumano y degradante.

Dicha regulación violando los principios Constitucionales de humanidad, legalidad y proporcionalidad de la pena, al dejar al arbitrio del juzgador ésta decisión. El individuo puede quedar recluido perpetuamente, sobrepasando el tiempo estimado en el caso de que se le hubiese impuesto una pena por el delito cometido

Propuesta: La duración de esta medida de seguridad nunca puede ser de una duración mayor a la pena que se le hubiese impuesto en caso de ser imputable, ni

⁶⁴ Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General, La estructura de la Teoría del Delito, 2ª edición, Madrid, Civitas, 2003, pág. 42.

mayor de 15 años, tiempo que se considera ser más que suficiente para afectar de forma irreversible la vida de cualquier ser humano.

Peligrosidad:

El artículo 87 del Código Penal, señala en qué consiste el estado peligroso o peligrosidad⁶⁵.

Recordemos que la peligrosidad es un status de la persona, formulado jurídicamente. Que afirma que la posibilidad de delinquir de un sujeto, es la probabilidad de un delito futuro.

La Escuela Positiva introdujo la aplicación de las Medidas de Seguridad, partiendo del estudio de la personalidad del delincuente, como un complemento de la pena, para impedir la realización de futuros delitos, viniendo a ser esta una prevención.

La escuela positiva fundo el término “mala vida”, que era relacionado al estado peligroso sin delito. Fue fundado en los años veinte, de esta surge la “Ley de vagos y maleantes” de España, que es un sistema que aplica penas sin delito, en nuestra legislación regulado como medida de seguridad.

La peligrosidad es un juicio de probabilidad, porque se desconoce la posibilidad y autodeterminación del hombre para delinquir, o no. Establecer la peligrosidad, es una tarea imposible para el juzgador, porque no conoce los sentimientos y pensamientos del individuo.

El Derecho Penal democrático, no se puede sancionar por lo que es el individuo, sino por el hecho que cometió. No obstante la ley admite valorar los antecedentes pero

⁶⁵ Indicando que consiste en: 1°. La declaración de inimputabilidad; 2°. La interrupción de la ejecución de pena por enfermedad mental del condenado; 3° la declaración de delincuente habitual; 4°. El caso de tentativa imposible de delito; 5°. La vagancia habitual, entendiéndose 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 y 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. Op.cit.

solo podrán usarse como parámetros de conducta. La Constitución Política de la Republica de Guatemala establece la libertad de acción, “toda persona puede hacer lo que la ley no prohíbe y nadie puede ser perseguido por sus opiniones o actos que no implique infracción de una norma”.

Esto quiere de decir que si la persona realizo un acto considerado por la sociedad como una mala conducta, pero no infringió la ley no se le pueden imponer medidas de seguridad.

No se le podrá imponer, una medida de seguridad al individuo por su estado peligroso debido a las siguientes razones:

- Porque ello daría lugar a un derecho penal de autor, en donde lo que se castiga no es el hecho, sino la personalidad desviada del individuo.
- Algunas formas de vida pueden molestar a la sociedad, pero por el simple hecho de que algunas personas no estén de acuerdo, no quiere decir que existe una peligrosidad criminal y que los supuestos individuos peligrosos vayan a cometer delitos.
- Se tiende a confundir peligrosidad social con peligrosidad criminal, estableciendo que estas personas, simplemente por su forma de ser, de actuar, de vestir o de hablar, pueden cometer delitos en el futuro, la conducta no siempre es delictiva si no es inmoral.

La escuela positiva afirma que: “todo autor de un delito ya cometido es un delincuente peligroso y es probable delincuente futuro”. Es verdad, si el sujeto ya cometió un delito tiene la aptitud para cometerlo de nuevo. Si se habla en términos psicológicos, toda acción, una vez realizada, requiere menor esfuerzo para repetirla. Pero sin duda alguna, esta afirmación no puede ser aceptada ya que no se puede afirmar que toda persona que haya cometido un delito, probablemente cometerá otro.

Analizando algunos incisos del presente artículo, se llega a la siguiente conclusión de inconstitucionalidad de la ley:

- La interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado: Viola el principio de resocialización regulado en el artículo 19 de La Constitución Política de la Republica de Guatemala.
- La declaración de delincuente habitual. Viola el principio de legalidad y el principio non bis in idem, ya introduce el principio de doble vía, se está ante un derecho penal de autor donde por un lado se le aplica una pena y por el otro una medida de seguridad.
- La tentativa imposible de delito: Viola el principio de legalidad ya que se le impone una medida de seguridad a alguien que no ha cometido ningún delito, no existe una acción antijurídica que pueda ser castigada, si no solo la mala intención. Lo que esta norma está haciendo es poner una medida de seguridad pre delictual.
- La explotación o ejercicio de la prostitución y la vagancia habitual: Viola el principio de presunción de inocencia, se estaría ante un derecho penal de autor, en el cual se condena a la persona, por la actividad en el caso de la prostitución o inactividad en el caso de la vagancia realizada, y no por el delito cometido. La vagancia no puede dar lugar a la imposición de una medida de seguridad no puede indicar un estado peligroso. Se cae a la presunción de un estado de peligrosidad criminal por parte del individuo. En el caso de la prostitución es un medio de ida que elije la persona, en ningún momento obliga a los individuos a participar de ella.
- La mala conducta observada durante el cumplimiento de la condena: Viola el principio de legalidad, certeza y determinación de la pena, ya que la pena se dicta como consecuencia de la comisión de un delito. No se puede penar dos veces un mismo acto ya que el individuo esta saldando su pena y esta no se puede convertir en medida de seguridad.

