

1. INTRODUCCIÓN

El deseo de escribir sobre Derecho Penitenciario de forma sistemática, lo fui aplazando por años, especialmente porque he tenido la oportunidad de ser protagonista de Política Criminal, como consultor independiente, asesor y académico, pero también he participado al más alto nivel político, desempeñándome como Ministro de Estado en la Cartera de Gobernación, que en mi país Guatemala; tiene a su cargo el Sistema Penitenciario y por ende la ejecución penal.

Me sucedió igual a cuando publiqué mi obra ¿Pena de Muerte o Derecho a la Vida? [2001]; pensé que el tema era caduco, sin embargo, descubrí que los sectores académicos, religiosos, los guardianes de la ética y personas en general, se manifestaban como abolicionistas o como retencionistas, y que su discurso está a la orden del día.

En el tema penitenciario, el planteamiento resulta ser el mismo, todas las semanas hay noticias locales e internacionales de fugas, torturas, amotinamientos, muertes, crimen organizado planificado desde las cárceles y un largo etc. , que me anima a escribirlo, amén que con esta investigación [la ejecución penal], concluyo la Suma Criminológica que es mi Teoría, cuyo fundamento nace con el Cuarto Enfoque Criminológico -Una explicación a través del Derecho Administrativo Sancionatorio- [1991] y luego transformada con el Cuarto Enfoque Criminológico -Una explicación

al Derecho a las Alternativas- [1998]; que constituye la parte sustantiva de la obra.

Seguidamente desarrollo Mecanismos Alternativos de la Justicia -Una propuesta de Política Criminal- [1998]; que junto a Arquitectura Criminológica [2014] es la parte adjetiva; y hoy al haber transcurrido más de 30 años de su nacimiento la cerramos con la parte Punitiva, que ponemos a disposición de estudiosos y estudiantes del Derecho Penal; pero especialmente de quienes se desempeñan como Criminólogos o se preparan para ello.

Consciente de que el sistema de ejecución de penas está sobre estudiado, sobre diagnosticado, y que todo se dice y nada se hace, proponemos algo dicho muchas veces y llevado a la práctica con sus luces y sombras; haciendo propuestas que aún hoy en día [2024] se tachan de utópicas, pero no pretendo que la teoría o nuestra idea no pueda ser real al estilo de la ciudad idílica de Tomás Moro; perfecta e irrealizable en la práctica.

En materia Criminológica, cuando publicamos en 1991, como Cuarto Enfoque, "El Libre Albedrío", exculpando a los criminales de cualquier enfermedad existente, física, psicológica, social, económica o política entre otras, el tema no salió de las aulas universitarias, no contaba con adeptos ni detractores, pero pronto se volvió un referente en Latinoamérica para los estudios de Criminología y en 1993 aceptada como una Teoría Criminológica, en el marco del XI Congreso Internacional de Criminología,

celebrado en Budapest, Hungría, igual suerte corrió mi obra *Victimología* en 1997, apenas era una materia para intercielos la cual yo dictaba; hoy la Víctima participa en el Proceso Penal y se han establecido alrededor de América Latina, Institutos Victimológicos independientes como lo sugeríamos en ese entonces.

Cuando publicamos *Política Criminal II, Reacción Social Punitiva* en 1998 y sugerimos la obra *Mecanismos Alternativos de la Justicia -Una propuesta de Política Criminal-* e identificamos 39 Instituciones Alternativas, se nos criticó duramente, y hoy es lo cotidiano, las Alternativas se homologan a las sentencias. Ese mismo año publicamos dicha obra [*Mecanismos Alternativos de la Justicia*] que forma parte de lo Adjetivo en nuestra *Teoría Criminológica*, concebida dieciséis años antes que *Arquitectura Criminológica*, que en 2004 propone Procedimientos basados en dictámenes científicos desterrando el testimonio y siendo garantista con una duración razonable y los procesos judiciales, porque la justicia que no es pronta no es justicia y eso hoy en día es una mega tendencia en el Derecho Penal; por esas razones y la autoridad que el tiempo me ha dado, propongo estas ideas viejas, ahora renovadas con una aplicación real, desterrando la Utopía ya descrita.

