

El

O
b
s
e
r
v
a
d
o
r



Instituto de Estudios Comparados en
Ciencias Penales de Guatemala

Por una cultura de justicia y equidad

Los fines de la Pena

Hector Oswaldo Samayoa

Director de Incidencia Política

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias
Penales de Guatemala

3

Situación Actual de la Pena de Muerte
en Guatemala Mayo 2011

David Davila Navarro

Coordinador de la Línea Personas Privadas
de Libertad y Derechos Humanos Instituto
de Estudios Comparados en Ciencias Penales
de Guatemala

11

Judicial

Número 85, año 11, noviembre-diciembre 2009

PUBLICACIONES DEL ICCPG, EDICIONES DEL INSTITUTO



Director Ejecutivo
Marco Antonio Canteo Patz

Consejo Editorial
Alejandro Rodríguez
Miguel Ángel Urbina
Luis Ramírez

**Instituto de Estudios
Comparados en ciencias
Penales de Guatemala**
13 calle 2-14 Zona 1
Guatemala, C. A.
Tels.: 2463-2323
Correo Electrónico
iccp@iccp.org.gt
web: www.iccp.org.gt

*Esta publicación es posible
gracias a la colaboración de:*



UNION EUROPEA



**Instituto de Estudios
Comparados en Ciencias
Penales de Guatemala**

Por una cultura de justicia y equidad

Organización Intereclesiástica
Para Cooperación al
Desarrollo



*Los artículos filmados son
responsabilidad de su autor y
no necesariamente representa la
línea del pensamiento del ICCPG*

LOS FINES DE LA PENA

HÉCTOR OSWALDO SAMAYOA SOSA

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DIRECTOR DE INCIDENCIA POLÍTICA DEL INSTITUTO
DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES DE
GUATEMALA

1. Mitologías de la Pena¹

El autor alemán Roxin en su artículo *Sentido y límites de la pena estatal*, ha planteado la inquietud de “¿cómo y bajo que presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a algunos de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social?”² O bien, como refiere Iñaki Rivera en su más reciente obra “¿para qué castigar?”³ Ambas preguntas remiten al jurista a estudiar la pena, la cual en su sentido más estricto es “la reacción ante la infracción de una norma.”⁴ Sin embargo, el estudio de la pena no es exclusivo del Derecho, sino de una serie de ciencias propias del área social como la historia de la filosofía, la politología, la teoría del Estado y la sociología, con lo cual la humanidad ha buscado responder a la pregunta establecida por Roxin, pero esencialmente orientada a encontrar “la justificación, su sentido y su fin.”⁵

De tal cuenta, distintas teorías han buscado fundamentar y darle un fin a las penas, siguiendo principalmente dos corrientes: la abolicionista y la justificacionista. La abolicionista ha perdido espacios de discusión dentro del ámbito académico, lo cual es derivado de la complejidad de nuestras sociedades y del aparente acuerdo social de la utilización de la pena como medio de sanción ideal. En todo caso, la corriente abolicionista actualmente realiza posturas más moderadas sobre sus críticas al derecho penal,

admiten otras formas de control social, uno de sus promotores como Neils Christie refirió, en su última visita a Guatemala, ser un minimalista.

La otra postura doctrinaria, la justificacionista, como lo indica su nombre busca justificar la existencia de la pena, para lo cual agrupa tres teorías: las absolutas, las relativas y las unitarias.

1.1 Las teorías absolutas:

Para entender las teorías absolutas o retribucionistas de la pena, debo referir tres aspectos comunes que las distinguen, así: a) se retribuye al autor del delito equivalente al mal ocasionado; b) la pena debe ser ejecutada, siempre, en su totalidad y; c) nunca la pena puede perseguir un fin de prevención. Estos elementos definen la principal característica de estas teorías, la pena como un fin en sí misma, por lo que su finalidad es el castigo del acto cometido.

Entonces, cómo las teorías absolutas responden a la pregunta ¿cuándo castigar? Pues de forma sencilla: se castiga cuando se ha cometido un delito. Así, la pena se impone por razones de justicia, constituyéndose en un valor absoluto.

Kant, al respecto de esta teoría sostuvo la tesis de la *retribución ética*, la cual dice que la pena se justifica por el valor moral de la ley infringida por el culpable. Para él, la ley penal se presenta como un imperativo categórico, como una exigencia incondicional de la Justicia, y, por tanto, libre de toda consideración utilitarista. “Hegel, de su lado, habla de retribución jurídica y, en base a ella, justifica la pena en la necesidad de reparar el Derecho con una violencia contraria que restablezca el orden violado. O lo que es lo mismo, para este autor la esencia de la pena estaría en la negación de la negación del Derecho.”⁶

¹ Este primer apartado lo titulo así, pues concuerdo con el profesor David Baigún: las teorías de la pena jamás

² En el mismo sentido: Zúñiga Rodríguez, Laura. Manual de Derecho Penitenciario. Pág. 24

³ Rivera Beiras, Iñaki. La cuestión carcelaria. Pág. 11

⁴ Jakobs, G. Derecho Penal Parte General. Pág. 8

⁵ Muñoz Conde. Derecho Penal Parte General. Pág. 12

⁶ Zúñiga Rodríguez, Laura. Óp. Cit. Pág. 26

Estas teorías han sido ampliamente criticadas. Bustos Ramírez⁷ expresó que la fundamentación de la pena a partir de estas teorías parte de la base de la justicia sobre la consideración de la “libertad e igualdad naturales de todos los seres humanos,” con lo cual, su fundamentación resulta falsa, pues la libertad e igualdad natural es una mera metáfora, no tiene base alguna en la realidad. Roxin, expuso que estas teorías “no proporcionan a la ejecución penitenciaria criterio alguno que sea de utilidad para hacer posible al autor una vida futura en libertad alejado del delito.”⁸

Sin embargo, la mayor argumentación en contrario la realiza el autor italiano Ferrajoli, quién haciendo un análisis de índole filosófico señala: “muchas veces se cae en la confusión de hablar de una misma forma sobre dos problemas completamente distintos: los de la razón legal y los de la razón judicial de la pena. O, formulado de otra manera, uno puede preguntarse: ¿por qué punir? (lo cual lleva un problema de *legitimación externa* de la pena), o bien: ¿cuándo punir? (problema de *legitimación interna*)...”

