Artículo original

La Intensidad de la energía criminal. Análisis del modo judicial para la determinación de la pena

The intensity of criminal energy. Analysis of judicial means to determine the sentence

Tembiapo vai mbaretekue rehegua. Tekojojarã ñehesa'ỹijo ojejuhu haguã upe pena hekoitepeguáva

Rocío Celeste González Alvarenga*

https://orcid.org/0000-0003-0106-9598

Ministerio Público, Ciudad del Este, Paraguay.

Resumen

El presente trabajo de investigación analiza los criterios judiciales para la determinación de la pena referente a lo dispuesto en el art. 65, bases de medición de la pena, inc. 2° núm. 3°, de la intensidad de la energía criminal, y para evaluarlo se realiza un breve análisis de los antecedentes que dieron origen a esta figura, como criterio para la medición de la pena. Y se constata que la intensidad de la energía criminal, hace parte de la reprochabilidad como base de su medición para que se proceda a la aplicación de la pena. El interés se sustenta en los fuertes reclamos sociales que se expresan por diversos medios de comunicación en el Paraguay, especialmente cuando ciertas causas penales adquieren relevancia y mucho más, en los casos en las que los tribunales de sentencia aplican penas exiguas a delincuentes con frondosos antecedentes, fundamentalmente en los casos de homicidio que impactan en la sociedad, y tienen como consecuencia el aumento en la sensación de inseguridad en la población. Esa situación hace que la sociedad reaccione reclamando respecto a la labor del sistema judicial, que permite la rápida liberación de inadaptados sociales con actitud criminal.

* Recibido: 29.04.21. Aceptado: 21.05.21

Agente Fiscal especializada en la lucha contra la violencia familiar. Ministerio Público. Ciudad del Este, Paraguay. Email: celesteglez81@gmail.com

Abogada por la Universidad Nacional del Este, Licenciada en Criminalística por la Universidad del Chaco, especialista en ciencias jurídicas con énfasis en lo Penal, especialista en Investigación científica, especialista en didáctica universitaria, docente universitaria

ISSN 2415-5063 Versión impresa ISSN 2415-5071 Versión en línea
https://ojs.ministeriopublico.gov.py Contacto: dip.informaciones@ministeriopublico.gov.py

Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

Por tanto, el magistrado debe evaluar la intensidad de la energía criminal mediante el estudio y la evaluación los obstáculos que deben vencer el que comete un delito, tanto en las conductas activas como también en las omisivas.

Palabras Claves: energía criminal, intensidad, medición de la pena, teorías de la pena, modo judicial de resolver

Abstract

This research analyses the judicial criteria to determine a sentence, within the framework of art. 65, foundation for establishing a penalty, section 2, subsection 3, concerning the intensity of criminal energy. This foundation is set by a brief analysis of the background that gave origin to the criminal type, as criteria for quantifying the penalty. This research proves that the intensity of criminal energy is part of the reprobation as foundation for assessing the penalty. The interest is based on strong social complains expressed through the media in Paraguay, especially when certain cases gain traction, and much more in cases that ended with a nearly insignificant penalty, even when well known criminals are involved. This occurs fundamentally in homicide cases that have great impact on society, and as a consequence of this, an increasing feeling of insecurity in the population. This situation provokes society's reaction by questioning judicial role, when judges release convicts with criminal records. Thus, the judge must evaluate the intensity of the energy, by assessing the active criminal behavior and omissions of the offender.

Key words: criminal energy, intensity, measure of penalty, theory of penalty, judicial manner to solve

Ñemombyky

Ko tembiapo jehapykuerereka ohesa'ỹijo porã mba'emba'épatekotevẽ ojeporu tekokojojarã ojejuhu haguã pena, upevarã ojejesareko he'íva art. 65, omombe'uhápe mba'e áripa ipyrendava'erã ojejuhu haguã pena, inc. 2° núm. 3°,oñe'ẽva intensidad de la energía criminalrehe, ha ojekuaa haguã mba'éichapa ojeporu kóva, oñehesa'ỹijo mbykymi mba'éicha rupípa ra'e ojejapo ko mba'e kóva, ojehekávo umi criterio oñemedi haguã hekópe upe pena. Ojejuhu pe tembiapo vai apo mbaretekue ha'eha avei umi mba'e yvypóra ojuhúva ivaieteha ha upéicha rupi oñemediva'erã hekoitépe ojejuhu haguã upe pena hekopeguáva. Ko mba'e ojehecharamoiterei ko'ãgarupi, tetãygua ojopyjopyve rupi medios de comunicación rupive