Es importante señalar, que no solamente se escucha los aspectos negativos Penitenciarios, sino también se habla de Reinserción Social, Rehabilitación, Resocialización, Sistema Progresivo y Prisiones Abiertas entre otras cuestiones de gran evolución y aporte a la sociedad.

Lo anterior ratifica mi tesis que es posible reinsertar a la sociedad, a personas que se encuentran cumpliendo condena a raíz de haber recibido una sentencia condenatoria firme por algún delito; que los hace acreedores a epítetos como delincuentes, condenados, prisioneros y otros; que lógicamente estigmatizan.

Nosotros partiremos de una trilogía de sujetos, los **inimputables**, que no tratamos puesto que ellos son desviados institucionales, que se rigen por los manuales de diagnóstico Psiquiátrico o los menores de edad, excluidos ambos del Derecho Penal; los imputables no reinsertables basados en nuestra teoría criminológica que "lo que se aprende ya no se desaprende", que realizamos con el gran maestro argentino Osvaldo Tieghi^[+], que en resumen consiste en lo siguiente: Desde hace algunos años, me honra con su amistad el doctor Osvaldo Tieghi, eminente criminólogo argentino, quien es conocido internacionalmente por ser un criminólogo "científico". Él no se dedica por ejemplo a criticar el sistema de justicia y no trabaja como empleado para el Organismo Judicial o Fiscalía, por mencionar algunas instituciones. "NO", él ha pasado en su estudio días, semanas y meses enteros encerrado sin ir a casa, observando animales, tales como gatos, ratas, conejos y otros, para probar que las conductas están asociadas a los factores endógenos, pero que finalmente se aprende por lo exógeno; así valiéndose de la Reflexología como el gran Iván Pavlov y en el Conductismo de Burrhus Skinner, es decir, basado en el Paradigma Mecanicista-conductual, explica las conductas desviadas bajo la observación y experimentación, creando su teoría de holística conductual y

aprendizaje. Si sabemos cómo y por qué se generan en los niveles neurofisió-sociales los impulsos [sociales o criminales], en tanto fenómenos susceptibles de observación y verificación empíricas, con riguroso control de variable, y si podemos manipular unas y otras de tales variables y llegar a cierto grado de predicción conductual, partiendo de estudios a nivel molecular, nuestro punto de apoyo no será meramente discursivo o especulativo y seguirá la evolución que ya se ha visto en otros campos. Con los grandes maestros Cohen, Sutherland y Cressey, compartimos que lo bueno al igual que lo malo se aprende. Estas ideas las adaptamos con el profesor Tieghi en varias oportunidades, especialmente en mis últimas visitas a Buenos Aires para disertar en un Congreso sobre Criminología, organizado por los alumnos de la Maestría en Criminología y Ciencias Forenses de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales -UCES- donde mi hijo José Andrés estudiaba [2010-2011]; los temas que abordé fueron La Fenomenología de las Maras y Desviología Criminológica, que se convirtieron en mis últimos textos, editados en Guatemala, México y Colombia.

En el año 2012 concurrimos a la Ciudad de México convocados por la Sociedad Mexicana de Criminología, Capítulo Nuevo León, presidida por el joven Criminólogo Wael Hikal, en donde el doctor Tieghi expuso sobre: "Los nuevos descubrimientos científico-empíricos y su aplicación para la prevención reductora de la población criminal universal", y quien escribe sobre "Las maras y su incursión en el crimen organizado: un problema Crimino-Victimológico".