Los incisos que establecen la declaración de inimputabilidad, el de toxicomanía y embriaguez habitual no violan principios constitucionales ya que es criterio del juzgador tomarlos o no como presupuestos para imponer una medida de seguridad, pero no afirman un estado de peligrosidad.

En relación al caso de Fermín Ramírez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resuelve por unanimidad, en su numeral primero, inciso 8, que: El Estado de Guatemala, debe abstenerse a aplicar la parte del Código Penal que se refiere a la peligrosidad del agente, y modificar dicha disposición dentro de un plazo razonable. Adecuándola a la Convención Americana, conforme a lo estipulado en su artículo 2, de manera que se garantice el respeto al principio de legalidad, consagrado en el artículo 9 del mismo instrumento internacional. Se debe suprimir la referencia a la peligrosidad del agente, contemplada en ese precepto, respecto de la obligación de abstenerse de aplicar la pena de muerte con base en la peligrosidad del agente. En este sentido, el Estado, no ha cumplido con este punto ya que en una sentencia de 15 de junio de 2006, la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, declaró improcedente la acción de revisión promovida por el condenado contra una sentencia de noviembre de 2005, dictada por el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Chiquimula, que lo había condenado a la pena de muerte precisamente en aplicación de la mayor peligrosidad del agente. Esta decisión cambió la jurisprudencia de la Corte Suprema en dos casos anteriores, en los cuales, en aplicación de la sentencia dictada en el caso Fermín Ramírez, había anulado la pena de muerte y conmutado por la pena inmediata inferior. En tal virtud, esta situación “constituye un incumplimiento en los términos dispuestos por la Corte y coloca en una situación de peligro inminente de ejecución” a 13 personas, por aplicación de una norma incompatible con la Convención⁶⁶.

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, de 22 de septiembre de 2006.

Es preciso señalar que la Corte Interamericana condenó el criterio de peligrosidad en los siguientes términos: “la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención.

Se hace mención sobre el caso Raxcacó Reyes, en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resuelve por unanimidad: el artículo 65 del Código Penal guatemalteco, obliga al juzgador, al momento de imponer la sanción a los responsables, a analizar una serie de factores además del delito, tales como la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima del delito, el móvil del mismo, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el hecho, apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. La norma en cuestión resulta definitivamente inaplicable a los delitos de secuestro. En el caso particular del señor Raxcacó Reyes, las circunstancias particulares del hecho y del acusado jamás llegaron a considerarse⁶⁷.

Propuesta: Que se elimine el artículo anteriormente analizado, debido a que no puede imponerse a un individuo a una medida de seguridad simplemente porque al Estado y sus ciudadanos no le parece su forma de ser, su pasado, como viste, como habla o en que trabaja. Con fundamento en la Constitución Política de la República, esta reconoce una serie de Derechos Humanos que hacen que el criterio de peligrosidad no sea aceptado en un Estado democrático como el que tiene Guatemala, ya que se estaría violando el derecho a la dignidad humana. Por lo tanto la peligrosidad no puede estar establecida en la ley, por ser un juicio a futuro y no se puede determinar.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Raxcaco Reyes vs. Guatemala, de 22 de septiembre de 2006.

Medidas de Seguridad:

El artículo 88 establece qué medidas de seguridad son aplicables⁶⁸. El artículo 89 señala lo referente al internamiento especial⁶⁹. En el artículo 90 se contemplan las medidas curativas⁷⁰.

La escuela positiva tiene una irracionalidad en cuanto a las penas, porque de alguna forma se cree que la persona debe estar privada de libertad en su mayor tiempo para evitar riesgos a la sociedad

En todo Estado de derecho, se busca el respeto a la dignidad de la persona, incluso al momento de establecer las penas a imponer a los ciudadanos que quebranten la ley. En el caso de la imposición de medidas de seguridad no puede aplicarse con la incertidumbre de que el individuo cometa un hecho futuro.

Este artículo se basa en aspectos puramente físicos, de estatus económico o social del individuo para sancionar su conducta, aparentemente se refiere a la posible lesión de un bien jurídico tutelado por el Estado, que ocasione daño a terceros.

La dignidad del individuo se debe de respetar en un Estado democrático, al fijar penas no tan severas para disminuir el daño que les causan a las personas que las sufren. Tomando en cuenta que la culpabilidad elimina el concepto de peligrosidad, no puede imponérsele una medida de seguridad posterior al cumplimiento de la pena, porque no existe culpabilidad, si la persona no cometió delito simplemente no se da la existencia del mismo. El juzgador al momento de aplicar la ley, debe de tener como

⁶⁸ Señalando 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. Ibid.

⁶⁹ Cuando un inimputable de los comprendidos en el inciso 2°. Del artículo 23 cometa un hecho que la ley califique de delito, se ordenará su internamiento en un establecimiento psiquiátrico, hasta que por resolución judicial dictada con base a dictámenes periciales, pueda modificarse la medida o revocarse si cesó el estado de peligro del sujeto. Ibid.