Sólo esta última pregunta podría ser contestada: cuando existe delito. Por ello la teoría de la retribución elude el problema de la legitimación externa de la pena. Indicar que la pena está justificada frente a la aparición del delito sólo equivale a decir ¿cuándo? Está justificada; pero no ¿por qué? lo está.”

De tal cuenta, las teorías absolutas son inconcebibles en un Estado democrático, esencialmente si estamos frente a la aspiración de construirlo aún. Esto a partir de la evidencia de que no pueden explicar ¿por qué punir? Además, que si su base parte de una fundamentación ética y nuestro actual Estado de Derecho sitúa en el pueblo el origen de todo poder,

será incongruente otorgarle una finalidad distinta a la de hacer posible la convivencia a través de la lucha contra el delito.

1.2 Las Teorías Relativas

Si las teorías absolutas o retributivas veían la pena como un fin en sí misma, con lo cual se buscaba retribuir el mal ya causado, las teorías relativas ven la pena como un medio para alcanzar algunos fines que esencialmente son preventivos. De hecho, su nombre de **relativas** deriva de ese carácter de prevención. Beccaria expuso que la finalidad de la pena debía ser impedir que el infractor causara nuevos delitos y, además, que logrará sobre las demás personas que estas se retraerán de cometer algún ilícito, o lo que es igual, prevenir determinadas conductas para mantener la convivencia social como algo históricamente determinado, y por ello relativo.

Este carácter de prevención también define los puntos de vista desde los cuales deben abordarse, atendiendo específicamente a los sujetos que serán sus destinatarios, lo que me determina para seguir con esta exposición:

1.2.1 La prevención general de la pena

Las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en la influencia sobre la generalidad, es decir no fijan su vista en el delincuente individual, sino en la sociedad a la cual se le debe enseñar a través de las amenazas penales y de la ejecución de las penas, logrando disuadirla de incurrir en una infracción. Es decir, la idea “es hacer desistir a autores potenciales”⁹ configurando la finalidad en intimidatoria o de prevención general negativa y, además, en una finalidad integradora o de prevención general positiva.

⁷ Bustos Ramírez. Bases críticas de un nuevo derecho penal. Pág. 22

⁸ Citado por Rivera Beiras, Iñaki. Óp. Cit. Pág. 9

⁹ Jakobs, G. Óp. Cit. Pág. 26.

- La prevención general negativa o intimidatoria:

Para explicar esta teoría citó a Ferrajoli quien distingue dos subgrupos: a) “las doctrinas de la intimidación ejercida sobre la generalidad de los asociados por medio del ejemplo ofrecido por la imposición de la pena llevada a cabo con la condena”; y b) “las de la intimidación dirigida también a la generalidad pero por medio de la amenaza de la pena contenida en la ley”¹⁰

De tal cuenta, en su primera versión, tal intimidación se pretendía conseguir a través de la ejemplaridad en la ejecución de la pena, lo que llevó a cometer excesos en ella, entiéndase ejecuciones públicas y con un contenido altamente afflictivo.¹¹ Sin embargo, tal y como plantea Ferrajoli en el subgrupo b), actualmente la intimidación se busca en los momentos anteriores, es decir en la fase de conminar a la persona a no realizar los actos considerados delitos, a esta fase también se la ha denominado legislativa.

Este sentido moderno de la intimidación de la pena es atribuido a Feuerbach con su teoría de la coacción psicológica. La cual “parte de estimar a la prevención general como la intimidación que sobre la generalidad produce la amenaza abstracta en la ley de una pena. Luego fija su atención en un momento distinto en la vida de la pena: el de su conminación legislativa. Momento en el que no basta con su reconocimiento interior, sino que se hace necesaria también su institucionalización con miras a asegurar la confianza en el funcionamiento del Derecho. La ejecución de la pena pasa, en consecuencia, a un segundo plano. Pasa a convertirse en una mera confirmación de que la amenaza iba en serio...”¹²

Si bien, Feuerbach tiene una efectiva posición en cuanto a la pena como contra motivación, debe

objetarse en cuanto esto nos llevaría a elevar las penas de modo indefinido, con lo cual el profesor chileno Bustos Ramírez, señala que el mayor riesgo es cuando la contra motivación es utilizada como parte de una “legislación de emergencia” es decir cuando la utilidad que le encuentra el Estado es la “seguridad.” “la Prevención general se convierte también en un planteamiento ideologizante (encubridor de la realidad) y de carácter simbólico (ajeno a la utilidad...): sólo manifestación del poder del Estado, a través del control formalizado que es el Derecho Penal”

Además, para Feuerbach la efectividad de la pena es algo secundario, con lo cual estaríamos ante los planteamientos de la teoría de la retribución, pues se entendería la pena como la consecuencia jurídicamente necesaria ante el delito. Roxin determina que esta teoría siempre se encuentra “¹³ expuesta al peligro del terror estatal.”

