

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

HACIA LA ABOLICION DE LA PENA DE PRISION,
UN ENFOQUE DE LAS TEORIAS ABOLICIONISTAS



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

EDWIN DOMINGO ROQUEL CALI

Previa a optar al Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y a los Títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Abril de 1994

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

DL
04
T(1361)

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

DECANO	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
VOCAL I	Lic. Luis César López Permouth
VOCAL II	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL III	Lic. Roosevelt Guevara Padilla
VOCAL IV	Br. Erick Fernando Rosales Orizabal
VOCAL V	Br. Fredy Armando López Folgar
SECRETARIO	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

DECANO	Lic. Jorge Luis Granados Valiente
(en funciones)	Lic. Raúl Antonio Chicas Hernández
EXAMINADOR	Lic. Héctor David España Pinetta
EXAMINADOR	Lic. Mario Estuardo Gordillo Galindo
EXAMINADOR	Lic. Edgar Mauricio García Rivera
SECRETARIO	

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

Rosa Maria Ramirez Soto de Espinoza

ABOGADA Y NOTARIA

OFICINA: 13 Calle 10-08, Zona 1 - Telefono: 80-4-36
Guatemala, C. A.



1100-94

Guatemala

28 de Marzo de 1994.-

SEÑOR DECANO DE LA FACULTAD
DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
LIC. JUAN FRANCISCO FLORES JUAREZ
CIUDAD.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

4 ABR. 1994
RECEBIDO
Horas 18:30
OFICIAL

SEÑOR DECANO:

Atentamente me dirijo a usted, con el objeto de emitir dictamen
como Asesora de la Tesis de Grado del Bachiller EDWIN DOMINGO
ROQUEL CALI.

Al respecto me es grato informarle que el trabajo denominado
HACIA LA ABOLICION DE LA PENA DE PRISION, UN ENFOQUE DE LAS
TEORIAS ABOLICIONISTAS, fue elaborado de conformidad con las
doctrinas modernas correspondientes, por lo que se fundamenta
en una bibliografía suficiente y se arriba a conclusiones y
recomendaciones coherentes con el contenido del mismo. Por
lo que el trabajo reúne los requisitos reglamentarios para
que pueda ser admitido.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme del Señor Decano, con
muestra de mi más alta consideración.

LICDA. ROSA MARIA RAMIREZ SOTO DE ESPINOZA
ABOGADA Y NOTARIA

LICDA. ROSA MARIA RAMIREZ SOTO DE ESPINOZA
ABOGADA Y NOTARIA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA

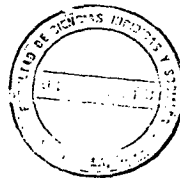
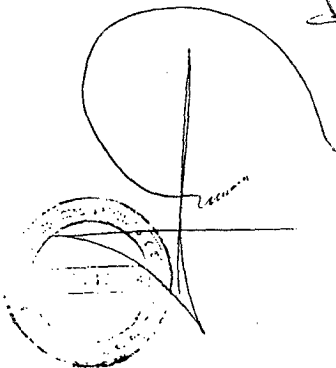


FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica

Rec. 7
67 de 89
1944/15

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, abril siete, de mil novecientos noventa y cuatro.-

Atentamente pase al Licenciado HECTOR ANIBAL DE LEON VELAS
CO, Para que proceda a revisar el trabajo de tesis del Ba-
chiller EDWIN DOMINGO ROQUEL CALI y en su oportunidad emita
el dictamen correspondiente. -----



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica

Guatemala, 8 de abril de 1,994.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

12 ABR. 1994

RECORRIDO
Horas _____
OFICIAL _____

Licenciado
Juan Francisco Flores Juárez, Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor Decano:

Tengo el honor de dirigirme a Usted, con el objeto de informarle que conforme a Resolución que antecede, he revisado el trabajo de Tesis del Bachiller EDWIN DOMINGO ROQUEL CALI, denominado "HACIA LA ABOLICION DE LA PENA DE PRISION, UN ENFOQUE DE LAS TEORIAS ABOLICIONISTAS".

El trabajo en términos generales, hace referencia al tema del abolicionismo penal, cuyas proyecciones pretenden dejar una honda huella en la Ciencia Penal del presente siglo. El trabajo es meritorio, pues contiene suficiente investigación inspirada sobre puntos realmente importantes de la bibliografía contemporánea. En tal virtud, recomiendo se autorice la impresión para que sirva de base en el Examen Público de su autor.

Sin otro particular, aprovecho para presentar al Señor Decano mis muestras de la más alta y distinguida consideración.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Héctor Anibal De León Velasco
- Lic. Héctor Anibal De León Velasco
/ Revisor de Tesis de Grado.

HADV/mhpp.

c.c. Archivo.

Anexo: Tesis que consta de ciento un hojas, que incluyen Dictamen del Asesor y Nombramiento del Revisor.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

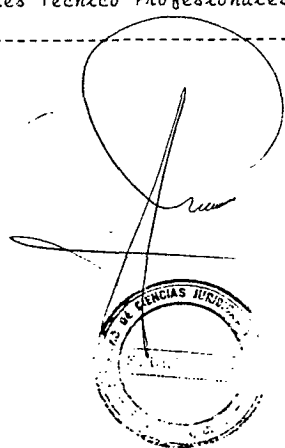
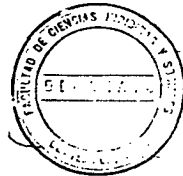
Ciudad Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, abril trece, de mil novecientos noventicuatro.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
impresión del trabajo de tesis del Bachiller EDWIN DOMINGO
ROQUEL CALI intitulado "HACIA LA ABOLICION DE LA PENA DE -
PRISION, UN ENFOQUE DE LAS TEORIAS ABOLICIONISTAS". Artículo
22 del Reglamento para Exámenes Técnico Profesionales y
Público de Tesis. -----

[Handwritten signature]



D E D I C A T O R I A

- A DIOS: Supremo Creador, digno de toda honra, quien provee de sabiduría. Infinitas gracias por haberme permitido terminar esta carrera.
- A MIS PADRES: ROMULO ROQUEL MIJANGOS
FRANCISCA DE ROQUEL
Ejemplo de sacrificio y abnegación.
Con todo mi amor y con eterna gratitud por sus sabios consejos y ayuda en todo momento.
- A MIS HERMANOS: ELVA MARINA
ANA LIDIA
EDGAR GAMALIEL
DAVID SAMUEL
SONIA ETELVINA
ERICKA ELIZABETH
FRANCISCA NOHEMI
Con mucho cariño y agradecimiento por su apoyo.
- A MI FAMILIA EN GENERAL: Con cariño especial.
- AL EQUIPO DE LUIS PALAU EN GUATEMALA: Por su apoyo moral y espiritual, que han prestado y prestaran en mi vida.
- A MARIELLA POSADAS: Por su ayuda incondicional en la realización de este trabajo.
- A MIS AMIGOS: Por su apoyo y cariño.
- A LA TRICENTENARIA: Universidad de San Carlos de Guatemala.
Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

EL PRINCIPIO DE LA SABIDURIA ES EL TEMOR DE JEHOVA"