⁷⁰ Indicando que los tribunales podrán ordenar, después de cumplida la pena, si lo estimaren peligroso, que el comprendido en el caso previsto en el inciso 1°. Del artículo 26 sea internado en un establecimiento educativo o de tratamiento especial. Ibid.

pilar fundamental lo preceptuado por la Constitución Política de la República de Guatemala. Si éste considera que alguna norma contraviene lo establecido en la misma, debe hacer de su uso y hacer efectivo los valores promulgados en la Carta Magna.

Propuesta: Eliminar los artículos 89, 90 analizados del ordenamiento jurídico penal ya que es inconstitucional penar dos veces el mismo delito violando el principio non bis in idem.

Régimen de Trabajo:

El artículo 91, refiere lo relativo al régimen de trabajo⁷¹.

En este aspecto, nuevamente nos encontramos frente a la peligrosidad, pero con la agravante de que la misma pueda tener un grado, mayor o menor.

Presentan inconstitucionalidad en virtud de que el Estado no puede obligar a las personas a que trabajen si no lo desean hacer, mucho menos decidir someterle a un régimen de trabajo que éste no desea. Mucho menos aplicar una medida de seguridad si el sujeto ya saldo su pena con el Estado, esta medidas de seguridad podría dejarse como una opción no para el juez, sino para la persona, para que ésta se desarrolle y se sienta útil y productiva a la sociedad ya que el trabajo es un derecho y no una obligación.

No es que se esté en contra del trabajo como opción durante la pena del imputado. Está claro que ayuda a la readaptación social y a que este pueda desarrollarse y convivir con demás personas. Esto lo ayuda a presentar una mejor conducta y confianza frente al sistema penitenciario. Se está en contra de imponer una doble penalización, si este ya cumplir su pena privativa de libertad no tiene porque de nuevo ser penado por medio de una medida de seguridad.

⁷¹ Señalando que los declarados delincuentes habituales serán sometidos según el grado de peligrosidad que demuestren, al régimen de trabajo en granja agrícola en centro industrial o centro análogo. Esta internación se decretará cuando cumplida la condena impuesta, se estime que ésta ha sido ineficaz en lo relativo a la readaptación del delincuente. Ibid.

Propuesta: Que el presente artículo sea reformado, en el sentido que el trabajo sea una opción para el individuo a tomarlo o no, y que no sea “sometido” (no como imposición de una pena) a trabajar en granja agrícola, centro industrial o centro análogo.

Peligrosidad por Tentativa Imposible:

En el artículo 92 indica lo referente a la peligrosidad por tentativa imposible⁷².

El delito imposible es un supuesto cuya punibilidad depende de la peligrosidad del autor y no de la suma de los elementos que constituyen un delito.

Viola el principio de legalidad, ya que en este caso no existe delito y a su autor se le estaría imponiendo una medida de seguridad pre-delictual. Toda medida de seguridad debe ser pos-delictual, o sea, imponerse posteriormente de cometido un hecho que infrinja el ordenamiento penal.

Este delito, carece de tipicidad, ilicitud y culpabilidad, por lo tanto no es posible que se afirme de la existencia de un fenómeno criminal o delito sin dolo o sin culpa, pues el delito sería un acto de responsabilidad objetiva.

Propuesta: Este artículo incurre en inconstitucionalidad por que viola el principio de culpabilidad, haciendo énfasis no en la culpa, sino en la peligrosidad del autor. De igual manera, viola el principio de lesividad, ya que carece de requisitos para ser considerada como un delito. El acto o hecho no viola un bien jurídico protegido por la norma penal, por lo tanto jamás puede ser sancionada con una de pena y su solución correcta es la impunidad.

Peligrosidad por Vagancia:

El artículo 93 hace referencia a la peligrosidad por vagancia⁷³.

⁷² Indicando que en los casos del artículo 15 se someterá al sujeto, según su grado de peligrosidad a régimen especial de trabajo en alguna de las instituciones mencionadas en el inciso 3º. Del artículo 88. Ibid.

Con demasiada frecuencia, y hasta en la mayoría de los casos de criminalidad, el sistema penal apunta sobre esos sectores de la población, pertenecientes a las clases marginales; atrapa a aquellos que no solo son más vulnerables socialmente por tener una condición física y económicamente diferente, que la sociedad no acepta, por lo tanto son los candidatos perfectos para la criminalización.

En Guatemala, el trabajo forzado fue una práctica implantada desde el siglo XVI por los españoles a los indígenas y negros, y esto se conservó en Guatemala hasta 1946. En el gobierno de Justo Rufino Barrios, se emitió el reglamento de jornaleros, decreto 117 de 3 de abril de 1877, que permitió a los particulares solicitar a los jefes políticos de los departamentos, mandamientos de jornaleros para que los vagos trabajaran en sus propiedades.

Años después, durante el gobierno de Jorge Ubico (el último dictador cafetalero) se emitió la ley contra la vagancia, en el decreto ley 1996 de 10 de mayo de 1934. Esta ley declaraba que, los jornaleros que no pudieran demostrar que tenían un compromiso de trabajo en una finca, sería tenidos por vagos y castigados como tales⁷⁴.

El doctor Zaffaroni, es claro al expresar que existe un grupo de conductas aceptadas por la sociedad y también existen un grupo de conductas que la sociedad o el control social no acepta. Pero, también manifiesta, que a la vez es necesario buscarle una solución para adecuarlas a nuestro sistema penal, y así lograr un progreso individual y un progreso social, formando un equilibrio⁷⁵.

La sociedad guatemalteca tiende a criminalizar a las clases económicamente bajas, sin demostrar que esas características son causas del delito. Y las considera como

⁷³ Señalando que 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 que no menor de un año ni mayor de tres. Ibid.