-la prevención general positiva o integradora:

Los principales ponentes de esta teoría integradora son Hassemmer y Jakobs, siendo este último quien ha dado mayor profundidad a la postura, de tal cuenta que señala que la tarea del derecho penal ha de consistir en el mantenimiento de la norma como modelo orientador del contrato social, con lo cual clarifica que “la misión de la pena es reafirmar la vigencia de la norma.”¹⁴

De esta forma la pena no esta enfocada en aquellas personas que puedan considerarse potenciales delincuentes, sino en todas las personas que conforman la sociedad. Lo anterior, en relación a que la pena produciría tres efectos: a) “el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente,” es decir, el efecto de aprendizaje generado en la población por medio de la actividad de la justicia penal;

¹⁰ Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Pág. 276.

¹¹ Por ejemplo: la ordenanza francesa de 1670 que rigió hasta la revolución, prescribía la jerarquía de los castigos: “la muerte, el tormento con reserva de pruebas, las galeras por un tiempo determinado, el látigo, la retractación pública, el destierro...” Michel Foucault. Vigilar y Castigar. Pág. 38.

¹² Zúñiga Rodríguez, Laura. Óp. Cit. Pág. 28.

¹³ Roxin, Claus. Determinación Judicial de la Pena. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. Pág. 29

¹⁴ Citado por Rivera Beiras, Iñaki. Óp. Cit. Pág. 24

b) “el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone” y; c) “el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho.”¹⁵ En consecuencias, Jakobs le da un papel secundario a la finalidad intimidatoria ya señalada, por lo que la prevención general positiva funciona cada vez que una pena es impuesta, pues la norma es establecida.

Para entender de mejor forma la prevención especial positiva, Rivera Beiras nos indica que debemos hacer alusión a la teoría de los sistemas surgida en la década de 1940, por medio de la cual entenderemos que “la solución del conflicto social producido por la frustración de las expectativas normativas, pasaría a ser canalizada mediante el mecanismo de imposición de sanciones, las cuales supondrían, en consecuencia, la declaración expresa de la frustración de la expectativa, partiendo de que el conflicto se resolverá a costa del sujeto frustratorio.”¹⁶

A lo indicado, le antecede en el mismo sentido lo señalado por Durkheim, el cual indicaba “la pena no deja de desempeñar un papel útil. Sólo ese papel no lo desempeña allí donde de ordinario se le ve. No sirve, o sirve muy secundariamente, para corregir al culpable o para intimidar a sus posibles imitadores; desde este doble punto de vista su eficacia es justamente dudosa y, en todo caso, mediocre. Su verdadera función es mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad la conciencia común.”¹⁷

Las objeciones a esta teoría son diversas, en concreto se indica que la teoría de la prevención general positiva insisten en concebir al Derecho Penal como una forma de estabilizar las normas, sin tener en cuenta el contenido de esas normas. En consecuencia, justifica

al Derecho Penal y, por consiguiente, a la pena, aún cuando con su ejecución se esté llevando adelante una política irracional y totalitaria.

1.2.2 La prevención especial de la pena

Para algunos autores, como Binding, la teoría de prevención especial de la pena parte del fracaso de la amenaza abstracta, considerando que la pena se justifica con relación al sujeto que delinquirió. “...la seguridad social, que se pretende lograr con toda medida de prevención, no se alcanza por medio de una amenaza abstracta, sino yendo a la fuente productora del delito; esto es, a la voluntad del delincuente.”¹⁸

De tal cuenta, debe inferirse que la prevención especial no opera en el momento de la conminación legal o legislativa, sino en la fase de la ejecución de la pena. Esta posición, surgida en el siglo XIX, ha conocido tres orientaciones preventivas: a) las moralistas, informadas en la época medieval, dando contenido al Derecho penal canónico. Su idea principal es la pena como medicina del alma; b) las naturalistas de la defensa social, partiendo del delincuente como un desviado o sujeto inferior, con lo que la pena debe curar al condenado; y c) las teleológicas de la diferenciación de la pena, cuyo contenido es de orientación correccionalista.

Esta última orientación señalada –correccionalista– toma como base el programa de Política Criminal de la Universidad de Marburgo, desarrollado por von Liszt, en donde se establecen tres posibles efectos de la prevención especial: el primero referido a “la intimidación del infractor no necesitado de corrección,” el segundo en cuanto a “la inocuización del autor no susceptible de corrección,” y finalmente, el tercero referido a “la corrección del delincuente susceptible de corrección y necesitado de ella.”¹⁹

¹⁵ Roxin, Claus. Óp. Cit. Pág. 28.

¹⁶ Rivera Beiras, Iñaki. Óp. Cit. Pág. 26

¹⁷ Baratta, A. Poder y control. Pág. 83

¹⁸ Citado por Zúñiga Rodríguez, Laura. Óp. Cit. Pág. 29.

¹⁹ Rivera Beiras, Iñaki. Óp. Cit. Pág. 13.

Bajo los efectos señalados, se da origen a la prevención especial negativa y a la prevención especial positiva, las cuales abordare ahora:

-la prevención especial negativa:

Mir Puig, establece que la consideración de Liszt sobre “la inocuización del autor no susceptible de corrección” dio lugar a la prevención especial negativa, puesto que permite establecer adecuadamente que la pena que se ejerce sobre el infractor debe realizarse de modo que le impida cometer otros delitos. En palabras de Jakobs “neutralización del transgresor por la coerción física.”