Prov. 1:7

I N D I C E

Página

INTRODUCCION

i

CAPITULO I

DERECHO Y ESTADO

I.1. DERECHO	1
I.1.1 Origen del Derecho	1
I.1.2 Concepto de Derecho	5
I.1.3 Definición de Derecho	6
I.2. EL ESTADO	8
I.2.1 Origen del Estado	8
I.2.2 Teorías acerca del Origen del Estado	9
a. Teoría de la Fuerza	9
b. Teoría Teológica	9
c. Teoría Contractual	9
d. Teoría de la Ficción	10
e. Teoría Realista	10
f. Teoría Orgánica	10
g. Teoría Marxista	11
I.2.3 Concepto del Estado	11
I.2.3 Definición de Estado	13

I.3	RELACION DE ESTADO Y DERECHO	14
I.4	DERECHO DE CASTIGAR O IUS PUNIENDI.	18

CAPITULO II

LA PENA

II.1	Origen	23
II.2	Definición	24
II.3	Caracteres	25
II.4	Teorías Sobre la Pena	26
II.4.1	Teoría de la Retribución	26
II.4.2	Teoría de la Prevención General	27
II.4.3	Teoría de la Prevención Especial	29
II.5	LA PENA DE PRISION	30
II.5.1	Desarrollo Histórico de la Pena Privativa de Libertad	30
II.5.2	Concepto	33
II.5.3	Definición	34
II.5.4	Fines de la Pena de Prisión	35
1.	Prevención	36
2.	Readaptación Social	37
II.5.5	Clases de Pena de Prisión	40

CAPITULO III

TEORIA ABOLICIONISTA DE LA PENA DE PRISION

III.1 Nociones Generales	43
III.2 Definición	44
III.3 Nacimiento y Desarrollo	44
III.4 Características del Abolicionismo	46
III.5 Obstáculos al Abolicinismo	48
III.6 Cultura, Derecho y Abolicionismo Penal	52
III.7 Abolicionismo y Evolucionismo	55
III.8 Medidas Preventivas Educativas	58

CAPITULO IV

CRISIS DE LA PENA DE PRISION EN GUATEMALA

IV.1 PENAS QUE PUEDEN SUSTITUIR LA PENA DE PRISION	67
IV.2 SUSTITUTIVOS	69
IV.2.1 Desprisonalización	69
IV.2.2 Despenalización	70
IV.2.3 Desjudicialización	70
IV.2.4 Descriminalización	71
a) Descriminalización del Hecho	71
b) Descriminalización de Derecho	72
IV.2.5 Caución	72

IV.2.6 Prestación de Trabajo Penal sin Reclusión	72
IV.2.7 Represión Judicial	73
OTROS SUSTITUTIVOS	
a. Arresto de Fin de Semana	73
b. Arresto Vacacional	74
c. Arresto Nocturno	74
d. Confinamiento	75
e. Arresto Domiciliario	75
f. Penas Laborales	75
g. Penas Pecuniarias	76
h. Reparación del Daño	76
i. Caso de Penas Leves	77
j. Penas Centrífugas	77
k. Medidas de Seguridad	77
IV.3 QUE HACER PARA SUSTITUIR CON EFECTIVIDAD LA PENA DE PRISION	78
IV.3.1 Aspecto Judicial	78
IV.3.2 Aspecto Legislativo	80
IV.4. HACIA LA ABOLICION DE LA PENA DE PRISION	80
IV.4.1 Naturaleza del Delito	84
IV.4.2 Peligrosidad del Sujeto	85

CONCLUSIONES 89

RECOMENDACIONES 91

BIBLIOGRAFIA 93

I N T R O D U C C I O N

Existe en nuestros tiempos mucho descontento con respecto a las cárceles y tal situación es generalizada a menudo son escenarios de brutalidad, violencia y conflictos raciales, hasta el punto de existir venganzas dentro de la misma, por lo que podemos decir que las cárceles tienen como objetivos: Castigar, disuadir.

La prisión es, en la práctica, el poder último que el estado democrático ejerce sobre un ciudadano. El presente trabajo de investigación, constituye una tentativa de definir el papel apropiado de la prisión en una sociedad democrática, y de un nuevo modelo de pena, que resuelva el ejercicio legítimo del poder de la sociedad sobre el delincuente convicto y proteja principios fundamentales de justicia.

Tomando en cuenta que la prisión, tal como se la organizó en los siglos transcurridos, ha fracasado en sus propósitos rehabilitativos. La cárcel es el mayor poder que el Estado ejerce en la práctica, de modo regular sobre sus ciudadanos. Quizá si logramos imponer principios y justicia en el ejercicio del poder de encarcelar se mejoren muchas otras cosas en la difícil tensión entre libertad y autoridad. Las cárceles ofrecen condiciones sumamente variadas que van desde ambientes cómodos y reposados hasta centros de sufrimiento.

La prisión también se aplicó ampliamente a la gran masa de delin-
cuentes menores, vagos, ebrios, enfermos mentales, individuos molestos y
mendigos pertinaces en la mayoría de sociedades. Sin embargo, hasta ha-
ce poco tiempo, el delincuente grave, así como el delincuente político,
no recibía como sanción penal condenas de prisión. Podía recluirse
con otros fines, pero no se lo encarcelaba por vía de sanción.

A los criminales se les aplicaba el exilio, la proscripción, la de-
portación, y una variedad de castigos corporales, demasiado degradantes
y dolorosos.

Pareciera existir consenso entre los estudiosos, juriscónsultos y
presidarios quienes expresan sobre la urgente necesidad de un cambio
radical que conduzca a un nuevo modelo de pena de prisión. La pena de
prisión se ha usado demasiado, ha discriminado entre razas y clases so-
ciales, se ha impuesto condenas demasiado largas y han sido cumplidas
en condiciones degradantes y embrustecedoras. Existe ya una tendencia
generalizada por la abolición (gradual) de la pena de prisión.

El presente trabajo de investigación comprende cuatro capítulos el
primer capítulo trata sobre el Derecho y El Estado, considerando que el
Estado tiene el Derecho por ley de castigar al que ha transgredido una
norma legal previamente establecido; el segundo analiza la pena, la pe-
na de prisión, su definición, caracteres, teorías, fines, clases; el
capítulo tercero comprende la teoría abolicionista de la pena de pri-

sión, que es una teoría moderna especialmente en nuestro medio guatemalteco, analiza brevemente su nacimiento y desarrollo, definición, etc., y el capítulo cuatro desarrolla la crisis de la pena de prisión en Guatemala, las posibles formas de sustituir la prisión y también como se puede lograr ello.

EL AUTOR

CAPITULO I

DERECHO Y ESTADO

I.1 EL DERECHO

I.1.1 ORIGEN DEL DERECHO:

El pensamiento humano se ha desarrollado sobre dos vertientes corrientes opuestas, la primera es la que dice que el origen del derecho y su evolución es divino *Fas* o *Juz Divinum*, es decir que su fuente creadora había sido de un ser superior que manda y ordena nuestras vidas, que como se sabe el idealismo sustenta la teoría que lo que existió primero es el pensamiento o el espíritu y después la materia, el espíritu produce la materia y que nuestros espíritus son gobernados por otro espíritu superior que nos da la facultad de pensar y de crear las cosas que nos rodean y que existen en general.

El padre del idealismo el Obispo Francisco Barkeley asegura que Dios es el que crea nuestro espíritu y nos impone todas las ideas del mundo que encontramos en el, claro que esta concepción idealista fue la primera en existir, pero a medida que la sociedad se va desarrollando y avanzando, que va transformando la naturaleza el hombre con su trabajo, pasa a servirse de ella y va descubriendo leyes y fenómenos naturales, va surgiendo la ciencia, con la acumulación de las experiencias y vivencias que se van transmitiendo, dando así respuesta a los misterios de la vida.

