

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

ANÁLISIS CRÍTICO DEL PRINCIPIO DE INOCUIZACIÓN EN EL
DERECHO PENAL GUATEMALTECO

LICENCIADO JONATHAN STEVEN GUERRA PINTO

CHIQUMULA, GUATEMALA, JUNIO 2023

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

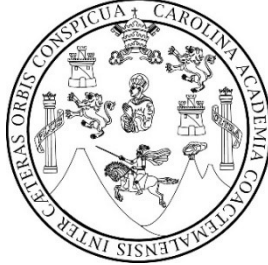
ANÁLISIS CRÍTICO DEL PRINCIPIO DE INOCUIZACIÓN EN EL
DERECHO PENAL GUATEMALTECO

Informe final de tesis para la obtención del grado de Maestro en Ciencias en Derecho Penal, con base al Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el día dos de abril del año dos mil catorce.

LICENCIADO JONATHAN STEVEN GUERRA PINTO

CHIQUIMULA, GUATEMALA, JUNIO 2023

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



RECTOR

M.A. WALTER RAMIRO MAZARIEGOS BIOLIS

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente:	Lic. Zoot. Merlin Wilfrido Osorio López
Representante de profesores:	M.Sc. Helmuth César Catalán Juárez
Representante de profesores:	M.Sc. José Emerio Guevara Auxume
Representante de graduandos:	Ing. Agr. Henry Estuardo Velásquez Guzmán
Representante de estudiantes:	A.T. Zoila Lucrecia Argueta Ramos
Representantes de estudiantes:	Br. Juan Carlos Lemus López
Secretaria:	Licda. Yessica Azucena Oliva Monroy

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

JURADO EXAMINADOR

Presidente:	M. Sc. Erick Estuardo Córdova Castillo
Secretario:	M.Sc. Selvin Wilfredo Flores Divas
Vocal:	Ph.D. Dina Azucena Cerín Miranda
Asesor de Tesis:	M.Sc. Williams Kaleb Valdez Cruz



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVESITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADOS

RES.DEPG.CUNORI.067-2022
Chiquimula, 08 de noviembre de 2022.

M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Director del Departamento de Estudios de Postgrados
Centro Universitario de Oriente,
Su despacho.

Maestro:

En cumplimiento de la asesoría de tesis que se me confió, para dirigir la investigación realizada por el licenciado JONATHAN STEVEN GUERRA PINTO, registro académico 201890642, previo a obtener el grado académico de Maestro en Ciencias en Derecho Penal, le informo que me ha presentado su informe final de tesis intitulado: "EL PRINCIPIO DE INOCUIZACIÓN EN LA APLICACIÓN DE PENAS EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO". El cual cumple todos los requisitos reglamentarios, con los principios, métodos y técnicas de la metodología de la investigación científica. Por lo que, recomiendo que se continúe con el trámite correspondiente para la defensa e impresión de dicho documento.

Sin otro particular, deseándole éxitos en su gestión, se suscribe de usted.

Atentamente,

"Id y Enseñad a todos"

M. Sc. Williams Kaleb Valdez Cruz
Asesor Principal de Tesis
Centro Universitario de Oriente.

Lic. Williams Kaleb Valdez Cruz
ABOGADO Y NOTARIO



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



CERTIFICACIÓN DE ACTA DE EXAMEN PRIVADO DE TESIS

DEP- 14-2023

El Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, **CERTIFICA**: que ha tenido a la vista el Libro de Actas de Exámenes Privados de Tesis, del Departamento de Estudios de Postgrado, del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala folio cuatrocientos setenta y ocho y cuatrocientos setenta y nueve, donde se encuentra el Acta EPTV guion cero tres guion dos mil veintitrés (**ACTA EPV-03-2023**), que copiada literalmente dice:_____

ACTA EPTV-03-2023: Mediante reunión realizada por medio de la plataforma virtual Zoom, con identificador No. No. 7604184758, programada por el Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente, con base en lo establecido en el Acta 14-2020, de reunión realizada por el Consejo Superior Universitario el 01 de abril del presente año y Punto Décimo Tercero del Acta Dieciséis guion dos mil veinte (16-2020), de reunión ordinaria realizada el veintitrés de abril de dos mil veinte, por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, nos reunimos los miembros del Tribunal Examinador, Maestro en Ciencias Erick Estuardo Córdova Castillo (Presidente), Maestro en Ciencias Selvin Wilfredo Flores Divas (Secretario), Doctora Dina Azucena Cerín Miranda (Vocal) y Maestro en Ciencias Mario Roberto Díaz Moscoso, Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente, quien actúa como testigo de examen privado de tesis, el día jueves dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023), siendo las diecinueve horas, para practicar el **EXAMEN PRIVADO DE TESIS**, del Licenciado Jonathan Steven Guerra Pinto (**Postulante**), inscrito **Registro Académico No. 201890642 DPI: 1842 51222 1901**, en el programa de **Maestría en Derecho Penal** de esta Unidad Académica, como requisito previo a optar el grado de **Maestro en Derecho Penal** en el Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente._____

PRIMERO: Procedimos a efectuar el referido examen de conformidad con el **NORMATIVO DE TESIS DE MAESTRÍA Y DOCTORADO**, aprobado por el Consejo Directivo del Centro



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Universitario de Oriente, en el Punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el dos de abril de dos mil catorce.-----

SEGUNDO: El examen privado de tesis fue oral y consistió en la evaluación de los elementos técnico-formales y de contenido científico del informe final de la tesis intitulado: **"ANÁLISIS CRÍTICO DEL PRINCIPIO DE INOCUIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO"**, elaborado por el postulante **Jonathan Steve Guerra Pinto**.-----

TERCERO: El resultado del examen fue **APROBADO** por **UNANIMIDAD**, por los miembros del Tribunal Examinador.-----

CUARTO: El secretario dio lectura a la presente acta de examen privado de tesis. No habiendo nada más que hacer constar se da por terminada la presente en el mismo lugar y fecha, siendo las veintiuna horas con diez minutos. Doy fe:

Para los efectos que a la interesada convengan, extendiendo y firmando la presente en dos hojas de papel bond, en la ciudad de Chiquimula, diecinueve de mayo de dos mil veintitrés.

"Id y Enseñad a Todos"

M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Director del Departamento de Postgrado
Centro Universitario de Oriente



D-TG-MADP-101/2023

EL INFRASCRITO DIRECTOR DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, POR ESTE MEDIO HACE CONSTAR QUE: Conoció el Informe Final de Trabajo de Graduación del maestrante **JONATHAN STEVEN GUERRA PINTO** titulado **"ANÁLISIS CRÍTICO DEL PRINCIPIO DE INOCUIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO"**, trabajo que cuenta con el aval de su Asesor y Coordinador del departamento de Estudios de Postgrados, de la Maestría en Derecho Penal.

Por tanto, la Dirección del CUNORI, con base en las facultades que le otorgan las Normas y Reglamentos de Legislación Universitaria, **AUTORIZA** la orden de impresión como **Trabajo de Graduación** a Nivel de Postgrado, previo a obtener el título de **MAESTRO EN CIENCIAS** en la rama de **DERECHO PENAL**.

Se extiende la presente en la ciudad de Chiquimula, a siete de junio de dos mil veintitrés.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Zoot. Merlín Wilfrido Osorio López

**DIRECTOR
CUNORI – USAC**



Dedicatoria

A Dios, por ser el ser Omnipotente que ilumina cada uno de mis pasos.

A mi madre, porque me instruyó con principios y valores éticos de responsabilidad, disciplina y perseverancia; por ello, muchos de mis logros se los debo a la única mujer que me inspira para poder alcanzar cada una de mis metas porque su esfuerzo y su amor siempre será invaluable.

A mis hermanos y amigos, por estar allí presentes con su apoyo incondicional en la culminación de esta meta educativa.

Tabla de contenido

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

CAPÍTULO I

LA PENA

Finalidad y principios de la pena según la teoría de los causalistas	1
Finalidad y principios de la pena según la teoría finalista	13

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS DE INOCUIZACIÓN, RESOCIALIZACIÓN, HUMANIZACIÓN Y PROPORCIONALIDAD

Principio de inocuización	30
Principio de resocialización	36
Principio de humanización	42
Principio de proporcionalidad	49

CAPÍTULO III

PRINCIPIO DE INOCUIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO

Penas inocuizadoras	58
Principio de inocuización en el derecho penal	67
La aplicación de penas inocuizadoras en el derecho penal	80
Penas inocuizadoras aplicadas	84
Pena de muerte	84

Pena de prisión	86
Publicación de la sentencia	89
Registro de agresores sexuales	90
La violación a los principios de resocialización, humanización y proporcionalidad	95
CONCLUSIÓN	112
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	114

INTRODUCCIÓN

El Estado en ejercicio del *ius puniendi*, como facultad sancionadora ha implementado diversos pronunciamientos doctrinales para reconocer la implementación de penas con la finalidad del principio de inocuización, esas penas nacen de la necesidad de reconocer y aplicar supuestos especiales de peligrosidad del autor ante la sobreprotección del conglomerado social, teniendo como fundamento la teoría de prevención especial negativa del delito aun siendo un Estado de Derecho constitucional con obligación de aplicar un sistema penal democrático. De tal forma, que el término inocuización, es un fin negativo de la pena, el cual, atenta contra la dignidad, la libertad y la resocialización de los sujetos a quienes se les aplica, debido a que intimida desde el aspecto psicológico y social, violando la dignidad humana y evitando la resocialización mediante la privación de la libertad.

Un Estado de derecho democrático exige la implementación de un derecho penal garantista, el cual requiere que la pena tenga la finalidad de resocialización porque garantiza la dignidad y la libertad, logrando el desarrollo de la personas dentro de una sociedad, los cuales son desde su versión axiológica, fines propios de una legislación y justicia penal democrática, esto significa, que el principio de inocuización no es vinculante para este tipo de sistema penal democrático, debido a que, el principio de inocuización busca imponer penas degradantes a los delincuentes a quienes se les considera incorregibles por apreciaciones subjetivas mas no objetivas, calificando a la persona y no a sus actos como factor disidente

para establecer su capacidad de corrección porque son peligrosos e inadaptados sociales, a lo que Von Liszt refirió como delincuentes sin remedio desde la perspectiva del principio de inocuización. El fundamento de este principio nace con la idea de Jakobs que desecha la idea que la persona individual pueda estar sobre el interés de la sociedad; por tal razón, determinó que el ser humano para ser considerado persona, debe someterse a consideración el papel o rol que le corresponde dentro de la sociedad, en otras palabras, determinar si la persona es antisocial o social.

Como es conocido, la pena tiene la finalidad de retribución del daño causado, pero, esto no significa que el mismo sea permanente o desmedido; toda vez, que sancionar a una persona por hechos futuros que son inciertos, es una violación a la dignidad humana, la libertad y sin finalidad resocializadora como lo exponen los defensores de la teoría de la prevención especial positiva que pretende la resocialización, debido a que, la inocuización impide la resocialización. Además, la ciencia de la sociología determina que todo ser humano es un ser sociable por excelencia, su exclusión podría considerarse como la muerte dentro de una sociedad que vive de etiquetas por cada uno de los actos que se realizan, al calificarlas como peligrosas y enemigas de la sociedad, debiendo asegurar el respeto de la dignidad, la libertad y el desarrollo de la personas en consideración que la expectativa de vida en Latinoamérica es de setenta y nueve años y en Guatemala de setenta y uno años, por lo cual, la resocialización dentro de una sociedad que se desarrolla dentro de un marco de legislación y justicia penal

democrática es fundamental. Por lo anterior, el Estado al establecer como fin supremo la realización del bien común o bienestar social, establece como prioridad la protección al conglomerado; es decir, debe garantizar a cada habitante la dignidad, la libertad y la justicia. Para que un delincuente pueda resocializarse necesita de una sociedad con un orden social y jurídico justo sin etiquetas y con respeto a los derechos humanos de cada uno de sus habitantes sin importar el estatus jurídico.

Sin embargo, en diferentes ordenamientos jurídicos penales, se han aplicado penas inocuizadoras, lo cual abre espacio al debate sobre este tipo de penas basadas en este radical principio, propio de una teoría del derecho penal del enemigo o de un derecho penal de autor, que tiene su antecedente en la época de la venganza privada y venganza pública, así como, en el Antiguo Régimen del Derecho Francés que es el antecedente próximo de la aplicación de dicho principio, agregándose a estos las legislaciones en materia de derecho penal de los Estados Unidos y países Europeos, los cuales aplican un derecho penal anglosajón, y por ello aplican penas que tienen como objetivo etiquetar al delincuente como inadaptado social y enemigo de la sociedad, con base en supuestos de peligrosidad y posible comisión de hechos delictivos futuros, impidiendo su libertad y resocialización; es decir, un efecto inocuizador, contraría el deber ser de la teoría de la prevención especial positiva y del derecho penal garantista.

Por ello, la investigación se realizó mediante al método dogmático jurídico y método deductivo, con la utilización de juicios jurídicos hipotéticos para verificar el

deber ser de la norma penal en relación al fin de la pena y el ser del derecho penal guatemalteco, mediante técnica documental para establecer la base dogmática de las teorías y principios de la pena, así como, entrevistas a psicólogos para concretizar efectos psicosociales, acudiendo a la psicología como parte de la enciclopedias de las ciencias penales y lectura de normas individualizadas para obtener evidencias de la aplicación del principio de inocuización en la aplicación de penas en Guatemala.

Respondiendo al objetivo que implicó establecer si el principio de inocuización en la aplicación de penas en el derecho penal guatemalteco produce una violación a los principios de resocialización, humanización y proporcionalidad de la pena, evitando el fin último de resocialización de la pena, partiendo de la hipótesis que la existencia del principio de inocuización como finalidad en la aplicación de penas en el derecho penal guatemalteco, es una violación a los principios de resocialización, humanización y proporcionalidad, por lo cual, una pena de prisión prolongada sería una pena inocuizadora que impide el fin último de resocialización de la pena en contradicción a la finalidad dogmática jurídica y teleológica del deber ser de un derecho penal democrático que postula un sistema de derecho penal de acto en el cual se fundamenta el derecho penal democrático vigente-positivo en Guatemala.

De tal forma, que el capítulo primero establece la importancia de conocer los fines y principios de la pena desde el punto de vista de la teoría causalista y finalista, capítulo segundo determina la función de los principios de inocuización,

resocialización, humanización y proporcionalidad en la aplicación de las penas en un derecho penal democrático y en el capítulo tercero, se analiza el principio de inocuización con el cual se determinó la funcionalidad del principio de inocuización en la aplicación de penas en el derecho penal guatemalteco para garantizar el fin último de resocialización de la pena desde un punto de vista dogmático jurídico, sociológico y psicológico dentro de un derecho penal democrático al cual se adhiere la legislación penal guatemalteca.

Para establecer un criterio dogmático jurídico penal, mediante la evaluación del derecho penal guatemalteco vigente-positivo en relación a la finalidad de aplicación de la pena y sus inconsistencias que revelen una apreciación más profunda en relación a la teoría de la prevención especial positiva de la pena (principio de resocialización, humanización y proporcionalidad) contra una teoría de la prevención especial negativa de la pena (principio de inocuización); para determinar que el principio de inocuización en la aplicación de penas en el derecho penal guatemalteco repercute en una violación a los principios de resocialización, humanización y proporcionalidad, convirtiendo en inoperante el fin último de resocialización de la pena, sobre el cual, se construye el deber ser de un derecho penal democrático en un sistema de derecho penal de acto. Siendo entonces, una base literaria para los expertos y estudiosos del derecho sobre un conocimiento científico (deber ser) y no práctico (el ser). Así mismo, será un estudio que puede orientar a legisladores, jueces y juristas en los distintos momentos de aplicación del deber ser del derecho penal.

CAPÍTULO I

LA PENA

Finalidad y principios de la pena según la teoría de los casualistas

Denominada por sus exponentes como teoría pura y utilizada en la mayoría de legislaciones en materia de derecho penal que conceptualizan que la determinación del delito estará siempre sujeta a la relación de causalidad; Lo anterior, se debe a la teoría que la fundamentan, partiendo de los estudios que realizaron algunos penalistas como Von Liszt y Von Beling, quienes concluyeron, que la comisión de un delito depende de un resultado el cual deriva de una acción, es decir, existe una relación de causalidad conocida en el ámbito natural como acción-efecto pero en el aspecto jurídico se le denomina acción-resultado, puesto que, de los hechos delictivos realizados por una persona se desencadenan resultados no efectos, ya que incluye la intención y la voluntad del querer hacer o dejar de hacer, conocido como dolo.

Para comprender los supuestos determinados con anterioridad de acción-efecto y acción y resultado, se ejemplifican de la siguiente forma: acción y efecto, volcán de fuego conocido en Guatemala como Volcán Pacaya, hace erupción, lo cual produce corrientes de lava que bajan por las laderas de sus faldas llegando a comunidades cercanas provocando destrucción de cultivos hasta la muerte de personas, este fenómeno natural, si bien produce un daño, este es considerado un efecto propio de la naturaleza, inevitable, sin intención, por ello, es un efecto de una acción natural no castigada por el Estado en protección de la colectividad.

Pero, si un sujeto denominado “A” ha planificado en su mente dar muerte a un sujeto denominado “B”, decidiendo que realizará el hecho: con arma de fuego, cuando el sujeto B se encuentre en su lugar de trabajo durante el horario de salida; ese plan del sujeto A, es denominado por la dogmática jurídica penal *iter criminis*. Por tal razón, al momento de decidir ejecutar su plan y conseguir su fin de disparar el arma de fuego en contra de la humanidad del sujeto B, produce un resultado que es la muerte, esto concluye que la acción produce un resultado, no un efecto, debido a toda acción realizada por una persona con intención provoca resultados, no efectos en materia de derecho penal.

Entonces, se puede decir que, toda conducta es típica y antijurídica cuando la acción y el resultado, se encuentra contenido en un tipo penal establecido con anterioridad a la perpetración del hecho delictivo para garantizar la legalidad y taxatividad de la norma penal y protección del sujeto activo; es decir, es una relación jurídica entre el hecho delictivo y la norma prohibitiva e imperativa del deber de no hacer, como lo conceptualiza la doctrina un juicio de valor negativo.

Por ejemplo, el dar muerte a otra persona es considerado una violación al bien jurídico tutelado la vida, por tal razón, el órgano que tiene el poder de legislar en Guatemala, ejerciendo el poder punitivo del Estado, lo determina como injusto penal en el artículo 123 del código penal guatemalteco, estableciendo: “Homicidio. Comete homicidio quien diere muerte a alguna persona. Al homicida se le impondrá prisión de 15 a 40 años” (1973). Si logra encuadrar la conducta del sujeto en el injusto o tipo penal, esta conducta se considera típica y antijurídica, por tal razón, se realiza una relación

jurídica entre un juicio de valor positivo y un juicio de valor negativo. De ello se establece la acción de querer matar y el resultado de dar muerte.

En el sistema de la teoría causalista pura, la conducta y sus elementos de dolo y culpa no se examinan dentro del tipo sino hasta el examen de la culpabilidad, esto refiere a que, en el estudio del elemento positivo del delito denominado culpabilidad es donde se debe determinar el dolo y la culpa. Tomando en consideración el ejemplo anterior, cuando el sujeto A da muerte al sujeto B, la determinación del elemento positivo tanto subjetivo como objetivo consistente en realizar su conducta con la intención y la voluntad del querer hacer o bien si se realizó por la falta del deber de cuidado, culpa; se determinan después de establecer si la persona tiene la capacidad para comprender los hechos realizados, imputabilidad y si la conducta está permitida por causas eximente de la responsabilidad penal, denominadas causas de justificación y culpabilidad. Pero, lo anterior es lo que provoca una controversia con los positivistas que aplican el finalismo en su estudio en donde ellos determinan que en la culpabilidad no se puede examinar el dolo o culpa, sino sería en el tipo para proseguir con los demás elementos del delito.

Además, esta teoría encausa al delito en la observancia derivado de una ley natural de causa y efecto, donde la causa que es la voluntad y la ejecución van unidas, sin separarse una de otra, porque no se castiga la intención o la planeación sino que se observa el resultado de la ejecución para determinar la culpabilidad del sujeto, por el principio de taxatividad y lesividad que refieren a todo acción no permitida por la ley es castigada siempre que vulnere gravemente un bien jurídico tutelado en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado que protege el bien común o bienestar general de la población,

es decir, el interés social prevalece sobre el interés particular en virtud del principio de primacía del interés social como se establece en la ley fundamental del Estado de Guatemala y ley del Organismo Judicial (1990) que regula la aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco. Por ello, si la acción está determinada dentro del injusto penal siempre será culpable si la misma es causa de un resultado, en garantía de la protección del bien jurídico tutelado, la paz y seguridad social, para mantener el bien común, siempre que no exista una eximente de la responsabilidad penal.

Para profundizar en el estudio de esta relación de causa y resultado, y poder determinar la finalidad que tiene la pena dentro de este sistema causalista, se debe analizar el método de averiguación para poder sancionar una conducta típica, antijurídica y culpable. Dentro del sistema causalista el método de averiguación se basa complejamente en la teoría de la equivalencia de las condiciones, causa eficiente y causalidad adecuada.

La primera teoría de la equivalencia de las condiciones, opera de la siguiente forma: si el sujeto A provoca como resultado de sus actos lesiones al sujeto B, este será sancionado por los resultados derivados de una acción adecuada, no solo por la intención y la voluntad, entonces la *condition sine qua non* se determina de las lesiones producidas; si no provoca una acción adecuada que produzca las lesiones no puede ser sancionado porque se castiga cada uno de los actos no al autor; sin embargo, esta teoría se pone en duda si puede ser aplicable y garantizar los principios y garantías procesales

del sindicado de un hecho delictivo, toda vez, que con solo una acción adecuada es responsable de todos los resultados.

La segunda teoría denominada causa eficiente, deviene de la causa próxima y es la que concuerda que un sujeto debe ser sancionado solo por el resultado derivado de la causa próxima al mismo, esta teoría fue implementada por Francis Bacon; sin embargo, esta fue tratada un siglo antes por la denominada escuela empírica, que determinó que la causalidad, deviene del resultado producido por una causa próxima que reúna los siguientes requisitos importantes: contigüidad y antedecencia. Por ejemplo: el sujeto A cambia los medicamentos que el sujeto B tenía que inyectar al sujeto C, el sujeto B inyecta la solución al sujeto C ignorando que los medicamentos fueron cambiados con lo cual produce la muerte, para esta teoría, basada en la contigüidad del acto más próximo al resultado, el responsable del hecho sería el sujeto B.

Con el ejemplo arriba descrito, se puede comprobar que la contigüidad no es aplicable para la determinación porque existía otra acción que aun no siendo la más próxima al resultado, fue la idónea para perpetrar el hecho delictivo. Por tal razón se reestructura la teoría en una teoría denominada de la causa eficiente, que es una alternativa a demostrar la causalidad.

Por lo tanto, se centra en encontrar la causa eficiente para producir el daño, es decir, en la eficiencia de los actos de un sujeto que produjeron el resultado, el cual es típico, antijurídico, culpable y punible. Esta teoría encuentra su punto débil, en que centra su concreción en un elemento de productividad o determinismo, porque surge las constantes preguntas de cómo establecer la causa determinante del resultado o la más

productiva que logró el resultado cuando existen varias, sería un criterio subjetivo mas no objetivo. Fue una teoría no útil, por lo cual no fue aceptada. Por ello, se propuso otra denominada de la causa adecuada.

La teoría de la causa adecuada, también establece el desafío de distinguir entre causa y condición a través de un juicio de probabilidad. La primera constante para determinar la causa adecuada, se deberá tomar en consideración qué era lo conocido para el autor, un aspecto subjetivo a examinar, que era lo que el autor conocía sobre el resultado; otros autores concretan que se debe establecer: que es lo conocido por la generalidad no solo por el autor, podríamos decir que se aplica que tanta publicidad tiene el tipo penal en la sociedad, para determinar que sus actos al provocar un resultado pueden ser castigados.

Otra de las probabilidades para establecer la causa adecuada es, que se debe establecer que conocía el autor antes del resultado o que conoció después del mismo y finalizando con los que consideran que se debe establecer que tantas condiciones conocía el autor antes del resultado, al igual que aquellas que podría conocer en realidad. Todas estas teorías pueden ser puestas en juicio para su aplicación, aunque algunas legislaciones las determinan como método de averiguación de la verdad de los hechos delictivos.

Concretándose en la legislación penal guatemalteca, la teoría que adopta a primera vista es la de la causa adecuada y la de equivalencia de las condiciones, según lo señalado en el artículo 10 del Código Penal, este establece en su parte conducente “Relación de causalidad. Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos

al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión idónea para producirlos conforme a la naturaleza del delito [...]” (1973).

Si se analiza el artículo 10 antes relacionado, se puede apreciar que identifica que se necesita una “acción u omisión idónea” lo cual, en la teoría de la causa adecuada, determina que se debe buscar la causa idónea que produjo el resultado para poder ser sancionada; por lo que, se puede concluir que la legislación guatemalteca toma como punto de partida para establecer la causalidad dicha teoría aunado a ella la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Entonces, ¿cuál es el papel que tiene la pena dentro de la teoría causalista?, lo primero es determinar que la pena es la consecuencia jurídica del supuesto de hecho y lo segundo es determinar el fin que persigue con base en sus principios, porque la teoría de la causalidad determina que debe existir una relación de acción-resultado lo cual lleva consigo el castigo de esa acción que produjo un resultado dañando un bien jurídico tutelado.