Ambos coincidimos en realizar una aproximación a una nueva teoría criminológica y en nuestras conversaciones acordamos realizar una investigación partiendo de lo siguiente: Los animales racionales o irracionales tienen un instinto gregario, idea que surge a raíz de la diapositiva presentada en mi conferencia del origen etimológico de la palabra mara, derivado de marabunta representada por una población masiva de hormigas; los animales responden a lo aprendido en sus grupos, como en el caso de los elefantes y otras especies a través de toda mi presentación se enfatiza el aprendizaje de la conducta del marero, en los valores, actitudes, creencias, signos que contiene el lenguaje corporal, símbolos a través de los grafitis, significados por medio del caló o lenguaje y de los tatuajes impresos en sus cuerpos; del aspecto cultural que se transmite de generación en generación, creando una subcultura criminal. Sobre el particular el doctor Tieghi, manifiesta que los animales, están filogenéticamente determinados, por ejemplo, el ser humano está predeterminado para hablar [endógeno], lo que no se sabe es qué idioma o idiomas hablará, esto depende del lugar donde nazca y mejor aún donde se desarrolle.

Igual que esto resaltó que en la construcción de esta aproximación teórica, el hombre trae filogenéticamente conductas, pero éstas serán de acuerdo a donde se desarrolle, si es una subcultura desviada y/o criminal, así será ésta y eso explica el cambio de valores que para "nosotros" o la "mayoría" resulta un mundo bizarro, que lo malo en esa determinada subcultura es

bueno y viceversa y que la reacción ante un mal infligido sea totalmente plana.

Este concepto de aprendizaje y con este análisis, guardando las diferencias en el tiempo y las circunstancias, supera los realizados por Albert Cohen por ejemplo; hemos agregado en nuestro estudios el mundialmente famoso caso de la familia turca, seis personas en total que aprendieron a caminar en cuatro patas, es decir, con las dos manos y los dos pies, y no como lo hacen el resto de la humanidad, el *homo erectus* es caminar erguido; esta familia descubierta en 2005 y difundida a nivel mundial un año después por la BBC de Londres.¹

La investigación arroja que sólo cuatro de los seis aprendieron a caminar erguidos, en dos pies, por un corto tiempo para los otros dos fue imposible desaprender, lo que significa que lo aprendido en algunos casos ya no se desaprende. Lo filogenético [endógeno] más lo aprendido prevalece, aunque sea desviado o criminal, si la conducta "correcta" o "normal" es aprendida tarde, la desviada o criminal ya no desaparece. Esto significaría que, la conducta aprendida en algunos casos ya no es posible desaprenderla; si el aprendizaje llega tarde como en los casos de los hombres que caminan en cuatro patas. Esto para la mayoría de personas es evidente no aprendieron a caminar, en la conducta podrían ser menos evidentes porque habría que utilizar el Paradigma Formista de la conducta

¹ BBC passionate productions MMVI. <http://youtu.be/FikQcNtGQ4Q>, <http://youtu.be/ypwlah9DpDA>, <http://youtu.be/bKIVCzOd.Lns>, <http://www.sld.cu/sitios/reumatología/temas.php?idv-8883>. Nota de BBCMundo.com.13/3/2006.

y la Estadística Criminal, sin embargo, abrimos aquí la puerta de una nueva teoría criminológica, la conducta desviada aprendida si no la desaprendemos en tiempo es imposible regresarla.

Para una mejor comprensión de nuestros alumnos, con el Doctor Tieghi, acordamos compartir el ejemplo de "manejar bicicleta"; que por la capacidad del cerebro de almacenar ilimitadamente los recuerdos "nunca se olvida" se han hecho cursos para "desaprender" a manejar bicicleta, pero no se desaprende. Esto solo sucedía con enfermedades neurodegenerativas o con amnesia, lo cual, al ocurrir con un sentenciado, lo convertían en inimputable, quedando fuera del cumplimiento de una sentencia penal, debiendo ser trasladado a un centro de tratamiento psiquiátrico.

Esto traería para el mundo penal y criminológico un cambio paradigmático respecto a la reinserción social ya que no sería para todos; habría que cambiar también el principio constitucional consagrado alrededor del mundo sobre el derecho a la rehabilitación.

Queda aquí plasmada la posibilidad de una nueva teoría criminológica que aún no tiene nombre ni ha nacido por ser una simple aproximación, pero que inscribimos en la Criminología del Desarrollo.

Este grupo escapa a nuestro estudio, hay sugerencias que aconsejan apartarlos de la sociedad en una cárcel de alta seguridad hasta cumplir su condena.