⁷⁴El trabajo forzado en Guatemala, <http://eltrabajoforzadoyexclusionpolitica.blogspot.com/>, Consultado: 10 de Octubre de 2013.

⁷⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. En busca de las Penas Perdidas, Buenos Aires Argentina, Tucumán, 1998, pág. 100.

causas de la criminalización en casos individuales y que el propio sistema penal se encarga de acentuarlas.

En el contenido de esta norma, se está condenando a la persona por su forma de vida; en lo que el Estado no tiene ninguna injerencia. Porque todos los ciudadanos son libres de hacer todo lo que no sea contrario a la ley, por lo tanto ninguna persona está obligada a realizar determinada actividad que la sociedad le exija.

Propuesta: Que este artículo sea reformado, de tal manera que el trabajo sea una opción para el vago. Su fin es mejorar su calidad de vida y ayudarlo a reincorporarse a la sociedad. Debe de considerarse que el trabajo no debe de imponerse como una pena, castigo o carga para él, ya que el obligarlo puede causar una rebeldía o repudio de su parte, en lugar de mejorar la vida del vago su actitud podría volverse un problema más para la sociedad.

Ebrios Habituales y Toxicómanos:

En el artículo 94 del Código Penal, se regula lo referente al internamiento de ebrios habituales y toxicómanos⁷⁶.

En Guatemala, la cárcel como pena es la común medida o control que toma el sistema penal, a lo que se le llama “mala vida”.

Para todos los penalistas y criminólogos del positivismo: el aislamiento, el silencio, la privación de libertad es su principal objetivo. La pena dirigida a la mente es tan brutal como la que se dirige al cuerpo; se niega toda posibilidad de mejoramiento mediante el aislamiento, que no hace más que aumentar las tendencias melancólicas.

⁷⁶ Señalando que al condenar por delito cometido bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas o estupefacientes y en todo caso, en que se compruebe que el delincuente toxicómano o ebrio habitual, el tribunal correspondiente podrá disponer, que antes o después de cumplida la pena si fuere de privación de libertad o simultáneamente con ella si fuere pecuniaria, el sujeto sea internado en un establecimiento de tratamiento especial, hasta que se demuestre, previo dictamen médico, que puede ser sometido a otro régimen como los previstos en los incisos 4º., 5º. Y 6º. Del artículo 88. Congreso de la Republica de Guatemala, Código Penal de Guatemala, Decreto 17-73.

La mayoría de estas personas sufren problemas de adaptación social, tanto familiar como en su comunidad, teniendo un impacto negativo para encontrar empleo y educación. Se ven atrapados en el rechazo social. La imposición de una pena privativa de libertad (cárcel), es la manera común que el sistema penal utiliza para sancionar las conductas ilícitas. Se debe de comprender que el rechazo no es la manera correcta para la rehabilitación y reintegración del individuo a la sociedad, aun menos poniéndole una doble penalización.

Según estudios realizados, en Brasil en el año 2012, una pena privativa de libertad no es la solución ya que individuos que han cumplido penas de prisión severas vuelven a delinquir, debido a que no pueden reintegrarse a la sociedad⁷⁷. Esto da la pauta que, en la actualidad, la pena de prisión para este tipo de individuos no es la mejor opción para su reinserción social. Es necesario cumplir la pena en un establecimiento especial, en donde pueda ser tratado su trastorno por profesionales especializados, esto como parte del derecho a la salud que brinda la carta magna, y así mejorar su calidad de vida.

Hoy en día no, es posible que los tribunales de sentencia tenga la facultad de decidir la aplicación de una medida de seguridad, con forme a las reglas de la competencia que establece el Código Procesal Penal, debido a que la pena presupone culpabilidad⁷⁸.

Propuesta: La investigadora propone que, simultáneamente con la pena privativa de libertad impuesta el imputado sea internado en un establecimiento de tratamiento especial, en donde se le pueda tratar de manera correcta el trastorno que este sufre, y no que este tratamiento sea impuesto previo ni posterior a la pena que debe cumplir.

⁷⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra Droga y Delito, Prevención de la reincidencia y reintegración social de delincuentes, Nueva York, Naciones Unidas, 2013, pág. 7.

⁷⁸ Madrazo Mazariegos, Sergio y Danilo. Constelación de Ciencias Penales, Mazatenango, Guatemala, Magda Terra Editores, 2006, Pág. 329.

Libertad vigilada:

El artículo 96 regula lo referente a la modificación de medidas⁷⁹. El artículo 97 señala lo referente a la libertad vigilada⁸⁰.

Es contraria al principio de legalidad la imposición de la medida de seguridad, luego de haber cumplido la pena, esto deja al individuo en un estado de semi-imputable, ya que es sometido a privación de libertad por tiempo indeterminado. Con el supuesto afán de proteger a la sociedad de sujetos peligrosos más allá de los delitos que hayan cometido.

El problema que tienen las personas con enfermedad mental, es que si cometen un delito, no serán juzgados por el delito cometido sino por su peligrosidad. Se cree en la posibilidad de la comisión de nuevos delitos que todavía no han cometido. Por tal razón, pueden ser condenados a un internamiento psiquiátrico aun más largo que el que le correspondiese por la gravedad del delito cometido, y que hasta puede convertirse en perpetuo.