La pena encierra entonces tres aspectos: la acción, el resultado y el bien jurídico tutelado violado, de la consecuencia de esos aspectos se determinará la pena; por tal razón, algunos autores definen a la pena como: consecuencia jurídica que deriva de la realización de un delito y un mal que el legislador previó en la comisión de una acción típica, antijurídica y culpable. Estas definiciones logran encerrar esos aspectos, porque si A da muerte a B, se cumple los aspectos de acción-resultado siendo igual a realización de un delito; pero para ser delito primero debe estar considerado un valor jurídico

constitucional que el legislador tutela creando un tipo penal que lo proteja de violaciones denominándolo bien jurídico tutelado.

Por ello, al centrarse en el estudio de esos aspectos, la pena, es la que define la existencia del derecho penal, toda vez, que el derecho penal lo que busca es sancionar todas aquellas conductas contrarias a la ley, que han violado gravemente bienes jurídicos tutelados, que son aquellos valores jurídicos que la Constitución Política de la República de Guatemala protege y que los legisladores han sancionado con anterioridad para cuando se dan violaciones a los mismos.

Entonces, si el sujeto A decide ir con sandalias a una fiesta que tenía como regla vestir de gala, este no viola ningún bien jurídico tutelado, solo incumplió una regla de convencionalismo social, que no produce ningún daño grave, por lo cual no necesita de la punibilidad realizada por el legislador. Pero, si el sujeto A quiere atentar contra la vida, la indemnidad sexual, la propiedad de un sujeto B, de una forma grave, esta conducta sí produce un resultado que daña a la colectividad, por lo tanto necesita una protección a través de una sanción impuesta por el Estado por medio de la punibilidad que establece el Organismo Legislativo.

Por ende, si la pena es una forma de punibilidad que realiza el Estado a través del órgano encargado de crear leyes, como consecuencia de una acción u omisión que causó un resultado en la sociedad de forma grave violando un bien jurídico tutelado, se puede establecer que el fin de la pena es: el castigo de las conductas típicas, antijurídicas y culpables que sirven para castigar, reparar, reprimir y prevenir el delito garantizando la seguridad de la sociedad y evitando la arbitrariedad de las mismas para el sujeto activo

que las padece como garantía al derecho de la igualdad, la vida, la seguridad, la libertad y dignidad humana.

Entonces, la pena, para la teoría pura tiene el fin de la retribución del mal causado por el sujeto activo hacia el sujeto pasivo, esta finalidad está estrechamente vinculada a razones éticas, morales y religiosas, contrariando la finalidad de un derecho estatal y convirtiendo en derecho divino donde trataban de convertir a la pena en sufrir o purificar el pecado, calificación que se le daba al delito. De ello es que se determinó: “la pena es la reacción necesaria para restablecer el orden jurídico violado y no tiene ningún fin utilitario posterior” (De León Velasco et al., 2001, p. 525). Por tal razón, se dice que la pena solo era retributiva sin tener una finalidad de intimidación y corrección, la primera no tendría ningún efecto para prevenir el delito y la segunda no cumpliría una reforma del comportamiento del delincuente. Sin embargo, esta es contraria al fin de los Estados sociales y democráticos donde el derecho busca la seguridad jurídica, la preservación de la paz y el bien común.

Posteriormente, las teorías relativas o utilitarias establecieron tres fines importantes de la pena:

a) Intimidar o prevenir: este fin empieza con el órgano del Estado encargado de ejercer el poder punitivo para determinar los bienes jurídicos tutelados, legislar los delitos y por ende las penas que deberán aplicarse al momento de violar un bien jurídico tutelado, lo cual busca que los integrantes de una sociedad tengan el conocimiento y comprensión, que el violar un derecho fundamental que es determinado como bien

jurídico tutelado, mediante la realización de hechos delictivos, es castigado con penas que deberán estar acorde al agravio ocasionado.

b) Estabilizar a la sociedad: estabilizar a la sociedad, se entiende como el deber de castigo hacia el delito, logrando que la sociedad comprenda de una forma secundaria que las conductas delictivas son sancionadas, logrando establecer en la sociedad una satisfacción social por la verificación el castigo al violador de la ley penal y a la vez ser otra forma de prevención del delito.

c) Corrección: pretende que el delincuente al cumplir la pena impuesta pueda cambiar o modificar sus actos para evitar caer nuevamente en la situación jurídica de ser condenado y cumplir una pena. Sin embargo, algunas penas son indefinidas con etiquetamiento social de por vida, lo que no permite la corrección en su pleno objetivo porque daña la dignidad humana.

De lo anterior, resultó una crítica filosófica de Kant y Hegel, sosteniendo que al hombre no se le puede ser sometida su dignidad como persona, para ser considerado como un instrumento para lograr el propósito de un poder estatal que consiste en mostrar ejemplos de que puede suceder, si bien existe la norma jurídica de carácter penal, esta sería suficiente para lograr que el ser humano pueda comprender lo que no debe hacer, pero esto no puede significar que el Estado utilice al hombre para demostrar el poder punitivo con el fin de imponerse frente a todos, debido a que, el ser humano no es un medio o instrumento, para menoscabar su personalidad y dignidad. La anterior crítica, fue motivo de discusión, toda vez que la primer teoría denominada general negativa o intimidatoria, consistía en tratar de intimidar a la colectividad con el ejemplo, pero, en el

ejemplo consistía, en hacer pública la ejecución de las penas, recordando que era parte del uso de penas que violaban la integridad personal y la vida como: la prisión desmedida, la pena de muerte, la castración como medio de venganza pública.

Feuerbach (1987, como se citó en De León Velasco et al., 2001): “este impulso sensual será eliminado en cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguirá un mal a su hecho, que el mayor que el desagrado que surge del impulso no satisfecho hacia el hecho” (P.527); en otras palabras, esta teoría conceptualiza que el ser humano solo comprende al momento de ver lo que a otro le pasa, considerando que la intimidación psicológica crea consciencia y evita el delito; sin embargo, fue criticado por los especialistas en psicología y derechos humanos, por el hecho que la persuasión del individuo a través del ejemplo de castigos hacia otros puede ser motivo que menoscaba la dignidad del que la sufre al ser evidenciado su padecimiento y su etiquetamiento social, si bien la pena, tiene un significado de ser una medida masiva y rígida que el Estado establece en ejercicio del ius puniendi, también se debe considerar que no puede violar los derechos inherentes a la persona humana, como lo son la libertad y la socialización. En suma, la pena tiene una finalidad preventiva, pero, sin que viole derechos humanos, toda vez, que al establecer la norma la misma está siendo preventiva en protección a los derechos fundamentales protegidos en la norma penal como bienes jurídicos tutelados.

Aunado a la anterior, existe otra teoría que se fundamenta en la prevención general positiva donde el efecto prevención se centra en la actividad de la justicia, consistente en aplicar la pena al sujeto activo que produce una violación a bienes jurídicos tutelados, proporcionando confianza y pacificación en la sociedad, así mismo,

de aprendizajes porque refuerzan valores éticos como el respeto a los derechos humanos y normas jurídicas al verificar que todo acto contrario a los mismos son sancionados, por ende, esta teoría es más viable en la percepción de prevención porque evita la intimidación psicológica o como algunos autores le denominan el terror penal, esto significa que la prevención mediante la utilización de la aplicación de la pena debe comprender factores importantes para ser útil a la sociedad sin ser agresiva o intimidatoria: la proporcionalidad que es un principio que indica que debe ser acorde a la violación producida y la razonabilidad de las mismas, para producir un efecto en la colectividad y en el sujeto que las padece.

Por otra parte, se agregó la teoría de la prevención especial, que se basa en calificar la peligrosidad del delincuente como punto de partida para determinar el grado de resocialización que en principio califica al delincuente en su persona y no por sus actos, con una finalidad antigarantista del derecho penal, en la razón, de considerar la aptitud del delincuente por aspectos subjetivos apreciados por la simple observación, mas, no por la calificación de las ciencias como la psicología y psiquiatría, en contraposición al deber ser de la pena que es sancionar los hechos delictivos. En efecto, esta consideración de peligrosidad denota una considerable vulneración de derechos humanos como la dignidad, partiendo del punto de implementación de este tipo de sanciones en su principio como: psicofármacos, electro shock, que trataban de modificar la conducta de forma conductual, por tal razón, se considera que el juez penal no está apto para decidir sobre la imposición de penas psiquiátricas que violan la dignidad humana, esto no interfiere en que al delincuente se le imponga una sanción por el daño

ocasionado con la imposición de penas que sean proporcionales, legales y razonables conforme al delito realizado.

De lo anterior se puede determinar que la pena debe tener un enfoque resocializador, pero, no con finalidades de imposición conductual, sino por medios aceptados que no violen derechos humanos. Por lo cual, la pena no debe ser: un sometimiento de la dignidad humana, esto significa que por más poder que tenga el Estado en el ejercicio del *Ius Puniendi*, los derechos humanos inherentes a la persona humana prevalecen sobre ese poder donde se debe garantizar la dignidad en concordancia con el hecho del cual es culpable; y no superior a la culpabilidad, esto refiere que la culpabilidad, a lo cual la doctrina conoce como la limitante del poder punitivo del Estado considerándose como un principio de rango constitucional que debe ser respetado y prevalecer para la imposición de una pena.

Finalidad y principios de la pena según la teoría finalista

La teoría positivista basada en el finalismo, en su inicio, centra su ontología en el regreso a la teoría de los imperativos, donde la acción en la cual discute el concepto de la acción, del ilícito y el objeto de la norma; por tal razón, el único objeto de la teoría del delito sería la exclusiva utilización de la pena, basados en la finalidad de la acción sin importar la relación de causa-resultado, eso refería, entonces, a fundamentar el ilícito y la culpabilidad en un ámbito dentro del concepto de norma.

Entonces los finalistas, denotan que el ser humano actúa siempre conforme a un sentido común, lleno de raciocinio, que marca la diferencia entre otros seres vivos. Por lo cual todas sus acciones trae consigo finalidad propuesta por su voluntad, en otras

palabras, si un ser humano toma un arma de fuego, la empuña y dispara, su finalidad es el daño que marca una intención denominada dolo, porque conoce el daño que puede ocasionar un arma de fuego, sin importar el resultado como lo estudia la teoría causal, por lo cual los finalistas no creen en la tentativa de un delito, toda vez, que sin importar que el sujeto por factores externos no finaliza la ejecución, el sujeto activo tuvo una finalidad desde el inicio de la ejecución por ello se toma como ejecutada la conducta delictiva en grado de consumación.

Por ello, para fundamentar la teoría finalista, Hans Welzel, se preguntó:

¿Cómo podría definirse de otro modo la tentativa de homicidio, sino como una acción con la que el autor quiere matar un hombre? Si la dirección de la conducta externa, por la voluntad, conduce al resultado, con ello no puede variar la función de la voluntad en la acción. Si el contenido de la voluntad es una parte integrante, necesaria, de la acción, en la tentativa, seguirá siéndolo cuando se produzca el resultado. Ante este hecho fracasa toda interpretación causal de la acción. (1956, p. 33)

Existe entonces un silogismo jurídico que establece: el valor más bajo en detrimento del valor más elevado provoca un reproche del valor, es decir, el objeto de la norma y la motivación provoca la conciencia de la antijuricidad. Por lo que corresponde encontrar el juicio de valor de admisibilidad jurídica de las acciones o conductas de los sujetos cuando son contrarias a la norma previamente establecida.

En consecuencia, la teoría finalista establece que el autor de una conducta siempre contempla su meta antes de poder escoger el medio para su realización de su acción; por tal razón, lo que suceda durante el transcurso de la ejecución no juega un

papel importante, dado que su voluntad está determinada y sujeta a un fin establecido, por tal motivo, desde la percepción de Welzel (1956) en toda acción del ser humano siempre existe anticipadamente un fin en el pensamiento, sin pensar en su ejecución, solo en lo que pretende alcanzar por su actuar. En otras palabras, existe una voluntad dirigida a un objetivo “sujeto pasivo-victima” con manifiesta finalidad que podría ser matar, robar, violar, agredir, sustraer, ocultar, entre otros, que encuadran verbos rectores de una norma penal que establece un tipo penal con una pena previamente establecida, teniendo en consideración una actividad final humana no cualquier actividad humana, sin verificar factores externos de su ejecución que llegaran a impedir el actuar, tal como lo aprecia el finalismo. Entonces el resultado de la acción se discutirá dentro de la culpabilidad, no dentro de la acción, esto significa, que tomando el ejemplo las lesiones dolosas y las lesiones culposas, no se somete análisis en la esfera de la acción, la esfera del tipo sino hasta la esfera de la culpabilidad.

En consecuencia, Maurach en varios estudios ha logrado concluir que la acción es una actividad humana final, de forma concluyente Welzel (1956), describió:

Que la finalidad o el carácter final de la acción se fundamenta en que el ser humano (gracias a su saber causal) puede prever (desde luego, dentro de cierto límite) las consecuencias posibles de su actividad. Por tanto, puede fijarse fines distintos y encauzar su actividad (conforme a su diseño) a la obtención de esos fines. (p. 255)

En relación a lo anterior, el ser humano al estar dotado de razón, puede realizar juicios de valor de sus actos, lo que le da capacidad de discernir entre lo bueno y lo malo, es decir, prever las consecuencias de su posible actividad dentro de los límites que

corresponden a hechos que solo se producen por intervención de la actividad humana, ejemplo: si el sujeto B, siendo mayor de edad, considerado entonces como un ser capaz de decidir sobre sus propios actos por su capacidad de razonar, se fija la meta de robar el vehículo de un sujeto C, sabe que no es propietario del vehículo, pero reconoce que al quitar a la fuerza el vehículo ocasiona perjuicio al sujeto C, reconoce que la ley penal protege la propiedad como bien jurídico tutelado, y que hay una sanción por violar un bien jurídico tutelado y aun conociendo todas esas consecuencias posibles, derivados de la actividad que el sujeto B se plantea realizar, decide ejecutar sin encausar su actividad en otro fin, será culpable de su actividad humana derivado de su finalidad, según lo planteado por Welzel y retomado por Maurach.

Los autores que defienden esta teoría como Welzel (1956), concuerdan que la causalidad es ciega y la finalidad es evidente, esto en relación a que la finalidad al considerar que el ser humano conoce las leyes de causalidad basándose en la experiencia que tiene derivado de la razón, hace una valoración anticipada de sus conocimientos para determinar el efecto causal y determina o utiliza los medios que le permitan lograr el fin que persigue.

Esa finalidad evidente, se puede ilustrar de la siguiente forma en seguimiento de una secuencia de movimientos corporales: se compra un arma blanca, se determina el lugar donde se encuentra el sujeto, la hora en que estará en el lugar, se intercepta al sujeto, saca el arma blanca, se enviste al sujeto con el arma blanca, todos tienen un objeto, llegar a una meta derivada de una planeación; entonces, es una finalidad evidente, causar daño al sujeto, por ello los defensores de esta teoría concuerdan que la lesión de un bien jurídico es evitable. Por tal razón, al momento de aplicar la teoría del

delito a un hecho delictivo, se toma su finalidad no su causalidad por ser ciega.

Entonces, resulta evidente que la teoría finalista, no se debe examinar el resultado del hecho delictivo, es decir esa relación de causalidad; sino la finalidad del actuar del sujeto con el objeto determinativo del dolo. Entonces, si existe dolo, el hecho es antijurídico y culpable, debido a que toda persona actúa con una determinada finalidad. Esto puede demostrar que se aparta de la teoría causalista, ya que examina el resultado del actuar mientras que la teoría finalista examina la finalidad del hecho delictivo. En consecuencia, la percepción de finalidad, fue complementada por Jescheck y Weigend (2002), quienes citaron:

De acuerdo con la teoría social, es acción "todo comportamiento humano socialmente relevante", y poseen dicha relevancia tanto las conductas verdaderamente finales (dolosas) como aquellas otras que se aparten de la finalidad socialmente esperada: en la imprudencia, porque el hecho causado podría haberse evitado mediante la conducción final del proceso; en la omisión, porque un comportamiento activo podría igualmente haber evitado el resultado.

(p. 10)

En efecto, la teoría finalista, es una oposición a la teoría causal, eso derivado de considerar que la primera afirma que el hombre puede prever las consecuencias de sus actos, establecer fines distintos y conducir sus fines a realizar determinada conducta, mientras que la segunda busca un resultado concreto derivado solo de la voluntad, es decir, la finalidad, corresponde a un comportamiento anticipado consciente; por lo cual, la voluntad solo es un acto causal externo, por ejemplo: cuando una persona decide realizar un delito, es porque su voluntad lo está llevando a ese fin, porque voluntad es la

capacidad que toda persona tiene de empezar a ejecutar un acto; entonces, el fin es una manifestación externa del hacer, realizar algo con intención de un resultado. Lo anterior, concreta que, en la teoría causal, la voluntad es ligada a los movimientos corporales y por consecuencia guiada hacia el resultado de la culpabilidad, siendo entonces un proceso causal, por ello Welzel (1956), determinó: “Las normas del Derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino sólo actos dirigidos finalmente, es decir, acciones ” (p.14).

En concordancia, los hechos delictivos tienen dos etapas: la interna, que corresponde a una anticipación del fin que persigue con sus hechos, la selección de cada elemento que debe utilizar para alcanzar su fin y la consideración de cada una de las consecuencias que puede tener como resultado de su fin. Ejemplo: el fin: matar a determinado sujeto; los elementos u objetos: un arma de fuego; consecuencias: es un delito, existe prisión por realizar el fin; la etapa externa, la voluntad de concretar el fin evidente por tener una finalidad, contando con los elementos necesario y con el conocimiento de las consecuencias. Ejemplo: el sujeto toma el arma de fuego, se dirige a un determinado lugar, empuña el arma, dispara y produce la muerte, cumple el fin ya evidente, mas, no causal.

Por ello, los finalistas determinan que la culpabilidad tendrá siempre como presupuestos el libre albedrío (capacidad de optar entre distintas alternativas) y la imputabilidad (capacidad de entender y querer), como elementos a la antijuridicidad o conocimiento y la obediencia al derecho, porque si realizó una acción basada en un fin determinado, es evidente que conocía las consecuencias anticipadamente; por tal razón, los elementos de la estructura del delito según los finalistas son: acción, tipicidad,

antijuridicidad y culpabilidad.

Pero, el elemento del delito denominado punibilidad que determina la teoría causalista como propio del delito, para los finalistas es solo accesorio de la culpabilidad, porque si existe la culpabilidad debe imponerse una pena como regla sin variación alguna, por tal motivo, no se le otorga un carácter de elemento propio del delito sino como accesorio de la culpabilidad, como lo ha citado en varias investigaciones Max Mayer y Edmun Mezger, que la punibilidad solo es una consecuencia jurídica dentro del delito, es decir, una consecuencia-jurídico penal, el hecho delictivo al ser conducta dolosa o culposa, típica, antijurídica y culpable tendrá una pena a imponer.

Sin embargo, esa consecuencia jurídico penal del delito, como lo denominan algunos autores, es menester de un estudio para determinar sus fines dentro del derecho penal actual; en efecto, al abuso desmedido de las mismas al ser solo tomadas como sanciones, por ello, se debe analizar desde el punto de vista de los promotores de la teoría finalista que es la pena y sus fines.

La pena, para Welzel, tiene dos aspectos por su naturaleza y función, siendo: “por una parte, desde el condenado que la sufre y desde los terceros que asisten a su aplicación (aspecto personal); por otra, desde el Estado que la dicta (aspecto estatal)”. (1956, p.233). Lo anterior, significa que la función de la pena abarca a dos grupos denominados: personal y estatal. El primer aspecto se refiere a quienes se le aplica la pena y quienes son los encargados de aplicar y verificar que cumpla sus fines y el segundo aspecto que hace referencia al encargado de establecerla de forma legal dentro del ordenamiento jurídico penal y que garantiza los principios de legalidad y taxatividad, con el objeto de garantizar la libertad, la dignidad y la resocialización, en garantía de los

derechos humanos del delincuente.

Por tal motivo, el aspecto personal de la pena es vital porque se establece la función para quien la sufre a consecuencia de la comisión de un delito; ya que, busca la sanción de la conducta típica, antijurídica y culpable, pero debe tomarse a consideración el sentido y el beneficio de la pena hacía el sujeto que la padece.

Por ello, la pena, se basa en aquel gran postulado de Kant que describe que cada uno debe sufrir lo que sus hechos valen, esto se relaciona con justicia porque se ha definido en un sentido lato como dar a cada quien lo que le corresponde según sus hechos, en otras palabras, una justa sanción conforme a sus hechos delictivos. En efecto, se puede entender de manera análoga que si alguien hace algo correcto se le premia, pero, si causa sufrimiento o daño se le impone una pena, eso se entiende como actuar con justicia; es decir, el delincuente debe sufrir conforme a la culpabilidad de sus hechos delictivos, siempre que la pena tenga su justificación a medida del mal que ocasionó a otro individuo, a la propiedad o al Estado, relacionado con la culpabilidad graduada conforme a la ley y el criterio jurisdiccional.

Asumiendo que, el autor del delito pueda comprender o tolerar la aplicación de una pena como retribución justa al hecho injusto según la norma estatal que lo determina. Es necesario dejar claro que la pena, puede ser aplicada si y solo si está regulada con anterioridad por una norma creada por el Estado por medio del órgano encargado de legislar, la cual debe ser justa.

No obstante que, es una sanción justa, esta produce una impresión sobre la persona etiquetada como delincuente quien debe percibir y sentir la pena como un mal que pueda destruir sus aspiraciones, relaciones sociales, sentimientos y relaciones

familiares; vista desde la dogmática jurídica como una intimidación preventiva general porque solo busca causar el impacto en el delincuente para que la asocie como un mal para la vida en cada uno de sus sentidos, en resumen, solo vista como un castigo. Pero, no solo es castigo, también obliga al sujeto a centrarse en sí mismo, a realizar una introspección en sus actos para comprender sus actos errados y poder llevar una vida ordenada; así mismo, enseñarle a trabajar y la importancia del mismo, todo con el fin de lograr despertar el instinto de poder convivir dentro de una comunidad o sociedad, esto es lo que se conoce como una prevención especial del delito con el fin de resocialización. Por ese motivo, el sentido y la impresión de la pena constituye una unidad, que se relacionan entre sí, una unión que primero infringe en el sujeto un mal, pero con el fin de despertar un sentido de bien común que logre lo que se conoce como resocialización.

Por otro lado, el aspecto estatal de la pena, señalado por Welzel corresponde a que la pena debe justificar la necesidad de mantener un orden en la comunidad y la paz. Las penas no deben ser establecidas por fenómenos sociológicos que busquen ser reconstruidos por medio de un ordenamiento jurídico penal, solo debe imponer penas para mantener la armonía social de sus habitantes, en busca mantener protegidos los bienes jurídicos tutelados, pero sin olvidar su fin de prevención especial positivo.

Por consiguiente, el sentido y finalidad de la pena, parte del estudio de dos teorías:

a) Teoría absoluta: esta teoría toma el pensamiento de tres grandes juristas Welzel, Kant, Hegel y Stahl; para ellos, la pena solo se ve justificada con la retribución justa por los hechos realizados, en otras palabras, se garantiza la realidad y se agota el contenido de la pena; se relaciona con una necesidad moral que el Estado exige por la violación a bienes jurídicos tutelados, por lo cual el castigo garantiza la realidad de la misma, que

se puede fundamentar de diferentes puntos: desde razón y desde la realidad del poder estatal por ser normas imperativas o como necesidad religiosa. Por tal razón, Kant fundamentó la necesidad de la pena en la obligación del Estado de castigar; todo con la pretensión de no caer en culpa por la falta de punición sobre un sujeto que ha violado un bien jurídico tutelado, pues, el no hacerlo podría ser considerado como participación dentro de ese mismo hecho delictivo por negación de justicia, es decir, el estado debe actuar en pro del principio de primacía del interés social sobre el interés particular, cuando se esté protegiendo valores jurídicos que garantizan la paz y armonía social, además, en consideración de los principios procesales como la defensa, el debido proceso y legalidad.