tetã Paraguáype, Oñemaña mbarete voi umi causa penal ojejesarekoveha, ko'ýteumi káso tribunal de sentencia ombovevyiva'ekuepena umi mba'e vai apohare hapykuere vaipukúvape. Ko'ã mba'e oñeme'ẽ katuĩnte hína umi káso jejuka rehegua omyangekói vaíva maymavépe ha oñemondyipa ha'etéva ku ojeikótamava voi kyhyjepópe. Ko'ã mba'e renondépe, katuete nunga tavaygua ojopy ha oñeha'arõ ojapo porã sistema judicialhembiapo, sapy'a ku ojepoi voi etereíramo mba'e vai apoharégui. Upévare pe tribunaloikuaa porãva'erã mba'éichapa omedíta upe tembiapo vai apo mbaretekue, upevarã ohesa'ỹijopaite ha oha'ãmbaitéva'erã pe mba'evai apohare mbaretekue, estudio ha evaluación rupive oimépa añetehápe ndaipu'aka mo'ãivoípa ra'e ojejoko haguã ojapo mboyve upe tenbiapo vai, taha'e pe hembiapo vai jave térã katu ohejarei haguére.

Ñe'ẽ tee: Tembiapo vai pytu, imbaretekue, medición de la pena , pena rehegua teoría , tekojojarã oguerojera háicha

Introducción

El presente trabajo se ha enfocado a analizar los criterios judiciales para la determinación de la intensidad de la energía criminal que debe ser aplicada por el juez de sentencia conforme establece la norma penal. La intensidad de la energía criminal hace parte de la reprochabilidad como base de aplicación de la pena por lo cual se hace necesario estudiar sobre la forma en la que ha surgido esta figura como base de la medición de la pena y en cierta manera buscando las respuestas a los frecuentes y fuertes reclamos sociales, cuando los tribunales de sentencia aplican penas exiguas a delincuentes que inclusive cuentan numerosos antecedentes delictuosos, específicamente en los casos de homicidios o acciones violentas.

Es por tanto, importante desarrollar los fundamentos de la medición de la pena para analizar el modo judicial de la determinación de la misma, teniendo en cuenta que pueden darse falencias en su aplicación, y que de hecho se da hasta con cierta frecuencia, puesto que los medios periodísticos en general se hacen eco, cuando magistrados del fuero penal son suspendidos en sus funciones por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, en adelante, JEM como consecuencia de la mediatización de sus resoluciones y en las que existen ciertas sospechas de la mala aplicación de la norma penal en sus disposiciones judiciales.

La intensidad de la energía criminal en un hecho punible tiene la posibilidad de ser medido, puesto que, en el proceso y dentro del relato de los hechos el magistrado puede percibir el tipo de obstáculos o inclusive la cantidad de obstáculos que ha debido salvar el

imputado, lo cual de hecho implica mayor energía criminal.

En consecuencia, por intensidad, para el presente estudio se entiende que es: el grado de voluntad, despliegue físico o intelectual que ha aplicado el autor para la comisión de un hecho delictivo.

Por tanto, cuanto mayor haya sido las dificultades que tuvo que vencer para la ejecución del hecho, cuanto más ha perseguido su meta el acusado, tanto mayor será su culpabilidad. Por su parte, no es intención del presente estudio, hacer comparaciones o estudios sobre la intensidad de la energía criminal, en tanto en cuanto acto individual del acusado, sino el interés se centra en profundizar en la forma en la que el juez debe evaluar el hecho, conforme lo establece la propia ley, lo que percibe en el hecho dentro del juicio, y de esa manera graduar adecuadamente la pena en base a esa percepción.

El magistrado Doctor Servín Bernal, W. (2003) docente del área penal y miembro del Tribunal de Apelación en lo Penal de Asunción del Paraguay indica que:

> La imposición de una pena privativa de libertad resulta ser la mayor injerencia en un ciudadano, por parte del Estado. Nuestro Código Penal, en su art. 65, establece expresamente los criterios que orientan la decisión acerca de cuál es la pena más adecuada para cada caso. En la medición de la pena deben ser clasificados y ponderados todo tipo de información acerca del hecho y del autor, de manera a obtener la respuesta más equilibrada posible.

Desde la perspectiva de Servín, W. (2003), citada precedentemente, con claridad indica que la posición que asume el juez, orientando su decisión en lo que establece el art. 65 del código penal paraguayo, que no son meras enunciaciones de intención, sino son criterios al cual el magistrado debe someter su reflexión en el análisis para la imposición de una pena, los principales problemas hacen referencia a diversas posturas que asumen los jueces al momento de dictar sentencia.