El juzgador no puede condenar penalmente a alguien por cómo es, debe de condenar por lo que hace. El no establecer límites a sus sentencias; imponerles dobles medidas o condenas; el hacer énfasis en la peligrosidad criminal y peligrosidad social del sujeto a proceso, es un pensamiento que ha quedado en el pasado. El derecho tiene que evolucionar junto con las necesidades de la sociedad y

⁷⁹ Señala que 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. Congreso de la República de Guatemala, Código Penal de Guatemala, Decreto 17-73.

⁸⁰ Indica que la libertad vigilada no tendrá carácter de custodia, sino de protección y consisten, para los enfermos mentales, toxicómanos o ebrios habituales en confiarlos al cuidado de su familia, bajo la inspección inmediata del juzgado de ejecución penal o la institución que haga sus veces, que la ejercerá en la forma y por los medios que estimen convenientes. En los casos de suspensión condicional de la pena y de a libertad condicional, la medida de libertad vigilada, durará el mismo tiempo que se fije para dichos regimenes, 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. Ibid.

este medio de juzgar no es correcto para las necesidades que hoy en día se presentan.

En cuanto a la libertad vigilada, vemos que se somete al infractor a un tratamiento involuntario. Esta persona no sólo tendrá que permanecer ingresada durante un tiempo indefinido en un centro psiquiátrico sino que posterior a ello se le impondrá la libertad vigilada a salir de él. Aun más, se tendrá que someter durante la libertad vigilada a un tratamiento ambulatorio, que en la mayoría de veces es en contra de su voluntad.

Propuesta: Regular este tipo de rango legal, de manera sensible, desistiendo de afirmar algo de lo cual no existe certeza. Está claro que no existe garantía suficiente para afirmar que la persona sujeta a proceso volverá a cometer nuevas infracciones. Es contrario al principio de legalidad penal ya que no cabe otra condena, en este caso, que una sola medida de seguridad que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal. Por lo tanto se sugiere que se establezca desde el momento de imponer la pena, el tiempo específico del cual permanecerá internado en el establecimiento educativo especial. Asimismo, eliminar la libertad vigilada posterior al tratamiento de rehabilitación que cumplió el enfermo mental, toxicómano o ebrio habitual.

Prohibición de Residir y Concurrir ha Determinado Lugar:

El artículo 98 habla de la prohibición de residir en determinados lugares⁸¹. El artículo 99, indica la prohibición de concurrir a determinados lugares⁸².

Al analizar estos artículos, podemos concluir que esta pena tiene por objeto prevenir conflictos; posibilitar una mejor integración social del penado; permitir un mayor control de su conducta o formularle nuevos vínculos sociales.

⁸¹ Establece 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. Ibid.

⁸² Cuando un delito haya sido motivado por hábitos viciosos 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. Ibid.

No se está en contra de la pena y el objeto de esta, si no se está en contra de la doble penalización, de imponerle a un individuo, una medida de seguridad, si éste ya cumplió con la ejecución de una pena. Pues como vemos, de nuevo se cae a un derecho penal de autor. El Estado no puede limitar la libertad de acción que toda persona tiene, como un derecho constitucional. Por lo tanto, el procesado tiene derecho a vivir en donde decida y realizar su vida sin que le sean violados sus derechos ni su dignidad.

Propuesta: La investigadora concluye que, nuestra legislación vigente, al adoptar los criterios y principios del derecho penal de autor, incurre en inconstitucionalidad, a un non bis in idem. La constitución garantiza a todo ciudadano el derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia. Para evitar incurrir en ilegalidad y adecuar y armonizar los principios penales, procesales y constitucionales, se podría tener como opción reformar el artículo 26 de la Constitución Política, quedando así: “El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su domicilio o residencia, salvo el caso de quien haya recibido sentencia condenatoria y este sujeto a una medida de seguridad, dictada por Juez competente, según los artículos 98 y 99 del Código Penal Guatemalteco”.

Caución de Buena Conducta:

En el artículo 100 se establece lo referente a la caución de buena conducta⁸³.

El efecto inmediato que provoca la aplicación de este precepto legal es causar un empobrecimiento al patrimonio del imputado, aun cuando ya haya cumplido la pena y su conducta haya sido buena en el reclusorio. En el caso de personas de escasos recursos no es justo negarles este privilegio por su misma condición de pobreza, de no poder dejar ninguna garantía para probar su buena conducta.

⁸³Indica que consiste en la garantía persona, hipotecaria, prendaria o depósito de una cantidad de dinero prestada a satisfacción del tribunal y por el término señalado en la sentencia, de que el sujeto peligroso no cometerá nuevos delitos y de que cumplirá las normas de conducta que le sea impuestas durante un período de prueba que no será menor de un año ni excederá de cinco. Ibid.

El propósito es hacer justicia no satisfacer intereses económicos personales o del Estado. Se debe de proteger los derechos del individuo como la libertad, la necesidad social y sobre todo la presunción de inocencia ya que no se puede penar un acto ilícito que no se ha cometido.

Propuesta: Se elimine este precepto legal ya que no se puede condenar un hecho que no se ha realizado y aun más cuando el castigo provoca empobrecimiento del patrimonio del imputado.