Llegándose a comprobar que no es el pensamiento o espíritu lo que existe primero, sino que es la materia lo primordial y fundamental, ya que el hombre piensa porque tiene cerebro y que el pensamiento es el producto del cerebro, para ello, no puede haber pensamiento sin materia, sin cuerpo, pues el pensamiento no es más que la materia altamente desarrollada.

El Derecho desde el punto de vista materialista, dice que también tiene una causa, un origen y una razón de ser, que Derecho y Estado son producto de las mismas causa, pues el derecho no tendría razón de ser si no existiera un aparato que le diera la fuerza o coercibilidad para su cumplimiento y obligatoriedad y esa coercibilidad se la da el Estado.

"La primitiva sociedad no tenía ya un Derecho en el sentido completo de la palabra, sino más bien se regían mediante normas de conducta que regulaban las relaciones internas de la familia primitiva que se llamó hábitos primitivos o sea la repetición constante de cierta norma de conducta o costumbres jurídicas por ejemplo; los apelativos de padre, hijo, hermano, hermana, no son simples títulos honoríficos, sino que, por el contrario traen consigo serios deberes recíprocos perfectamente definidos y cuyo conjunto forma una parte esencial de la constitución social de los pueblos." 1/

La familia consanguínea, ya estableció una costumbre que consistía

1/ Preciado Hernández, Rafael. "Lecciones de Filosofía del Derecho".
Pág. 33.

en excluir del matrimonio o relación sexual a los ascendentes con los descendientes, padres e hijos, aquí ya existe una prohibición hecha costumbre analizada anteriormente y se amplía en el sentido que ya se excluye del comercio sexual no solo los padres e hijos sino los hermanos entre sí, al efectuarse el matrimonio por grupos, es decir que existía una comunidad de mujeres y maridos, excluyéndose los hermanos, lógicamente no se podía saber quien era el padre de determinada criatura y por lo tanto se estableció la descendencia por la línea materna o afiliación femenina, estableciéndose la herencia Derecho Materno, pero no en el sentido jurídico actual, o sea que se hereda de hecho y no por derecho, con la familia sindiásmica, se hace cada vez mas difícil el matrimonio entre hermanos lo que causó el apareamiento del matrimonio por parejas o sea que un hombre vive con una mujer.

"El matrimonio no se hace en el sentido jurídico sino más bien constituían uniones de hecho no legalizadas, pero que le daban formalidad a través de la costumbre al constituirse esos matrimonios no jurídicos, no desaparece la poligamia ya que se practicaba la infidelidad conyugal siendo un derecho para el hombre o costumbre que se observaba en esa época, sin embargo se exigía la estricta fidelidad femenina o sea a las mujeres, castigándose esa infidelidad femenina, o adulterio de la mujer, otra costumbre que se practicó fue que la mujer predominaba en el hogar o sea que gobernaba en la casa, las provisiones para el sostenimiento del hogar la hacían tanto hombres como mujeres, pero desdichado el marido o amante, que por torpeza u holgazanería no aportara provisiones para la comunidad ya que se le castigaba con liar los bártulos y to-

mar portante" 2/

Podemos concluir diciendo que el derecho surge con el apareamiento de la propiedad privada y la división de la sociedad en clases, al aparecer la propiedad privada también aparecen los intereses opuestos de las clases y aquellas bellas costumbres que regularon la vida de la comunidad primitiva o gentilicia, pierden su carácter de reglas de verdadera convivencia social y de protección de los intereses colectivos y desde luego su cumplimiento pierde el carácter de voluntario y obligatorio.

Pues al entrar en contradicción las nuevas fuerzas productivas con las viejas relaciones de producción, nace el poder concentrado en pocas manos, da lugar a imponer nuevas costumbres que regulen esas nuevas relaciones de producción, ya que están en juego los intereses de la clase que se va enriqueciendo dentro de la gens o tribus, indudablemente las viejas costumbres no permiten la explotación y la institución de la propiedad privada, como era natural al principio los grupos pastores o cazadores, repartían entre la comunidad sus productos obtenidos de su actividad mas tarde lo obtenido iba teniendo carácter de privado, al principio cuando se enfrentaban dos gens, la vencedora adoptaba los vencidos, como miembros de la gens, pero al aparecer la propiedad privada se reparten a los vencidos, ya que constituyen una fuerza de trabajo en beneficio de la naciente clase poderosa económica, y desde luego se creó la necesidad de normar la situación de los esclavos, quienes carecían de

2/ Preciado Hernández, Rafael. Op. Cit. Pág. 54

todo derecho, al estar equiparados como simples herramientas o ganado parlante.

I.1.2 CONCEPTO DE DERECHO:

Actualmente en las sociedades, el derecho es uno de los instrumentos esenciales del poder. Una gran parte de las actividades del poder se realiza a través del Derecho, las constituciones, los códigos, las leyes, los reglamentos, las resoluciones judiciales y administrativas son procedimientos de acción del poder.

Uno de los sostenes más firmes de toda sociedad civilizada es el que se encuentra en dos conocidos aforismos, que fueron heredados de los antiguos romanistas: "1. a nadie le es permitido ignorar las leyes; 1. en su consecuencia se presume que todo el mundo las conoce; por lo cual aunque resulte que uno las ignora, lo obligan lo mismo que si las hubiere conocido" 3/

El derecho tiene como objeto la investigación y determinación de ciertas reglas sobre lo justo, en el sentido de diferenciarlo de lo injusto, y su fin es demostrar el necesario predominio del criterio que estima lo justo, también el derecho debe ser expresión de soberanía interior, la que en el derecho moderno pertenece al pueblo y la ejerce el gobierno formado por él; mas en épocas pasadas la ha ejercido el monarca, sea con el asentimiento tácito del pueblo, sea por la fuerza o por derecho divino.

3/ Cosa Joaquín. La ignorancia del Derecho. Pág. 13

Se debe estudiar el derecho desde el punto de vista científico o sea que el estudio de las instituciones jurídicas constituye una disciplina que no es más que la investigación y el conocimiento de los elementos esenciales y orgánicos de las reglas jurídicas, al mismo tiempo los principios de donde derivan esas reglas y aplicación.

El derecho trata de ser un instrumento en el cual se plasman ciertas ideas de valor, tratando sobre todo de ser justo. El derecho es producido por los hombres, únicos seres capaces de comprender y de darle forma a su existencia a esos valores y por lo tanto a un deber ser, transformando la realidad y haciendo que las ideas participen, en el mundo real, de mucha importancia, siendo factores influyentes en la vida humana, luego de haber sido conformadas en el seno de la misma.