En consecuencia, en este estudio se analiza en base a la postura de los doctrinarios, la forma en la que deben ser establecidos los criterios de evaluación del hecho y a partir de allí medir y aplicar la pena.

Es innegable la problemática que se da en el momento de la decisión para los magistrados puesto que en cierta manera, se encuentran condicionados relativamente, por la presión ciudadana, en los casos de la mediatización de los juicios, es decir los medios periodísticos se encuentran pendiente de casos que han tomado estado público y la población espera saber cómo resuelven el caso los magistrados de los tribunales de sentencia. Además es innegable que, en los últimos años en el Paraguay han sido muchísimo los casos penales

sumamente mediatizados, citando solo algunos poco como: caso Lipman, caso González Daher, caso Carmen Villalba, caso diputado Cuevas, caso diputado Ulises Quintana, caso Marabel, entre muchos otros. La mediatización de los juicios penales sin lugar a duda son elementos que dificultan la búsqueda del equilibrio justo en la valorización de los hechos por parte de los jueces al momento de imponer una pena.

Es muy claro, sin embargo, que los magistrados no pueden y no deben estar sometidos a la presión social y mediática para dictar sus resoluciones, tienen el deber único de someter su análisis a lo que dispone el art. 65 del código penal paraguayo en cuanto a la medición de la pena. Sin dudas los medios de comunicación socializan posturas propias de su editorial y empujan en cierta manera a la opinión pública a ejercer presión social sobre determinados casos penales, y en la mayoría de estos casos es la misma sociedad la que elabora un juicio respecto a un hecho sobre el cual, a decir verdad, no tiene ni los más mínimos elementos de evaluación, más que aquellos difundidos por los medios de prensa, quienes antes del juicio ya imponen una sentencia que podría denominarse de culpabilidad social.

En base a estas consideraciones y tomando plena conciencia de la importancia del tema dentro del derecho penal, es interés de este estudio, analizar en base a los criterios de los tratadistas, respecto a las siguientes pregunta: ¿Cuáles son los criterios judiciales para la determinación de la intensidad de la energía criminal utilizados por los jueces de sentencia con el objeto de graduar adecuadamente la pena?, ¿Cuáles deben ser los modos judiciales de la determinación de la pena en lo relacionado específicamente a la intensidad de la energía criminal?, ¿Cuál es la relación que tiene el análisis realizado por los jueces de sentencia respecto a la intensidad de la energía criminal para la determinación adecuada de la pena? y esto posteriormente para que, a partir del presente estudio se haga un aporte al derecho penal en base a al estudio de las bases de la medición de la pena, que se ha realizado mediante el análisis de los antecedentes históricos de la teoría de la pena y sus formas de aplicación en la actualidad.

Bases de la medición de la pena

La medición de la pena es un aspecto de fundamental importancia en el proceso penal, considerando que es la síntesis de la labor judicial, en la que de forma fundamentada el tribunal dicta resolución conforme a las pruebas arrimadas y a lo que ha constatado en el proceso.

De hecho, el momento de resolver en una causa penal en ocasiones el tribunal

colegiado se encuentra con que el caso ha sido mediatizado y la sociedad asume postura en la que ya existen posiciones a favor del acusado y otras posiciones en contra, y como simple ejemplo se hace la siguiente referencia: en un juicio a un sacerdote católico que es imputado y acusado por un supuesto hecho de abuso sexual a menores, hecho que tiene un amplio rechazo social, se encontrarán grupos sociales que promoverán que el tribunal disponga una elevada sanción al acusado, pero también surgirán grupos sociales que lo defenderán, sin embargo, son los magistrados los que deben contar con suficientes elementos de convicción dentro del proceso para la correcta aplicación de la pena.

Es por tanto evidente que, la medición de la pena en casos específicos, está influenciada significativamente por cierta presión social y los tribunales en algunos casos, también están en cierta manera bajo la mira de una superintendencia judicial o control judicial y a modo de ejemplo, es de público conocimiento que muchos magistrados soportan sendos procesos sumariales como consecuencia de lo que han resuelto de determinados casos judiciales mediatizados, y como se podrá recordar el JEM ha suspendido a tres jueces de la VI Circunscripción Judicial Alto Paraná en el año 2019 que liberaron a un ex policía abusador, y finalmente en el 2020 dos de los mismos fueron removidos del cargo. En muchos casos el JEM ha recibido denuncias concretas y en otras han actuado totalmente de oficio, para intervenir en caso en las que existía una percepción de falencias en la medición y aplicación de la pena.