Acá, debo citar autores del positivismo criminológico como el caso de Garofalo quien indico: “...la reacción del Estado” es decir la pena “consiste en excluir al miembro cuya adaptación a las condiciones del medio ambiente se manifiesta incompleta o imposible...”²⁰ de tal cuenta termina planteando que el único medio absoluto y completo de eliminación es la muerte.



Dicho planteamiento, ha operado en regímenes autoritarios y en una gradación de sus modalidades ha incluido, custodia en lugares separados, aislamientos e intervenciones quirúrgicas, pero el autor citado a dicho que la mejor forma será la eliminación física, puesto que la cárcel sólo hace perpetuar en el seno de la sociedad al antisocial. Estas ideas difundidas muy fuertemente durante la primera mitad del siglo XX conllevaron a la esterilización de delincuentes y la eliminación de los considerados anormales, evitando así, según la creencia de ellos, más personas desviadas o delincuentes.

-la prevención especial positiva

Estas teorías justifican la pena con funciones de corrección, como diría la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 19, finalidades de reeducación y readaptación social, lo que el profesor argentino Zaffaroni a denominado *ideologías del re*. Estas teorías se consolidan a partir

del avance de las ciencias sociales, dejando por un lado la idea del delito como patología y de la pena como tratamiento, con lo cual asume que la ejecución de la pena debía apuntar a la transformación conductual del transgresor.

La idea central es pues que el infractor no vuelva a cometer un delito, pero la solución no es la eliminación o inocuización, sino, la transformación que opta por el concepto de resocialización.

²⁰ Garofalo, Enrico. La Criminología. Pág. 265.

Esto, además, conlleva a determinar que existen casos, cuando las condiciones del infractor así lo permitan, en donde la posibilidad de dejar de ejecutar la pena total o parcialmente es posible, con lo cual surgen los beneficios penitenciarios, las condenas condicionales o la suspensión de la ejecución de la pena. Jakobs, indica que es entendible la prevención especial positiva cuando nos encontramos ante un déficit de educabilidad, pero que esencialmente sería sobre jóvenes y adolescentes, por lo que la sustitución de la privación de libertad por medidas no punitivas resulta conveniente en este caso.

A lo planteado por Jakobs, me debo oponer racionalmente, estando de acuerdo en principio que en el caso de niñez y adolescencia deben suplirse las penas por medidas no punitivas, pero que en el caso de personas adultas, en países como Guatemala en donde los déficit de educación y de espacios de desarrollo integral de la persona son escasos o nulos, especialmente para las personas excluidas –entiéndase en el sentido de acceso a recursos económicos, culturales y sociales viable que en casos particulares puedan aplicarse medidas no punitivas.

En tal sentido, las objeciones presentadas sobre la prevención especial positiva tiene correlación en cuanto se plantea el fin de no reincidencia del sujeto, lo cual no ha podido ser demostrado por los altos índices de reincidencia que se registran en el mundo. A esto Ferrajoli añade: “la pena que asume la forma de tratamiento y que apunta a la transformación de la personalidad del condenado mediante la reeducación hacia los valores dominantes, se resuelve, en la medida en que el tratamiento no es compartido por el condenado, en una aflicción añadida a su reclusión y, más exactamente, en una lesión a su libertad moral o interior que se suma a la lesión a su libertad física o exterior que es propia de la pena privativa de libertad.”²¹

El profesor argentino Zaffaroni en sus objeciones indica “saquemos de encima las ideologías “re” que, en definitiva son ideologías autoritarias... me estoy poniendo en un plano de superioridad a la persona que tengo que resocializar... por que yo soy el socializado. Es un claro pensamiento penal discriminatorio... Creo que a partir de considerar la pena como un hecho de poder, como un hecho político, es que podemos reducir el ámbito del poder punitivo...también permite a los operadores de la ejecución de la pena sincerar su función, actuar, de una vez por todas conforme a un discurso real y decir: ...nuestro objetivo es tratar de neutralizar al máximo posible el efecto deteriorante de esta particular forma de institucionalización...si tenemos la oportunidad de ofrecerle los elementos para que aumente su nivel de invulnerabilidad frente al ejercicio del poder lo vamos a hacer”²²

Al respecto de la prevención especial positiva, en lo particular, considero que ciertamente no podemos interferir en las personas para ingenuamente hacer cambios en sus actitudes, especialmente cuando planteamos intervenir en sus conocimientos y disciplinarlos a comportamientos sociales discutiblemente validos. Lo cierto, es que podemos brindar opciones de ocupación y desarrollo, de ahí que estoy de acuerdo que la resocialización es un derecho y no una obligación. Hemos de avanzar, a entender que no podemos exigir a una persona que no vuelva a delinquir, cuando las condiciones que le llevaron a cometer determinado delito continúan existiendo fuera de los muros, especialmente cuando han sido seleccionados por su condición social, pues en definitiva los verdaderos delincuentes serán aquellos que evaden el pago de sus tributos y aquellos, los que ostentan el poder, que lo utilizan de mala forma, se enriquecen con ellos y lo invierten en castigar al que le exige condiciones sociales y particulares dignas de desarrollo.

²¹ Ferrajoli, Luigi. Op. Cit. Pág. 270

²² Zaffaroni, Eugenio. Jornadas sobre derecho penitenciario y derechos humanos. Sentido y Justificación de la pena. Pág. 41.