I.1.3 DEFINICION DE DERECHO:

Existen diversas definiciones de varios autores con respecto a que se entiende por derecho, he aquí algunas definiciones:

"Colección de principios, preceptos y reglas a que están sometidos todos los hombres de toda sociedad civil, para que vivan conforme a la justicia y a cuya observancia pueden ser compelidos por la fuerza." 4/

"El derecho es el conjunto de preceptos que reglamentan la conducta del hombre para con sus semejantes, cuya observancia es posible justo y

4/ Enciclopedia Universal Ilustrada. Tomo 18 (primera parte) Pág. 199

útil asegurar por medio de la coacción exterior" 5/

"El derecho es pues la limitación de lo que los hombres y sus agrupaciones tiene la libertad de hacer y de no hacer, sin incurrir en una condenación o un particular empleo de la fuerza" 6/

"En la vida de la sociedad, el Derecho se manifiesta bajo la forma de reglas de conducta, que han sido establecidas directamente por el Estado o bien sancionadas por éste como reglas (normas) obligatorias para todos y cuya infracción trae consigo la aplicación al infractor de una u otras medidas de corrección estatal." 7/

Derecho, es la facultad natural de obrar de acuerdo con nuestra voluntad, salvo los límites del derecho ajeno, de la violencia de otro, de la imposibilidad física o de la prohibición legal. Potestad de hacer o exigir cuando la ley o la autoridad establece a nuestro favor, o lo permitido por el dueño de una cosa. Consecuencias naturales derivadas del estado de una persona o relaciones con otros sujetos. Colección de principios, preceptos y reglas a que están sometidos todos los hombres en cualquier sociedad civil, para vivir conforme a justicia y paz, y a cuya observancia pueden ser compelidos por la fuerza. Justicia. Razón. Equidad..." 8/

5/ Rampani, Santiago I. Introducción al Estudio del Derecho. Pág. 18

6/ Ibidem

7/ N.G. Alexandrov y otros. Teoría del Estado y del Derecho. Pág. 20

8/ Cabanellas Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Págs. 629 y 630

"Derecho, es el conjunto de normas, principios, doctrinas, reglas, que regulan las relaciones de las personas entre sí, dentro de la sociedad, para un mejor desarrollo y comprensión dentro de la misma" (criterio personal).

I.2 EL ESTADO

I.2.1 ORIGEN DEL ESTADO:

El estado no siempre existió. El hombre primitivo agrupado en tribus y conjuntos de tribus, eligió libremente a sus dirigentes y les confió a éstos la tarea de organizar su trabajo, de guardar las costumbres establecidas y los usos religiosos y la defensa, pero en ese entonces no había ningún poder coercitivo por parte del líder, o sea el poder con que se hallaban investidos estos líderes, era un poder puramente moral.

Actualmente ya no se puede vivir de esa manera. Cuando hubo esa ruptura en la sociedad primitiva, y los intereses se manifestaron claramente entre los hombres y se formaron dos bandos, los hombres libres y los hombres esclavos, el Estado apareció.

El Estado tiene múltiples connotaciones, debido a que existe una singular variedad en la forma de entender y percibir esta forma de organización, encontraremos que la organización estatal, tal como se le estudia actualmente, es la organización política conocida con ese nombre de Estado después del renacimiento.

La palabra Estado es actual, pero remontémonos a épocas anteriores y encontraremos organizaciones políticas bajo las más distintas denominaciones: Imperio Romano, Señores Feudales, Monarquías, etc., palabras que al final, engloban el mismo concepto.

I.2.2 TEORIAS ACERCA DEL ORIGEN DEL ESTADO:

He aquí un resumen de las más importantes y conocidas teorías acerca del origen del Estado.

a. Teoría de la Fuerza:

Atribuye su origen a aspectos étnicos, es decir a superioridad de razas. Los estados nacieron de la explotación de una raza por otra, opresión de un pueblo por otro. En ésta teoría el poder está representado por los vencedores y el pueblo por los vencidos.

b. Teoría Teológica:

Esta teoría sostiene el criterio de que el poder procede de Dios, que el origen de Estado y Derecho se debe a la voluntad divina. Dios transmite el poder al pueblo, y los gobernantes lo reciben de ésta.

c. Teoría Contractual:

Expuesta por Juan Jacobo Rousseau, quien sostiene que el Estado es

producto de un contrato que él llama Social, celebrado por los hombres primitivos, con el objeto de salir del aislamiento, protegerse y ayudarse mutuamente.

d. Teoría de la Ficción:

Explica el Estado como una persona colectiva (jurídica), que no tiene conciencia y voluntad propias, que es un ser incorporeo e intangible, su existencia la debe a las personas físicas que lo forman y en consecuencia su existencia es ficticia.

e. Teoría Realista:

Contrariamente a la anterior, considera que el Estado, si bien es cierto no es un persona física, si tiene existencia real, ya que obra por medio de la voluntad y actividad de las personas que lo integran.

f. Teoría Orgánica:

A ésta teoría también se le conoce como Organicista, dice que el estado es un organismo biológico, cuyas células son los hombres, es un hecho natural espontáneo. "El Estado es para Platón el hombre en grande, esto es un organismo perfecto; en él se encarna la más perfecta unidad. Es un todo formado por varios individuos y sólidamente constituido como un cuerpo integrado por varios órganos, que en conjunto hacen posible su vida" 9/

g. Teoría Marxista:

Sostenida por Marx y Engels, enuncian que la organización estatal de la sociedad surgió de la necesidad de fortalecer la situación dominante de las capas altas, de mantener sojuzgados a los esclavos.

Para la teoría Marxista, cuando el proletariado toma el poder estatal y comienza a convertir los medios de producción en propiedad del Estado, con éste acto se destruye a sí mismo (el proletariado) y destruye toda la diferencia y todo antagonismo de clase, y en consecuencia al Estado como tal.

I.2.3 CONCEPTO DE ESTADO:

El concepto de Estado, ha sido formulado independientemente por cada una de las disciplinas científicas: Ciencia del Derecho, Sociología, Política, Historia, etc. que se refiere al Estado, desde cada uno de sus puntos de vista. Es más, dentro de una misma disciplina como ocurre en el caso del Derecho Político, pueden distinguirse los diversos significados en que la palabra es usada.

La confusión y variedad de significados es tan grande que resulta casi increíble que no haya llegado a algún tipo de uniformidad en los más de dos mil quinientos años en que se ha preguntado. Que es el Estado?. Los autores lo consideran como la representación del espíritu moral, su expresión concreta; como el instrumento de explotación usado por

una clase contra las otras; como un sinónimo de gobierno; otros piensan que es una asociación aislada y única entre un número considerable de asociaciones como la iglesia, los sindicatos y otros grupos voluntarios similares.

La ciencia desempeña una función propia cuando, al referirse a conceptos tomados del lenguaje diario, los aclara y define de manera tal, que dichos conceptos se convierten en instrumentos adecuados a la investigación. De ello se sigue que el análisis de un concepto debe hacerse siempre en un uso determinado. Lo honesto es reconocer la imposibilidad de que tal concepto pudiera tener sólo una función, inequívocamente definida.

La primera pregunta que cabe hacerse al iniciar el estudio científico del Estado es; Existió siempre el estado y en todos los lugares? el Estado dice Engels, citado por Lenin, "no es ningún modo un poder impuesto desde fuera de la sociedad; tampoco es "la realidad de la idea moral", ni "la imagen y la realidad de la razón", como afirma Hegel. Es mas bien un producto de la sociedad cuando llega a un grado de desarrollo determinado; es la confesión de que esa sociedad se ha enredado en una irremediable contradicción consigo misma y está dividida por antagonismos irreconciliables, que es impotente para conjugarlos. Pero a fin de que éstos antagonismos irreconciliables, que es importante para conjugarlos. Pero a fin de que éstos antagonismos, estas clases con intereses económicos en pugna no se devoren a sí mismas y no consuman a la sociedad en una lucha estéril, se hace necesario un poder situado apa-

rentemente por encima de la sociedad y llamado a amortiguar el choque, a mantenerla en los límites del "orden". Y ese poder, nacido de la sociedad, pero que se pone por encima de ella y se divorcia de ella más y más, es el Estado". 10/

I.2.4 DEFINICION DE ESTADO:

Siendo este tópico tan controvertido, hemos optado por mencionar algunos autores de lo que piensan y dicen con respecto al Estado:

Para el tratadista alemán George Jellinek en la definición de Estado se encuentran presentes lo político, lo social, y lo jurídico, conforme a su metodología es necesario investigar todas las facetas del Estado.