De hecho, lo anterior es lógico y razonable; toda vez, que el Estado ejerce el conocido en voz latina como *Ius Puniendi*, que traducido al idioma español, significa el poder de castigar del Estado, eso significa que el Estado como un todo tiene la obligación de castigar todo hecho que pueda ocasionar daño a la sociedad y que ponga de manifiesto la perturbación de la paz y armonía social, que no permita poder proteger aquellos valores jurídicos constitucionales como la seguridad, la vida y la justicia, que son fundamentales para lograr el fin supremo de un Estado democrático constitucional que es el bien común o bienestar social y protección de derechos humanos. Sin embargo, Welzel (1956), le da un sentido más amplio a lo que Kant defendió, por lo que citó:

Tanto como la pena está moralmente justificada solamente como retribución justa -también en manos del Estado-, no es, en cambio, la función del Estado defender el mantenimiento de la justicia en el curso general del mundo, aparte de lo que es necesario para su propia existencia como comunidad jurídica. El Estado no pena

a fin de que exista, en general, en el mundo justicia, sino a fin de que exista un orden jurídico en la vida de la comunidad (validez y observancia de su orden jurídico). (p. 236)

Así mismo, esta teoría defiende que los efectos como intimidación, deshumanización, son secundarios al efecto principal de la pena, se refiere a que la integridad de la persona que la sufre pasa a un plano inferior que carece de importancia para el fin de la pena que sería solo el castigar con el objeto de lograr una retribución justa. Pero Welzel (1956) siempre ha contrapuesto otra idea, en el sentido que, si el Estado actúa como protector de valores jurídicos, ejerciendo su poder, la dignidad, la libertad y la resocialización del sujeto que la padece, porque también es un derecho que debe ser garantizado, según el ordenamiento jurídico. Basado en una postura que los derechos humanos son inherentes y no se deben violar por ningún motivo, se podrán limitar algunos como la libertad, pero el Estado no puede violar otros como la integridad, dignidad y la vida social de la persona. Por lo cual, la teoría absoluta, es fundamento de la teoría de prevención general, donde impera el supuesto de castigar o sancionar.

b) *Teorías relativas*: estas determinan el otro lado de la pena, justifican que la pena no solo se utiliza para castigar o lograr la retribución justa que persigue la víctima o agraviados, sino que es una medida que tiende a evitar que el sujeto cometa nuevamente delitos; la razón de ser de estas teorías radica en la finalidad del bien para el sujeto que la padece con finalidad de reintegrar a la sociedad.

Pero, se busca esas medidas tendientes a evitar futuros hechos delictivos como finalidad secundaria, si la pena trae consigo la finalidad de retribución, castigo o sanción.

Por lo cual, primero se debe castigar los hechos y luego tratar de cambiar al sujeto desde su interior para evitar que nuevamente pueda delinquir. De ese modo, esas teorías estudian la impresión de la pena en el sujeto que la padece, no la impresión en la sociedad que verifica la imposición del castigo.

Mejor dicho, en las teorías relativas, solo se espera la retribución justa, basada en un juicio moral, donde su fin es la intimidación del sujeto denominado delincuente a consecuencia de sus hechos delictivos, donde busca ser influencia psicológica inhibidora del actuar delictivo del sujeto como de la sociedad, porque si castigar implica falta de libertad, la sociedad se va intimidar con la misma para evitar ser sujeto de una sanción y el sujeto que delinque sufrirá la sanción como retribución a sus hechos delictivos; pero, para lograr esta intimidación se necesita de la publicidad de los juicios, así como, de la ejecución de las penas. Entonces, son consecuencia de esa intimidación psicológica que se persigue en el conglomerado social para evitar hechos delictivos. Sin embargo, algunos juristas basados en estudios psicológicos y sociológicos han determinado que ese fin intimidatorio, no es de todo fiable para dar certeza que se evitarán delitos, toda vez, que la pena mientras más extrema sea, menos fuerza de formación de moralidad tiene en el ser humano, debido a que en largo plazo solo menoscaba la psiquis de los sujetos y, como lo ha citado Welzel, amarga y embrutece.

Entonces, las teorías relativas, verificando el déficit o menoscabo que produce las teorías absolutas o de prevención general al solo ser considerada la retribución justa, imponen otro “deber ser” de la pena, que es conseguir evitar la comisión del delito, pero mediante la influencia del que sufre la pena porque se parte de una proposición que se expresa de la siguiente forma: si A no delinque y B no delinque entonces dentro de la

sociedad no habrá delincuentes. Por tal razón, el éxito de esta teoría depende que el medio aplicado sea basado en la personalidad del autor, es decir, deberá requerir de un equipo especializado que determine actividades concretas para los sujetos clasificados por la gravedad del hecho no sobre la peligrosidad del sujeto, porque este último es un criterio incierto y futuro.

Se debe tomar en consideración que la prisión no es la única pena que tiene que figurar para sancionar al sujeto en este tipo de teorías, figura otro tipo de sanciones que no sea la privación de libertad; en el sentido que si una persona es un delincuente primario en un delito sobre hechos que no tienen consecuencia grave aplicar la prisión no sería necesaria, toda vez, que la punición del hecho no sería procedente porque no representa peligrosidad, esto se puede concatenar con lo que Welzel (1956) citó:

Aquí las teorías deben recurrir a las preventivas generales. Donde un peligro de repetición es pequeño, debe conducir también para delitos graves a una pena pequeña, como, a la inversa, en un gran peligro de repetición, a una pena grave por hechos insignificantes. Sus intereses justificados se pueden cumplir, por lo tanto, no desde el punto de vista de la pena, sino desde el de las medidas de seguridad. (p. 239)

Por ello, se debe realizar una individualización de los sujetos como en muchas ocasiones lo señaló Von Liszt (1994), tomando en consideración que: al delincuente ocasional se le debe intimidar, al corregible reeducar, al que no es considerado delincuente habitual e inocuizar al incorregible cuando este es un delincuente habitual y que constituye un peligro para la sociedad. Es necesario recordar que esta individualización del delincuente se debe tomar en consideración como factor para

imponer una pena principal de prisión porque es la que limita el derecho a la libertad.

Por tal razón, la finalidad de individualizar al sujeto se concretiza en la ejecución de la pena privativa de libertad, que se apoya en el principio de resocialización de la pena que implica una educación y corrección de comportamientos para ser aceptados nuevamente en la sociedad; pero, ese efecto resocializador, según aportaciones psicológicas, solo puede surtir efecto cuando el sujeto está entre la edad de veinticinco a treinta años de edad, que según expertos es la edad en la cual se puede influenciar a una persona a poner en práctica valores que tenían perdidos, por lo cual, posterior a los treinta años de edad, lo que ocasiona es un resentimiento mas no una resocialización; entonces, los medios ideales para trabajar en el delincuente es fortalecer: conciencia de trabajo, orden y influencia psíquica mediante terapias psicológicas, que logren cambiar las actitudes del sujeto. Es decir, la dogmática jurídica le ha dado a la prisión una finalidad distinta al solo ser considerada como punición o destrucción lenta del penado, debido a que en la actualidad es observada desde un punto de vista educador.

En efecto, el finalismo es una concepción moderna dentro de la teoría positivista, donde se toma parte de la escuela clásica, establecida por Césare Beccaria, quien determinó que los hombres por su capacidad de razonar tienen la libertad de escoger entre el bien y el mal, como se reconoce en el finalismo, en cuanto a la acción finalista que aun sabiendo las consecuencias actúa, por ello se dice que tiene responsabilidad de sus actos y, por lo tanto, merece ser culpable de sus hechos con el efecto de ser sancionado por los mismos mediante la aplicación de una pena, por su libre albedrío. Así mismo, el finalismo establece que la pena debe verificar la peligrosidad social del condenado.

Por consiguiente, la pena debe imponerse en atención a la peligrosidad del sujeto denominado delincuente y no en proporción al daño causado, recordando que peligrosidad equivale a habitualidad no reformable por ningún tipo de programa de ayuda para resocializar. De este modo, se puede lograr determinar que la finalidad de la pena para los finalistas es: resocializar al delincuente, siempre que puede ser lograda tomando en consideración la peligrosidad del autor por los actos realizados pasados y no futuros, es decir, verificar el concepto jurídico de habitualidad de los actos para ser considerado peligroso, que no puede ser cambiada su actitud por ningún medio social o psicológico, por lo cual, debe aplicarse la inocuización para evitar delitos.

Entonces, ¿qué principios son propios de la pena según la concepción jurídica de los finalistas?: principio de resocialización; principio de proporcionalidad; principio de humanización y principio de inocuización. Estos principios basados en la teoría de prevención general, teoría de prevención especial positiva y teoría de prevención especial negativa.

Las teorías de prevención general y especial tienen relevancia porque la pena según los exponentes del finalismo debe sancionar, lograr la retribución justa sobre el injusto actuar del sujeto sometido a proceso penal, quien es encontrado culpable y por ende, sancionado por el mismo; pero, solo la retribución no es necesaria, se debe también lograr la resocialización del mismo en la sociedad con el objeto de que internalice el valor de respeto a la ley y con ello evitar cometer otro delito. Sin embargo, si el sujeto no puede transformar su actitud por la peligrosidad de sus actos se da la inocuización para evitar que el autor exprese su mayor peligrosidad para la sociedad. Por esa razón, debe respetarse los principios que inspiran la aplicación de la pena.

Por ello, el principio de proporcionalidad busca que la pena sea proporcional a la gravedad del delito, es decir, la pena debe ser siempre una necesidad a imponer sobre el delincuente e infalible para la ejecución de la misma con lo cual se logre la resocialización. Pero para lograr una proporcionalidad en la pena, debe actuar y prevalecer el principio de humanización, para que la misma no restrinja derechos humanos como la integridad de la persona que engloba la dignidad de la persona por el solo hecho de serlo según los convenios internacionales en materia de derechos humanos y ley fundamental, porque la libertad es un derecho innato que si bien puede limitarse provisionalmente no puede socavarse de forma permanente; así como, lograr garantizar que sea equitativo a los actos, sin llegar a destruir la dignidad de una persona.

En otras palabras, para los finalistas la pena debe ser proporcional y prevalecer la humanidad para los sujetos que la padecen, esta debe lograr la resocialización de los sujetos, porque la finalidad de la pena es que el sujeto que se encuentra cumpliendo una pena, logre reintegrarse en la sociedad. Pero, si este no puede reintegrarse en la sociedad por motivos fuera del alcance de los centros de ejecución, debe operar el principio de inocuización, consiste entonces, en lograr que el sujeto no cometa más delitos, esto a través de penas que lo inhabiliten permanentemente dentro de la sociedad, se toman como ejemplos de esas: la pena de prisión prolongada, castración química, el registro de muestras de ácido desoxirribonucleico, entre otras.

Entonces, el principio de inocuización, en su conceptualización debería permitir al sujeto en algunas ocasiones regresar a la sociedad, pero, con limitante de algunos derechos como el trabajo, la dignidad, etiquetándolo por vida al ser considerado un peligro para los demás. Lo anterior, dentro de este pensamiento penalista es cumplir con

la finalidad de la pena el cual pretende regresar al sujeto a participar dentro de una sociedad pero se observa como una utopía. Sin embargo, es un factor que muchos exponentes penalistas discuten su idoneidad, dado que la mayoría de ordenamientos jurídicos penales latinoamericanos no sancionan al autor sino los actos realizados por el autor del delito, por lo cual, la Corte de Constitucionalidad (2017) en uso del control de convencionalidad hizo valer la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando que:

La valoración de la peligrosidad del agente por parte del juzgador, era un retorno al pasado, que resultaba absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos, al imponer una sanción no con base en lo hecho por el infractor, sino en la persona que era. Por lo que se declaró la inconstitucionalidad de dicha frase y su expulsión del ordenamiento jurídico, por vulnerar el artículo 17 constitucional. (p.38)

Por ello, también la Corte de Constitucionalidad (2017) ha referido:

Aplicar una pena en base a la peligrosidad del delincuente resulta lesivo al principio de legalidad, porque implica únicamente un serio retroceso en la humanización de un sistema conocido como represivo que es tomado de los clásicos positivistas que se conceptualiza como de antaño. (p.37)

Logrando, que exista un deber dogmático jurídico de apartarse del aspecto subjetivo de peligrosidad del sujeto para apegarse al aspecto objetivo de sus actos, con el fin de garantizar la libertad y la dignidad del delincuente con el fin último de resocialización de la pena.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS DE INOCUIZACIÓN, RESOCIALIZACIÓN, HUMANIZACIÓN Y PROPORCIONALIDAD

Principio de Inocuidad

Dentro de su contexto, es necesario comprender el significado del término inocuidad en sentido lato, que es incapacitación de delincuentes considerados habituales o incorregibles; puede inferir que algunos fines de la pena como la reinserción social, humanización y proporcionalidad no pueden ser aplicados en su máxima expresión; toda vez, que si la inocuidad conlleva incapacitación, significa que llega a desnaturalizar los fines de la pena establecida por la teoría de la prevención especial positiva; debido a que, este principio parte del supuesto de especial peligrosidad del autor de un delito, centrando la dogmática jurídica del derecho penal en el autor mas no en el acto, así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha asentado jurisprudencia que establece que la inocuidad viola el derecho a la dignidad de la persona humana.

Por eso, Silva Sánchez (2001) aportaba que el retorno de la inocuidad, perseguía como fin el hacer inofensivo al autor de un delito o bien neutralizar el peligro del sujeto, desvirtuando aquella capacidad criminal que podría llegar a comprenderse como una capacidad criminal nata, como lo refirió en su momento Lombroso. Pero, de ese supuesto jurídico, resultan las interrogantes ¿cuál sería esa forma de neutralizar la capacidad criminal del delincuente? ¿se tendría que retroceder aquellas prácticas antiguas donde se utilizaban prisión como muerte social, métodos psiquiátricos de conversión o recurrir a nuevos métodos que, aun siendo modernos, provocarían violación

a derechos humanos? En consideración, que los exponentes del principio la inocuización determinaron que el fin es neutralizar al individuo que ha cometido un delito por no poder adecuarse a la sociedad y calificarse como inadaptado social.

De lo anterior, y para fundamentar la tesis de los penalistas, la aplicabilidad del principio de inocuización se concreta en establecer medidas de seguridad predelictuales, pero, ¿Qué se entiende por predelictual y peligrosidad del sujeto? Lo predelictual, es una respuesta a un hecho anterior ya sancionado penalmente, que se imponen en prevención a futuros delitos por considerarse sujetos peligrosos; es decir, un pronóstico de peligrosidad. Entonces, este principio se basa en hacer una calificación basado en conductas pasadas que demuestren una posible peligrosidad del sujeto, que tengan por objeto evitar un delito futuro, es decir, establecer una pena por hechos futuros inciertos que se desconocen sus resultados o finalidades.

Por tal razón, la peligrosidad de un sujeto, dentro de la percepción del concepto de inocuización, comprende a todo sujeto que ha cometido un delito reiteradamente y por su reincidencia o habitualidad en la comisión de delitos se considera que en un futuro puede cometer otros hechos delictivos; por tal razón, es considerado peligroso, mediante un juicio de valor anticipado. Se advierte que la peligrosidad criminal, puede llegar a entenderse como la posibilidad del sujeto de cometer un delito en continuación de su criminalidad.

Por consiguiente, el principio de inocuización, se entiende que se aplica en pro de la seguridad comunitaria o colectiva aplicando la finalidad del derecho que es garantizar la paz y el orden dentro de una sociedad, con el objeto de hacer posible la convivencia social pacífica de los sujetos de derecho. De tal forma, que el sujeto considerado

peligroso pueda llegar a ser inofensivo para el colectivo social, al que Von Liszt (1994) denominará delincuente reincidente no corregible.

En consecuencia, la inocuización del sujeto, al ser una pena impuesta para beneficio de la colectividad con el objeto de asegurar una convivencia pacífica, tal como lo describen los exponentes de la teoría de la prevención especial negativa. Sin embargo, para el individuo a quien se le impone, actúa como una forma de intimidación en el aspecto psicológico, lo cual los exponentes de dicho principio consideran que su único objetivo es funcionar como un medio de persuasión personal en el sujeto considerado delincuente reincidente o irreformable, calificación que se le atribuye por la comisión de hechos delictivos anteriores, y poder garantizar que el delincuente abandone o deje de cometer hechos delictivos que perturben la convivencia social.

Es factible, determinar que el principio de inocuización en el ordenamiento jurídico de un Estado democrático constitucional que aplica un derecho penal que sanciona los actos no es viable, toda vez que este principio, sin ser nominado como lo es actualmente, fue utilizado mucho en la antigüedad bajo el término de penas infamantes o infamia, el cual consistía en degradar el honor, la dignidad y la libertad de la persona; a la vez, Von Liszt, al referirse a los fines de la pena funcional, hizo referencia al término inocuización al determinar que era aplicado a los delincuentes incorregibles, es decir, aquellos que por su historial delincuencial derivado de sus diversas condenas impuestos por la comisión de delitos no pueden corregirse solo con la imposición de penas privativas de libertad, sino que posterior a ellas debe permanecer con el estigma de ser vistos como delincuentes para lograr en su aspecto psicológico, un cambio conductual que logre su reinserción social con el fin de poder convivir dentro de la sociedad, entonces, este

criterio conlleva, que no se puede aplicar una pena inocuizadora a un delincuente primario aunque su delito se considere de gravedad, debido a que no reuniría los supuestos de reincidencia o habitualidad, de acuerdo a lo que la teoría antepone como supuestos para su aplicación.

Por ende, la inocuización en el sujeto dependerá si el juzgador lo considera peligroso, podría decirse que, es un criterio tomado de su reincidencia, dejando por un lado lo causal y entrando al tentado campo de la obsesión por la seguridad de la colectividad, es decir, la pena se convertiría en un método cuantitativo por la severidad de la prisión y cualitativo por la percepción subjetiva de peligrosidad social, olvidando el fin resocializador como un derecho a la dignidad humana, lo que hace necesario prestarle atención porque es un tema profundo que tratar dentro del derecho penal, dado que la obsesión por la seguridad de la colectividad producto de una demagogia, puede generar penas desproporcionales e inhumanas creadas por el organismo legislativo.

Por lo tanto, el principio de inocuización lo que pretende es que las penas inocuizadoras eviten que el sujeto manifieste su menor o mayor peligrosidad por considerarse reincidente en la comisión de delitos, cumpliendo la función de prevención especial negativa. Esto significa, de acuerdo a su teleología, que el sujeto debe reunir diferentes elementos para poder aplicarle una pena que afecta de forma permanente el derecho supremo de todo ser humano como la libertad y dignidad humana. De tal forma, que los juristas han concluido que la inocuización como tal, debe aplicarse a personas que por su historial delictivo, afecciones psicológicas, psiquiátricas y sociales, ponen en peligro tanto la integridad física de su persona como lo de la colectividad en un derecho penal desarrollado mediante el sistema de derecho penal de autor; por lo tanto, una pena

que solo cumple la función de la prevención especial que es la retribución y resocialización no le sería aplicable a un delincuente que se le etiquete como incorregible, toda vez que, según la doctrina penal son delincuentes que no necesitan la resocialización o que son casos por convicción propia, a lo cual se debería preguntar ¿responde dicho principio al deber ser de un derecho penal garantista?

Dada la magnitud, de esta teoría de prevención especial negativa de la pena en cuanto a la aplicación del principio de inocuidad, responde a una convicción sobre peligrosidad social sobre un sujeto, es decir, será un juicio de valor realizado por el legislador al crear la sanción en una norma jurídica y el juez al razonar la sentencia basados en percepciones subjetivas sin fin resocializador, sin establecer de forma objetiva los aspectos psicológicos o psiquiátricos, violando el derecho a la libertad y dignidad de la persona humana.

Penalistas como Espinar, Orellana, y Bacigalupo, afirmaban que las penas inocuidadoras que se han aplicado son las penas de prisión por treinta años o más, pena capital o de muerte, la castración, la cadena perpetua, impedimento a ejercer profesión de forma permanente, penas de multa por cantidades exuberantes; estas, según estos juristas, anulan totalmente la causa del delito que por reiteradas ocasiones han cometido determinados sujetos. Si bien esas penas buscan evitar la posible comisión de delitos en el futuro, contradicen el deber ser del derecho penal garantista y el principio de acto, porque tiene un efecto intimidatorio, represivo y de inocuidad.

Además, la finalidad de defensa de la sociedad como justificante de las penas inocuidadoras, por su desmedido impacto permanente en la libertad de la persona a la que se le impone, resultaría desmedido e inaplicable respecto a las teorías y principios

sobre los cuales se establece la dogmática jurídica de un derecho penal garantista o democrático, porque se imponen con base a finalidades de la sociedad y demagógicos, que no propician un bien común debido a que se violan derechos humanos de un grupo de la sociedad por su estatus jurídico.

Por ello, este principio presenta objeciones, por la contradicción que existe con los fines que debe perseguir un ordenamiento jurídico en materia penal en un Estado democrático de derecho y los tratados o convenios internacionales que protegen los derechos humanos donde eliminan el criterio de peligrosidad para imponer penas. Por tal motivo, se considera una concepción inhumana porque se restringe el derecho a la libertad de forma prolongada bajo un criterio de peligrosidad porque la represión se disfraza como una reproducción de estereotipo social basados en perfilamiento social; en otras palabras, es un vehículo para coactar las decisiones o la privatización del control humano mediante el congelamiento de espacios públicos, lo cual, es utilizado por el poder punitivos para reprimir extendiendo la penalización fuera del sistema penal y radicalizándola dentro de él.

En fin, lo que busca este principio es contar con un derecho penal, donde la pena sea una necesidad para evitar la criminalidad dentro de una sociedad, donde se tenga un derecho penal con sanciones que se impongan a los sujetos que se consideran inadaptables por cometer delitos de forma habitual, teniendo presente que se necesitaran de penas que se apoyen del conocimiento de profesionales como psicólogos, psiquiatras, sociólogos, entre otros profesionales que traten de modificar la conducta de los seres humanos que tengan problemas conductuales y que significan un problema para la sociedad. Es decir, aplicar una política de tratamiento extrapenal que no tenga un

fundamento represivo bajo un fin resocializador.

Principio de Resocialización

Es un principio que, para la dogmática jurídica penal, conlleva el fin de la prevención especial positiva de la pena, porque se destina al propio violador de la ley, buscando reeducar, rehabilitar y reincorporar a la persona, con el fin que el sujeto conscientemente reconozca la contradicción de cometer un hecho ilícito para la sociedad.

Este principio trae consigo el poder punitivo del Estado, debido a que tiene como fin imponer en las personas una forma de pensar o actuar conforme a valores que el Estado desea que todos tengan de forma conjunta y armoniosa, para garantizar la convivencia social y la paz del conglomerado social, con el objeto de prevenir la comisión de actos que violan las leyes de carácter penal. Este principio por sus características es propio para las penas privativas de libertad y se dirige al Estado por medio de los centros privativos de libertad, que deberán buscar los mecanismos adecuados que logren que el condenado al cumplir la ejecución de su condena pueda cambiar sus pensamientos y valores para evitar que cometa nuevos actos delictivos.

Por consiguiente, lo que busca es cumplir dos objetivos posteriores a la ejecución de la pena privativa de libertad como: que la privación de la libertad sea menos represiva para el sujeto que la padece reduciendo el estigma del sujeto, de esa manera se estará protegiendo derechos humanos inherentes a la persona como la dignidad humana, en el sentido que la persona se reintegre de forma participativa en sociedad; de ese modo se respeta la integridad personal logrando que la pena no trascienda a la persona que la

padece y que el sujeto mismo pueda lograr convertirse de nuevo en un ser social, mas, no asocial o antisocial para la sociedad.

En otros términos, si un sujeto es condenado a pena de muerte, no se obtiene una reintegración del condenado en la sociedad, debido a que le está segando la vida, sin embargo, si el sujeto es condenado a cumplir una pena de prisión por un tiempo necesario se pretende crear valores que lo reintegren nuevamente a la sociedad, con el fin de poder ser parte de la misma en todos sus ámbitos sin etiquetamientos; sin embargo, en la actualidad se considera que la prisión no es la única forma de transformar el pensamiento del delincuente según la doctrina contemporánea del derecho penal las penas puede implicar penas que no sea la prisión.

Por tal razón, el objetivo específico del principio de resocialización es, evitar el mayor número de efectos negativos en la persona derivados de su privación de libertad; esos efectos son de índole psicológicos como la falta de expectativas propias, ya que, el delincuente al estar en prisión solo podría pensar en obtener su libertad, lo cual origina frustración, ansiedad y baja autoestima, partiendo de esos efectos psicológicos es que deviene la importancia de reconstruir desde su psique al sujeto para que la prisión cumpla con su cometido que no es la estigmatización o represión sino la reconstrucción de la carencia de valores perdidos garantizando una reinserción positiva, mas, no negativa dentro de la sociedad.

Derivado de ello, se entiende que la privación de la libertad como una pena principal, tiene una premisa fundamental que es la reinserción social, pero, solo podría conseguirse a través de un tratamiento enfocado a lograr la reinserción como finalidad de la pena; evitando, que los Estados en el ejercicio de su poder punitivo, implementen

penas privativas de libertad de larga duración o como la dogmática jurídica lo denomina penas vitalicias, que aunque no establecen penas de carácter perpetuo, sí sobrepasan la expectativa de vida de una persona para cumplir la pena y reintegrarse a la sociedad, tratando de evitar que el derecho penal se convierta en represivo para que opte por un límite racional que busque proteger la dignidad de la persona, en protección de sus derechos humanos.