1.2.3 Las teorías mixtas o eclécticas

Estas teorías surgidas de los debates sobre la finalidad de la pena, entendiendo que tanto la retribución, prevención general y la especial, suponen aspectos diversos del problema representado en la pena. Rivera Beiras, citando a Mir Puig expresa que semejante planteamiento entraña la admisión de una relación de tensión entre principios que acepta pueden ser contradictorios.

“Así, en esta perspectiva, la pena traduce una retribución de la culpabilidad (idea de la pena justa) pero, al mismo tiempo, sirve a la prevención del delito (idea de la pena útil) siendo la única pena válida aquella que es justa y útil.”²³

Sin embargo, acá encontramos dos direcciones: la primera que coloca la idea de justicia por sobre la idea de prevención. La segunda, coloca a la retribución sólo como límite máximo a las exigencias preventivas impidiendo que las penas conduzcan a una pena superior, es decir, se procura una protección adecuada de bienes fundamentales con el menor costo posible de represión y de sacrificio de libertad individual.

Para buscar una solución a estas teorías unificadoras, aparece la teoría unificadora dialéctica presentada por el profesor alemán Roxin. Dicha teoría parte de atribuir a la pena diversas funciones según el momento de que se trate: “a) el momento de la conminación legal; b) el momento de la determinación judicial y c) el momento de la ejecución”²⁴; o lo que es lo mismo amenaza, aplicación y ejecución.

La fase de la conminación legal, la pena protege bienes jurídicos lo cual logra a través de la prevención general intimidatoria. En la segunda fase, es decir, en el momento de la determinación judicial de la

pena, el juez al imponer la pena reafirma la seriedad de la amenaza legal, complementando la prevención general, acá se señalan riesgos de instrumentalización de la persona, a lo cual Roxin responde que la pena sólo se debe imponer con arreglo a su culpabilidad.

Finalmente, en el momento de la ejecución, esta sirve a los anteriores fines, pero orientada a la resocialización en vista de carácter preventivo especial, pues nuestro sistema penitenciario se establece únicamente en función de exigencias preventivo especiales.

1.2.4 El garantismo penal

Aún cuando esta posición o propuesta no es abordada comúnmente en las aulas universitarias, o bien en las exposiciones sobre teorías de la pena. Me permito hacer una referencia a la misma, citando esencialmente a Rivera Beiras quien se constituye, para mí, en uno de los máximos autores de esta época sobre el tema de la pena, esencialmente lo digo por la simplicidad con la cual a interpretado la propuesta del garantismo sobre la finalidad de la pena, reconociendo evidentemente a su autor el profesor Luigi Ferrajoli.

Así, se señala que es necesario acudir a un segundo parámetro de la utilidad de la pena, es decir, no sólo a las diferentes doctrinas ya abordadas en este documento, sino a considerar que la finalidad si bien se concentra en el máximo bienestar de la colectividad, también debe observar el mínimo malestar necesario de los penados.

Ferrajoli indica: “hay, sin embargo, otro tipo de fin al que cabe ajustar el principio de la pena mínima, y es la prevención no ya de los delitos, sino de otro tipo de mal antitético al delito que suele ser olvidado tanto por las doctrinas justificacionista como por las abolicionistas.

²³ Rivera Beiras, Iñaki. Op. Cit. Pág. 32

²⁴ Roxin, Claus. Sentido y límites de la pena estatal.

Este otro mal es la mayor reacción –informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal- que a falta de penas podría devenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella. Es el impedir este mal, del que sería víctima el reo o incluso personas ligadas a él, lo que representa, me parece, el segundo y fundamental fin justificador del Derecho Penal.”

Rivera Beiras al cita a Ferrajoli sobre lo indicado en el párrafo anterior aclara: “por si existe alguna duda en torno a las ideas expresadas, Ferrajoli añade a continuación que la pena no sirve sólo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos... que no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas”

Con esto Ferrajoli da respuesta la pregunta ¿por qué prohibir? Para el máximo bienestar de la colectividad. Además da respuesta la pregunta que nos planteamos al inicio de este documento ¿por qué castigar? Cuya respuesta es: el mínimo malestar necesario de los penados. Una vez obtenida esta respuesta, debo plantear la pregunta ¿si castigamos para cuidar a la persona desviada de las reacciones informales? ¿Cuáles son los límites a este castigo formal que imponemos? Ambas preguntas nos centran en el debate de la cuestión sobre los límites al poder de castigar, respuestas entre las cuales encontramos los derechos humanos, cuya base filosófica será la dignidad humana.

A partir de esto, se podría iniciar un debate epistemológico en torno a la Ejecución penal y al derecho penitenciario, así como a la sociología del control penal, pero no obstante este, debo centrarme sobre algunas cuestiones previas, con las cuales quiero concluir este apartado.

La historia de la aplicación de la pena, nos demuestra que fue aplicada desde la visión del monarca, estableciendo al verdugo como el engranaje perfecto entre el príncipe y el pueblo. Las atroces penas y las inhumanas formas de cumplirlas, fueron cambiadas por el movimiento iluminista iniciado con Beccaria en su libro “De los Delitos y de las Penas” el cual, el cual da inicio a la discusión sobre la utilidad de la pena. En consecuencia, el poder concentrado para la aplicación de las penas conlleva al “exceso del poder”. El exceso de la respuesta formal ante el delito desde el Estado, siendo la reforma iluminista del siglo XVIII la que pone en crisis el discurso del poder monárquico o más bien el sobre poder monárquico.