"Por una parte, el Estado es una formación social; por otra, institución jurídica. De esta forma la teoría del Estado se descompone en teoría social y en teoría jurídica.

Ahora bien desde el punto de vista sociológico, el Estado se presenta como una función de la comunidad y está constituido por relaciones a una unidad (estado).

Para García Maynez, el Estado suele definirse como "La Organización jurídica de la sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio" 11/

10/ Lenin., I.V. El Estado y la Revolución. Pág. 5

11/ García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Pág. 98

"El Estado es una reunión permanente e independiente de hombres; propietarios de un cierto territorio y, asociados bajo una misma autoridad, con un fin social" 12/

"El Estado. Sociedad jurídicamente organizada capaz de imponer la autoridad de la ley en el interior y afirmar su personalidad y responsabilidad frente a sus similares exteriores. Conjunto de poderes públicos; acepción en que se asimila con gobierno, del cual se diferencia en cuanto éste constituye la encarnación personal de aquel, su órgano ejecutivo". 13/

"El Estado es la personificación jurídica de la nación, en el que viven personas quienes forman una sociedad, que viven bajo determinadas leyes jurídicas." (Criterio personal)

I.3 RELACION DE ESTADO Y DERECHO

Sabemos que el Derecho al igual que el estado tienen un origen producto de una causa; pues conforman una historia o un desarrollo, la primitiva sociedad no tenía ya un derecho en el sentido completo de la palabra, sino más bien se regían mediante normas de conducta que regulaban las relaciones internas de la familia primitiva que se llamó hábitos primitivos, es decir la repetición constante de ciertas normas de conducta.

12/ Díaz Castillo, Roberto. Manual de Fundamentos de Derecho. Pág. 23

13/ Ibid.

La clase proletariada de los medios de producción se interesó de abolir aquellas costumbres voluntarias para crear nuevas reglas que les permitieran consolidar su derecho a la propiedad de la tierra, el ganado, los instrumentos de trabajo y los esclavos; como era lógico estas costumbres no podían ser aceptadas por los esclavos por ir contra sus intereses y jamás se podrían observar en forma voluntaria, lo que hizo necesario de un algo que las hiciera valer, y ese algo fué el Estado.

Si una persona de aquel entonces no cumplía esa regla, era necesario de un aparato especial que le diera validéz y personas que exigieran el cumplimiento u observancia, comenzándose a aplicar al infractor ya métodos de coerción, para garantizar su observancia, como ya vimos esa fuerza especial que nació fué el Estado, integrado por un ejército que no defendía los intereses de la colectividad, sino los intereses de la clase ya dominante, tribunales, cárceles, procasos, para garantizar como se dijo, la obediencia de todos los miembros de la sociedad.

De ahí que el Derecho aparece como una necesidad de imponer reglas de conducta y para cuyo cumplimiento se hace por medio del Estado, que le da la coerción, al surgir las clases sociales surgen también las contribuciones y con ello esa necesidad de imponer reglas de conducta (normas) amparadas por la coerción que le da el Estado, pues antes de dividirse la sociedad en clases no existía el Derecho en el sentido completo de la palabra.

No está demás indicar que la burguesía siempre ha querido esconder la verdadera naturaleza del Derecho o sea que encubre en forma celosa el carácter clasista del Derecho, al indicar que el Derecho expresa los intereses de toda la sociedad, protege al individuo en general, ayuda a la cooperación, pero realmente protege la propiedad privada y la santifica ya que el Derecho no es más que la voluntad de la clase dominante convertida en ley, y esa voluntad impuesta es mediante los organos del Estado a toda la sociedad, pues el Derecho no sería nada sin ese aparato que le da fuerza a la observancia de sus normas.

Desde los albores de la historia, la humanidad se ha comportado conforme a reglas que prescriben determinadas conductas. El hombre al vivir en sociedad, bajo las leyes dictadas por el estado, desarrolla patrones que incluyen actitudes rituales, que se transforman en un verdadero marco de pensamiento -ideología- cada vez más complejo y del cual forma parte el derecho. Por otro lado, la vida del hombre sólo es comprensible en sociedad; el individuo aislado, solo, es una abstracción inútil, inoperante.

La misma conformación física del hombre en relación con el ambiente y comparado con otras especies, lo obliga a asociarse con sus semejantes. La sociedad ya conformada, condiciona la conducta del hombre cuyo comportamiento se dirige y afecta, en mayor o menor medida, a los demás seres humanos.

Es dentro de ésta misma sociedad que surge, como consecuencia de

los primeros intereses económicos y sociales, el Estado, o reunión permanente e independiente de hombres dentro de un cierto territorio asociados bajo una misma autoridad, con un fin común y que viene a ser en todo caso la traducción jurídica de la nación.

Al Estado competen todas las normas o reglas de conducta obligatorias o coercibles, bilaterales, exteriores y heterónomas.

Concluimos diciendo entonces que no puede existir un Estado sin Derecho, ni un Derecho sin el Estado, ambos se necesitan y van de la mano, por eso decimos que tienen íntima relación como hemos analizado en éste tema tan importante, realmente el Derecho es siempre clasista vinculado íntimamente al Estado; éste obliga a que se respeten las normas jurídicas, poniendo en juego su aparato coercitivo, aplicando sanciones a los infractores de esas normas. La esencia del Derecho la determina, no la decisión arbitraria del Estado ni el ideal abstracto de una "justicia eterna" que no existe, sino las relaciones económicas que condicionan la voluntad de la clase dominante representada por el Estado.

El Derecho expresa siempre unas determinadas relaciones de producción dentro de las cuales una clase es dominante; consolida estas relaciones de producción y las correspondientes relaciones sociales; de ahí que el Derecho contribuye a consolidar económica y políticamente la dominación de una clase social determinada. Por eso decimos que el Derecho es parte importantísima de la superestructura que se erige sobre la

base económica de una determinada sociedad, donde la voluntad de las clases dominantes, cuyo contenido viene siempre determinado por las relaciones de producción.

I.4 EL DERECHO DE CASTIGAR O IUS PUNIENDI:

Hemos empezado a tocar el tema relacionado al Derecho y al Estado, porque ambos no pueden existir sin el otro, y porque el Estado tiene el Derecho por ley al castigar al que ha delinquido o transgredido una norma legal previamente establecido.

Por imperativo de vida, el derecho a castigar también llamado Ius Puniendi o Ius gladii (Maggiore y Papini), sigue a las sociedades humanas a través de su historia, considerado como un derecho individual o como un poder del Estado, la verdad es que la sanción ha permanecido como un conjunto de sentimientos a los que Ferri llamo Justicia Penal.

Dice Joaquín Francisco Pacheco, que el Derecho de castigar es uno de esos axiomas sentidos antes de ser justificados, y que se imponen, sea cual fuere el grado de civilización, en forma imperceptible. Coincidentemente, el mismo Enrico Ferri señala que "el fundamento de la potestad atribuida al poder social para restablecer la normalidad jurídica mediante el castigo del delincuente, antes que en las leyes escritas, estaba grabado en el corazón del hombre, era percibido por su conciencia y su razón lo presentaba al entendimiento como norma fundamental de conducta en la convivencia de la vida colectiva" 14/

14/ Sánchez Cortéz, Alberto: Un Ensayo Sobre el Derecho a Castigar, Veracruz, Tesis Universidad Veracruzana. Pág. 28.