Por ejemplo, algunos códigos penales de otros Estados que aplican el sistema penal de derecho de acto, establecen una pena máxima de prisión de cincuenta años, sin embargo, aunque establecen una prisión máxima evitando la aplicación de penas como en los países anglosajones que se conocen como cadena perpetua, estas de forma tácita se convierten como tales porque sobrepasan la expectativa de vida de setenta y un años en los países latinoamericanos cuando bajo el supuesto de símbolo se condenan a quinientos u ochocientos veinte años de prisión, los cuales no dan lugar a beneficios penales o penitenciarios, además, llegan a sobrepasar la regla de imposición de penas en un concurso real o ideal; por lo cual, se convierten en penas vitalicias; debido a que, la mayoría de personas cumplen su condena de prisión y adquiere su libertad cuando muere sin la oportunidad de poder reintegrarse a la sociedad.

Por tal razón, pareciera que el Estado en su afán de sancionar, es decir, el reprimir la conducta delictiva del sujeto, busca la aplicación de penas de larga duración con efectos represivos que menoscaban la dignidad humana, convirtiendo la pena en solo retributiva basados en la teoría de la prevención general negativa, aniquilando la motivación del ser humano a buscar cambiar su conducta porque no tienen más metas que el cumplir una pena, sin miras a un futuro, por el fin del Estado de buscar una solución

por medio de la venganza pública y no en la reparación del daño; olvidando el principio filosófico constitucional de la libertad y paz social, que se debe obtener mediante la prevención del delito por medio de la resocialización de los denominados antisociales.

Por consiguiente, no tener presente el principio de resocialización en las penas privativas de libertad, es incumplir con el objeto de esta clase de pena principal y acudir a la inocuización; la cual, en todas las legislaciones dentro del marco del derecho penal democrático o garantista deben, mediante la aplicación de la dogmática jurídica lograr una justicia restaurativa y obtener resultados que determinen la resocialización por medio de la educación, capacitación para el trabajo, deporte y salud, evitando posibles conductas delictivas en el futuro.

En consecuencia, se pretende evitar que la persona pierda: su libertad, identidad, incapacidad para concebir un futuro después de la cárcel, evitar la situación de dependencia que dificulta la reintegración a la sociedad, resignación a una vida privado de su libertad que produzcan un menoscabo sociológico que les evite ser reinsertados a la sociedad. Como resultado de ello, algunos estudios criminológicos realizados en Europa, han centrado sus conclusiones al determinar, que las penas privativas de libertad que sobrepasan más de quince años, toda vez, que llegan a producir alteraciones en la personalidad del sujeto que pierde su libertad durante el cumplimiento de su condena que dificulta a un Estado democrático de derecho alcanzar el efecto resocializador en el sujeto denominado delincuente.

De lo anterior, deviene la importancia de comprender qué se entiende por efecto resocializador; en el campo sociológico, la resocialización, es un conjunto de normas, valores y formas de poder percibir la realidad del entorno que rodea a una persona para

poder percibir y obtener la capacidad para desarrollarse dentro de una sociedad o cultura que tiene normas éticas y valores que deben respetarse para mantener la paz y armonía social; este aprendizaje de resocialización depende de agentes sociales que tienen la capacidad de poder transmitir e imponer elementos culturales y sociales que son apropiados para que una persona sea considerada sociable; estos agentes, según la dogmática sociológica empieza con los padres, luego con los maestros, amigos, psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras; sin embargo, se considera que la base es la familia, debido a que la educación empieza en el núcleo familiar de allí depende en gran parte el éxito conductual de un ser humano.

Entonces, la resocialización está ligada a la libertad, esta es la capacidad de todo ser humano de poder interactuar dentro de una sociedad con base en valores, normas y utilizando la razón, donde pueden prevalecer sus criterios y voluntad siempre que no atenten contra la libertad y derechos humanos de los demás; por lo tanto, se dice que la libertad trae consigo un apego al valor de la responsabilidad en el ámbito individual y social. Lo anterior, es congruente con que la libertad no es actuar deliberadamente por los impulsos; vivir en libertad es actuar en pro del bien común.

Sin embargo, esa libertad que es derecho humano de toda persona siempre puede ser limitado por la prisión, esa privación de libertad deviene de la comisión de delitos que hacen que el ser humano sea calificado como antisocial, que tiene problemas para encajar con las normas y valores de una sociedad que trata de mantener la paz; pero, esas personas antisociales pueden y deben regresar a la sociedad, por su derecho a la libertad.

Entonces, ¿podría la prisión ser considerada una institución encargada de la

resocialización? La respuesta a ese planteamiento según la dogmática jurídica, es afirmativa; debido a que, la finalidad de la pena, como se ha estudiado, trata de lograr la resocialización, por lo tanto demanda que todo centro penitenciario de cumplimiento de la pena tenga programas psicológicos como capacitaciones que logren transformar el ser interno del sujeto, es decir, como la psicología lo conceptualiza, que el sujeto no sea un peligro para la sociedad.

Evidentemente, la resocialización es un proceso que busca establecer nuevas conductas en las personas que se consideran antisociales dándoles herramientas para tener nuevos hábitos, fortaleciendo los lazos culturales y de sociabilidad, con el objeto que comprenda que se puede actuar conforme a normas y valores, para luchar por la felicidad propia y contribuir a sostener una sociedad en armonía. Por ende, lo que se pretende es que el sujeto deje atrás su pasado y construya una nueva vida, donde siempre procure el bien; sin embargo, no es fácil, debido a que la prisión por tiempo prolongado puede llegar a menoscabar la autoestima, además, la sociedad rechaza al reinsertado de nuevo a la sociedad colocando etiquetas, dañando con ello el honor y la dignidad, convirtiéndose en un efecto propio de la inocuización.

Dichas etiquetas es lo que produce la aplicación del principio conocido como de inocuización dentro de la teoría de la pena, el cual establecen los exponentes finalistas; debido a que, las penas inocuizadoras tienen como objeto mantenerse posterior al cumplimiento de una pena principal y que perdure para evitar la posible comisión de un delito en el futuro, lo cual llega a ser una etiqueta social para la persona que quiere reintegrarse a la sociedad bajo la aplicación de un principio de resocialización que no llegaría a cumplirse en su plena concepción.

Por ello, este principio de resocialización, según su dogmática jurídica, se fundamenta como un principio que busca ser humanista, que no viole la dignidad de la persona humana, el cual es un derecho humano inherente a la persona humana y sobre todo, que se centre en un derecho fundamental que tiene todo ser humano como lo es la libertad. En otras palabras, el ser humano es libre en sus actos siempre que los mismos no sean tipificados como delitos y como resultado de ser un ser dotado de razonamiento este puede tener la capacidad de asumir sus errores; por tal razón, puede aprender de ellos y derivado de ello poder cambiar su comportamiento y percepción de la vida, logrando ser una nueva persona con valores y principios que busquen mantener la paz y convivencia social. En tal sentido, el efecto de la resocialización, siempre será garantizar derechos fundamentales y humanos tales como la libertad, la dignidad e integridad personal, es decir, este principio está relacionado con otro de los principios de la pena denominado de humanización.

Principio de humanización

Se puede entender desde un punto de vista general, como el principio que busca que las penas no sean contrarias a la dignidad de la persona denominada delincuente. Este principio adquirió auge después de la segunda guerra mundial luego de convertirse en un derecho de las personas a ser tratadas con dignidad sin discriminación alguna, considerándose como una conquista de la civilización humana en el trato hacia los demás, partiendo del punto que todos los seres humanos nacen libres e iguales, aunque pierdan su libertad con motivo de una pena impuesta por la comisión de un delito, derivado del poder punitivo del Estado.

Por tal razón, la Declaración Universal de Derecho Humanos (1948) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) han reconocido que toda persona privada de libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad humana que tienen derechos inherentes como seres humanos; lo cual, corresponde a interpretar que la misma exige que las penas deben mantener ese trato humano hacia el sujeto que la padece. Por ello, establece que la ley de cada Estado debe garantizar la protección contra injerencias o ataques que puedan derivar de la potestad legislativa o de la interpretación exegética que realicen los jueces al momento de resolver sobre la libertad de la persona.

En otras palabras, dicha protección está prevista para evitar la aplicación de penas degradantes, inhumanas o crueles, esto en cumplimiento de un derecho humano establecido en pactos o convenios internacionales en materia de derechos humanos que obligan a los Estados partes a respetarlos bajo el principio de pacta sunt servanda y progresividad, logrando evitar la aplicación de la teoría de la represión como fin único de aplicación de la pena en la mayoría de ordenamientos jurídicos en materia penal de Estados que solo buscan castigar a los sujetos con penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes a la dignidad humana e integridad de la persona.

Lo anterior ratifica, que un Estado democrático de derecho, no puede hacer uso del poder punitivo para implementar penas como medida de represión para los sujetos denominados delincuentes, si bien, estos sujetos alteran la paz social al momento de cometer actos que violan las normas de carácter imperativo que alteran la armonía de convivencia social, no son merecedores de penas que puedan afectar sus derechos después del cumplimiento de la pena de prisión; puesto que, la libertad se debe recobrar

en plenitud, recordando que la finalidad de la pena de prisión es la reinserción social como objeto de la teoría de la prevención especial positiva, por consiguiente, una pena que destruya su dignidad humana destruye la oportunidad de que puede reintegrarse a la sociedad.

Este principio, busca que las penas se conviertan en humanas, para que el sujeto que ha cometido un error no sea víctima de un poder coercitivo del Estado sin tomar en cuenta los derechos humanos de quien padece la pena; por lo tanto, se ha evitado que se apliquen penas como la prisión prolongada, las etiquetas de ser delincuente para evitar una denigración social que sea de por vida para el sujeto, toda vez que, el fin primordial de una sociedad es que cada día todos los seres humanos sean más humanitarios y esto implica el reconocimiento de los derechos humanos para quienes solicitan la aplicación de una pena y para quienes la padecen.

De ello, es que es necesario recordar una frase célebre del filósofo Aristóteles, la cual refiere “la justicia es dar a cada quien lo que le corresponde”; lo anterior se puede concatenar con la equidad; pero, no implica que se traduzca la equidad con lo conocido como ley del talión que consistía en una retribución de los actos delictivos cometidos donde la norma imponía un castigo igual al crimen cometido, esta ley se conoce bajo una expresión utilizada en el lenguaje popular como “ojo por ojo y diente por diente”, expresión que se origina en la edad antigua y edad media.

Sin embargo, ha trascendido en la historia a nuestros días, porque aun en la actual sociedad contemporánea es utilizada para exigir al Estado que haga valer su poder punitivo para sancionar al sujeto etiquetado como delincuente, esto determina a una sociedad como inhumana. Por ejemplo, en la actualidad la sociedad está exigiendo con

mucho clamor que se aumenten las penas de prisión para que no sean reintegrados a la sociedad porque los etiquetan como enemigos de la sociedad, esto se puede entender que quieren que el Estado aplique por medio del poder punitivo la venganza privada; sin embargo, esta aplicación sería un regreso al pasado donde los derechos humanos y fundamentales no eran protegidos ni garantizados mediante una represión social en uso de un poder punitivo.

Por tal razón, este principio procura evitar que el Estado al ejercer su facultad de crear tipos penales e imponer penas no se deje influenciar por la sed de venganza de las víctimas u opinión pública que hoy día se está convirtiendo en el cuarto poder de un Estado que influye en las decisiones políticas, por la presión mediática de los acontecimientos. Así mismo, lograr que el Juez, al momento de motivar sus resoluciones mediante su interpretación judicial, no sea estrictamente gramatical sino que busque esa progresividad de derechos humanos, la cual también los garantice, debido a que, si los órganos de Estado que ejercen la potestad legislativa y la administración de justicia aplican el poder punitivo centrados en esos criterios de venganza que exige la sociedad, estarían destruyendo la finalidad de la pena y el *sui generis* del Estado de derecho democrático, que persigue la resocialización del delincuente.

En consecuencia, el principio de equidad, se convierte en el pilar sobre el cual se construye el principio de humanización, si bien este principio no evita la sanción del delincuente, pretende que el delincuente sea sancionado de tal forma que no se violen los derechos de dignidad e integridad personal que le asisten a las personas, esto indica que la represión, la venganza y sanciones atroces como: penas de prisión y multas exorbitantes, castración química, entre otras, contradicen la humanidad del derecho

penal, así mismo, son penas condenadas por la ciencia por sus efectos secundarios en el cuerpo humano y efectos psicológicos que dejan en estado complejo de indefensión para sobrevivir por si mismos por su exclusión social.

Por ello, la pena debe cumplir una función de resocialización, procurando que el sujeto denominado delincuente al ejecutar y cumplir la pena se reincorpore a la sociedad, pero, si con la aplicación de una pena se causa un daño permanente en el sujeto entonces se estaría atentando la dignidad y la libertad individual del cual goza el ser humano, evitando que el mismo pueda ser parte integra de la sociedad en todos los ámbitos tanto laboral, educativo, cultural y social.

Por ello, Zaffaroni (2009) manifestó:

La humanidad en el derecho penal en toda esa histórica y formal proclamación de ser la persona humana portadora de una dignidad “innata” es el propio Derecho a reconocer lo siguiente: la humanidad que reside en cada uno de nosotros es en sí misma el fundamento lógico o el título de legitimación de tal dignidad. No cabiendo a él, Derecho, otro papel que no sea el de declararla. (p. 7)

El anterior criterio, determina que el derecho penal, antes de establecer una pena solo como retribución, intimidación o prevención, debe primero tomar a consideración la humanidad como dignidad de la persona que es innata y no puede perderse por ninguna violación o transgresión a la ley, es decir, sin importar que el sujeto sea considerado un delincuente por la violación de un bien jurídico tutelado, siempre se debe humanizar la pena, porque es otro ser humano a quien se le debe respetar también los derechos humanos que le son inherentes desde su nacimiento hasta la muerte, para mantener el bienestar social de todos los seres humanos.

En ese sentido, Zaffaroni (2009), lo relaciona con un antecedente romano por lo que describió:

Humanitas o la dignidad del ser humano, su centralidad como persona, el respeto que se debe a su esencia, “es una perpetua búsqueda en el derecho que proviene del derecho romano y atraviesa toda la historia de nuestro saber, habiendo padecido múltiples vicisitudes, que no pudieron nunca ocultar la permanente demanda recíproca: derecho reclama siempre humanitas, simplemente porque el saber jurídico no es más que un instrumento para la realización del ser humano y, como tal, carece de brújula cuando se aleja de la antropología básica que hace de éste una persona para cosificarlo, para reducirlo a una cosa más entre las cosas. (P. 7)

Por lo cual, el principio de humanización es tan antiguo como la especie humana ligado a la dignidad de la persona y la equidad, pero, más profundo en su esencia porque es un derecho humano innato por el hecho de considerarse un ser humano, el cual no puede ser violado.

Aunado a lo anterior, la humanidad es principal y no secundario de la equidad y dignidad humana, por esa razón, las penas no deben considerarse como una forma de represión en retribución al hecho, es decir, al derecho penal no solo le interesa los derechos del agraviado, sino también, los derechos del delincuente; debido a que, si bien es cierto, es catalogado como un sujeto antisocial, sigue siendo un ser humano que debe ser tratado con humanidad en respeto a sus derechos. Por tal motivo, Brenes Quesada explicó:

Las penas privativas de libertad deben ser organizadas sobre una amplia base de

humanidad, eliminando en su ejecución cuanto sea ofensivo para la dignidad humana, teniendo siempre muy en cuenta al hombre que hay en el delincuente... que continúa formando parte de la comunidad, en la plena posesión de los derechos que como hombre y ciudadano le pertenecen, salvo los perdidos o disminuidos como consecuencia de la misma condena. Al mismo tiempo ha de fomentarse y fortificarse el sentimiento de la responsabilidad y el respeto propio a la dignidad de su persona, por lo que ha de ser tratado con la consideración debida a su naturaleza de hombre. (2009, p. 25)

Por lo cual, existe un criterio el cual establece que se debe vincular la pena con la humanidad de las mismas de tal forma que ambos sean recíprocos, es decir, se ampare al delincuente y se proteja a la sociedad, por eso Sanz Mulas (2000) describió:

El principio de humanidad –nos recuerda Morillas– obliga a que todas las relaciones humanas que el Derecho penal tipifica se reglen sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el ciudadano que delinque. Actúa, por tanto, sobre la base de una comprensión humanitaria y social sobre la persona del delincuente, a partir de la cual una potestad punitiva humanitaria deja de entenderse como simple caridad o benevolencia, para manifestarse como lo que realmente es: manifestación de respeto a la persona humana y a la necesidad social de castigo, por encima de cualquier consideración científico-teórica. Es, por tanto, el principio de humanidad el que, proscribiendo la imposición de sanciones inútiles –cuando no claramente perjudiciales para el condenado–, responde al deseo de adaptar las penas privativas de libertad a las exigencias actuales de las ciencias criminológicas y penales [...]. (p. 261)

Por lo cual, en la actualidad el derecho penal debe buscar verificar la humanidad desde la implementación de las penas como sanción a la comisión de delitos que vulneran bienes jurídicos tutelados; debido a que, un Estado de derecho democrático, no puede centrar su idea de implementar penas con el fin de solo sancionar con la finalidad de reprimir, intimidar, prevenir o inocular, considerándose solo un derecho penal carcelero que solo vele por los derechos del agraviado, es decir, que solo prive la libertad; por tal razón, se debe partir de la idea, que la pena no debe ser separada de la dignidad humana, para la conservación del mismo como principio de humanidad como justificante para establecer e imponer sanciones que tengan un fin resocializador, y que eviten lo que Zaffaroni (2020) denominó “penas ilícitas”, por someter al delincuente a penas de prisión como una condición de tortura, lo cual es prohibido por ser determinantes como penas crueles, degradantes e inhumanas según el artículo 2.1 (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

Principio de proporcionalidad

La filosofía del derecho penal indica que existe un alma de la pena que deriva de un mal que se responde con otro mal pero que exige la búsqueda de la justicia, es decir, provocar el daño a un bien jurídico tutelado es un mal que debe ser castigado con otro mal, pero, este debe siempre buscar ser equitativo y justo en concordancia con el daño ocasionado. Por eso, esa búsqueda de justicia provoca que las retribuciones a los hechos delictivos realizados por un sujeto, sean sometidos a un castigo con presencia del sentido de igualdad y equivalencia; esto significa, que la retribución no se debe dar con la finalidad de venganza del sujeto que sufre el daño a través de quien ejerce la

potestad punitiva por medio del derecho positivo que lo faculta a determinar sanciones y aplicarlas. Por tal razón, se parte de la idea introducida por antecedentes religiosos que establecieron la noción que la retribución tiene que ser equitativa, en cese a la venganza privada introducida por la ley de talión en la cual la idea de pena era solo una venganza.

Por ello, es que este principio es denominado como un limitador del *ius puniendi* del Estado derivado de la humanización de las penas; en otras palabras, es una forma de evaluar la constitucionalidad de la potestad punitiva del Estado, criterio que el Tribunal Constitucional alemán determinaba que es un control del legislador al momento de regular o restringir derechos fundamentales. Esto significa que su finalidad es proteger los derechos fundamentales, los cuales están ya protegidos por las Constituciones, por lo cual, su aplicación es en primer momento al crear la norma jurídica y como segundo momento en la ejecución de las penas.

Entonces, esa intervención mínima del Estado mediante la proporcionalidad se establece mediante el criterio el cual considera que la retribución sobre la culpabilidad es medible desde la gravedad del hecho y la peligrosidad del sujeto; esto es, el adecuado equilibrio entre individualización legal de la pena y la aplicación judicial. Lo anterior, se traduce en una intervención desde el momento en que la sociedad exige imponer una medida coercitiva de carácter penal con un fin represivo y de prevención para la comisión de actos delictivos y por la otra parte la protección de la garantía procesal, así como, derechos humanos a no sufrir un castigo excesivo en relación al hecho, funcionando como un límite a la violencia en el ejercicio del *ius puniendi*.

Es entonces, la determinación de la pena se examina desde un ámbito en donde no solo inciden los argumentos relativos al hecho delictivo, sino, implica establecer una

argumentación asentada en los fines de la pena y esos fines implica que los derechos fundamentales como la vida, la libertad, la dignidad y la resocialización, no se vean limitados de forma desproporcional, violando los derechos del sujeto activo en el delito. Por tal razón, la doctrina establece que la proporcionalidad es un límite de límites porque, si bien se protege los derechos del sujeto pasivo, también se deben proteger los derechos del sujeto activo, encontrando una proporcionalidad entre ambos derechos que le son inherentes a cada sujeto.

En tal sentido, las directrices axiológicas en materia penal deben examinar que el delito tenga proporcionalidad con la pena para poder fundamentar la operatividad del sistema penal dentro de un Estado de derecho democrático que proclame en su ley fundamental la justicia, la paz social y proteja la dignidad de la persona con el objeto de evitar violaciones a preceptos constitucionales y derechos humanos; Además, derivado de opiniones de juristas penalistas como Alexy, Ferrajoli, Etcheberry y Künsemüller, la proporcionalidad es un principio independiente porque depende de otro para su causa, porque encierra un cálculo de ponderación en el procedimiento de aplicación de la pena donde sus límites están sujetos a los derechos humanos y preceptos constitucionales, como anteriormente se ha resaltado, la proporcionalidad es un límite a la violación por el Estado de derechos en el ejercicio de su potestad punitiva, la cual, si no se controla pueda resultar solo en venganza pública, es decir, una represión social.

Es así como, en un sentido estricto, podría conceptualizar como una ponderación entre beneficio para el bien común con la limitación para el derecho afectado. Por ende, se le conoce como un mandato de ponderación, en donde se somete a juicio los intereses contrapuestos de los distintos sectores de la sociedad, para que después de otorgarse

el valor de necesario e idóneo se examine si el mismo es excesivo para el sujeto, siempre con la cautela de que los intereses de la colectividad no se vean afectados; es decir, se debe guardar una estricta concordancia entre el interés individual con el colectivo para mantener la armonía social, prevaleciendo la primacía del interés social, pero sin olvidar que existen derechos fundamentales que se deben garantizar a todo sujeto independientemente del lugar que ocupe en el proceso penal como sujeto activo o sujeto pasivo.

Por tal razón, los profesores Politoff, Ramírez y Matus sostuvieron en sus investigaciones que el principio de proporcionalidad se debe implementar para asegurar principios como el de legalidad, última *ratio*, lesividad, tutela de bienes jurídicos y culpabilidad dentro de un sistema penal, lo que corresponde a entender que el derecho penal actúa como última *ratio* y último instrumento a que la sociedad recurre para proteger los valores jurídicos; entiéndase cada uno de dichos valores jurídicos como la vida, la salud, la propiedad, entre otros que han sido tutelados por el Estado, para evitar que un acto afecte el derecho de otro, siendo lesivo para los demás; por lo cual, se debe determinar con legalidad que se proteja tanto al colectivo social como al individuo que se determina culpable de un acto ilícito, típico y antijurídico.

Debido a lo anterior, Garrido Montt (2003) expresó:

Al abordar el concepto de culpabilidad como pilar básico de un Derecho penal moderno que este elemento limita el ejercicio del ius puniendi en tanto ordena no imponer sanción si no hay culpa y que esa sanción ha de ser adecuada a la culpabilidad. La pena constituye, de este modo, una retribución que la sociedad impone por el mal causado de modo que: a mayor mal, mayor culpabilidad, y por

lo tanto mayor castigo merece el culpable. (p. 198)

Eso determina la importancia de realizar la separación de la culpabilidad de la proporcionalidad, porque la proporcionalidad es la atribución de una pena según la gravedad del delito que es la culpabilidad, es decir, la punibilidad debe ser un elemento independiente del elemento de culpabilidad sin olvidar la conexión que existe entre ambos para su aplicación siempre de forma racional.

Resulta conveniente destacar la idea del jurista penalista Mir Puig (2004) quien citó:

La proporcionalidad debe fundarse en la nocividad social del hecho cuyo presupuesto es la afirmación de la vigencia de las normas en la conciencia colectiva. De este modo, aquellas normas más importantes deben estar apoyadas con una mayor pena con el propósito de que no sufran una devaluación, de lo contrario, el carácter intimidatorio de aquellas se desvanece. La configuración de un Estado democrático exige ciertamente el ajuste de la gravedad de las penas con la trascendencia que para la sociedad tienen los ataques al bien jurídico a las que se asignan. Por lo cual concluye la proporcionalidad es necesaria para un adecuado funcionamiento de la prevención general. (pp. 92-93)

Por ejemplo, un delito de hurto no puede ser sancionado de igual forma como un delito de asesinato; un delito culposo no puede ser sancionado igual que un delito doloso; un delito no puede ser sancionado de forma que limite de forma vitalicia la libertad de una persona.