El verdadero objetivo de la reforma, no era por consiguiente fundar un nuevo derecho a castigar, sino, establecer una nueva economía del poder de castigar, asegurar una mejor distribución de la capacidad de este poder, entendiendo la reforma como un reacomodamiento del poder de castigar. Tal y como señalara Foucault:

“la reforma penal ha nacido, en el punto de conjunción en la lucha contra el sobre poder del soberano y la lucha contra el infra poder de los ilegalismos conquistados y tolerados... la forma de soberanía monárquica, mientras situaba del lado del soberano la sobrecarga de un poder resonante, ilimitado... dejaba del lado de los súbditos lugar libre para un ilegalismo constante...”

Este avance, nos permite dejar por un lado el castigo por desobediencia hacia el monarca, y coloca los castigos como un acto de defensa social, con lo cual, a pesar de extraer el terror de la pena impuesta por el monarca, se entra al terror de

la pena inmedible, indeterminada, al terror de una pena impuesta por una sociedad la cual en su sed de venganza no conocerá la moderación. De tal cuenta, lo que es preciso moderar son los efectos del rechazo del castigo sobre la instancia que castiga y el poder que esta pretende ejercer, con lo cual encontramos sentido a todo lo que he expuesto en este apartado:

“... La razón de que la ley deba ahora tratar humanamente aquel que se halla fuera de la

naturaleza (mientras que la justicia de antaño trataba de manera inhumana al fuera de la ley), no esta en una humanidad profunda que el delincuente escondiera dentro de si, sino en la regulación necesaria de los efectos del poder. Esta racionalidad económica, es la que debe proporcionar la pena y prescribir sus técnicas afinadas. Humanidad, es el nombre respetuoso que se le da a esta economía y a sus cálculos minuciosos. En cuestión de pena el mínimo está ordenado por humanidad y aconsejado por la política.”

PUBLICACIONES DEL ICCPG, EDICIONES DEL INSTITUTO

REVISTA CENTROAMERICANA “JUSTICIA PENAL Y SOCIEDAD”



Publicación semestral del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala en Conjunto con entidades hermanas de la región centroamericana. Compila producción de juristas del área y de otros países de América Latina y Europa, quienes tienen experiencia en los tópicos abordados, tanto desde los escenarios Jurídicos del Estado, como desde las universidades y organizaciones de sociedad civil.

Trata contenidos vinculados con el proceso de reforma judicial en nuestros países, así como temas relacionados con un derecho penal garantista.

SITUACIÓN ACTUAL DE LA PENA DE MUERTE EN GUATEMALA MAYO 2011

I. Antecedentes

En Guatemala, históricamente la pena de muerte ha sido una realidad dentro de la legislación penal, y las distintas Constituciones del país han permitido que dicha pena se aplique; sin embargo, con la promulgación y entrada en vigor de la actual Constitución Política de la República (1985-86), el Estado de Guatemala en busca de la consolidación de un sistema democrático y un Estado de derecho, inicia un cambio de orden social y jurídico. A la luz de este nuevo orden, la Constitución dentro de su artículo 18 le da la potestad al Congreso de la República de abolir esta pena.

El país sigue manteniéndose entre uno de los pocos países de América Latina que persiste en mantener vigente la aplicación de la pena de muerte, quedándose al margen de los países que progresivamente han ido sumándose a la corriente abolicionista de esta pena, en la actualidad 139 países han abolido la pena de muerte en su legislación o en la práctica, sin embargo, seguimos manteniéndonos en la categoría de país retencionista, mientras esta pena siga permaneciendo regulada en la legislación, durante el año 2010 en Guatemala se cumplen diez años de mantenerse una moratoria de hecho, puesto que no se han producido ejecuciones en el país desde el año 2000, derivado que actualmente no existe regulado el procedimiento para que las personas condenadas a esta pena puedan solicitar indulto o conmutación de la pena, por lo que las 12 personas que aun se encuentran condenadas a muerte llevan un promedio de 8 a 15 años de permanecer en el corredor de la muerte.



¹ Este año Guatemala voto a favor de esta resolución.

² Este año Guatemala se abstuvo de votar.

La corriente progresiva de la abolición de la pena de muerte, ha llegado a ser uno de los centros de discusión a nivel internacional como en la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, en donde en el año 2007¹ y 2008² se emitieron resoluciones decretando una moratoria en las ejecuciones a nivel mundial, la del 2008 quedo planteada a ser revisada o confirmada en la reunión de la asamblea programada para diciembre del año 2010, aunque esta resolución no tiene un carácter vinculante para los países que aun persisten en la aplicación de la pena de muerte, significativamente y moralmente el debate a nivel mundial de esta pena cruel, inhumana y degradante, es fundamental para avanzar hacia el pleno respeto de los derechos humanos a nivel mundial; los países europeos han sido los mayores precursores de llevar esta discusión a los órganos universales y regionales de protección a derechos humanos, por lo tanto Guatemala no puede ni debe quedarse al margen de esta evolución por ser parte de la comunidad internacional.

II. Prohibiciones en Guatemala para la aplicación de la Pena de muerte

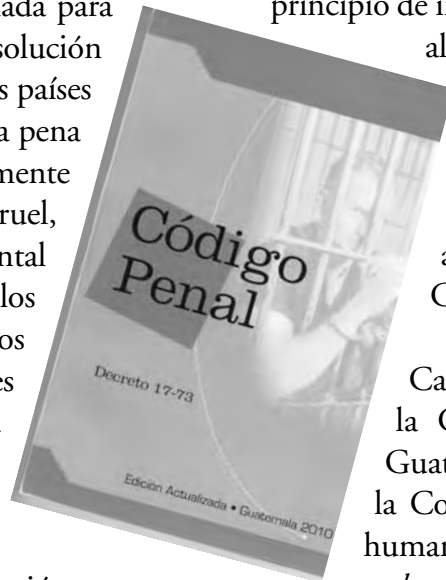
La pena de muerte sigue estando prevista en el código penal guatemalteco para los delitos de: parricidio, asesinato, ejecución extrajudicial, plagio o secuestro, desaparición forzada de personas, caso de muerte y en el artículo 52 de la ley de narcoactividad.