Todo derecho debe de satisfacer, como contenido necesario, la facultad de su propia defensa, pues de otro modo, no tendría en sí mismo la facultad para ser garantizada su eficacia. Por otra parte, en virtud de que el hombre está investido de inteligencia y voluntad, y por lo tanto la dignidad, su naturaleza le da el poder para hacer valer sus derechos.

Debemos tomar en cuenta que ante el transgresor de la ley surgen dos derechos: el de exigir la reparación del mal sufrido y el de suprimir el delito e impedir que se cometan otros; este último compete al poder civil, y constituye el verdadero y propio Ius Puniendi.

Pero como bien apunta Carrara, si el ejercicio de la función punitiva fuera ejercida por el individuo, "correría el riesgo de convertirse en instrumento de pasiones injustas y, por otra parte, no tendría en las fuerzas aisladas del sujeto garantías suficientes para su propia observancia, por ello es vital para el mantenimiento de la ley jurídica el orden de una sociedad civil que tenga a la cabeza una autoridad investida de las facultades necesarias para la defensa del derecho" 15/ por lo que podemos decir que el derecho de castigar lo ejerce la autoridad civil, como administradora e instrumento de la defensa de los hombres.

El hecho de que el estado ejerza el Ius Puniendi, lo hace por lo que ejerce con mayor fuerza, seguridad y eficacia de la que podría el individuo aislado, pero la suma de los derechos de cada asociado, que

15/ Carrara, Francesco: Programa de Derecho Criminal, parte general, Vol. II, Bogotá, 1973, Pág. 48

hace más poderoso su ejercicio, no cambia la naturaleza del derecho originario, pues sigue siendo siempre el mismo Ius Gladii que preexistía en el sujeto.

Carrara puntualiza "el Ius Punitonis es un contenido necesario de todo derecho, porque todo derecho tiene como contenido necesario el Ius defensionis, y que la tutela práctica del derecho, imposible de obtener con una constante coacción física, requiere ser procurada con la coacción psicológica, es decir, con la amenaza y la irrogación de un castigo al violador del derecho... con todo y eso, la justicia penal, entregada por precepto absoluto a la autoridad social en virtud de la ley suprema del orden, tiene su origen primero en el derecho del individuo, y la autoridad pública no habría podido venir a imponerla a su antojo, valiéndose de la ilusoria fórmula de que es un milagroso producto de la sociedad, si ella no tuviera su gérmen en los atributos del individuo, de quien la autoridad social se constituía en sierva representante y protectora" 16/

Como hemos apuntado, el individuo, parte de la población que integra el Estado, ha delegado el ejercicio de la autoridad, en aras de la convivencia armónica, a los que él considera como legítimos representantes a fin de que sean éstos los que en su nombre velen por sus intereses. De ésta manera y sin hacer un acucioso análisis del nacimiento del poder público, el órgano adecuado dicta normas de carácter jurídico, heterónomas, bilaterales y coercibles para imponer a los gobernados la obligación de acatar determinadas conductas.

El legislador, tomando en consideración los valores que una sociedad en un lugar y época definidas pretende que sean tutelados contra las agresiones más violentas ha instituido un régimen de derecho para castigar la desobediencia de un mandato, esos valores, elevados a la categoría de bienes jurídicos, están protegidos a través de la amenaza de una sanción para aquellos que lo transgredan.

El Derecho Penal, según las tendencias y los autores como retributivo, criminal o punitivo, tiene como contenido propio la defensa de la seguridad social, para lo cual una vez que el supuesto fáctico previsto en la hipótesis legal se presenta, se aplica la consecuencia, imponiendo al infractor una pena, sin embargo la función sancionadora necesita de la fuerza coactiva para conseguir que los rebeldes se sometam a su imperio, y lo puede hacer mediante la ejecución forzada del deber jurídico a fin de establecer el orden perturbado, la reparación del mal causado y el castigo del desobediente, ésta última forma es el acto más extremo de la potestad pública puesta al servicio de la justicia, y es exclusiva del Derecho Penal.

Desde luego que para lograr este objetivo, sería idealista pensar que el Derecho no utilizará el rigor, pues tal como lo apunta Pascal en su pensamiento "la justicia sin la fuerza es imponente y la fuerza sin la justicia es tiránica... para lo cual es preciso que lo justo sea fuerte y que lo fuerte sea justo" 17/ Lo anterior se explica, porque en la sociedad siempre habrá hombres perversos que ignoren los mandatos

17/ Vargas Montoya, Samuel: *Ética o Filosofía Moral*, México, 1978. Pág. 131.

imperativos de la ley, o que bajo el influjo de la autoridad, abusen y tergiversen el pristino sentido de la coacción.

No obstante, lo hasta aquí expuesto, aún queda por resolver si el *Ius gladii* está o no limitado y cual es su naturaleza. Con un criterio estrictamente legalista, la facultad sancionadora, como expresión de poder, no admite coto alguno, pues en su carácter de ente soberano el Estado tiene *imperium* sobre el grupo que le está sometido; por consiguiente, el poder político, arbitrario al dictar las leyes, tiene la atribución de crear delitos y penas, lo cual se hace tan patente que hasta juristas de la talla de Kelsen renuncian a dar una definición sustancial del ilícito penal, prefiriendo hacerlo formalmente como una acción prohibida bajo la amenaza de una pena. Pero por las razones filosóficas aducidas, si existen óbices infranqueables que impiden que el Estado se convierta en una institución de impiedad e iniquidad.

CAPITULO II

LA PENA

II.1 ORIGEN:

Desde la época de Platón, la pena se concebía no como un mal sino como un acto de justicia y Lucio Anneo Séneca, más tarde pensó en el estudio subjetivo del presunto delincuente, observando sus pasiones y especialmente la cólera y la ira en el acto de cometer del delito; y así han transcurrido siglos para que la pena se considere como un atributo de la sociedad.

La Escuela clásica, fué la que institucionalizó la pena, como única consecuencia del delito, y la Escuela Positiva que consideró a la pena como un medio de Defensa Social y quien además propuso una serie de medidas de seguridad.

Al principio se ejercía sobre los vencidos en alguna batalla con todo rigor; más tarde, a los deudores insolventes se les encarcelaba y hasta se les podía vender como esclavos en mercados extranjeros y así se llegó hasta la famosa ley del "Talión" de igualdad material entre el delito y la pena: "ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre", aunque existían mutilaciones de ciertos miembros para determinados delitos, lo cual daba a las penas un carácter de crueldad repugnante, y así

con el transcurrir del tiempo en 1764 con César Beccaria Bonessana, marqués de Beccaria, inspirado en la Obra de Juan Jacobo Rousseau, "El Contrato Social", escribe su famosa obra: "Los delitos y las Penas", en la que sostiene que la pena a imponerse al delincuente ha de ser la que el legislador establece en la ley.