Como conclusión de expuesto, en cuanto al caso, Fermín Ramírez, el Estado no se refirió en sus informes a sus obligaciones de brindar un tratamiento médico adecuado; de modificar la situación de las cárceles; ni de abstenerse de aplicar los criterios referente a la peligrosidad del agente, así como la modificación del mismo. Por ende, estima necesario contar con un informe estatal complementario sobre estos puntos, “incluyendo cualesquiera directivas generales que hayan sido giradas”;

No se debe de olvidar que la obligación de cumplir con lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Internacional, corresponde a un principio básico del derecho, que es la responsabilidad internacional del Estado de acatar dicha disposición, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). Y como ya lo ha señalado esta Corte y lo preceptuado por el artículo 27 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales, de los Estados Partes, vinculan a todos los poderes y órganos del Estado.⁸⁴

Guatemala se caracteriza por un control social punitivo (sistema penal), el cual impone castigos, penas y privaciones que en definitiva no corresponden a los fines

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, de 22 de septiembre de 2006.

de control de conducta. La diversidad de personas que integran los grupos y subgrupos sociales, se aíslan uno de otros; en general, el sistema penal no respeta a las personas que integran un grupo social diferente o moderno, puesto que no fomenta en ellas las virtudes que la sociedad proclama, al menos, que los medios masivos pretenden difundir, ni se interesa por su integridad física y psíquica.

En general, la criminología cuestiona el sistema penal, lo legaliza o legitima, sin embargo, el sistema penal es una de las formas del control social, ese control social se halla en directa relación con la estructura de poder de la sociedad y, esta corresponde a un modelo de sociedad.

La tendencia latinoamericana es arraigada, descalifica cualquier desarrollo social, lo utiliza como medio de defensa para la sociedad. Esto causa inferioridad en ciertos sectores de la población y nos margina tanto como individuos y como país. Es necesario pues, encuadrarlo y valorarlo siempre dentro marco de los derechos humanos. Se debe de tener la convicción de que, el desarrollo de los llamados derechos humanos individuales no pueda alejarse del desarrollo de los derechos humanos sociales. Si no existe un desarrollo de los dos, se cae en un desequilibrio.

Estas agencias (universidades, academias, revistas científicas, editoriales científicas, asociaciones de especialistas, institutos de investigación y fuentes de financiación) imponen modas, tendencias y limitaciones metodológicas al conocimiento, que se manipulan a nivel internacional. El problema de la nueva generación guatemalteca es que duplica o trata de imitar estas nuevas tendencias.

Es necesario establecer hasta donde es tolerable la conducta para que el hombre pueda desarrollar su potencial humano. El desarrollo humano es un derecho, cuyo entendimiento es difícil de entender. La equivocidad del concepto puede producirse donde se genera un espacio social para discutir la prioridad entre derechos humanos individuales y sociales, exigibles y no exigibles, pero en un margen donde no todos los hombres son considerados como personas.

Todo conocimiento criminológico tradicional, como cualquier otro conocimiento empírico sobre relaciones causales, debe aceptarse con la reserva de que pueda ser superado en el transcurso del tiempo. Esto significa que el legislador, a la hora de elaborar leyes vinculadas a datos empíricos, debe contar ya con posibles modificaciones en el futuro.

Como resultado de la presente investigación se puede establecer que fueron alcanzados los objetivos trazados, en cuanto a la pregunta de investigación ¿Existe resabios del positivismo criminológico en el Código Penal Guatemalteco? Efectivamente existen los cuales ya fueron expuestos y analizados con anterioridad, concluyendo satisfactoriamente la presente investigación.

CONCLUSIONES:

- Se identifica como resabio del positivismo criminológico: el estatus de peligrosidad que se le impone a determinadas personas, según como señala la ley, están sujetos a medidas de seguridad hayan o no cometido delito o falta, para protección de la sociedad.
- La imposición de medidas de seguridad a sujetos peligrosos sin la comisión de un delito, viola los principios más elementales del derecho constitucional, los principios de legalidad e igualdad, los principios non bis in idem y taxatividad, presunción de inocencia y proporcionalidad. El Estado protege a la sociedad de supuestos agresores que puedan cometer un delito.
- Si no se ha cometido un delito, el Estado por medio de sus órganos jurisdiccionales, no puede privarle la libertad a un individuo; esto dejaría sin efecto las garantías que el Estado de derecho reconoce.
- Las doctrinas que marcan el principio del positivismo criminológico, que tiene fuerza hasta el día de hoy son: la Antropología Criminal siendo su fundador Cesar Lombroso, a Sociología Criminal siendo su fundador Enrique Ferri y por último la Teoría de la Temibilidad (peligrosidad del delincuente) siendo su fundador Rafael Garofalo.
- Es necesaria la reforma al ordenamiento jurídico Penal, debido a que la peligrosidad del individuo no puede determinarse, por ser un pronóstico incierto. Si la persona cometerá o no un nuevo delictivo, es algo incierto. Dicha reforma debe ser encaminada a un Derecho Penal de acto y no de autor.
- Se necesita con urgencia la promulgación de un nuevo Código Penal guatemalteco, en el que se eliminen los resabios positivistas que se han aplicado

desde hace más de un siglo, ya que una reforma no es suficiente para llenar las necesidades que la sociedad tiene en el presente.

- Es necesaria la promulgación de un nuevo Código Penal guatemalteco, para poder estar a nivel similar a los de países en desarrollo. Pero sobre todo, para mejorar los centros de rehabilitación y que las penas o medidas de seguridad cumplan su objetivo, el cual es reinsertar a la sociedad, mediante programas especiales al infractor o condenado.