Sin embargo, es discutible la idea de Puig, porque se centra solo en la teoría de la prevención general pero no hace alusión al fin de la pena desde el punto de vista de

la teoría de la prevención especial positiva (resocialización). En tal sentido, la proporcionalidad de una pena no debe ir desvinculada de los fines de la pena; toda vez, que el fin de la pena además de reprimir, retribuir y prevenir debe procurar la reinserción social de la persona, garantizando sus derechos humanos o fundamentales los cuales le son protegidos por una Constitución y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En ese mismo contexto, Etcheberry (1999) concluyó:

En fin, la idea de proporcionalidad se relaciona directamente con la exigencia que se impone al Estado democrático de no desconocer la relevancia de la dañosidad social provocada por el delito según las valoraciones dominantes. Si se adopta en efecto, una prevención general positiva se aconseja que los delitos más graves tengan asignada una pena de mayor entidad que los delitos menos graves. Esto permite a nivel comunicativo una expresión más adecuada sobre la mayor relevancia de aquellos bienes jurídicos que se consideran más valiosos. En este sentido, se dice que al delincuente no le resultaría rentable optar por algunos delitos cuando hay una diferencia penológica respecto a los delitos de menor entidad. (p. 35)

De modo que, el principio de proporcionalidad funciona como una estructura del procedimiento para la interpretación racional humana y minina para la determinación de las penas como vinculante para la decisión de los legisladores acorde a una realidad social preexistente en protección de los derechos fundamentales de las personas al momento de ejercer su potestad legislativa, porque de ese órgano de Estado depende que la pena sea propicia para la libertad del delincuente y protección de sus derechos,

quien aunque es calificado como delincuente nace con un derecho inalienable como lo es la libertad; pero, si bien es cierto, se sancionan sus hechos delictivos, el derecho a su libertad solo puede ser restringida de tal forma que pueda ser reincorporado a la sociedad lo denominado por la doctrina como resocialización, por tal motivo, una pena desproporcional no implica protección de derechos fundamentales, solo menoscabo de estos desde el punto de vista del sujeto que padece una pena.

De modo que, la aplicación y validez de este principio como tal, no es en primer momento del juzgador, toda vez, que el juzgador si bien es cierto posee la facultad de establecer entre un mínimo o una máximo de la pena establecida por el legislador, el poder de aplicar este principio desde su inicio la tiene el legislador quien al examinar la realidad social decide establecer un tipo penal y a la vez aplicar una pena para su sanción; lo cual significa que, la falta de aplicación de este principio está en el órgano de Estado que ejerce la potestad legislativa cuando olvida la finalidad de la pena basada en las teorías de la pena y los derechos del sujeto denominado delincuente.

Entonces, el principio de proporcionalidad es creado como limitante del ius puniendi, denominado por los juristas como: principio de prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, sacrificio, de medios y/o de la injerencia; por ende, es la balanza para garantizar el valor de justicia por dentro de un estado de derecho con el fin de lograr la intervención mínima de los intereses propios del Estado en abuso de su poder, logrando con ello que la proporcionalidad se verifique en el derecho penal desde la creación de las leyes al establecer los delitos y las penas; así mismo, opera al momento de la decisión final del juez dentro de un proceso y la ejecución de las penas. Por ello, se exige que las penas siempre cumplan con los fines previstos y legítimos de

una sociedad democrática, donde los derechos fundamentales se respeten y se busque la finalidad de las penas que es la resocialización.

Por consiguiente, deviene mencionar la filosofía jurídica de Beccaria (2015), de la cual se extrae que la pena siempre debe tener dos características: la primera de ser necesaria, en cuanto a que se aplique a hechos que violentan la vida dentro de una sociedad y a la vez dañen o menoscaben bienes jurídicos tutelados y la segunda que sea infalible, en el sentido que no puede fallar en el fin que se busca que es la retribución del daño causado y la resocialización del mismo para ser apto para interactuar dentro de una sociedad.

De modo que el legislador al establecer penas para los delitos debe tener en consideración la importancia social del hecho, aunque esto no implique que se violen derechos fundamentales y derechos humanos inherentes a la persona humana, evitando aplicar penas que sean crueles, inhumanas o degradantes, que se conviertan en exageradas o irracionales en relación a la finalidad que es la prevención del delito en el futuro, asegurando que el interés social no perjudique al particular conocido como delincuente, aun apreciando la primacía del interés social sobre el interés particular en materia del derecho penal; pero, sin que los derechos de estos últimos sean violados por la potestad punitiva del Estado. Por ejemplo: el Estado al determinar que la vida es un bien jurídico tutelado conoce que debe proteger dicho derecho fundamental por lo cual debe, regular qué acciones pueden violar dicho bien jurídico, en ese sentido decide crear un tipo penal de homicidio cuya acción consiste en dar muerte a otra persona, fijado el tipo penal este debe tener una sanción la cual debe tener un mínimo y un máximo que el juzgador tendrá como parámetros para aplicar dicha pena; pero, si esta no estableciera

ese parámetro de fijación de la pena esta sería desproporcional, en otro extremo si esta impusiera la pena de prisión prolongada, esta tampoco sería proporcional porque está limitando un derecho del delincuente que es la libertad y la dignidad humana.

Para ello, los legisladores, para aplicar el principio de proporcionalidad al momento de establecer penas, deben tomar como base que los derechos fundamentales se pueden restringir de forma temporal no permanente; de tal forma, que la pena sea idónea para conseguir el fin de prevención del delito, además, cumplir con el fin de este principio de ser el límite de los límites del poder punitivo del Estado con base en los principios que lo integran como humanización, razonabilidad, intervención mínima, con el objeto de garantizar el fin último de resocialización de la pena.

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE INOCUIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO

Penas inocuizadoras

En el derecho penal se ha provocado una controversia al aplicar penas que traen consigo un efecto inocuizador en el sujeto activo, el cual es producto del abuso desproporcional del Estado en el ejercicio del *Ius Puniendi* en aplicación de una teoría de la prevención especial negativa. De tal forma, que hablar de inocuización es hacer referencia a la infamia, la Real Academia Española (s.f.) ha establecido acepciones que determinan que la infamia produce descredito, deshonor de una persona calificándolo con maldad o vileza; por ello, el efecto inocuizador ante la sociedad causa violación a la dignidad humana, libertad y resocialización.

Por tal razón, es menester, comprender que inocuizar según la apreciación de la dogmática jurídica, es quitar a un sujeto el derecho a la dignidad, tachándole de inadaptable social, degradando al máximo la autoestima y provocando la estigmatización de la persona dentro del conglomerado social, evitando su reinserción social y la libertad. En otras palabras, la pena provoca un exceso inhumano, considerado como dogma de tortura, por lo desproporcional de la pena, que logra un efecto secundario de etiquetamiento de peligrosidad social, es decir, genera un estigma de exdelincuente, que el Estado extiende como “certificado de incapacidad laboral y de capitis diminutio social en general”(Zaffaroni, 2020, p. 12). Por lo cual, De Lardizábal y Uribe (2001) citó que la infamia:

Es una pérdida del buen nombre y reputación, que un hombre tiene entre los

demás hombres con quienes vive: es una especie de excomunión civil, que priva al que ha incurrido en ella de toda consideración y rompe todos los vínculos civiles que le unían a sus conciudadanos, dejándole como aislado en medio de la misma sociedad. (p. 105)

Por tal razón, la infamia es propia de la inocuización porque llega a convertirse en un daño psicológico y social en la persona que la sufre, toda vez, que rompe el vínculo con la sociedad al restringir la libertad de forma excesiva excluyéndolo socialmente, así mismo, por la pérdida de confianza, relaciones interpersonales, trabajo y discriminación social producto del etiquetamiento, convirtiéndose en un efecto permanente producto de la pena impuesto bajo el fin de protección y seguridad de la colectividad denominada por Zaffaroni (2020) como pena ilícita. La aplicación de ese tipo de penas tiene sus inicios en el derecho canónico y el derecho romano, por ejemplo, la sagrada escritura de la Biblia cita en la segunda carta a los Corintios 6:8,17: “por honra y por deshonra, por mala fama y por buena fama; como engañadores, pero veraces; por lo cual: Salid de en medio de ellos, y apartaos, dice el Señor, y no toquéis lo inmundo; y yo os recibiré”.

Se desprende de lo anterior que el derecho canónico establecía la infamia como una forma de apartar a las personas de otras personas por cometer hechos que eran considerados pecado y que podía perder a los demás si se relacionaban con ellos, como se lee en esa cita bíblica “apartaos, dice el Señor, y no toquéis lo inmundo” el castigo consistía en apartarse del pecador para no cometer el mismo pecado.

Así mismo, las siete partidas específicamente en la partida siete, título VI hace referencia acerca de los infamados, siendo uno de los primeros textos que define lo que se entiende por infamados: “Infamados son algunos hombres por otros yerros que hacen

que no son tan grandes como los de las traiciones y de las alevosías” (Las siete partidas: Alfonso X el sabio, 1121-1284), según este antecedente dentro del derecho romano el infamamiento que es producto de la inocuización tiene dos puntos de vista el primero que es la calificación que se le da a la persona por el hecho realizado y el segundo que es el impuesto por la ley por el hecho que realizan; es decir, ir en menoscabo de la fama de la persona por sus hechos, como se describe un claro ejemplo en la ley 2. De la partida siete, título VI: “[...] Otrosí decimos que si alguno fuese condenado por sentencia del juez que tornase o enmendase alguna cosa que hubiese tomado a otro por fuerza o por hurto, que es infamado por ello de hecho” (Las siete partidas: Alfonso X el sabio, 1121-1284).

Lo anterior, hace alusión que, en el derecho canónico y romano, la infamia era un castigo, porque degradaba la fama de una persona frente a los demás impidiendo la resocialización; toda vez, que durante esa época la fama significaba según la ley 1 del referido texto: “... buen estado del hombre que vive derechamente según ley y buenas costumbres, no teniendo en sí mancilla ni maldad” (Las siete partidas: Alfonso X el sabio, 1121-1284). Es decir, ser considerado infamante, era ponerse un etiquetamiento de mala fama que lo acompañaba toda su vida y por el cual no sería aceptado por la sociedad.

Por otra parte, también es vinculada la infamia con la marca, dentro de la historia del derecho penal, ha existido diferentes formas de castigar algunas de ellas como la mutilación, impresión de una señal en la frente o en la espalda, azotes, expulsión del territorio desnudos, marcas en las manos con la seña del delito, todas con el fin de ser permanentes con el fin de estigmatizar al que padecía la marca frente a la sociedad, pero, estas formas de castigo que provocaban un estigma no era solo parte del castigo

al delincuente, debido a que, perseguía ser una etiqueta de deshonra, descrédito para el delincuente y su familia, teniendo en consideración que buscaban que sirviera de ejemplo para los demás como fin justificativo de sus castigos que atentaban contra la humanidad. Por tal motivo, a finales del siglo XVIII se consideró que dichas penas denominadas marcas eran inhumanas, por el daño físico y psicológico que ocasionaban al sujeto que la padecía, es entonces, un reflejo de lo que hoy se conoce como inocuización.

Es por ello, que las penas inocuizadoras, resultan una tortura para el delincuente, debido a que, en el afán del Estado de reforzar el prestigio de ser un proveedor de seguridad colectiva para garantizar la seguridad jurídica y la paz, impone penas degradantes, inhumanas y desproporcionales, las cuales persiguen la finalidad de afectar la dignidad, la libertad y la resocialización de la persona figurando como un etiquetamiento de por vida que le evita poder relacionarse dentro la misma, como lo citó Zaffaroni (2020) “para que nunca vuelva a cometer un delito, en cuyo caso todo indicaría que lo mejor es matarlos a todos” (p. 22).

Tal es el caso, que a lo largo de la historia las penas aplicadas a los reos han sido ejemplos de penas inocuizadoras cuando se convierten en corporales-aflictivas, debido a que, persiguen la muerte social del delincuente, para evitar la reincidencia de delitos futuros que son inexistentes propios de un derecho penal de autor; en otras palabras, son penas que buscan la vergüenza pública, evitando que la sociedad se contamine, como identificó el derecho canónico evitar que un poco de levadura leude toda la masa.

Entonces, las penas inocuizadoras siguen teniendo esa concepción de la edad media en la cual era considerada una pena de vergüenza publica, represión social donde

el daño que provoca es impedir la libertad y la resocialización, debido a que las penas que se aplican están basadas en violar los derechos humanos de los delincuentes por la etiquetas de antisociales o enemigos de la sociedad, esto significa, que no provocaba solo daño físico, es decir, son penas *corporis afflictiva* acompañada de un daño psicológico que menoscaba la dignidad de la persona frente a la sociedad; en otras palabras, todo tipo de penas *corporis afflictiva* son aplicadas con el objeto de evitar que el delincuente pueda interactuar dentro de la sociedad bajo la finalidad de inocuizar la capacidad de delinquir en el futuro, por ser considerados peligrosos para la sociedad.

Esas penas inocuizadoras, también tienen su antecedente de aplicación en el antiguo régimen francés, a las que dentro del sistema punitivo francés se les conocía con el nombre de penas infamantes. Entonces, esas penas, según la concepción del régimen francés, fueron introducidas a la legislación por perseguir fines similares a la imposición y ejecución de la infamia utilizada durante el derecho romano y canónico, sin embargo, existe poco estudio historiográfico sobre las mismas, toda vez, que dichas penas no se les dio mucha publicidad por ser impuestas bajo una selectividad punitiva de disuasión para los que no han delinquido y represión para los delincuentes.

Por tal razón, para comprender su significado siempre deben analizarse los elementos de pena, dignidad (infamia y honor), con el objeto de establecer la finalidad de las penas inocuizadoras como las denominan los expositores de la teoría finalista que responde a la teoría de la prevención especial negativa de la pena; en tal sentido, es de reconocer que las penas inocuizadoras se empezaron a definir como tal durante el antiguo régimen francés, toda vez, que en la actualidad se les disfraza bajo la finalidad de seguridad colectiva a favor de la sociedad, como reforzamiento del prestigio del

Estado como proveedor y garante del bien común y la primacía del interés social y no con su objeto puro de inocuización que traen consigo muchas penas aplicadas en las diferentes legislaciones penales en la época actual. Cañizares-Navarro (2014) comenta que las penas inocuizadoras son castigos que van encaminados a menoscabar el honor, lo que implica que su objetivo primordial no es resocializar al condenado sino disminuir el honor, lo cual de forma indirecta se convierte en una pena propia de infamia de carácter perpetuo.

Por ello, se dice que la inocuización tiene sus antecedentes en la infamia propio del derecho romano, lo cual, al ser adaptado al derecho penal francés fue conceptualizado como penas inocuizadoras porque su finalidad siempre percibe dañar la dignidad, la libertad de los delincuentes evitando la resocialización porque las penas inocuizadoras son penas corporales aflictivas que dañan la dignidad humana, por ser degradantes e inhumanas siendo una tortura, como lo señaló Zaffaroni; debido a que las penas corporales-aflictivas, capitales o perpetuas llevan aparejado la inocuización cuando son desmedidas sin objeto resocializador bajo la finalidad de una teoría de prevención general de la pena. Por eso, Cañizares Navarro definió: “las penas infamantes como aquel conjunto de sanciones penales cuya imposición y ejecución deshonoraba a los condenados, provocando además la infamia sobre los mismos cuando eran castigados a las penas infamantes de derecho” (2014, p.111).

Por consiguiente, para comprender la ejecución y los efectos de las penas inocuizadoras, es necesario tener presente las nociones dignidad humana, como se analizó al inicio, además los elementos como sujeto activo, sujeto pasivo y supuestos de hecho. De tal forma que, los sujetos activos serán los legisladores quienes establecen la

norma mediante su potestad legislativa al establecer una pena inocuizadora y el juez quien aplica la pena inocuizadora parte clave en el respeto a los derechos humanos en garantía de la supremacía jerárquica, quien es un conocedor del derecho que debe aplicar la pena según las finalidades de la pena teniendo presente quien es el sujeto pasivo. Entonces, los sujetos pasivos (por ser a quien se le aplica), son los sujetos que son juzgados y son condenados por la comisión de delitos que pueden ser tanto personas individuales como jurídicas, siempre que reúnan los supuestos jurídicos que determina la legislación.

A inicios de la época contemporánea específicamente en el antiguo régimen francés los supuestos jurídicos de aplicación para personas individuales fueron: los dirigidas contra actividades relacionadas contra la prostitución; comportamientos que eran considerados por los legisladores malos hábitos y contrarios al orden social; los púberes, entre otras. Así mismo, los supuestos jurídicos en personas jurídicas durante ese régimen sucedieron: cuando la conducta del sujeto era encaminada a la comisión de la rebelión; y conducta establecida como delito siempre que sea realizada por un grupo poblacional. Es necesario recalcar que lo anterior, es apegado al acervo cultural jurídico de esa época que terminó a finales del siglo XX, supuestos jurídico de aplicación que han cambiado por el respeto a los derechos humanos propio de una dogmática jurídica penal basada en un Estado de derecho democrático (constitucional), sin embargo, la demagogia y populismo punitivo en este siglo ha llevado a lo que se conoce como el fenómeno del derecho penal simbólico y lo cual impone con regularidad la creación de penas con fin inocuizador.

Por ello, para comprender el fin de este tipo de penas es conveniente analizar el

efecto de la ejecución, toda vez, que la ejecución de penas inocuizadoras es donde se afecta la dignidad de la persona humana, la libertad y la falta de mecanismo para garantizar la resocialización. Lo anterior, determina que las penas que se aplicaban en algunas legislaciones con rezago del derecho canónico y romano, produce una violación a los fines de la teoría de la prevención especial positiva de la pena porque se basan en un fin inocuizador que a simple vista elimina el efecto resocializador de la pena.

Entonces, el efecto jurídico que persigue la inocuización, es que la pena de manera principal o secundaria cause una violación a la dignidad de la persona, el cual produce una muerte social frente a la colectividad por la falta de libertad, aunque se disfraza con el efecto resocializador que nunca será reflejado por el exceso en su duración. En otras palabras, las penas inocuizadoras están ligadas a ese efecto jurídico de dañar la dignidad de los delincuentes; el derecho al trabajo de forma permanente, y con secuelas irreversibles que puedan llegar a causar la muerte por azar producto de una pena corporal afflictiva por una banalización del mal por imposición del poder punitivo en un ejercicio legítimo, pero arbitrario.

Es importante destacar, que este tipo de penas tanto en la antigüedad como en la actualidad persiguen incapacitar a la persona de forma perpetua por el daño a la dignidad como sinónimo de pena inhumana. De hecho, en la antigüedad era expresa esa finalidad de la pena según Cañizares Navarro (2014) en la época Justiniana la aplicación de penas infamantes provocaba incapacidades para desempeñar cargos públicos, prestar testimonios dentro de procesos penales cuya duración era perpetua; ciertamente, esos efectos jurídicos provenientes de la edad media baja, continuaron durante la edad media hasta encontrarse rezago en el antiguo régimen de aplicación de penas en el derecho

penal Español y francés, sin embargo, de dichos ordenamientos jurídicos en materia penal se eliminó dichas penas infamantes por la violación a derechos humanos inherentes a la persona humana, pero, en algunas legislaciones en materia penal ha sido reinstaurado de forma tácita bajo el principio de inocuización establecido por la teoría de la pena según los finalistas, con una finalidad de protección de la sociedad, pero con efectos secundarios que degradan la dignidad humana.

Definitivamente, las penas inocuizadoras siguen persistiendo en la legislación penal latinoamericana; sin embargo, algunos han empezado a determinar la forma de mitigar esas penas, por ejemplo, en el derecho penal argentino se investiga la forma de evitar aplicar penas aflictivas de prisión excesivas por violar derechos humanos relativos a la dignidad de la persona humana, la libertad y la resocialización. Por las razones antes, expuestas, las penas consideradas inocuizadoras por su finalidad es la prisión por tiempo prolongado, las multas con valores exorbitantes que se convierten en prisión, la publicación de sentencias por la comisión de delitos, las incapacidades para optar a empleos de forma perpetua, medidas de registro de los delincuentes de forma perpetua después del cumplimiento de la pena, la castración química, entre otras que puede traer consigo esa finalidad inocuización afectando la dignidad de la persona humana, la libertad y la reinserción.

Como resultado, las penas inocuizadoras buscan lograr dañar la dignidad del delincuente de forma perpetua como muerte social, que hoy bajo el termino inocuizadoras, le dan un significado diferente donde ya no se aprecia el daño que se produce al delincuente a su dignidad, sino que ven la garantía de la sociedad, con el objeto de evitar futuros hechos delictivos por una persona que ya ha sido condenada y

se considera peligrosa, por convicción de un fenómeno denominado, populismo punitivo y demagogia, que no puede ser parte dentro del ordenamiento jurídico de un Estado de derecho democrático.

El principio de inocuización en el derecho penal

El principio de inocuización, es un principio que tiene por objeto determinar una finalidad adicional de la pena, el cual la escuela positivista-finalista lo estableció dentro de la fundamentación de la teoría de prevención especial negativa, con poco estudio por parte de la dogmática jurídica. La pena, al inicio de su aplicación era solo una retribución al daño causado con el pasar del tiempo se demostró que solo retribuir el daño causado no era suficiente dentro de un Estado de Derecho, debido a que solo era un rezago de la que se conoció como venganza privada que empezó a tener límites con la ley de talión; posteriormente con la formación de un Estado que posee un ordenamiento jurídico se impuso la venganza pública, donde el abuso del poder punitivo se convirtió en una represalia contra el delincuente.

Dentro de esta etapa histórica, la escuela clásica estableció otra finalidad que no solo era retribuir el daño, también se tenía que reprimir al delincuente y con esa represión lograr prevenir el delito mediante el ejemplo para otros, como un disuasivo social, por lo cual se estableció esa finalidad de la pena para controlar dicho factor que provocaba inestabilidad social, es por ello, que esa prevención se estableció mediante el castigo sobre un sujeto que sirviera de ejemplo en una colectividad, sin embargo, continuaba el rezago de una venganza privada bajo el supuesto de una norma que se transformó en una venganza pública (represión social) se informaba sobre las ejecuciones de penas capitales y publicaciones de las mismas, las cuales llenaban las finalidades del derecho

penal, que era sancionar los delitos cometidos en violación a bienes jurídicos tutelados, para al lograr la prevención del delito mediante el ejemplo.

Sin embargo, Ferrajoli, uno de los exponentes del cambio de la etapa de la venganza pública a un derecho penal humanitario, estableció que la protección de los derechos humanos era vinculante para la aplicación de penas, el dogma de pena no solo era retribuir, reprimir o prevenir también era garantizar los derechos de dignidad y libertad al sujeto de derecho independientemente de su estatus jurídico; aunado a ello, los Estados establecieron Constituciones, aceptaron y suscribieron declaraciones, pacto y convenios internacionales, dio inicio la búsqueda de proteger y respetar derechos humanos; por tal motivo, cambio de ser un Estado de derecho, regulado por un ordenamiento jurídico hacia un Estado de derecho constitucional/democrático, el cual ya no solo exigía el respeto y acatamiento del ordenamiento jurídico sino el respeto y garantía de los derechos humanos preceptuados en una Constitución Política que pasaron a ser fundamentales.

Por ende, los derechos humanos se convirtieron de estricto respeto, esto hizo que los expertos y juristas en derecho penal pertenecientes a la escuela positiva, establecieran, una teoría más sobre la finalidad de la pena, determinando que retribuir, reprimir o intimidar y prevenir, no tenían que ser los únicos objetivos de una sanción o castigo, se necesitaba reincorporar a los sujetos que se consideraban antisociales a la sociedad para garantizar sus derechos fundamentales.

A consecuencia de esa nueva concepción de un Estado de derecho democrático/constitucional, se estableció una teoría de prevención especial positiva, la cual determino que el delincuente debía ser reincorporado a la sociedad, lo cual se podía

lograr mediante el cambio de actitud del delincuente por medio de programas y actividades con acompañamiento profesional durante el cumplimiento o ejecución de la pena a lo cual se le denominó resocialización que es una garantía al derecho a la libertad y la dignidad humana. Entonces, el reprimir, retribuir, prevenir y resocializar fue y sigue siendo el objetivo que persigue el Estado constitucional sobre los sujetos que cometen delitos, porque mediante el ejercicio del poder punitivo puede implementar dicha finalidad de la pena con el fin de garantizar el bienestar social; porque si bien es cierto, el Estado busca la resocialización del delincuente como se le denomina en la dogmática jurídica, lo que más persigue es garantizar la seguridad de la colectividad bajo el principio de primacía del interés social pero con la observación que este interés social no puede menoscabar los derechos humanos del particular.

A pesar de los fines de la pena establecidos y la finalidad que persigue un Estado de derecho democrático/constitucional, el poder punitivo ha desmedido sus límites amparados en el ejercicio de su potestad, por lo cual, el Estado se identifica como Hobbes lo describió “el leviatán”, porque bajo el fin de garantizar más la protección de la sociedad en busca de la tan anhelada seguridad jurídica de los ciudadanos, ha retomado aquella teoría de Lombroso, en la cual describió que todo ser humano nace siendo un criminal, ya no tomando el punto de partida de sus facciones físicas sino de su gen criminal, determinando que el mismo al ser calificado como delincuente, no puede ser reincorporado a la sociedad por ser un peligro social, de tal forma, que los juristas bajo una corriente finalista pertenecientes a la escuela positiva, bajo el dogma de una conducta predelictual establecen una teoría denominada teoría de la prevención especial negativa, tomando como punto de partida la peligrosidad criminal de un sujeto, basados

en la comisión de un delito, pero, con apreciación a hechos futuros inciertos.

En consecuencia, esa nueva teoría que busca darle una finalidad más a la pena para fundamentar la aplicación de penas, estableció que debe estar presente un fin de inocuización que busca inocuizar al delincuente para no seguir cometiendo delitos, pero, esta inocuización es producto de dos momentos, el primero lo realiza el legislador al crear la norma jurídica en la cual impone penas que son excesivas y que restringen los derechos a la libertad personal y dignidad humana, y el segundo lo realiza el juez al realizar una calificación subjetiva sin apreciación objetiva en base a pruebas científica sobre la peligrosidad criminal del delincuente.