II.2 DEFINICION:

La idea de la Pena es el antiquísimo sentimiento de venganza nacido quizá de la misma humanidad, pero con el devenir del tiempo y la evolución de las sociedades, surge como el "Derecho de Castigar", algunos autores se dedican a decir que la Pena es un mal necesario para los que infrinjan una ley penal, otros autores dicen que es una manera de proteger a la Sociedad o también una manera de reeducar al delincuente, he aquí algunas definiciones:

La Pena "Como un dictado de la justicia, impuesto por el poder social, como correctivo y así defender a la sociedad de futuras transgresiones" 18/

La Pena: "Es el amo que, de conformidad con la Ley del Estado, los magistrados infligen a aquellos que son reconocidos culpables de un delito" (Del italiano Francesco Carrara).

La Pena: "Es el mal que el juez inflinge al delincuente, a causa

18/ Zeceña, Oscar, Derecho Penal Moderno. Pág.14

del delito, para expresar la responsabilidad social respecto al acto y al autor" (Del alemán Franz Von Liszt).

La Pena "Es el sufrimiento impuesto por el estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal". (Del español Eugenio Cuello Calón).

La pena "Es un mal amenazado primero, y luego impuesta al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos" (Del argentino Sebastián Soler).

La pena "No es otra cosa que un tratamiento que el estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social" (Del mexicano Raúl Carranca y Trujillo) 19/

La Pena "Es el castigo o retribución que el estado a través de sus organos jurisdiccionales le impone a una persona que ha transgredido las leyes de un país" (Criterio personal)

II.3 CARACTERES:

a. "La pena es el sufrimiento que soporta el penado, consistente en una

19/ De León Velazco y Mata Vela. Curso Derecho Penal Moderno. Págs 239 y 240.

privación o restricción impuesta al condenado, de bienes jurídicos de su pertenencia, vida, libertad, propiedad, etc.;

- b. La pena es impuesta por el Estado para conservación del orden jurídico o para restaurarlo cuando haya sido perturbado por el delito;
- c. La pena debe ser impuesta por los Tribunales de Justicia, como consecuencia de un juicio penal;
- d. La pena debe ser personal, es decir, recaer solamente sobre el penado de manera que nadie pueda ser castigado por hechos de otros; y
- e. La pena debe ser legal, establecida por la ley, y dentro de los límites fijados, para un hecho previsto por la misma, como delito" 20/

II.4 TEORIAS SOBRE LA PENA

II.4.1 TEORIA DE LA RETRIBUCION:

Considera que la pena no tiene función social, sino una razón de justicia absoluta, se castiga por el pecado cometido, porque se ha delinquido, siendo suficiente que una persona cometa un delito para que se le sancione, independientemente de que ésta sea o no util. En este sentido cabe apuntar que a estas teorías se les denomina retribucionistas, porque en todas ellas priva el principio del mal por el mal, ahora bien, como el delito es la violación del orden religioso, moral, estético, ju-

20/ Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal. Págs. 643 y 644.

ridico, etc., surgen las distintas facetas de las tesis retribucionistas, así se habla de retribución divina, retribución vindicativa, retribución expiatoria, otros de retribución moral, de retribución estética y otros de retribución jurídica, siendo hoy en día muy poco aceptadas éstas teorías ya que confunden la justicia social con la justicia ideal o absoluta.

A ésta teoría se le critica porque no resulta convincente, por descuidar la idea de que la pena antes de ser aplicada, es una amenaza del Estado a los eventuales transgresores del precepto. Ahora bien, puede decirse que la pena cuando se aplica restablece el orden perturbado por el delito, pero no es éste el fin de la amenaza legislativa? Es que quizá amenaza el Estado con las penas para hacer valer su autoridad?.

Por otra parte, nos parece indudablemente que la pena, concebida como pura retribución, representa nada más que una especie de VENGANZA LEGAL, y que por tal consideración, no puede estimarse equivocados a los pensadores que encuentran en ella residuo de fases históricas superadas.

II.4.2 TEORIA DE LA PREVENCION GENERAL:

Según esta teoría la pena tiene como objeto prevenir en forma general, como su nombre lo indica, los delitos, esto es mediante una intimidación o coacción psicológica respecto de todos los ciudadanos.

Esta teoría se debate entre dos ideas: La utilización del miedo

la valoración de la racionalidad del hombre. En el fondo esta teoría, si no quiere caer en el totalitarismo absoluto, en el terror, en la consideración del individuo como un animal que responde solo a presiones negativas, tiene necesariamente que reconocer, por una parte, la capacidad racional absolutamente libre del hombre, lo cual es una ficción al igual que el libre albedrío, o bien, por otra, un Estado absolutamente racional en sus objetivos lo cual también es una ficción.

Es la teoría de la intimidación, para la cual la finalidad de la pena es difundir terror, mediante el espectáculo de los sufrimientos que lleva consigo, contemplándose así mismo dentro de ellas la tésis de la coacción psíquica mediante la cual, la prevención de los delitos exige que sobre la colectividad actúe una coacción psicológica interna que ejerza un influjo inhibitorio.

Mezger, citado por Federico Puig Peña, dice: "La base criminal es un fenómeno común a todas las personas; es decir que la tendencia a realizar actos criminales no se circunscribe en el sentido de la teoría lombrosiana del delincuente nato a una determinada especie humana, sino como criminalidad latente instintiva existe en todos los hombres incluso en los mejores. Ahora bien, con el fin de contrarrestar y oponerse a los efectos de esta inclinación, se hace necesaria la institución de determinados impulsos, sin los que no podrá llevarse a cabo la vida común social." 21/

21/ Puig Peña, Federico. Derecho Penal, Parte General, Pág. 142.

II.4.3. TEORIA DE LA PREVENCION ESPECIAL:

Esta teoría se inclina a que el sujeto que haya cometido un delito tienda a no cometer nuevas infracciones, trata de prevenir la comisión de nuevos delitos, intimidando individualmente al delincuente, ya que el criminal parece proclive al delito e intrínsecamente perverso en razón de su naturaleza antropológica, biológica o social. La sociedad tiene entonces que defenderse contra él, para lo cual es necesario corregirlo o separarlo completamente de su seno. Se trata de llevar a cabo una defensa social contra los enemigos de la sociedad.

Cada delincuente tiene su origen en procesos especiales y por lo tanto se debe actuar respecto de cada uno de ellos en particular, o por lo menos respecto de grupos que presentan las mismas características, con lo cual se llega entonces a la tipología criminal.

Esta teoría se fundamenta para su logro mediante dos situaciones:

- a) Por la Intimidación; mediante la cual la pena impuesta al delincuente sirve para intimidar al causante del hecho punible en lo venidero o para hacerlo inofensivo para siempre o para cierto tiempo.
- b) Por la enmienda; que es una forma de prevención especial mediante la cual el delincuente una vez reformado o corregido no reincidirá en sus actos delictivos.

II.5 LA PENA DE PRISION

II.5.1 DESARROLLO HISTORICO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD:

El período comprendido desde la aparición de las casas de corrección al régimen filadélico, no es sino la lenta consagración definitiva de la superación de la idea de la cárcel de custodia. En locales más o menos idóneos en su mayoría conventos desafectados se van alojando hacendados y en confusa mezcla tanto los reos preventivos como los primeros condenados a pena de encierro, sin distinción en un principio de sexos, ni salud mental.

La prisión de la capital inglesa, Newgate, es un ejemplo, entre otros, determinante de tal situación, las excepciones serán establecimientos como el conocido Hospicio de San Miguel en Roma, fundado por Clemente XI en 1704, o la prisión de Gante, auspiciada por el burgomaestre de la ciudad, Vilain XIII, en 1775.