RECOMENDACIONES:

- El juzgador no deben imponer medidas de seguridad a una persona, señalada de peligrosidad social, por la simple suposición o presunción de que va a cometer un nuevo de delito, ya que no se puede castigar un acto que no ha sido ejecutado.
- Se debe establecer y regular procedimientos científicos para probar y declarar la peligrosidad de una persona. Así como también, el procedimiento para la imposición de la medida de seguridad que corresponda.

Referencias:

Bibliográficas:

- Antonio García, Pablos De Molina. Tratado de criminología, tercera edición, Valencia, tiront le billonch, 2003.
- Bergalli, Roberto y otros. El pensamiento criminológico, análisis crítico, Tomo I, Bogotá, Temis, 1983.
- Cabanellas, Guillermo y Luis, Alcalá Zamora. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo II C-D, Buenos Aires Argentina, Heliasta S.R.L, 1979
- Camargo Hernández, César. La rehabilitación. Ed. Bosch. Barcelona, 1960.
- Camargo Hernández, César. Derecho Penal, Decimoséptima edición, tomo I, Barcelona España, Bosc, 1975.
- Creazzo, Guiuditta. El positivismo criminológico, Buenos Aires, Ediar, 2007.
- De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. Derecho Penal guatemalteco. 18º. Edición, Editorial Magna Terra, Guatemala 2008.
- De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco, De Mata Vela. Derecho Penal Guatemalteco, Tomo I parte general, Vigésima tercera edición, Guatemala, Magna Terra Editores, 2013.
- Jiménez De Asúa, Luis. La Sentencia indeterminada: el sistema de penas determinadas a posteriori, Madrid, Hijos de Reus editores.
- Jiménez de Asúa, Luis. Lecciones de Derecho Penal, México, Harla, 1997.
- Marteau, Juan Félix. La condición estratégica de las normas, discurso radical de la criminología, primera edición, Buenos Aires Argentina, Eudeba, 1997.
- Madrazo Mazariegos Sergio y Danilo, Madrazo Mazariegos. Constelación de ciencias penales, Tomo I, Guatemala, Magda Terra Editores, 2006
- Muñoz Conde, Francisco. La enajenación mental desde la perspectiva de la reforma penal aspectos monográficos de fa Psicosis. Segundo simposium de la Psiquiatría española. Primera edición, 1994.
- Muñoz Conde, Francisco y Hassemer, winfriend. Introducción a la criminología y al derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.

- Nufio Vicente, Jorge Luis. Derecho Procesal Penal Guatemalteco, Quetzaltenango, Guatemala, Imprenta y litografía Los Altos, 2012
- Piazzzi, Carolina. Nuevas lecturas en torno al positivismo criminológico argentino, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, julio 2012.
- Puig Peña, Francisco. Derecho penal Parte general. Séptima edición, Madrid, 1988.
- Rodríguez Devesa, Seelig. Tratado de criminología, Madrid España, Trad. Española, 1953,
- Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología, segunda edición, México, editorial Porrúan, 1981.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Criminología, Aproximación desde un margen, Volumen I, Bogotá Colombia, Temis, 1988.
- Zaffaroni, Eugeni Raúl. En busca de las penas perdidas, Argentina, Copyright by Ediar Soctedad Anónima Editora Tucumán, 1998.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera. 1ª. Edición. Buenos Aires, Argentina 1998.

Normativas:

- Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, Guatemala 31 de Mayo de 1985.
- Código Penal, decreto 17-73, Congreso de la República, Guatemala 5 de Julio de 1973.
- Congreso de la República de Guatemala, Ley del Sistema Penitenciario, Decreto 33-2005.
- Asamblea legislativa de la Republica de Guatemala, Código Penal derogado, decreto 2164, Guatemala 1936.
- Secretaría de Gobernación y justicia, Código Penal derogado, decreto 419, Guatemala, Tipografía Nacional, 1889.
- Ministerio de Gobernación, Justicia y negocios Eclesiásticos, Código Penal de 1877, Guatemala, Tipografía de “El Progreso”, 1877.

Electrónicas:

- Alfano, Sebastián. Derechopenalonline, disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=16,73,0,0,1,0>, consultado: 29 de Agosto de 2013.
- Navarro, Daniel. Criminología y Psiquiatría forense, <http://psiquiatriaforense.wordpress.com/el-mito-de-la-peligrosidad-por-dr-daniel-navarro/>, Consultado: 5 de Septiembre de 2013.
- Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. Universidad de Costa Rica, http://sitios.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_98/completos/06_completo.html, consultado el 21 de noviembre de 2013.
- Enrique Aparicio, Julio. Universidad Argentina John F. Kennedy. Breves consideraciones sobre política criminal, <http://revista-cpc.kennedy.edu.ar/Edicion001/PoliticaCriminal.aspx>, Consultado el 13 de septiembre de 2013.
- Universidad de Málaga, Grupo de Investigación Eumednet, La Víctima, <http://www.eumed.net/libros-gratis/2010c/749/Concepto%20de%20victima.htm>, Consultado: 31 de Julio de 2013.
- Zambrano Torres, Alex. Crimen y criminalidad organizada, <http://alexzambrano.webnode.es/products/crimen-y-criminalidad-organizada/>, consultado el 19 de septiembre de 2013.