El primer exponente de este principio de inocuización lo es Norteamérica con su derecho penal anglosajón contrario al derecho penal latinoamericano, el cual centra el estudio y decisiones en el derecho penal de autor mas no en derecho penal de acto, esto significa que este derecho penal trata de analizar con precisión la peligrosidad criminal del autor de un delito, pero, el derecho penal latinoamericano no se basa en el derecho penal de autor sino en el de acto, el cual no condena a un sujeto a cumplir una condena basada en su peligrosidad social sino por el resultados de los actos ejecutados.

Aun, con la gran diferencia abismal, este principio está siendo aplicado dentro de los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica en especial en Centroamérica, bajo el fin de prevención del delito y represión del delincuente por ser calificado como peligro social, se han establecido penas neutralizadoras o predelictuales bajo el principio de inocuización. Puesto que, el principio de inocuización, busca hacer inofensivo al autor o neutralizar el peligro del sujeto, desvirtuar la capacidad del autor de cometer un nuevo

delito; de tal forma, que no puede ser rehabilitado para reintegrarse nuevamente a la sociedad, evitando que pueda participar en la misma para garantizar la convivencia social.

Esto implica, que este principio tienen una finalidad secundaria según su aplicación, debido a que además de perseguir sancionar el delito cometido busca la neutralización del delincuente; es decir, evitar nuevos delitos, como prevención a futuro mediante la intimidación psicológica que opera como medio de persuasión personal sobre el delincuente para intimidarlo permanentemente e inocularlo de forma permanente del goce de los derechos humanos.

Sin embargo, el principio para poder ser aplicado dentro del derecho penal, basados en la teoría mediante la cual fue creado debe observar ciertas características en el delincuente, para poder ser efectiva según su enfoque teleológico, primero se debería determinar si el delincuente es reincidente, segundo si el delincuente es peligroso y tercero si el delincuente es considerado no corregible, porque tiene efectos posteriores a la ejecución de la pena, fundamentos que determina la teoría de la prevención especial negativa, pero, el problema de su aplicación radica en la determinación de la peligrosidad y la calificación de no corregible, puesto que, son apreciaciones subjetivas que desvirtúan el fin último de resocialización de la pena, dejando de ser humanista el derecho penal y pasando a ser socialista.

Por lo que desde esa apreciación de criterios, para poder aplicar el principio, se debería acudir a la ayuda de ciencias como psicología y sociología, dado que el derecho penal se apoya en dichas ciencias; además, la finalidad del principio de inocuización es neutralizar el peligro del sujeto que fue condenado y cumplió una condena pero que sigue

siendo considerado un peligro social, calificación subjetiva mas no objetiva. Entonces, se hace necesario establecer una relación de como esos criterios se deben determinar, la reincidencia en sentido lato se puede entender como el cometer de nuevo un error, en otras palabras, la persona que comete un error por el cual se castiga y comete varios errores que merecen castigo se considera que existe una reincidencia en sus actos siempre que sean derivados de la voluntad de quien los comete.

Por tal motivo, la dogmática jurídica penal, ha tomado en consideración ese factor del ser humano sobre la reincidencia en sus actos voluntarios; sin embargo, Zaffaronni (1991) hizo referencia que la exactitud en tratar de definir el termino reincidencia no es posible por la complejidad del terminó derivado de sus concepciones sociales y psicológicas, pero, dentro del derecho penal si puede establecerse sus delimitaciones en relación a su objeto de análisis. Toda vez que, para el derecho penal, lo que le ocupa es la problemática de las disposiciones legales de las cuales proviene una consecuencia jurídica más grave o privativa de derechos humanos por los hechos reiterados de los cuales ya ha sido condenado y cumplido la pena.

Entonces, lo importante en su estudio es la reiteración delictiva, el reiterar de conductas delictivas por las cuales ya ha sido condenado un sujeto. Por tal razón Zaffaronni, durante una disertación en la Habana, Cuba expuso:

Abiertamente fuera del derecho penal de garantías, es decir, prácticamente en abierta oposición a los principios liberales del racionalismo, se colocó el positivismo monista italiano, que explicó la reincidencia a través de la peligrosidad (Ferri), o sea, reduciendo al hombre a una cosa regida mecánicamente y restándole su jerarquía de persona. Incluso dentro de esta vertiente autoritaria la

explicación de la reincidencia mediante la peligrosidad resulta contradictoria, puesto que todo juicio de peligrosidad debe entenderse como juicio de probabilidad, es decir, que no puede presumirse. Sin embargo, se cae en una contradicción jamás explicada al apelar a la peligrosidad presunta, que de este modo se transforma en un concepto incomprensible. (1991, pp. 131-132)

Lo anterior, determina que justificar la reincidencia para la aplicación de penas inocuizadoras, la cual tenga por efecto inocuizar al delincuente es abandonar el derecho penal garantista donde se olvidan los derechos fundamentales y humanos como la dignidad, la libertad y la resocialización. Pero, como algunos expertos han justificado esta figura jurídica de reincidencia en materia penal tiene controversia desde la justificación en la cual se aplica el derecho penal; en otras palabras, si se aplica el derecho penal de autor o derecho penal de acto, esto en relación a que el derecho penal de autor al analizar la culpabilidad del autor lo examina desde la perspectiva de la perversidad del autor y el derecho penal de acto analiza la culpabilidad del autor del delito como un aspecto de mayor grado de culpabilidad.

Por esa razón, en la reincidencia aplicada a un caso concreto mediante el análisis de culpabilidad, es primordial observar el sistema que aplica el ordenamiento jurídico en materia penal si es de autor o de acto; debido a que, en el derecho penal de autor la gravedad de la pena del segundo delito dependerá de la observación de peligrosidad del autor por probabilidad de futuros hechos delictivos, mientras que en el derecho penal de acto, el mayor grado de culpabilidad, dependerá de la circunstancia agravante para merecer una pena mayor correspondiente por la falta de arrepentimiento. Por ello, conocer la peligrosidad es abandonar el derecho acto y adentrarse en el derecho de

autor.

Por ejemplo, el sujeto A, fue condenado por el delito de violación, cumplió una pena por diez años, la cual ya está debidamente ejecutada y cumplida, posteriormente el sujeto A comete un hecho delictivo calificado provisionalmente como agresión sexual, el cual durante el análisis del elemento de culpabilidad se discute la reincidencia, en un sistema penal basado en derecho de autor se discutirá sobre la peligrosidad criminal del autor no sobre el hecho delictivo, es decir, se discute que existe un patrón de conducta criminal, violó nuevamente el valor jurídico tutelado de libertad sexual, es un peligro su reincorporación a la sociedad, se anticipa su conducta a futuro, se discute cuestiones de personalidad conductual sobre la cual no se puede influenciar para realizar nuevos cambios por sus antecedentes, por lo cual, la pena y medidas tendrán la finalidad de evitar hechos delictivos futuros. Por otro lado, en un sistema penal basado en el derecho de acto, se analizará la reincidencia como una causa accidental que modifica la responsabilidad penal, se determina como una causa agravante, que será evaluada al momento de determinar la pena a imponer sobre el hecho delictivo cometido, sin prestar atención a los hechos futuros del criminal.

Lo anterior, ejemplifica que la reincidencia en un derecho penal de acto no puede ser objeto de calificación de peligrosidad social, sino solo de circunstancia agravante de la pena, pero no como determinante para la aplicación del principio de inocuidad porque no es un derecho penal de autor.

De tal forma, la teoría de la prevención especial negativa, determina que la reincidencia califica a los delincuentes como persona incorregible, desde la perspectiva

de peligrosidad para la sociedad por la reiteración de hechos delictivos de los cuales con anterioridad fue sancionado; por lo cual, solo la pena que implica retribuir, reprimir y prevenir, no es suficiente dado que la resocialización no podría lograrse por lo cual debe provocarse la inocuización. Pero, surge entonces en la dogmática jurídica penal la constante interrogante ¿puede aplicarse dentro de un sistema penal basado en el derecho penal de acto el principio de inocuización? partiendo de considerar que el principio de inocuización está vinculado al derecho penal de autor, donde su principal punto de razonamiento es la peligrosidad social del autor, lo cual determina un conflicto entre el deber ser del derecho penal y el ser de la teoría y su aplicación en los ordenamientos jurídicos penales.

Toda vez, que el derecho penal de acto, su dogma parte del imponer una pena basado en los hechos delictivos realizados por los sujetos y su relación con los resultados garantizando con ello el principio de legalidad, razonabilidad y taxatividad, con el objeto de proteger los derechos de la víctima y/o agraviado, así como, del victimario. Esto quiere decir, que al victimario que es un sujeto de derecho se le va sancionar con una pena, la cual corresponde aplicar por el delito cometido derivado de su conducta antisocial y sus resultados, sin retrotraerse al estudio de la personalidad o motivaciones; en otras palabras, no debe basarse en lo que el criminal es como persona, lo cual se basaría en apreciaciones futuras que carecen de asertividad sobre el concepto de justicia, que es dar a cada quien lo que le corresponde según sus actos.

De modo que, este principio de inocuización es propio del derecho penal de autor, debido a que, la pena se impone desde el análisis de características personales del autor de sus actos presentes y pasados, a lo cual el Estado en el ejercicio del *ius puniendi*

considera peligroso para la sociedad; obtenido de un razonamiento del legislador que crea la norma y el del juez que la aplica, pero, sin fundamento dogmático jurídico, bajo la primicia de una sanción para corregir al sujeto y a quien no se pueda corregir inocuizarlo, por un sujeto incorregible por sus actos pasados, presentes, y futuros. Por ello, el principio de inocuización, no protege derechos humanos de los sujetos de derechos que por su estatus jurídico son denominados delincuentes o criminales, es decir, desvirtúa por completo el fin último de resocialización de la pena.

En Guatemala, el sistema que se utiliza según la legislación vigente es la derecho penal de acto, tomando en consideración que se parte de establecer una relación de causalidad, el cual, analiza la causa y resultado, para poder realizar el análisis de los demás elementos del delito, por esta razón, implica que el elemento de culpabilidad que es analizado para aplicar una pena debe fundamentarse en los hechos delictivos que realizó el delincuente, tomando en consideración circunstancias que modifican la responsabilidad penal denominadas como causas atenuantes y causas agravantes, que gravan o disminuyen la pena a imponer al delincuente, esto infiere, que no debe ser tomado en consideración características personales del auto como peligrosidad social.

Por consiguiente, las penas dentro de este sistema penal están orientadas a buscar retribuir el daño ocasionado, reprimir la conducta mediante la imposición de una pena proporcional a los resultados y prevenir el delito mediante el ejemplo dado a la sociedad con la imposición de la pena, pero, sin atender con la resocialización del delincuente, para que pueda ser aceptado nuevamente a la sociedad y seguir gozando de los derechos fundamentales y humanos que le son inherentes. Lo anterior, sería un efectivo dogma del deber ser de aplicación de la pena dentro del derecho penal de acto

dentro de un Estado de derecho democrático/constitucional; sin embargo, el inapropiado abuso del poder punitivo del Estado, ha provocado el uso del principio de inocuización bajo el supuesto de garantía de resocialización, pero, sin rasgos concretos de su finalidad al establecer penas que al verificar su efecto social y psicológico persiguen inocuizar al delincuente al partir del ser de peligrosidad social del delincuente, resultando una atracción del derecho penal anglosajón, que si bien busca garantizar la seguridad de la sociedad; también, viola derechos fundamentales del sujeto que padece la pena o medida infamante.

Entonces, el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, su deber ser es buscar con la pena resocializar al delincuente como fin principal, como lo ha establecido la Corte de Constitucionalidad en diferentes sentencias; es cierto, que este deber ser hace referencia a la circunstancia jurídica penal accidental de reincidencia, parte medular del principio de inocuización, pero no tiene finalidad dentro del deber ser del derecho penal de acto que es propio del derecho penal guatemalteco, dado que, la reincidencia dentro de la legislación penal, no tiene el significado de peligrosidad social, sino de graduación de la pena en cuanto a su alcance cuantitativo sobre la pena.

En efecto, se toma como punto de partida el análisis del deber ser de la reincidencia, debido a que, anteriormente se ha establecido que es requisito importante de este principio; entonces, el Código Penal guatemalteco, dentro del título que establece las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, específicamente en el capítulo de circunstancias agravantes define la reincidencia “es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior [...], haya o no cumplido la pena”.

Además, también hace referencia a otra causa denominada habitualidad “[...] 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” (Código Penal, 1973, Art. 27, inciso 27 y 28).

De manera que, esas causas denominadas reincidencia y habitualidad, tienen la misma finalidad ambas demuestran que existe reiteración de actos, pero, una excluye a la otra por el número de reiteraciones de delitos; pero, su finalidad es servir de parámetro para determinar la pena correspondiente al máximo señalado en la ley, por lo cual, sigue persistiendo el derecho penal de acto en el ordenamiento jurídico penal de Guatemala.

Sin embargo, el deber ser es desvirtuado, toda vez, que la referida legislación está utilizando la reincidencia y la habitualidad para establecer una forma de inocuización, porque el ser de su creación por el legislador y la aplicación del juez la determina como presupuesto de peligrosidad social, el cual es fijado como medio de fijación de la pena en el mismo cuerpo legal, determinando que para aplicar una pena debe tenerse en cuenta la peligrosidad social del delincuente en una escala subjetiva de análisis del juzgador entre el menor y mayor grado de peligrosidad, lo que hace apreciar que el principio de inocuización está presente en el ser del derecho penal guatemalteco pero invalida del deber ser de la dogmática jurídica penal.

Además, en dicho código se establece que la fijación de una pena, debe estar basada en los hechos delictivos, móvil del delito, daño causado, circunstancias atenuantes y agravantes, los cuales deben ser debidamente motivados, esto da una clara evidencia que es un derecho penal de acto, que busca aplicar una pena en base a los hechos consecutivos del delito, para sancionar los mismos, mas, no a la persona por su

peligrosidad social. Por ello, es necesario recordar que Guatemala es parte del derecho penal latino, de tal forma, que al aplicar un derecho penal anglosajón basado en el *crimen in law (derecho criminal)*, es contrario al deber ser de su finalidad.

No obstante los fundamentos legales, la pregunta planteada con anterioridad en lo que respecta a si Guatemala aplica el principio de inocuidad, la respuesta es afirmativa, propia de un ser y no de un deber ser, por la falta de estudio de juristas sobre el tema y el excesivo fenómeno de sobreprotección social y desprotección de derechos humanos para el delincuente por su estatus jurídico, porque se está basando en presupuestos de reincidencia, habitualidad e incorregibilidad que son sinónimos de peligrosidad social, el cual, aunque ha sido desechado de la norma jurídica penal guatemalteca ese término jurídico persiste su aplicación.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado que la peligrosidad social no puede ser invocada en derecho penal guatemalteco en la sentencia emitida en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala determinó:

La doctrina señala que la peligrosidad social no puede ser invocada en un estado democrático de derecho, en cuanto corresponde a un derecho penal de autor. La peligrosidad criminal implica el juicio del tribunal sobre la probabilidad de que el acusado cometa nuevos delitos en el futuro, cuando es inimputable y se discute la necesidad de aplicar una medida de seguridad. Por tanto, la peligrosidad criminal no puede ser presumida, sino ha de ser probada. (2005, p. 40)

Aún con precedentes que excluyen la peligrosidad social como factor determinante para la creación y aplicación de penas, el órgano de Estado que ejerce la potestad legislativa no ha advertido el pronunciamiento de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, en tomar como nota que la peligrosidad social, no puede ser un presupuesto para imponer una pena dentro de un Estado de derecho constitucional/democrático donde los derechos humanos no deben estar debajo de la primacía del interés social, puesto que, debe mantener la balanza en respetar los derechos fundamentales y humanos tanto de la víctima como del delincuente.

Es decir, el Estado está ejerciendo el poder punitivo como un efecto de contención y represión social de la persona y seguridad de la sociedad, dándole un significado distinto mediante penas que persiguen aplicar la prisión de forma excesiva como símbolo de seguridad social, pero que dañan la dignidad de la persona que la padece provocando un estigma y etiquetamiento social perpetuo, lo cual hace que se aplique el principio de inocuización en la legislación penal guatemalteca contrariando el deber ser del derecho penal de acto sobre el cual se establece el derecho penal guatemalteco.

La aplicación de penas inocuizadoras en el derecho penal

Un Estado de derecho democrático, es un Estado que tiene dos sentidos el primero deriva sobre la obtención de la igualdad social y el segundo el respeto de los derechos humanos y fundamentales basados en un ordenamiento jurídico que protege a la sociedad en busca del bien común, con lo cual, se pretende que todas las acciones tengan un objetivo beneficioso para toda la sociedad sin exclusión alguna. Esa igualdad social, es importante dentro del derecho penal, debido a que no solo se debe proteger a la víctima del delito sino también al delincuente que padece la pena porque todos gozan del derecho a ser tratados con igualdad ante la ley.

El Estado de Guatemala reconoce el derecho a la igualdad, el cual, lo determina

en la Constitución Política la de República de Guatemala, estableciendo que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos, con ello brinda esa seguridad jurídica a cada uno de los habitantes independientemente de sus estatus jurídico dentro de la sociedad. Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en busca del reconocimiento de los derechos esenciales de todo ser humano, determina que no nacen del pertenecer a un Estado sino como atributo inherente a la persona humana; dicha Convención hace referencia que, aunque los Estados tengan regulados derechos sociales, económicos, culturales, civiles y políticos, lo que se pretende es garantizar los mismos en especial la igualdad en el hecho de no existir discriminación de origen social.

En otras palabras, esa igualdad de derechos se ve reflejado en garantizar la integridad física, psíquica o moral, evitando que puedan ser sometidos a penas degradantes e inhumanas que menoscaben la dignidad e integridad de la persona en cuanto a su dignidad y aunque sea condenado en sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada, la pena no tenga el fin de transcender a la persona humana.

De tal forma, que el derecho al trato con igualdad de todo ser humano dentro de un Estado, también es reconocido en un instrumento de derechos humanos de carácter universal denominado Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en el cual se reconoce que todos los seres humanos son iguales ante la ley, equivalente al derecho a igual protección ante la ley; por lo cual no podrán ser sometidos a penas degradantes, porque toda persona tiene derechos sin discriminación alguna desde el momento en que nacen a garantizar su derecho de igualdad sin importar el estatus jurídico dentro de la sociedad.

Un ser humano dentro de la sociedad debe contribuir al mantener el bien común, sin embargo, al cometer un hecho contrario a la ley que viola derechos humanos fundamentales que han sido protegidos por la norma jurídica penal, puede ser sancionado por el Estado en el ejercicio del poder punitivo; pero, este poder punitivo no puede violar un derecho humano y fundamental como el ser tratados por igual sin discriminación alguna que dañe la dignidad de la persona en consecuencia de la implementación de una pena. Es decir, el abuso del poder punitivo del Estado, elimina el derecho a la igualdad, desvirtuando el deber ser de la pena, debido a que el derecho penal, no busca destruir la dignidad, limitar permanente la libertad mediante penas porque destruiría el fin último de resocialización de la pena.

Anteriormente, se determinó que el derecho penal en Latinoamérica, aplica el sistema del derecho penal de acto, el cual pretende sancionar los resultados de los actos del delincuente, sin embargo, la influencia del derecho penal anglosajón, en busca de sobreprotección a la sociedad contradice esos presupuestos del deber ser dogmático de la pena; toda vez, que el anglosajón persigue sancionar al autor por su peligrosidad social, previniendo futuros delitos, estableciendo parámetros como la peligrosidad social y etiquetando a los delincuentes como no corregibles, dicho criterio es con base de características personales del delincuente incorregible como le denomina la teoría del principio de inocuidad.

En Guatemala, el derecho penal, como se ha descrito, aplica un sistema de derecho penal de acto; esto significa, que el objeto es sancionar al delincuente por los resultados de sus actos, los cuales, son consecutivos de violaciones a bienes jurídicos tutelados protegidos por las leyes en materia penal, esto significa, que no debería una

pena sancionar bajo el presupuesto de peligrosidad. Además, las penas que se crean y aplican al delincuente tiene que tener la finalidad de ser retributivas, intimidatorias, preventivas y resocializadoras propias de un Estado de derecho democrático; sin embargo, existe otro fin que es el inocular al delincuente produciendo un daño grave que viola derechos fundamentales como la igualdad, la dignidad, la libertad e integridad de la persona, porque deriva de la teoría de la prevención especial negativa que se opone a fin de resocialización de la pena que determina la teoría de la prevención especial positiva, el cual es procedente su aplicación como deber ser de un derecho penal de autor, el cual dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco es funcional, porque encierra supuestos a considerar como peligrosidad social, reincidencia y no corregible que se oponen al dogma de la pena que debe ser aplicada en Guatemala.

Esta contradicción del deber ser con el ser de la pena en el derecho penal guatemalteco, no ha sido discutido porque se presta mucha atención a la práctica y protección social como sinónimo de seguridad pero se deja sin evaluar si su implementación contradice el deber ser de la dogmática jurídica penal con respecto a la pena, sin embargo, sí ha sido sujeto de discusión por juristas especialistas en derecho penal, así también, por las Cortes a nivel nacional o internacional, con relación a derechos humanos; por ello, es que en Guatemala, existen una diversidad de penas creadas las cuales están orientadas a dañar la dignidad y la libertad de los delincuentes a quienes se les impone de forma permanente, lo cual sobrepasa el fin de resocialización, haciéndolo inalcanzable.

Por ejemplo, existen algunas penas de prisión que sobrepasan el límite necesario según estudios de expertos en psicología y sociología, concluyendo que lo único que

producen esas penas de larga duración es un menoscabo a la integridad psicológica, porque se posicionan en el deber ser de una pena para garantizar la resocialización y evitar daño a la dignidad se determinan de quince a treinta años con respecto a la edad que tenga el condenado cuando se le aplica. En efecto, existen penas de prisión que, sin estar expresamente establecidas como perpetuas, su aplicación dependiendo la edad del delincuente se convierten en penas de prisión perpetuas que en nuestro ordenamiento jurídico se les puede denominar excesivas, por tal motivo, el delincuente ya no se reintegra a la sociedad, sino que muere durante su cumplimiento sin oportunidad de reintegración a la sociedad.

Es decir, se han establecido bajo la percepción de peligrosidad social, en consideración de la reincidencia y la habitualidad, que son interpretados de forma equivoca con los presupuestos del principio de inocuización, que si bien, en la teoría de dicho principio hace referencia a la reincidencia de un delincuente esta es sinónimo de peligrosidad social determinada de forma subjetiva.

Penas inocuizadoras aplicadas

Ante la evidencia de penas excesivas que se aplican bajo el deber ser de un principio de inocuización en el derecho penal guatemalteco, se hace necesario analizar dichas penas establecidas en el código penal y leyes especiales, entre ellas:

Pena de muerte: consiste en la privación del derecho a la vida, la cual es a consecuencia de la comisión de delitos que se consideran graves y que están relacionados a la violación del bien jurídico tutelado la vida y en ciertas ocasiones a la libertad; en Guatemala, determinaron como pena principal la pena de muerte para los

tipos penales: asesinato, parricidio, ejecución extrajudicial, caso de muerte, de tal forma, que para la aplicación de esa pena, el juez debía considerar la peligrosidad social.

Sin embargo, esa peligrosidad social, como lo han determinado los legisladores, al momento de crear ese tipo penal y la fijación de la pena principal, es un deber ser del derecho penal de autor que contradice el derecho penal de acto y destruye la finalidad de resocialización, libertad y dignidad, porque se considera su pasado como punto de partida; es decir, actúa como un elemento retrospectivo, que va determinado por hechos delictivos pasados que lo etiquetan como peligroso para la sociedad, este etiquetamiento antes de la muerte produce un daño a la dignidad, lo cual se entiende como un delincuente incorregible, el cual merece la pena capital para evitar un hecho delictivo futuro, este criterio basado en hechos inciertos que no son demostrables o presentes, pero, aun considerándose una pena principal, legal y taxativa, esta es contradictoria al deber ser derivado de una teoría de la prevención especial negativa que fundamenta el principio de inocuización.

Además, la pena de muerte viola la dignidad de la persona que la padece en el sentido que las ejecuciones son públicas, lo cual se compara con la venganza pública producto de una venganza privada, por lo cual, es una pena inocuizadora por excelencia, a lo cual Zaffaroni (2020) refería que la inocuización es modo de exigir matar a todos para que no vuelva a delinquir.

Hay que aclarar que la pena de muerte en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, ha sido declarado inconstitucional su aplicación por la Corte de Constitucionalidad, siguiendo jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establecieron que la misma no podría ser aplicada por factores como ser

prohibida por la Convención Americana de Derechos humanos (1969) en los supuestos que es una pena degradante que afecta un derecho fundamental de la vida y por ser aplicada siguiendo el criterio de peligrosidad social que advierte que no puede ser calificada la peligrosidad de una persona por hechos pasados para anticipar hechos delictivos futuros, la peligrosidad social, y a la vez es una pena que etiqueta al delincuente mediante la publicidad de su ejecución siendo un descredito social para el delincuente y su familia, lo cual es degradante e inhumano, porque viola la integridad personal física, psicológica y la dignidad de las personas.