Por carencia casi absoluta de vestidos e higiene, el hambre consecuencia de una pésima alimentación, el insomnio, las enfermedades endémicas y cuantiosas defunciones constituyen elementos comunes y principales de la internación, la oscuridad de los edificios y la hediondez de los mismos es inconmensurable; aún el Juez Británico puede llevar en la mano un manojo de flores al entrar en la Sala de Audiencia, como recuerdo a la necesidad de alejar de sí la fetidez y miseria del reo que va a ser juzgado.

Domina la idea de la privación de libertad un fin único de aislamiento en separación de la comunidad frente al delito y de restaurar así el orden social. La vida ha cedido cuantitativamente su primacía, como objeto de castigo, a la libertad, consagrada así por la revolución de 1789. Mas la prisión sólo cumple la misión de segregar socialmente, sin preocuparse por la suerte del recluso, como no fuera de la proporcionarle mayores sufrimientos. La idea de corrección queda aún distante.

Desde la época en que Cervantes hizo notar que la cárcel es "lugar donde toda incomodidad tiene su asiento" las cosas no han variado mucho todo tipo de castigos supletorios se añaden; cadenas a los pies y cintura, cepos de fijación a las paredes, azotes y por el lado económico la discriminación con las celdas de pago y, como regla general, el derecho de carcelaje y de salida con prolongación del encierro caso de no satisfacerlo, al encontrarse las prisiones administradas por particulares.

Contra la persistente situación de abandono e inhumanidad detentiva se van dando voces aisladas, procurando la reforma prisional; tales como JOHN HOWARD quien fué un adinerado inglés quien conoció bien la cárcel, pues fué prisionero, después de su visita a Lisboa del terremoto, de berberistos en Brest quien muere víctima de su propio e inquebrantable destino, presa de fiebres carcelarias o tifoideas.

También podemos citar a "SCHERRIFF de BEDFORD", pasionado y obsesionado por el tema, como escribe en los primeros renglones de su inmortal libro "The State of Prison in England and Wales 1776", decide por

determinación de su conciencia británica, incapaz de soportar la injusticia, quien socorrió en 1778 hasta su fallecimiento establecimientos de internación y estremecido por lo contemplado promueve la reforma penitenciaria en su libro, cuyo bicentenario se ha conmemorado en Inglaterra con una excelente publicación colectiva, dirigida por Freeman y patrocinada por el Instituto de Criminología de Cambridge.

Su denuncia coincide en el tiempo y en la finalidad con la que, referida al sistema de los delitos y las penas efectúa en 1764 Beccaria, de ambos arranca en sus respectivos campos, la posibilidad de un derecho punitivo más humano y sus escritos sacuden las conciencias.

Como se puede establecer por lo anteriormente escrito, las imágenes percibidas no son fácilmente olvidables, pues el estado y condiciones de las prisiones en el siglo XVIII, casi aún peores que doscientos años antes y Howard señala unos remedios mínimos que aplicar a la situación prisional imperante, bases de su sistema reformador; higiene y alimentación; régimen distinto para detenidos y encarcelados; educación moral y religiosa, supresión de derecho de carcelaje; trabajo e instrucción obligatorios; separación de los reos por sexos, edades y situación procesal; sistema celular dulcificado; acortamiento de las condenas y concepción de certificados de conducta a los detenidos a la salida de la prisión.

Con Howard la reducida preocupación por el penitenciarismo y la transformación de los establecimientos detentivos crece en importancia

medida, dedicándose a la misma, a partir de su doliente denuncia, atención casi preferente entre los temas punitivos, pues se instituye que en la pena privativa de libertad se encuentra el futuro de la represión penal, abandonada ya en gran parte la crueldad precedente interesándose el viejo continente sobremanera por el futuro de la nueva medida de defensa contra el delito.

Misiones oficiales de los gobiernos respectivos viajan a Norteamérica para conocer "In Situ" las realizaciones de aquel país en éste terreno e importar sus sistemas de internamiento, que de modo elemental citaremos con posterioridad.

II.5.2 CONCEPTO:

Frecuentemente se alude a la pena privativa la libertad como sinónimo de castigo, al cual se hace acreedor quien ha infringido el ordenamiento jurídico penal y cuyas normas sancionan con privar la libertad del infractor.

Es obvio que de los diferentes medios de represión la Pena Privativa de Libertad en términos generales sigue siendo el común denominador en los sistemas punitivos del mundo, su aplicación tiende en principio a prevenir hechos delictuales, pero al hacerse efectiva la privación o restricción de la libertad adquiere un carácter sancionador y no reformador, lo cual no va de acuerdo con los avances del Derecho Penitenciario. Es necesario pues, "contar con una estructura, organización y ad-

ministración penitenciaria e incluso aprovechar las posibilidades laborales de la población reclusa; 22/ con lo cual se beneficia la salud moral y física del recluso, se disminuirían altos índices de corrupción y delincuencia en el penal, la pena adquiere credibilidad en su aplicación y la misma no sería onerosa para el Estado.

II.5.3 DEFINICION:

Tenemos varias definiciones sobre la Pena de Prisión, hemos analizado varias y entre ellas las más importantes, tenemos la definición de Cuello Calón que dice: "Es la reclusión del condenado en un establecimiento penal (prisión, penitenciaria, reformatorio, etc.) en el que permanece en mayor o en menor grado, privado de su libertad, y sometido a un determinado régimen especial de vida y generalmente a la obligación de trabajar" 23/

El autor Arturo Steffen Cáceres, quien indica que la Pena Privativa de libertad es: "La internación del condenado en un establecimiento penal (prisión, colonia penal, establecimiento abierto, etc.), en el que permanece en mayor o menor grado, privado de libertad, y sometido a un régimen de vida en el cual se arbitran los medios de tratamiento adecuados para regenerar al delincuente" 24/

22/ Núñez, Ricardo C. Manual de Derecho Penal. Pág. 343

23/ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Pág. 848.

24/ Steffen Cáceres, Arturo. Prisión Abierta, Pág. 19

Para los autores guatemaltecos, José Francisco De Mata Vela y Héctor Aníbal De León Velasco, la pena privativa de libertad consiste "En la pena de PRISION O DE ARRESTO que priva al reo de su libertad de movimiento, es decir limita o restringe el derecho de locomoción y movilidad del condenado, obligándolo a permanecer en una cárcel, centro penitenciario, granja penal), o centro de detención, por un tiempo determinado. Científica, técnica y moralmente ejecutada la pena privativa de libertad, debe influir positivamente en el condenado, a fin de retribuir la comisión del delito y ante todo rehabilitarlo, reeducarlo y reformarlo para su nuevo encuentro con la sociedad, de lo contrario la cárcel puede convertirse en un centro de perversión y los reos en peligrosos criminales, lo cual es totalmente contrario a los fines de la ejecución de la pena en el moderno Derecho Penitenciario." 25/

En lo personal considero la Prisión como: "El lugar o establecimiento donde se interna a una persona, por disposición de una ley penal y por el tiempo establecido en la misma, por haber infringido una disposición tipificado como delito".

II.5.4 FINES DE LA PENA DE PRISION:

Traídos a colación insistentemente los fines de la reclusión, superadas y demostrado por que, las tesis defendistas del más acendrado carácter represivo, se hace menester cuidar su conceptualización.

En base a lo que dicen varios autores, principalmente connotados

25/ De León Velasco, Héctor Aníbal; De Mata Vela, José Francisco. Curso de Derecho Penal Guatemalteco. Pág. 259.