Instrumentos:

Disposiciones Generales.	Artículo que lo contempla.	Principios y derechos básicos que contiene.	Se adecua al discurso criminológico.	Principales Resabios.
Reincidencia y Habitualidad.	Artículo 27 del Código Penal.	Principios contrarios a: <ul style="list-style-type: none"> • cosa juzgada. • Los fines de la pena. • Garantías procesales. • Viola el principio Non bis in idem. 	Si porque incrementa la pena correspondiente a un delito tomando en cuenta sus delitos anteriores.	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 8, inciso 16 del Código Penal de 1877. • Artículo 22, inciso 16 del Código Penal de 1889. • Artículo 23, inciso 16 del Código Penal de 1936.
Conmutación de la pena.	Artículo 51 del Código Penal.	Principios contrarios a: <ul style="list-style-type: none"> • Igualdad. • Taxatividad. 	Si porque se toma en cuenta la peligrosidad y las condiciones personales del penado para el no otorgamiento	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 46 y 50 del Código Penal de 1877. • Artículo 77 al 79 del Código Penal de

			de la conmutación.	1889. • Artículo 48 y 79 al 82 del código penal de 1936.
Multa	Artículo 55	<ul style="list-style-type: none"> • Principio Preventivo • Viola el principio de Socialización e inserción. • Priva la libertad del individuo. 	Si porque priva la libertad del individuo, afecta el patrimonio del individuo pero sobre todo afecta a la clase social baja, de igual manera existe un principio constitucional que establece que no hay prisión por deuda.	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 55 del Código Penal de 1877. • Artículo 47 del Código Penal de 1889. • Artículo 46 del Código penal de 1936.
Fijación de la pena.	Artículo 65 Del Código Penal.	Viola el principio de: <ul style="list-style-type: none"> • Flexibilidad de la pena. • Proporcionali 	Si porque para la fijación de la pena se toma	• Artículo 51 del Código Penal de 1877.

		dad. <ul style="list-style-type: none"> • Igualdad. • Legalidad. 	en cuenta la peligrosidad y los antecedentes del procesado, señalándolo como una persona de la “mala vida”.	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 77 del código Penal de 1889. • Artículo 79 del Código Penal de 1936.
Enfermedad mental del detenido	Artículo 67 del Código Penal.	Derechos básicos. <ul style="list-style-type: none"> • Salud. Trato humano. <ul style="list-style-type: none"> • Igualdad y no discriminación. • Legalidad. • Normas de atención. • Derechos y condiciones en las instituciones psiquiátricas. • Admisión. • Garantías procesales. 	Si porque se aísla al enfermo de la sociedad, y en ningún momento garantiza la asistencia médica ni ayuda. Solo busca que el enfermo cumpla su pena.	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 64 del Código penal de 1877. • Artículo 89 al 91 del Código penal de 1889. • Artículo 21 incisos 1 y 91 del Código penal de 1936.
Suspensión condicional de la pena.	Artículo 72 del Código Penal.	Se viola el principio de: <ul style="list-style-type: none"> • Presunción de inocencia. • Legalidad. 	Si porque presume que el individuo volverá a delinquir y	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 49 del Código Penal de 1889.

		<ul style="list-style-type: none"> • Culpabilidad. 	<p>sanciona con anticipación.</p> <p>Se debe de recordar que el Derechos Penal es de acto no de autor.</p>	
<p>Indeterminación de las medidas de seguridad.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Peligrosidad. 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 85 del Código Penal. • Artículo 87 del Código Penal. 	<p>Viola el principio de:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Resocialización. • Dignidad humana. • Legalidad. • Proporcionalidad. 	<p>Si porque se aplican a personas que jurídicamente están incapacitados para recibir una pena por la falta de culpabilidad, ya que esta solo se apoya en la supuesta peligrosidad del individuo.</p>	<p>En los Códigos Penales derogados no existe un apartado específico de medidas de seguridad como en el vigente, pero se pueden observar en algunos de los artículos que contiene los códigos derogados.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Régimen de trabajo. • Tensiva 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 91 del Código penal. • Artículo 92 del 	<ul style="list-style-type: none"> • Derechos individuales. • Resocialización. • Libertar. 	<p>Si porque imponen al penado a un régimen de trabajo,</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 71 y 72 del Código Penal de 1877.

imposible.	Código Penal.	<ul style="list-style-type: none"> • Provecho económico. • Educación. • Mejorar la condición de vida. 	cuando este es un derecho no una obligación.	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 54 del Código Penal de 1889. • Artículo 53 y 54 del Código Penal de 1936.
<ul style="list-style-type: none"> • Peligrosidad por vagancia. • Ebrios habituales y toxicómanos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 93 del Código Penal. • Artículo 94 del Código Penal. 	<ul style="list-style-type: none"> • Legalidad. • Preventivo. • Rehabilitador. 	Si porque hay que recordar que el trabajo es un derecho no una obligación, en cuanto a los ebrios y toxicómanos es de comprender que el aislamiento no es la manera correcta de rehabilitación.	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo inciso 6 del Código penal de 1877. • Artículo 2 inciso 6 Código Penal 1889. • Artículo 23 inciso 15 del Código Penal de 1936.
Libertad vigilada.	Artículo 96 del Código Penal	<ul style="list-style-type: none"> • Culpabilidad. • Ne bis in idem. 	Si porque estas personas no	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 48 49 Código Penal

		<ul style="list-style-type: none"> • Libertad de comunicación. 	<p>son juzgadas por el delito cometido, si no por la peligrosidad del individuo, la posibilidad de la comisión de un nuevo delito.</p>	<p>1889.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Artículo 48 y 49 Código Penal 1936.
--	--	---	--	--