Pena de prisión: existe otra pena inocuizadora como lo es la pena de prisión, esta consiste en una pena principal que busca retribuir el daño ocasionado, en busca de la justicia para la parte que sufrió el daño ocasionado por el delincuente, sin embargo, su exceso destruye la finalidad que persigue en relación a retribuir, reprimir, prevenir y resocializar, toda vez, que puede convertirse en una pena degradante que al ser excesiva, daña la dignidad ligada a la integridad de la persona, la libertad y el fin de resocialización. Lo anterior se ve reflejado en la creciente creación de penas con un máximo de treinta a cincuenta años de prisión que han sido creadas en la norma penal guatemalteca y que al ser aplicadas como concurso real o ideal y unificación de penas se convierte en excesivas sin beneficios penales o penitenciarios que permita reintegrarse a la sociedad.

Por ejemplo, Guatemala ha determinado que la pena de prisión puede ser hasta cincuenta años, lo cual, para la sociología y psicología extralimita la funcionalidad de la pena porque supera la expectativa de vida de las personas en Guatemala que es de setenta y un años, de tal forma, que no cumple la finalidad de la resocialización que es

parte de la teoría de la prevención especial positiva, sino se convierte en inocuizadora como finalidad de la teoría de la prevención especial negativa, que en su sentido lato corresponde a neutralizar al delincuente de forma perpetua, mediante la inocuización que no permite al delincuente la resocialización, privándolo de su libertad y dañando su dignidad.

Por tal razón, las penas de cincuenta años o más como en Guatemala que se han dictado sentencia de hasta ochocientos veinte años de prisión, producen ese efecto psicológico de inocuización que destruye al delincuente porque se limita de forma permanente la libertad, destruye la dignidad de forma perpetua mediante el etiquetamiento de criminal durante su existencia humana hasta la muerte, aunque algunos sociólogos establecen que ese estigma se hereda a la familia; toda vez, que obtienen su libertad con la muerte sin aplicar una pena de muerte expresa.

En Guatemala, se han dictado sentencias condenatorias entre ellas: sentencia condenatoria por ciento un años de prisión inmutables contra Josué Estuardo Cruz Arteaga y José Bernardo Morales Ortega, por el delito de plagio o secuestro, femicidio y violación con agravación de la pena con circunstancias especiales de agravación; sentencia condenatoria de ochocientos veinte años de prisión en contra de Marvin Montiel Marín, alias "El Taquero", por el crimen de quince personas de origen nicaragüense y un holandés; sentencia condenatoria a ochocientos años de prisión por el asesinato de dieciséis personas; dieciséis años y ocho meses por el delito de asesinato en grado de tentativa y seis años por asociación ilícita, lo que hace un total de ochocientos veintidós años con ocho meses en contra de Mynor Aroldo Gutiérrez y Luis Alberto Yuman Garrido; sentencia condenatoria a ochocientos años de prisión por el

asesinato de dieciséis personas; dieciséis años y ocho meses por el delito de asesinato en grado de tentativa y doce por conspiración para el apoderamiento, lo que hace un total de ochocientos veintiocho años con ocho meses, en contra de Luis Alberto Yuman Garrido; sentencia condenatoria de doscientos cincuenta y seis años y diez meses de prisión por cinco asesinatos, un homicidio, conspiración para cometer asesinato y lesiones leves, en contra de Mynor Fabricio Oajaca Quiroa; sentencia condenatoria de prisión por doscientos cincuenta y cinco años por cinco asesinatos, en contra de Karla Francisca López Vides; sentencia condenatoria de prisión por doscientos cuarenta y un años y cuatro meses por cinco asesinatos y asesinato en grado de tentativa, en contra de Florencio Aníbal de La Cruz Ávalos; sentencia condenatoria de prisión por doscientos cuarenta y un años y cuatro meses por seis asesinatos, en contra de Álvaro Noé López Pollón; sentencia condenatoria de prisión por cinco mil ciento sesenta años de cárcel por haber participado en una de las peores masacres perpetradas durante la guerra civil que azotó Guatemala entre 1960 y 1996, en contra de el exmilitar guatemalteco Santos López Alonzo.

Las penas de prisión anteriores que han sido impuestas en el ejercicio del poder punitivo del Estado mediante un debido proceso y con base en las penas que cada tipo penal establece que oscilan entre los cincuenta a treinta años de prisión como pena principal, sin embargo, al analizar su aplicación al unificarlas como lo han realizado los jueces mediante concursos de delitos éstas se convierten en penas incoizadoras, derivado de sus efectos, debido a que, no permite beneficios penales o penitenciarios y segundo exceden la regla determinada para los concursos de delitos sea real o ideal, en el sentido que, el concurso real establece que el cálculo de la pena a imponer se base

en la siguiente regla según lo establece el artículo 69 del Código Penal: "...pero el conjunto de las penas de la misma especie no podrá exceder del triple de la de mayor duración, si todas tuvieran igual duración, no podrán exceder del triple de la pena. Este máximo, sin embargo, en ningún caso podrá ser superior: 1º. A cincuenta años de prisión..."; Concurso Ideal artículo 70, establece "...únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte..." (1973).

Por ello, se considera con los ejemplo anteriores que Guatemala, aplica penas de prisión incoizadoras, porque su alcance supera el deber ser de la pena, restringe la libertad de forma permanente, así también, daña la dignidad de forma permanente porque hay que hacer alusión que la prisión siempre tiene efecto contra la dignidad, pero su permanencia la destruye, se convierte en inhumana y degradante, y evita por completo la resocialización, sin olvidar que una pena de cincuenta o treinta años de prisión incoizan al delincuente por la expectativa de vida y el efecto psicológico de la misma, sin efecto resocializador absoluto, porque la prisión se convierte en una escuela de criminales por la falta de expectativas de esa reintegración social. Es necesario aclarar que no se discute la aplicación de una pena para sancionar el hecho delictivo que constituye un delito, lo que se analiza es el exceso de la pena y su efecto que produce daño a la dignidad, la libertad y la resocialización de los condenados, con respecto al deber ser de la pena según la dogmática jurídica penal.

Publicación de la sentencia: en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, es una pena accesorio, la cual tiene un carácter obligatorio en los delitos que violan el bien jurídico tutelado de la libertad e indemnidad sexual y el honor; este tipo de pena accesorio

fue establecida con el fin de informar a la sociedad que el sujeto fue sancionado por un delito, pero, tiene una finalidad posterior al cumplimiento de la condena, debido a que produce un etiquetamiento social de criminal; por ejemplo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual esta publicación debe realizarse en páginas del Ministerio Público y Organismo Judicial con acceso al público, esta publicidad no es constitutivo de delito porque es sobre datos reales sobre una pena impuesta, pero, lo objetable es su efecto psicológico y social. Es decir, las sentencias, pueden ser publicadas por el Estado de Guatemala en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública para que los ciudadanos puedan acceder a la información, sin embargo, esta publicación de sentencias es vinculada al efecto inocuizador del principio de inocuización, porque produce un etiquetamiento social con efecto permanente.

Debido a que, además de la pena principal de prisión, que produce un rechazo social, al agregarle una publicación con nombre y apellido que es una forma expresa de etiquetamiento como criminal, provoca un daño a la dignidad que tiene efectos posteriores al cumplimiento de la pena, evitando la resocialización. Lo cual, es contrario al deber ser del dogma de la pena en un derecho penal de acto porque tiene efectos perpetuos que no permitirá la reinserción social del sujeto por ser etiquetado como delincuente o criminal.

Registro de agresores sexuales: En Guatemala, también existe esta pena inocuizadora que tiene su fundamento en relación a que los delitos relacionados con la violación al bien jurídico tutelado de la libertad e indemnidad sexual han aumentado en toda Latinoamérica, esto ha hecho que las legislaciones en materia de derecho penal implemente penas severas para su ejecutores, con la finalidad de retribuir el daño

causado, intimidar al delincuente y prevenir el delito por medio del ejemplo de la imposición de penas severas pero con el fin de garantizar la seguridad colectiva; aun cuando se justifica que su fin es perseguir la resocialización esta es imposible porque resocializar no solo implica recobrar la libertad, implica también poder tener participación activa dentro de la sociedad con oportunidades laborales y sociales, pero, esta pena accesoria, es posterior al cumplimiento de la pena principal, que desde el punto de vista de los legisladores lo que busca es evitar que el delincuente cometa delitos en el futuro que violen la libertad y la indemnidad sexual, es decir, consideran al delincuente como peligro social y en protección de la colectividad le imponen una etiqueta perpetua que los excluye del derecho a la resocialización y la dignidad, lo que significa una finalidad contraria al deber ser del dogma de la pena en un derecho penal democrático que protege derechos humanos.

Se puede concretizar, que la prisión cumpliría con la finalidad de retribución, intimidación, prevención y resocialización, dado que el objeto del Estado es sancionar los hechos delictivos cometidos por los ciudadanos y reintegrar al delincuente a la sociedad para seguir su vida, por los procesos de readaptación que se desarrollan durante la privación de libertad, pero, esa finalidad de resocialización no se logra cuando se le impone penas accesorias como la publicación de la sentencia y aunado a ella el registro como agresores sexuales, debido a que, es un etiquetamiento social que primero daña la dignidad, lo excluye de la sociedad mediante la etiqueta y le veda derechos como la integridad personal y al trabajo, evitando con ello lograr el fin último de la pena.

Además, esa misma búsqueda de los legisladores amparado en políticas penales contrarias a la dogmática jurídica del derecho penal de un Estado de derecho

democrático/constitucional, ha contribuido a que existan proyectos de ley con penas cada vez más inoportunas con relación al delincuente, propias de un derecho penal anglosajón que no es el aplicable en la norma penal guatemalteca, por ejemplo está en estudio por el órgano estatal encargado de legislar en Guatemala un proyecto de ley que busca establecer la pena de Castración Química para los delitos sexuales, con el fin de garantizar la no reincidencia en la comisión de delitos que violan el bien jurídico tutelado de la libertad sexual, logrando con ello la realización del bien común o seguridad social, determinando en la exposición de motivos que países de primer mundo están aplicando dicha pena para delitos sexuales.

La referida iniciativa de ley, fue propuesta por diputados del Congreso de la República de Guatemala, la cual fue admitida para su análisis bajo el registro cinco mil ochocientos setenta y cinco; en la cual persiguen establecer una pena consistente en la castración química, la cual consiste en la aplicación de medicamentos de forma periódica, que tendría por efecto suprimir la erección, eyaculación y reducción de la frecuencia y la intensidad de los pensamientos eróticos; sin embargo, se ha expuesto que la pena tendría que estar acompañada de un tratamiento psicológico y psiquiátrico para reencausar su conducta.

A la vez, establecen finalidades para su implementación como evitar futuros delitos sexuales por los sujetos activos, así como, el riesgo de delitos sexuales y conminar a los demás sujetos a no cometer delitos sexuales; teniendo presente que para su aplicación deben tenerse presente los supuestos establecidos como circunstancias agravantes que determinan como posibles en el proyecto de ley entre ellos: cometido con armas o por dos o más personas, crueldad o alevosía, abuso de autoridad, por

parentesco, por edad, bajo efectos de alcohol y que se derive la muerte de la víctima, reiterando que debería ser aplicada en la legislación penal guatemalteca, ya que es aplicada en países de primer mundo como Alemania, Dinamarca, Australia, Estonia, Indonesia y Bélgica.

Sin embargo, la pena de castración química, es una pena completamente inocuizadora, por su finalidad; toda vez, que daña la integridad física y psicológica de la persona al aplicarse, dañando con ello el derecho a la dignidad humana, en dos sentidos: el primero daña físicamente al sujeto debido a que reprime funciones biológicas del cuerpo y el segundo daña psicológicamente a la persona llegando a padecer ansiedad, depresión, bipolaridad, así como, paradismas por deseos naturales reprimidos como: agresividad, conductas destructivas que puede desarrollar sociopatía, como Sigmund Freud describió que todo lo que se reprime vuelve transformado, a consecuencia de reprimir necesidades fisiológicas que hace desarrollar mecanismos de defensa en lugar de destruirlos, de tal forma, que se pueda ocasionar el desarrollo de trastornos que alteren la capacidad del sujeto que la padece.

Los que proponen la iniciativa de establecer la pena de castración química, hacen referencia que se debería implementar conjuntamente con la pena tratamientos psicológicos y psiquiátricos, lo cual anticipa el daño mental que ocasionaría la pena accesoria, lo que deja un vacío, porque la pena es impuesta por fuerza de ley, el delincuente no estaría conforme con recibirla, es obligada, derivado de una imposición del poder punitivo, un ejemplo de represión social. Sin embargo, en países con derecho penal anglosajón han establecido la castración pero con una aceptación voluntaria no obligatoria, que vendría a provocar un efecto calmante del ser humano tal como lo

produce cuando la persona reconoce su adicción al alcohol o las drogas, debido a que se necesita la aceptación de la persona para no tener efectos secundarios que dañen la dignidad humana.

Pero, aunque la dogmática jurídica del derecho penal anglosajón apoye la implementación de este tipo de penas, fusionándola con la utopía de resocialización y rehabilitación, la rehabilitación necesita de aceptación voluntaria para surtir efecto, por lo cual, en Guatemala no podría lograrse ese efecto porque su aplicación es grave para el ser humano; es decir, se impondría como una pena accesoria obligatoria sin ningún carácter de voluntariedad del delincuente, logrando con ello esos mecanismos de defensa transformados que destruyen la dignidad de la persona, en efecto, no se cumpliría el fin de la resocialización, además, esta finalidad es contraria al deber ser del derecho penal democrático, es entonces, un claro ejemplo del derecho penal del enemigo, donde el delincuente es el enemigo del Estado, y una absoluta implementación del principio de inocuización.

La legislación guatemalteca en materia penal, si bien no reconoce que las penas establecidas por el congreso y aplicadas por los jueces persigan un fin inocuizador por estar creadas y ser aplicadas bajo una finalidad de seguridad social. En definitiva, la mayoría de penas principales o accesorias, producen un efecto inocuizador que inocuiza completamente al delincuente de la sociedad, toda vez que, las mismas violan la dignidad, la libertad y el derecho a reintegrarse a la sociedad sin ningún estigma o etiquetamiento social, que son propios del principio de inocuización producto de un derecho penal de autor que no debe ser implementado en un Estado de derecho democrático que debe desarrollar su legislación penal dentro de los fines y principios de

un derecho penal de acto que protege los derechos humanos del delincuente y de la víctima, en consideración de ese deber ser dogmático jurídico que se desvirtúa en ansias de seguridad jurídica y destruye toda la finalidad de un derecho penal que no es solo retribuir, reprimir o prevenir sino es también resocialización, un fin último de la pena, tal como, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2015) estableció en la regla cuatro, cinco y ochenta y siete de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos y jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala (sentencias 4099-2020, 2951-2017, 3624-2014, 3076-2016).

La violación a los principios de resocialización, humanización y proporcionalidad

La finalidad de la pena se ha estudiado desde el punto de vista de dos teorías, y que forman parte de la dogmática jurídica de la misma, como lo son: la teoría de la prevención general y la teoría de la prevención especial, la primera determina que la pena es utilizada para retribuir el daño causado, reprimir la conducta delictiva y prevenir futuros hechos ilícitos por otros sujetos, mediante el ejemplo de la pena impuesta al delincuente y la segunda busca que la pena impuesta además de retribuir, reprimir y prevenir, el delincuente pueda reintegrarse a la sociedad para garantizar sus derechos humanos, pero también esta teoría tiene un aspecto negativo la cual también puede implementar una finalidad inocuizadora, para aquellos delincuentes que son considerados peligrosos e incorregibles y que no pueden ser corregidos para evitar el delito; es decir, la pena busca ser un disuasivo social para la sociedad.

Pero, la prevención especial al establecer una finalidad inocuizadora como opción a la falta de resocialización del delincuente por ser considerado incorregible o peligroso

para la sociedad, establece una alerta a la dogmática jurídica penal dentro de los ordenamientos jurídicos penales en Latinoamérica, por contrariar el dogma jurídico de la pena; en efecto, Von Liszt (1994), fue quien estableció la finalidad de la teoría de la prevención especial, determinando el aspecto positivo y negativo ya estudiados; sin embargo, los ordenamientos jurídicos lo han desvirtuado mediante el abuso desmedido del poder punitivo del Estado, por la absurda demagogia, que da como resultado un populismo punitivo o punitivismo populachero.

Meini citó: “Liszt no negó que la ejecución de la pena implicase algún grado de retribución, pero ello, sería solo el medio para alcanzar la prevención: la pena es prevención mediante represión” (2013, p. 148); tomando de base esa frase de Liszt que “la pena es prevención mediante represión”, los Estados han aprovechado a reprimir al delincuente en su máxima expresión aun violentando derechos inherentes al ser humano y principios que inspiran la finalidad de la pena. En Latinoamérica, el derecho penal se ha desvirtuado por la adopción de la política criminal de un derecho penal anglosajón, el cual impone la pena basado en características personales del autor, mas, no en los hechos delictivos ejecutados por el delincuente; lo que, ha provocado, la existencia de un abuso desmedido del poder punitivo del Estado desde la creación de la pena por el órgano que ejerce la potestad legislativa hasta la aplicación de la pena por el órgano que ejerce la jurisdicción.

Entonces, se deriva de ese abuso desmedido del *Ius Puniendi*, el estudiar el efecto de la aplicación de la teoría de la prevención especial, pero en su perspectiva negativa, la cual es conocida como inocuización, la cual pretende establecer penas inocuizadoras que destruyen la integridad de la persona conformada por su dignidad, libertad y

resocialización, que son derechos fundamentales y humanos que deben ser protegidos sin importar el estatus jurídico que tenga un ciudadano dentro de una sociedad; si bien, la pena busca sancionar aquellos hechos delictivos que realiza el ser humano con dolo o culpa violando bienes jurídicos tutelados que constituyen delito, no es motivo suficiente para vulnerar otros derechos humanos o principios sustantivos y procesales, que deben ser respetados en un Estado de derecho democrático, porque el dogma jurídico de la pena no es represión social. La inocuización va dirigida según su dogmática jurídica a delincuentes incorregibles, que consiste en delincuentes que no puede ser sometidos a métodos de corrección conductual por medio de los cuales el delincuente desista de seguir cometiendo hechos delictivos.

Por lo que el Estado como método de defensa para protección de la sociedad, somete al delincuente a penas denominadas inocuizadoras que los margina de forma perpetua dentro de la sociedad dañando la dignidad, mediante penas de prisión por tiempo indeterminado, que en el derecho penal anglosajón se les conoce como cadena perpetua pero que en nuestra legislación se les puede denominar excesivas o “penas ilícitas” (Zaffaroni, 2020, p.5); de tal forma, que la defensa de la aplicación de ese tipo de penas, es la protección de la sociedad, en busca de aquel fin del Estado de “primacía de interés social”, lo que provoca ese efecto represivo amparado por el resguardo a los derechos e intereses más allá de lo racionalmente necesario, pero, olvidando que el delincuente es un sujeto de derecho a quien por el solo hecho de ser un ser humano, tiene derechos humanos inherentes.

En efecto, se ha analizado anteriormente las penas que por sus efectos en el delincuente se consideran penas inocuizadoras, las cuales se han aplicado basadas en

ese tan anhelado fin del Estado de primacía de interés social pretendiendo lograr con ello el bien común, pero ese fin, no debe por ningún motivo violar principios procesales y sustantivos que buscan aplicar una pena idónea y eficaz que pretenda resocializar al delincuente; toda vez, que se debe castigar los hechos delictivos realizados no su historial delictivo, debido a que se perdería la finalidad de resocialización y se caería en una imposición subjetiva; de tal forma, que la pena se aplicaría basado en características subjetivas del delincuente sobre hechos futuros inciertos, lo cual destruye el dogma jurídico de la pena que es sancionar hechos pasados, dejando atrás el significado que el filósofo Aristóteles le dio a la palabra justicia.

Es decir, referirse a un ordenamiento jurídico penal que aplica la justicia, es tener bien presente esa definición inicial que estableció Aristóteles que implica dar a cada quien lo que le corresponde según sus actos vinculados con ella la equidad, de allí nace en concreto lo que cada Estado debe buscar al implementar penas, en otras palabras, se deben buscar penas que sancionen al delincuente según sus actos dentro de un Estado de derecho democrático, enmarcado en los principios generales del derecho de justicia y equidad, debido a que, se debe dar lo que corresponde según sus actos, no favoreciendo a una persona ni a otra; por ello, el derecho penal debe establecer penas con base a esos fines que persiguen los principios de humanización, proporcionalidad y resocialización, los cuales son vinculantes y garantistas para el delincuente y la víctima; toda vez, que ambos sujetos forman parte del Estado y por ende sujetos de derechos, por tal razón, un sujeto no excluye al otro sujeto aun existiendo esa primacía de interés social que el Estado pretende sobreproteger marginando a un integrante de la sociedad, porque la pena no fue creada para erradicar la criminalidad sino para sancionar

conductas ilícitas que violan bienes jurídicos tutelados.

De tal forma, que nace la interrogante ¿el derecho penal guatemalteco viola los principios de humanización, racionalización y proporcionalidad al aplicar una pena infamante o inculpativa? en relación al deber ser de la pena para la dogmática jurídica y el ser de la pena en el ordenamiento jurídico penal, dar respuesta a esta interrogante es complejo porque se debate dos grandes posiciones, el deber ser de la pena y el ser de la pena en Guatemala, porque se contraponen dos posiciones: primero, el bien común o bienestar general y el segundo, la protección de los derechos humanos inherentes a la persona humana del delincuente; sin embargo, se debe considerar que la pena debe aplicarse en busca de la justicia y equidad logrando fines de prevención general y especial, pero sin violar derechos fundamentales y humanos inherentes a la persona humana y garantizando la seguridad de la sociedad, pero, no fijada como una política de erradicación de criminalidad.

Por regla general el interés social prevalece sobre el interés particular, en el derecho penal guatemalteco con base en la primacía del interés social; debido a que el Estado tiene el deber de brindar seguridad y mantener la paz dentro de la sociedad. Sin embargo, muchas veces esa protección a la sociedad y el abuso desmedido del poder punitivo, provoca que se vulneren derechos humanos de los sujetos contra quien se impone el Estado. Las penas, son sanciones vinculantes para los sujetos que han cometido delitos, y como todo instituto jurídico persigue un fin el cual es retribuir, intimidar, prevenir y resocializar, esto correspondiente a que la justicia siempre lucha por dar a cada quien lo que le corresponda según sus actos, por ello, la justicia también es equidad, porque debe velarse por la protección de los derechos humanos del sujeto

pasivo y sujeto activo.

Por ello, el Estado aunque tenga ese poder punitivo que considera tener sin límites, debe reconocer que la persona humana, tiene derechos como la dignidad, la libertad y la resocialización los cuales son derechos fundamentales para el desarrollo del ser humano e inherentes al mismo; por tal motivo, la Constitución Política de la República de Guatemala, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), han establecido que se debe proteger la dignidad de la persona, la libertad y la resocialización.

Partiendo de lo anterior, se hizo necesario el estudio del ser actual de la pena en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco y con el deber ser de la pena según la dogmática jurídica penal consideración y estudio como el Estado de Guatemala está violando esos derechos al aplicar penas inocuizadoras en la implementación de penas bajo el elemento subjetivo de peligrosidad social, como citó Zaffaroni (2020):

Estas no son preguntas dirigidas a los políticos, es decir, a los poderes ejecutivo y legislativo de cada Estado en reclamo de una política –llámese criminal o, simplemente, política-sino al propio derecho penal, a la propia dogmática jurídico penal, que debe una respuesta. ...La ciencia jurídico penal de la región no puede eludir la respuesta, esas preguntas deben ser respondidas por el derecho penal, como verdadero y auténtico problema de dogmática jurídico penal, pues de lo contrario deja a los jueces sin los instrumentos conceptuales para ensayar una jurisprudencia adecuada al Estado republicano de derecho. (pp. 19-20)

Derivado de ello, se aporta un conocimiento objetivo basado en un deber ser a la práctica del derecho penal guatemalteco, toda vez, que las penas que no son de

aplicación reciente, sino que se han aplicado desde el inicio del derecho penal, con diferentes finalidades a través de la historia, teniendo sus inicios como castigo, venganza privada y represión social derivado de la venganza publica, así mismo, actualmente como una sanción excesiva en privación de libertad, etiquetas sociales, y falta de resocialización por fenómenos como el populismo punitivo y derecho penal simbólico, son motivo suficiente y preocupante para determinar la correcta aplicación de las teorías de la pena en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco.

En ese sentido, se establece que la necesidad de la sociedad de castigar al delincuente no puede superar y olvidar la protección de los derechos humanos de la persona que padece la pena, debido a que, se debe garantizar la equidad entre la seguridad social y la protección de los derechos humanos del delincuente en garantía de los principios fundamentales de proporcionalidad, humanización y resocialización, para lograr la seguridad jurídica de todos los sujetos de derecho y la paz dentro de la sociedad, dentro de un estado de derecho democrático/constitucional.