Nuestra propuesta está dirigida a los "**Imputables Reinsertables**"; como puede colegirse no nos referiremos a la Prisión Provisional de la cual se abusa en demasía lo cual si resaltamos; ese tema escapa a nuestro análisis Criminológico de Punibilidad, tampoco nos referiremos a la prevención, nuestra propuesta, aunque humanizada, responde a la Política Criminal, que se ocupa de la Represión.

Los imputables reinsertables que se encuentran cumpliendo condena, también los dividiremos en dos grupos; el primero formado por aquellas personas, que, por múltiples razones, especialmente por un Estado deficitario, no han tenido acceso a los derechos humanos fundamentales como lo son: alimentación, salud, vivienda, educación y trabajo entre otros, teniendo que *construir* un plan de vida; y otro grupo que si ha tenido acceso a sus derechos fundamentales, a quienes se les debe de *reconstruir* su plan de vida; es por eso que en nuestra Propuesta Criminológica, la titulamos: **Construir-Reconstruir**.

Para evitar confusiones terminológicas, que resulten negativas para la interpretación de nuestra exposición, queremos aclarar, que entenderemos por Penología: "La ciencia que se ocupa de las sanciones penales"; es decir, es un continente y como contenidos al Derecho Ejecutivo Penal y al Derecho Penitenciario.

El Derecho Ejecutivo Penal: "Es el conjunto de normas jurídicas que reglamentan o regulan la forma y el cómo ejecutar las diversas penas o

medidas de seguridad impuestas por la autoridad judicial". Debemos aclarar que el Derecho Ejecutivo Penal constituye el género, mientras el Derecho Penitenciario constituye una de las especies, que es la parte a la cual nos referimos en esta investigación; excluyendo como ya dijimos la prisión preventiva.

El Derecho Penitenciario: "Es parte del Derecho Ejecutivo Penal que se encarga de la ejecución y cumplimiento de las penas privativas de la libertad". Su función se restringe a una interpretación y aplicación de una ley penitenciaria y al reglamento interno de la institución donde se encuentran reclusas las personas sentenciadas a dicha pena o sujetas a prisión preventiva.

Es importante dejar constancia que el Derecho Penitenciario, lo he expuesto no como un texto particular, sino al desarrollar mi obra, cuando fue necesario se abordó; en "Criminología" [1986] al referirnos a la Reacción Social que suscita institucionalmente el crimen, se trató puntualmente la historia universal de la represión del crimen hasta las medidas alternativas contemporáneas que hoy se utilizan ante la fenomenología criminal; y por supuesto, las funciones no declaradas de la sanción penal.

En "Política Criminal" -Reacción Social Punitiva- [1998]; la abordamos en la Represión de la Criminalidad; ampliando nuestro planteamiento al tratar los diversos sistemas penitenciarios en la obra genérica de "Política Criminal" [2003]. En el texto Derecho Penal-Parte General- [1998]; en el

apartado de Penología lo incluí; en mi obra Penología [1999], abordé entre otras cosas, los conceptos generales y la relación con ciencias afines, así como las funciones declaradas de la sanción penal; en Delitología [2002], incluyo lo relativo al Tratamiento de Delincuentes, Imputabilidad e Inimputabilidad [2003] es un texto donde se explica entre otras cosas, a quien se le puede someter al Derecho Penitenciario y a quien no.

En nuestro aporte denominado "Política Criminal Estratégica" [2016], al referirnos al Tratamiento del Delincuente; señalamos los temas fundamentales a que debe referirse una ley de un sistema penitenciario y finalmente en "Psicología Jurídica" [2017], en estructura de la personalidad humana y ámbitos de la Psicología Jurídica, hacemos una aproximación a las características de clasificación de los condenados y extensivamente a funcionarios penitenciarios; es decir, que aunque siempre estuvo en mis pendientes, al Derecho Penitenciario, nunca lo olvidé.

Sin embargo, hoy lo sistematizamos para hacer nuestro abordaje criminológico.

¡Era una tarea pendiente inaplazable!