En los casos de plagio o secuestro y asesinato, a través de las sentencias de la Corte IDH³ en los casos Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes⁴ existe una prohibición en su aplicación, respecto a estos casos la Corte IDH se refiere a lo siguiente: Caso Fermín Ramírez Vs Guatemala: la Corte IDH sanciono al Estado por violaciones al

debido proceso, violentando los artículos 8 y 25 de la CADH, referentes a garantías judiciales y protección judicial y además por contemplar dentro del artículo 132 del Código Penal, (delito de asesinato) el agravante de peligrosidad para imponer la pena de muerte. En conclusión la Corte indica en su sentencia, que la peligrosidad social vulnera el principio de legalidad y el principio de inocencia. Con lo cual la Corte ordeno

al Estado a llevarle a cabo un nuevo juicio al señor Fermín Ramírez observando todas las garantías del debido proceso legal; al igual ordena que se suprima la parte que refiere a la peligrosidad del artículo 132 del Código Penal, entre otras.

Caso Raxcacó Reyes Vs Guatemala: la Corte IDH sanciono al Estado de Guatemala por violación al artículo 4.2 de la Convención Americana sobre derechos humanos, el cual indica *“En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”*. Por lo anterior, Guatemala al haber reformado mediante el decreto 81-96 el delito de plagio o secuestro (art 201 CP) dejando como pena única para sancionar la comisión de este delito con la de muerte y habiendo realizado la misma en fecha posterior a que Guatemala suscribiera la CADH⁵, la Corte IDH determino que la misma constituía una extensión de la Pena de Muerte a nuevos delitos. Por lo cual la Corte IDH ordeno al Estado de Guatemala llevar a cabo una nueva reforma al artículo 201 del Código Penal estableciendo claramente los distintos tipos penales y regular penas distintas a la de muerte.



³ Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴ Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos VS Guatemala, de fecha 15 de junio y 15 de septiembre del 2005, respectivamente.

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos ó Pacto de San José, Guatemala es parte de esta convención desde el 25 de mayo de 1978.

Sin embargo, dentro de los delitos que aun contemplan la aplicación de esta pena, los delitos de ejecución extrajudicial⁶ y el delito de desaparición forzada⁷ y el artículo 52⁸ de la Ley contra la Narcoactividad también contienen la misma prohibición que el delito de plagio o secuestro, puesto que los mismos fueron creados luego que Guatemala suscribiera la CADH y por lo tanto existe una violación al artículo 4.2 de este instrumento internacional.

En los casos de los delitos de Parricidio (artículo 131 CP) y caso de muerte (artículo 383 CP), en ambos delitos se contempla la aplicación de la pena de muerte si se logra determinar la peligrosidad del procesado, por lo tanto para estos delitos también es aplicable la prohibición y es necesaria su reforma al igual que para el delito de Asesinato como lo ordena la Corte IDH en la sentencia del caso Fermín Ramírez.

Al igual, el delito de violación calificada que contemplaba la aplicación de esta sanción quedo derogado a través de la aprobación del decreto número 9-2009 “ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas”

De todo lo indicado anteriormente, se concluye que la aplicación de la pena de muerte es inviable en estos momentos en Guatemala, puesto que las prohibiciones expresas emanadas de las sentencias ordenadas por la Corte IDH tienen una injerencia para todos los delitos para los cuales se encuentra regulada esta pena. Es importante que el Estado de Guatemala a través de sus tres organismos tome en cuenta estas prohibiciones con el fin de respetar sus compromisos adquiridos internacionalmente en materia de derechos humanos.

III. Recurso de Gracia o Indulto

Guatemala ha mantenido una moratoria de hecho a partir del año 2,000, después de llevar a cabo las

últimas dos ejecuciones (Amilcar Cetino y Tomas Cerate) por medio de inyección letal , sin embargo el que no se hayan llevado a cabo nuevas ejecuciones responde a que a partir del 01 de junio del año 2,000, el congreso de la República derogo el decreto 159, el cual le otorgaba la facultad al presidente de la República de conocer y resolver el recurso de gracia o indulto, es por eso que al no existir un ente que conozca y resuelva este recurso no se ha ejecutado a ninguna persona.

El Estado de Guatemala por ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene la obligación Internacional de garantizar el goce de este derecho a las personas condenadas a muerte, en este sentido el Artículo 4.6 de la citada convención indica: *“Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente”*. Es por este motivo que Guatemala no puede ejecutar a ninguna persona condenada a pena de muerte mientras no regule el derecho a que las personas condenadas a muerte puedan solicitar Recurso de Gracia o Indulto, el cual debe regularse cumpliendo con los estándares internacionales de este recurso eminentemente humanitario conforme lo plantea la CADH.

El 12 de febrero de 2008 el Organismo Legislativo, a través de los partidos de oposición al nuevo gobierno que estaba tomando posesión, quiso regular nuevamente el recurso de gracia intentando devolverle la facultad de conocerlo y resolverlo al Presidente de la República, con la aprobación de la iniciativa de ley 3521 bajo el numero de decreto 6-2008, esto significo un claro retroceso en el tema y en materia de derechos humanos para el Estado de Guatemala.