Por ello, se ha determinado que la teoría de prevención general requiere la retribución del daño causado y la intimidación, lo que se asocia al término coloquial castigar, el cual es conocido en materia penal como sancionar, toda vez, que la lesión de un bien jurídico tutelado debe ser retribuido con una sanción para crear un bienestar social que prevea seguridad colectiva; sin embargo, esta no puede ser inhumana, lo cual significa, que no se puede aplicar una pena igual al sufrimiento causado, porque sería realizar un hecho delictivo, es decir, retomar la sed de venganza privada mediante un poder punitivo que se convierte en venganza publica antecedente histórico que ha sido desechado por la dogmática jurídica.

En otras palabras, no se puede cortar un dedo porque se cortó un dedo, no se puede robar un carro porque se robó otro, no se puede dar muerte a una persona porque que dio muerte a otra, no se puede privar la libertad de forma parmente por clamor social, si bien el significado de justicia es dar a cada quien lo que le corresponde según sus actos, esto no se toma de forma literal, debido a que, existen derechos humanos que le asisten al sujeto activo aun siendo considerado como antisocial por los hechos delictivos que hubiere cometido; en tal sentido, aplicar una pena que viole bienes jurídicos tutelados del sujeto activo seria inhumano, el Estado tiene su función de proteger a todos sus ciudadanos independientemente de su estatus jurídico.

Así mismo, se estableció que la teoría de la pena denominada teoría de prevención especial, la cual, estableció tres fines de la pena como intimidar, reeducar e inocuizar, pretende que la pena tenga un efecto intimidatorio que evite que el sujeto activo delinca nuevamente, con efecto preventivo para los demás sujetos de derecho que conforman la sociedad, pero, además de ser intimidatorio y persuasivo, la pena durante su aplicación debe mediante actividades y proyectos lograr reeducar al delincuente para poder reintegrarlo a la sociedad y lograr la resocialización, sin embargo, establece que caso contrario, el delincuente no pueda reeducarse con la aplicación de la pena o sea calificado de forma subjetiva como incorregible o peligroso social, se proceda a inocuizar al sujeto mediante penas de prisión permanentes o degradantes que lo etiqueten socialmente como prevención de delitos futuros, determinando que esta teoría de prevención especial tiene dos finalidades, la primera garantizar seguridad, bienestar social y resocialización, y la segunda seguridad, bienestar social e inocuización, la cual olvida al sujeto activo que también es sujeto de derecho de un

Estado, violando derechos humanos y principios fundamentales de la pena.

Es por ello, que la finalidad negativa para delincuente de la teoría de la prevención especial de la pena, se aplica en Estados donde el derecho penal se fundamenta en un derecho penal de autor no de acto, porque se sanciona al autor por su ser subjetivo no el resultado de sus actos, dado que, la mayoría de penas aplicadas dentro de esos ordenamientos jurídicos violan los principios de proporcionalidad aplicando penas aflictivas que deterioran la integridad física y psicológica, excesivas en toda su finalidad, por no ser acordes a los hechos delictivos sino al carácter de peligrosidad social, así también, pueden llegar a ser inhumanas por violar la dignidad derecho que le es inherente al sujeto activo o delincuente, y no ser resocializadoras por los etiquetamientos permanentes, por el carácter de publicidad o duración de la pena que no permite recobrar la libertad, si bien, la teoría pretende garantizar la reeducación en busca de la resocialización, no logra la finalidad de resocialización porque al aplicar penas excesivas que producen etiquetamientos sociales, en aplicación del principio de inocuidad, la resocialización se convierte en ineficaz.

Por ello, se determina que Guatemala, a pesar de ser un Estado identificado como garantista de derechos humanos, donde el poder radica en el pueblo en protección y seguridad de todos sin excepción alguna para la protección de sus derechos individuales, políticos, sociales, culturales y regulado por un ordenamiento jurídico y ser determinado por la Constitución Política de la República de Guatemala como un Estado de derecho democrático, y tener como fin velar por la protección de los derechos humanos y fundamentales de todo sujeto de derecho desde su concepción hasta su muerte sin importar su estatus jurídico, está aplicando un derecho penal contrario a la finalidad de

un Estado de derecho democrático. De tal forma que, las sanciones son encaminadas a sancionar al autor y no a sus actos, porque la pena es creada bajo el aspecto subjetivo de peligrosidad social del delincuente, y no sobre aspecto objetivo como el resultado de sus actos vinculantes a una relación de causalidad, en protección de hechos ilícitos futuros e inciertos, que es finalidad de un derecho penal de autor, violando principios de resocialización, humanización y proporcionalidad.

En ese sentido, para evitar la violación a dichos principios que fundamentan la aplicación de una pena, se debe empezar con establecer la proporcionalidad de la pena, con la cual se sancione el hecho ilícito pero al mismo tiempo se garanticen los derechos humanos del delincuente como resultado del deber ético del derecho como citó Zaffaroni:

La ciencia jurídica tiene el deber ético de confrontar con esa pulsión en una continua lucha por el derecho – en el viejo sentido Jhering-, es decir, que se le impone hacerse cargo del sufrimiento de las víctimas del poder meramente represivo, para que la lucha se mantenga en el propio campo del derecho. Aunque no haya garantía alguna de que ese esfuerzo doctrinario tenga éxito- dado que juegan otros muchos factores de poder y de la ciencia jurídica no es omnipotente- se le impone como mandato ético sumarse al esfuerzo de contención. (2020, p.4)

Es decir, la proporcionalidad debe ser examinada tanto por el legislador como por el juzgador, quienes crean y administran la justicia, para evitar que se apliquen penas inoportunas que buscan satisfacer el sufrimiento de la víctima y que dañan a la persona humana del delincuente, como lo refirió Zaffaroni, no es centrarse solo en la víctima, el derecho es la búsqueda de justicia y equidad para ambas partes, en el derecho penal tanto la víctima como el delincuente son partes vinculantes, en el sentido que el deber

ser de la pena no es una forma de represión, sino una sanción que busca la reinserción social del delincuente como fin último, para evitar que la pena se determine como una tortura para el sujeto que la padece, cayendo en lo inhumano y degradante, porque la pena no solo debe ser corporal y aflictiva, sino resocializadora, sin estigmatización social, para garantizar el principio de humanización de la pena y la racionalidad de la misma.

Debido a que las penas se están utilizando como una categorizada social, donde se separa a los sociales de los antisocial de forma permanente provocando en el conglomerado una respuesta negativa por considerar al sujeto activo por sus comportamientos pasados un sujeto inaceptable, peligrosos e incorregibles, estableciendo esa contradicción dogmática entre el deber ser y el ser, motivo por el cual, los juristas en la búsqueda del deber ético del derecho, debe investigar y proponer soluciones basados en la dogmática que ayuden al juzgador a evitar violaciones a principios y derechos humanos, lo cual concuerda con los aportes de Goffman y Zaffaroni.

Derivado de ello, se puede determinar que Guatemala, a través del Congreso de la República de Guatemala, que es el órgano encargado de crear o modificar leyes, han creado penas de prisión que son excesivas, por su carácter tácito de permanencia o vitalicias, registros de delincuentes que etiquetan de forma permanente, así mismo, proyectos de ley que pretenden la aplicación de una pena de castración, todas bajo el lema de protección del interés social, protección de la paz y seguridad del conglomerado social, producto de una demagogia o populismo punitivo, sin referencia ética y fuera de la interpretación teleológica de la pena en un Estado de derecho democrático/constitucional. Por ser desproporcionales respecto a la finalidad de la pena

con relación al sujeto que la padece, inhumanos por dañar la dignidad por su efecto represivo, y su inexistente finalidad resocializadora.

En otras palabras, la mayoría de penas aplicadas en Guatemala no cumplen su finalidad resocializadora, si bien los legisladores derivado de ese factor demagógico de racionalidad inconsistente en el derecho penal, argumentan que sí existen leyes que establecen los derechos y procedimientos para lograr la reeducación del delincuente, para la dogmática jurídica solo es una norma muerta, una norma vigente pero no positiva, porque la pena en su ser tiene una finalidad diferente al deber ser del dogma jurídico de la pena, porque repercuten tanto en la dignidad humana que pueden producir problemas de autoestima que producen ansiedad y depresión, entre otros trastornos como agresividad, aislamiento familiar y social que son resultado del menoscabo de honor hasta lograr producir trastornos de la personalidad por evitación de los miembros de la sociedad.

Porque, la cárcel nunca ha sido un lugar adecuado para la reeducación cuando es excesiva la prisión, porque la estadía en la prisión logra que los jóvenes se incorpore a bandas “por elemental necesidad de supervivencia en esa sociedad artificial y violenta” (Zaffaroni, 2020, p.11), en otras palabras, la privación del derecho a la libertad derivado de la desviación de una conducta primaria obtiene el resultado de una desviación secundaria más grave, al iniciar por la carrera delincencial que se vive en la esfera de la prisión por falta de una política de resocialización. Lo cual, provoca que el Estado en su errada intervención punitiva viole derechos humanos del delincuente mediante penas inhumanas que mediante políticas criminales el Estado se empeña en otorgarles a los delincuentes un certificado de disminución de la capacidad y de incapacidad laboral,

como una muerte en vida dentro de la sociedad.

De tal forma, que aplicar una pena desproporcional, inhumana y no resocializadora, es determinar que la pena está siendo deformada por el poder punitivo porque deja de ser una privación de libertad para convertirse en una pena corporal y aflictiva, con secuelas irreversibles o incluso una pena de muerte por azar como lo refirió Zaffaroni (2020), en contradicción al deber ser de la dogmática jurídica, pero, que por la falta de investigación de juristas el populismo punitivo ha impuesto en la sociedad que el mejor delincuente es el delincuente muerto, que es la forma de terminar con la criminalidad, dando interpretación teleológica sobre la pena distinta sobre la cual fue fundamentada, sin olvidar, que no solo la doctrina jurídica, evita dicho resultado, así también, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Política de la República de Guatemala, protegen la dignidad, la libertad y la resocialización, para evitar la desproporcionalidad y la deshumanización de la pena inocuizadora con fin de tortura.

Por ello, se dice que toda pena que sea desproporcional, inhumana y no resocializadora es una pena inocuizadora, que pretende inocuizar al delincuente de la sociedad. Aunque, la dogmática jurídica del derecho penal anglosajón ha determinado que la inocuización es un principio de la pena, ese principio no es eficiente para el ordenamiento jurídico penal de Guatemala, primero, porque en un Estado democrático de derecho no es viable su aplicación, toda vez, que no se puede sancionar por peligrosidad social derivada de futuros hechos, porque no se sanciona al autor sino los resultados de los actos y segundo porque produce una pérdida de la estabilidad emocional, desvalorización personal y baja autoestima, lo cual genera una

transformación en su personalidad, mas, no una reeducación y reintegración social; es decir, daña la dignidad, es inhumana y desproporcional, tal como lo ha sintetizado Sigmund Freud en relación a que todo lo que se reprime regresa transformado, es decir, todo dependerá si la pena es aflictiva o reeducadora tomando en consideración aspectos sociológicos y psicológicos para lograr el fin reeducador o inocuizador destructivo; dado que, las penas exageradas o aflictivas que dañan la dignidad no son reeducadoras por ser desproporcionales e inhumanas, son una forma de tortura mediante el fundamento del principio de inocuización.

Entonces, el determinar el deber ser del derecho penal con respecto a la finalidad de la pena, muchos juristas han considerado que es algo no necesario porque la sociedad necesita seguridad contra la criminalidad, pero, ese tipo de argumento ha ocasionado que el derecho penal que es una rama de las ciencias jurídicas por medio de las cuales se limitan derechos como la libertad y se garantizan la reintegración social de un sujeto de derecho, se convierta en desproporcional e inhumana, porque donde la escisión entre el “deber ser y el ser” alcance una disparidad en relación a su finalidad, llegue a la dimensión del disparate y redunde en un desprestigio para la doctrina jurídico penal, por la falta de certeza jurídica y desprotección a los derechos humanos que ha llevado a consecuencias como condenas al Estado de Guatemala a reparaciones civiles por violación a derechos humanos.

Por lo cual, la ciencia jurídico penal, tiene como finalidad proporcionar respuestas a interrogantes que se plantean en la práctica sobre cuestiones cruciales para la protección de derechos humanos y la aplicación de principios fundamentales de la pena, por ello, ha sido muy pobre o nula la respuesta doctrinaria sobre el principio de

inocuización por la falta de interés, además, que su estudio es criticar temas relacionados a la política criminal, la demagogia, el populismo punitivo, el derecho penal simbólico, el derecho penal de enemigo que son el fundamento del principio de inocuización.

Por ello, derivado del estudio doctrinario jurídico desarrollado, se proporciona una respuesta doctrinaria a la interrogante, la cual determina que aplicar el principio de inocuización en la legislación penal guatemalteca es improcedente porque: viola el fin supremo de un Estado democrático constitucional de derecho, que es el garantizar y proteger los derechos humanos de cada una de las personas, al perseguir el bien común o bienestar general de la población, este debe ser garante de derechos humanos, como lo preceptúa la Constitución Política de la República de Guatemala, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos, en respeto al principio de jerarquía normativa, principio de supremacía constitucional y progresividad de derechos humanos.

De igual forma, viola el derecho a la dignidad humana, debido a que, las penas inocuizadoras se convierten en penas corporales-aflictivas por su prolongado efecto que destruyen completamente la dignidad del delincuente y lo convierten de forma permanente un ser humano etiquetado como antisocial, que como la doctrina, y los convenios internacionales establecen son una forma de tortura por ser penas degradantes e inhumanas; así también, viola el principio de proporcionalidad, porque al tener el carácter de inocuizadoras, imponen penas de prisión excesivas que violan el derecho a la libertad de forma vitalicia o permanente, no otorgando ningún beneficio penitenciario para recobrar la libertad y poder resocializar al delincuente, solo se convierte en una idea utópica de proporcionalidad y racionalidad.

Tal como razonó la Corte de Constitucionalidad en el Sentencia 4099-2020:

[...] El principio de proporcionalidad implica que en el Derecho Penal constitucionalizado no pueden existir... penas excesivas que resulten innecesarias. Ello atendiendo a que el Estado debe recurrir al Derecho Penal como mecanismo último para la protección de derechos fundamentales (ultima ratio) y el principio de proporcionalidad que se erige como criterio que fundamenta la prohibición de exceso a través de la intervención del derecho penal en los derechos de las personas; la proporcionalidad así se convierte en el elemento discursivo con el cual se pretende al Derecho Penal, el alcance indispensable para que pueda cumplir con su finalidad, causando el menor daño posible [...]. (2021, pp. 17-18)

Y viola el principio de humanización, porque dichas penas bajo el fin de inocuizar por considerar peligroso e incorregible al delincuente, degradan la voluntad y los derechos humanos del delincuente por ser etiquetado como antisocial y no garante del goce de todos los derechos humanos inherentes a su persona; viola el principio de resocialización, porque las penas inocuizadoras, ocasionan un etiquetamiento social, priva de la libertad de forma permanente, degradan la humanidad, son desproporcionales, posicionan al delincuente como un mal y consideran a la pena un mal necesario para erradicarlo, destruyendo el fin último de la pena que es la resocialización, tal como lo refiere la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad en sentencia 4099-2020:

[...] Esta Corte en el expediente 36-2014 sentencia de once de febrero de dos mil quince, consideró en relación al principio de readaptación social y reeducación

que: “[...] la readaptación social y a la reeducación. Estos fines concretos, son, en esencia, los principios rectores que en el sistema jurídico nacional han de regir el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado. [...] la pena, como consecuencia jurídica sobreviniente ante la comisión de una conducta prohibida, debe perseguir como fin último la resocialización de quien ha cometido un ilícito. [...]. (2021, p. 21)

De tal forma, que las penas inocuizadoras implementadas por el Estado en la actualidad en busca de ese bienestar social de forma desproporcional es derivado de esa excesiva protección de derechos e intereses que va encaminado a dogmatizar la seguridad ciudadana encerrando al derecho penal en el denominado populismo punitivo o estatal en un derecho penal del enemigo contrario al derecho penal del ciudadano de obligatoria observancia dentro del marco de un sistema penal democrático, derivado de la creación de políticas que requieren sancionar todo acto ilícito de forma excesiva por el clamor de la sociedad por el miedo a la inseguridad dando como resultado la desproporción de los derechos a la libertad y dignidad que son los límites del poder punitivo para evitar caer en la deshumanización de la pena.

Logrando con ello, desnaturalizar el fin resocializador de la pena, producto de la aplicación del principio de inocuización, por la cultura de peligro que se generaliza, pero, que en el afán del Estado de buscar restablecer la seguridad ocasiona el daño de otro sujeto de derecho llegando aplicar penas inocuizadoras olvidando el principio de resocialización, humanización y proporcionalidad que son fines de la pena para garantizar la dignidad del sujeto que padece una pena, un errado camino contra la dogmática jurídica de la pena originando la disputa entre el deber ser y el ser de la pena.

CONCLUSIÓN

La investigación dogmática jurídica que presentó, demuestra que, el derecho penal guatemalteco, está aplicando el principio de inocuización como resultado de una política criminal inocuizadora, estableciendo un nuevo fin de la pena dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco, convirtiéndose en un ser contrario al deber ser del dogma jurídico de la pena en un sistema penal democrático, con el incremento exacerbado de penas que se convierten en inocuizadoras, las cuales son establecidas por el órgano encargado de ejercer la potestad legislativa y aplicadas por los Jueces, basadas en fines de exclusión social, mas no de resocialización, por considerar al delincuente como el factor principal de la inseguridad ciudadana y la criminalidad.

Derivado de la creciente polarización de la idea excesiva de seguridad, bajo la forma de aspiración utópica de erradicación de la criminalidad por medio de la pena a través de los fenómenos conocidos dentro del ámbito del derecho penal como demagogia, populismo punitivo, derecho penal simbólico y derecho penal del enemigo, en los cuales la sociedad reclama; el legislador ejerce su potestad legislativa; el fiscal solicita al juzgador; y el juez administra justicia aplicando penas bajo la finalidad del principio de inocuización con el presupuesto o argumento tácito de peligrosidad social con el criterio de aplicar penas predelictuales, supuesto que en la actualidad no puede ser probado por el fiscal y el juez no puede aplicar porque son sanciones corporales-aflictivas y represivas contrarias al deber ser de la pena.

Por ello, se demuestra finalmente, mediante este estudio dogmático jurídico, como modelo de análisis crítico para fijar los límites del poder punitivo en la aplicación del principio de inocuización y evitar el disparate entre el deber ser y el ser de la norma,

que el Estado de Guatemala está violando los principios de proporcionalidad, humanización y resocialización, toda vez, que está separando a un grupo por su estatus jurídico del resto del conglomerado social de forma permanente al establecer y aplicar penas con fin inocuizador; por lo que, el derecho penal actúa como un medio de segregación y represión social mediante el dogma de la pena, violando Derechos fundamentales y Derechos Humanos como la libertad, la dignidad humana, el trabajo, integridad personal ya sea física y psicológica; desvirtuando el fin último de resocialización de la pena, por la desproporcionalidad de las penas y su falta de humanización, atentando contra el Estado de derecho democrático y el derecho penal garantista sobre el cual se fundamenta el derecho penal guatemalteco.



Referencias bibliográficas

- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III de Madrid. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf
- Brenes Quesada, C. (2009). *Justicia restaurativa: una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense* [Tesis de licenciatura, Universidad Fidélitas]. <https://xdoc.mx/preview/justicia-restaurativa-60863d223d4a5>
- Cañizares-Navarro, J. B. (2014). *Las penas infamantes en las postrimerías del antiguo régimen francés: tratamiento normativo y doctrinal*. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época, 17(1), 101-137. http://dx.doi.org/10.5209/rev_FORO.2014.v17.n1.45814.
- Código Penal [CP]. Decreto 17-73. Arts. 10, 27 numeral 27 y 28, 69, 70, 27, 41, 42, 123. 27 de julio de 1973 (Guatemala).
- Constitución Política de la República de Guatemala [Const.]. Art. 4. 31 de mayo de 1985 (Guatemala).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Arts. 1, 2, 4, 5, 7. 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.
- Corte de Constitucionalidad. Sentencia 3076-2016. 21 de febrero de 2017. <https://gt.vlex.com/vid/678664793>



Corte de Constitucionalidad. Sentencia 3624-2014. 11 de febrero de 2015.

<http://www.calderonpaz.org/blog/wp-content/uploads/2020/02/APELACION-DE-SENTENCIA-DE-AMPARO-EXPEDIENTE-3624-2014.pdf>

Corte de Constitucionalidad. Sentencia 4099-2020. 02 de septiembre de 2021.

<https://s3.us-west-2.amazonaws.com/cdn.republica.gt/2021/09/Fallo-delitos-menores-CC.pdf>

Declaración universal de Derechos Humanos. Arts. 1, 2, 3, 5, 7. 10 de diciembre de 1948. https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

Decreto 2-89. [con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide la Ley del Organismo Judicial. 31 de diciembre de 1990.

De Lardizábal y Uribe, M. (2001). *Discurso sobre las penas: contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Graficas Santa María. <https://ideario25.files.wordpress.com/2020/05/manuel-de-lardizabal.-discurso-sobre-las-penas....pdf>

De León Velasco, H. A. De Mata Vela, J. F., Enrique Cojulun, C.R., Estrada Arispe, C.E., Lopez, Rodriguez, A. E., Ramirez Garcia, L.R., Rodriguez Barillas, A., Diez Ripollés, J. L. y Salinas i Colomer, E.G. (2001). *Manual de derecho penal guatemalteco: parte general*. Impresos industriales.



- Etcheberry, A. (1999). *Derecho penal: parte general*. (Tomo I, 3ra. ed.). Editorial Jurídica de Chile. <https://es.slideshare.net/KhattaMuriel/alfredo-etcheberry-derecho-penal-tomo-i-3a-ed-parte-general-1999>
- Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas). Parágrafo i). (20 de junio de 2005).
- Garrido Montt, M. (2003). *Derecho penal: parte general, nociones fundamentales de la teoría general del delito*. (Tomo II, 3ra. ed.). Jurídica de Chile.
- Jescheck, H. H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal: parte general*. (5ª. Ed.). Editorial Comares. <https://es.scribd.com/document/399271393/JESCHECK-Hans-Heinrich-WEIGEND-Thomas-Tratado-de-Derecho-PenalParte-General-5%C2%AA-Ed-Ren-e-Ampl-Trad-Miguel-Olmedo-Cardenete-1>
- Las siete partidas: Alfonso X el sabio* (1121- 1284). (s.f.). Luarna Ediciones. <http://www.ataun.eus/bibliotecagratis/CI%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/Alfonso%20X/Las%20siete%20partidas.pdf>
- Meini, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*, (71), 141-167. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32497.pdf>
- Mir Puig, S. (2004). *Derecho penal, parte general*. (7ª. ed.). Editorial Reppertor.



Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2015). *Las reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (las reglas de Nelson Mandela): un modelo actualizado para la gestión penitenciaria en el siglo XXI*. Oficina Regional de Centroamérica y el Caribe de UNODC. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Brochure_on_the_The_UN_Standard_Minimum_the_Nelson_Mandela_Rules-S.pdf

Real Academia Española. (s.f.). Infamia. En Diccionario de la lengua española. Recuperado en 20 de mayo de 2022, de <https://dle.rae.es/infamia?m=form>

Reina Valera. (1960). <https://www.biblia.es/reina-valera-1960.php>

Sanz Mulas, N. (2000). *Alternativas a la pena privativa de libertad: análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*. Constitución y Leyes, S.A. https://www.academia.edu/37259087/ALTERNATIVAS_A_LA_PENA_PRIVATIVA_DE_LIBERTAD_ANALISIS_CRITICO_Y_PERSPECTIVAS_DE_FUTURO_EN_LAS_REALIDADES_ESPAÑOLA_Y_CENTROAMERICANA

Silva Sánchez, J. M. (2001). El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos. *Revista De Derecho (Coquimbo. En línea)*, (8), 177-188. <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2196>



Von Liszt, F. (1994). *La idea de fin en el derecho penal*. Universidad Nacional autónoma de México y Universidad de Valparaíso de Chile.
https://www.derechopenalenlared.com/libros/la_idea_de_fin_en_el_derecho_penal_franz_von_liszt.pdf

Welzel, H. (1956). *Derecho penal: parte general*. Roque de Palma Editor.
https://www.derechopenalenlared.com/libros/DERECHO_PENAL_PARTE_GENERAL_HANS_WELZEL.pdf

Zaffaroni, E. R. (1991). Reincidencia. *Ius Et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho*. (017), 129-142. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis1991.n017.3462>

Zaffaroni, E. R. (2009). *El humanismo en el derecho penal*. Ubijus Editorial.

Zaffaroni, E. R. (2020). Penas Ilícitas: un desafío a la dogmática penal. En S. Cornejo Aguiar, I. P. Guevara Vásquez, G. E. Piva Torres. *Selecciones de dogmática penal latinoamericana: presente y futuro* (pp. 25-62). J.M. Bosch Editores. <https://international.vlex.com/vid/penas-ilicitas-desafio-dogmatica-876560996>