Como en este estudio, el análisis pormenorizado de cada inciso del art. 65 seria de una extensión innecesaria, se pretende realizar por tanto, el estudio en base a aportes doctrinarios de la forma de aplicación de la intensidad de la energía criminal como criterio de medición de la pena, en consecuencia, si solo fuera la aplicación matemática de la pena que se halla determinado por el código, sería casi innecesario realizar el juicio oral, ni la conformación de un tribunal para entender en las causas penales.

La importancia del presente trabajo radica fundamentalmente, por tanto, en evaluar desde la perspectiva de los doctrinarios, respecto al modo de aplicación del art. 65 del Código Penal Paraguayo donde se establecen las bases de la medición de la pena, es desde esta perspectiva que el trabajo se justifica y adquiere relevancia para el campo jurídico, puesto que el encausado como la misma sociedad y todo el sistema judicial presenta el resultado de su labor al momento de ser leída la sentencia definitiva, al final de un juicio oral, resolución que debe hallarse suficientemente fundada en la norma legal y debe ser absolutamente justa mediante un adecuado uso de los criterio de evaluación previstos en el Código Penal Paraguayo.

Y para adentrarse en el modelo que se aplica en el derecho procesal paraguayo, el presente estudio hace un análisis retrospectivo de la figura de la pena en base al trabajo de investigación realizado por Alfonso de Barreto, I. (2013) en su trabajo que habla de los Principios y desafíos del derecho penal de hoy, enfocándose en la teoría de la pena, el cual se referencia en el presente trabajo, pues la teoría de la pena, como elemento constitutivo del derecho penal, permitirá recorrer la historia de la figura de la pena, para sustentar el presente artículo.

Estado de derecho que sustenta la teoría de la pena

Nozick, A. (1974) para hablar sobre el estado de derecho, que sustenta las teorías de la pena refiere que:

> El análisis del derecho penal y de la teoría de la pena parte de una concepción moderna del estado de derecho que existe para proteger al individuo. Este *estado* de derecho tiene diversas concepciones y por eso para algunos estados es que impere la ley, para otros es que se respeten los derechos de los ciudadanos, en cambio para otros estados, que los jueces hagan valer los derechos y así como estas, existen diversas concepciones de esta figura, solo se puede notar que ese concepto de estado de derecho incluye una serie de conquistas de la sociedad que fue incorporándose a la vida social en el transcurso de los siglos. (p. 44).

Benjamín, M. (2000) referente al derecho en sí mismo, se hace la pregunta:

> El derecho ¿es algo que se concede? o ¿es algo que se tiene? Esto a veces se presta a confusión porque ambas son una absoluta verdad. Como ejemplo hay derechos que se tiene y no se conceden, nacemos con ellos porque son inherentes a la persona humana hoy se les denomina derechos humanos, el Estado solamente los reconoce. Pero también hay derechos que surgen de nuestra vida en sociedad, como consecuencia de las relaciones humanas que crean derechos, que contratamos o que nos son concedidos y a estos se les denomina *derechos* subjetivos o derechos adquiridos. Si la sociedad por ley dispone para todos sus miembros, entonces somos titulares de un derecho adquirido bajo un principio de igualdad ante la ley (p. 23).

En base a las consideraciones precedentes, la aplicación de una pena también está regulada por disposiciones que no permiten que se sobrepase con el *ius puniendi* por parte del Estado, garantías que están reguladas por los principios establecidos en los derechos humanos del hombre, sin embargo, también toda persona cuenta con derechos subjetivos que fueron adquiridos en razón que se vive bajo las reglas de un estado político determinado,

donde lo que debería regir bajo el principio de la igualdad ante la ley.

Bacigalupo, E. (1990) refiere que:

> Cuando nos enfocamos ya en la ley dentro de un estado de derecho, sabemos que la ley la promulga el Estado y que este tiene poder coactivo, se encuentran dentro de la ley positiva que por decir así, los contiene. Puede ser una ley superior o fundamental como la Constitución Nacional o una ley ordinaria. En consecuencia, hay leyes inmutables que hay que respetar, −la ley natural− asentada en la declaración de los Derechos Humanos y la ley positiva creada por el Estado (p. 24).