⁶ Contemplado en el artículo 132 Bis del código Penal, adicionado en el artículo 1 del decreto 48-95.

⁷ Contemplado en el artículo 132 Bis del código Penal, adicionado en el artículo 1 del decreto 48-95.

⁸ Creado a través del decreto 48-92 Ley contra la Narcoactividad.

Esto debido a que el decreto en mención, contenía muchas deficiencias técnicas que no se ajustaban a los parámetros internacionalmente establecidos en esta materia, principalmente en cuanto a la naturaleza eminentemente humanitaria del indulto, los parámetros que deben ser considerados por el Presidente de la República para tomar la decisión, la ausencia de un procedimiento para el trámite del mismo, violando flagrante mente la garantía de un recurso efectivo para las personas condenadas a pena de muerte, exigido por el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), en realidad lo que se pretendía con la aprobación de este decreto era viabilizar las ejecuciones pendientes. Atendiendo a las múltiples deficiencias contenidas en esta ley, positivamente el Presidente de la República veto este decreto a través del acuerdo gubernativo 104-2008.

En el año 2010 los partidos políticos, Patriota y Líder, a través de campos pagados y de conferencias de prensa, dieron a conocer que presentarían nuevas iniciativas de ley para regular el recurso de gracia o indulto, con el fin de restablecer la aplicación de la pena de muerte en Guatemala y con esto lograr reducir la ola de violencia que afecta al país.

Con fecha 18 de febrero de 2010, la bancada de la Unidad Nacional de la Esperanza, UNE, presento la iniciativa “Ley del Recurso de Gracia que regula el procedimiento para la Conmutación de la Pena para los Condenados a Muerte”, registrada bajo el número 4175; la misma pretende regular el recurso de conmutación de la pena de las personas condenadas a muerte, mediante la conformación de un tribunal extraordinario llamado de “conmutación de la pena de muerte”, según el artículo 3 de la iniciativa en mención, este tribunal estaría conformado por tres Magistrados electos en la forma siguiente: un Magistrado designado por la Corte

de Constitucionalidad, un Magistrado designado por la Corte Suprema de Justicia y un magistrado designado por la Asociación de Jueces y Magistrados del Organismo Judicial, idóneo para integrar las Salas de las Cortes de Apelaciones de dicho Organismo.

De igual manera, el 21 de julio de 2010 la bancada Libertad Democrática Renovada, LIDER, presento la iniciativa “Ley Normativa de la Pena Capital”, registrada bajo el número 4239; esta iniciativa pretende establecer la competencia jurídica de la autoridad u órgano facultado para conocer y resolver sobre el recurso de gracia”; en el artículo 2 regula y otorga como facultad exclusiva como órgano a “tres Magistrados de la Corte de Constitucionalidad, elegidos por sorteo entre sus integrantes, tendrán la facultad de conocer y resolver la solicitud de conmutación de la pena de muerte, por la pena máxima contemplada para el delito cometido”.

Durante los meses de agosto y septiembre del año 2010, el Partido LIDER estuvo condicionando el avance de la agenda legislativa a la aprobación de su propuesta de ley sobre recurso de gracia, manteniendo su campaña pública promulgando la aplicación de la pena de muerte como respuesta a la violencia. Derivado de esta situación, en la sesión del día 05 de Octubre de 2010, se negocio aprobar una nueva iniciativa de ley de recurso de gracia o indulto, dicha propuesta fue presentada por la mayoría de bancadas representadas en el Congreso de la República a excepción de la Bancada del partido Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, URNG, y algunos diputados independientes, dicha iniciativa fue registrada con el número 4286 “Ley Reguladora de la Conmutación de la Pena para los Condenados a Muerte” y aprobada el mismo día bajo el número de decreto 37-2010, cabe mencionar que esta iniciativa consensuada corresponde al mismo texto al del decreto 6-2008.

Derivado de lo anterior, el Presidente de la República nuevamente VETO este decreto mediante acuerdo gubernativo No. 307-2010, publicado en el Diario Oficial el 05 de noviembre de 2010. Desde esta fecha según procedimiento constitucional para la creación de las leyes guatemaltecas, cuando el Presidente veta una ley, el Congreso de la República tiene un plazo de 30 días hábiles para poner en conocimiento del pleno el veto presidencial y aceptarlo o bien rechazarlo con el voto favorable de las dos terceras partes de diputados. Dicho plazo establecido constitucionalmente para que el Congreso de la República conociera el veto presidencial ha vencido.

IV. Iniciativa de Ley Para la Abolición de la Pena de Muerte

El 14 de enero de 2011, durante la presentación del informe anual del Presidente de la República de su tercer año de gobierno ante el Congreso de la República, anuncio y presento varias iniciativas de ley, entre estas presento una iniciativa para abolir la pena de muerte por medio de reformas penales al Código Penal, Código Procesal Penal y la Ley Contra la Narcoactividad.

Esta iniciativa hasta el momento no ha sido puesta en conocimiento del Pleno del Congreso, derivado del estancamiento en la agenda legislativa por las distintas interpelaciones a funcionarios públicos, por lo tanto la misma aun no cuenta con ningún número de registro.

Durante el año 2011 por ser un año electoral y derivado de las propuestas de algunos partidos políticos como LIDER y Patriota, el panorama es adverso para el avance y posible aprobación de esta iniciativa de ley.