Dentro del derecho positivo de un Estado surge un aspecto de este derecho que se denomina la pena, esto ha dado origen a lo que se ha llamado derecho penal subjetivo, aquí el problema es que, la pena puede tener diversas teorías que la fundamentan entre ellas la pena dentro de un estado absolutista, que puede ser diferente a la concepción de la pena en estados democráticos como ejemplo en el estado de derecho estrictamente liberal. Existen teorías absolutas de la pena y teorías relativas de la pena, en las teorías relativas de la pena, esta se preocupa no del fundamento de la pena sino de para qué sirve la pena. Y en esta, dos son sus corrientes principales,

La prevención general que como dice Antón Oneca, J. (1981):

> ….es una advertencia a todos para que se abstengan de delinquir y la prevención especial, que es la actuación sobre el delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que el futuro no vuelva a delinquir, o bien impidiéndole una actividad delictiva” (p. 28).

La prevención general y la prevención especial

Llanes Ocampos, M. C. (2002) habla de la prevención general indicando que ha sido sustentada entre otros por Bentham, Schopenhauer y Feuerbach, pero a quien se le concede la especial paternidad de esta posición es a Feuerbach por la nitidez con la que ha expresado esta teoría. Y se indica al hacer referencia a la teoría de la prevención especial que es de muy antigua data y aparece entre los autores iluministas, Fran Von Liszt, Ferri, Dorado Montero.

En tal sentido, expresa Llanes Ocampos, (2002):

> Para poner en práctica la prevención especial se requiere de establecimientos penitenciarios adecuados y consiguientemente el tratamiento queda reducido a un pequeño grupo de sujetos y aun con respecto a ellos hay dudas en cuanto a su eficacia y la supresión de la reincidencia que es lo que se persigue (p. 43).

Servín, J. W. (2006) indica que: “posteriormente surgen las teorías mixtas, que ha

tenido una enorme influencia en la legislación de los más recientes códigos contemporáneos, incluyendo el de la República del Paraguay, junto a las penas y medidas de seguridad" (p. 64).

Servín, J. W. (2006) sigue refiriendo que:

> Mediante una combinación de las tres ideas fundamentales, prevención general, prevención especial, teoría mixtas, surge una que es la denominada teoría unitaria, y pretende llevar a la práctica lo positivo de cada una de las teorías, eliminando sus aspectos negativos y que dice que, la pena ha de ser limitada por el grado de reproche del autor, por lo que motivos de prevención general o especial no pueden llevar a imponer a nadie una pena más grave que la que se corresponda con la del hecho cometido y con el grado de reprochabilidad personal (p. 65).

Es en el grado de reproche, donde puede perseguirse los distintos fines de la pena, es decir la retribución de la reprochabilidad, la resocialización y de forma particular la prevención general, de modo más equilibrado posible.

La reprochabilidad del autor

En base a lo antes indicado surge el problema que es objeto de presente estudio, y hace referencia que, dentro de la reprochabilidad del autor, es el grado de reproche el que adquiere verdadera relevancia en la determinación de la pena, es decir, es como la gradación de la reprochabilidad y es en esa reprochabilidad donde se puede analizar la intensidad de la energía criminal aplicada por el acusado.

Roxin, C. (1976) sostiene que "la reprochabilidad de la teoría del delito se distingue de la de la determinación de la pena: una pena adecuada a la reprochabilidad es una pena adecuada a los fines preventivos" (p. 99), por lo que dicho autor sostiene que es correcta la aplicación de la teoría del margen de la libertad que junto con la teoría de la pena exacta, son relevantes al momento de iniciar el proceso de la determinación de la pena.

En cuanto al derecho positivo paraguayo el art. 20 de la Constitución Nacional con respecto al objeto de la pena dice: "Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad. Quedan proscriptas las penas de confiscación de bien y la de destierro", por su parte el art. 1 del Código Penal paraguayo establece:

> Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción.

En tanto que el art. 2° de la ley penal hace referencia igualmente a la pena al indicar:

1- no habrá pena sin reprochabilidad y,

2- la gravedad de la pena no podrá exceder los límites del reproche penal.

De la misma manera el art. 3° el código penal del Paraguay refiere: "Las sanciones penales tendrán por objeto la protección de los bienes jurídicos y la readaptación del autor a una vida sin delinquir".

A partir de lo citado se llega a las bases de la medición de la pena, establecida en el art. 65 del Código Penal paraguayo y que puede definirse como el acto el cual el tribunal fija las consecuencias del delito.

Y es aquí donde este estudio pretende centrarse para analizar el cumplimiento por parte del sistema judicial de lo que establece el Código Penal paraguayo referente a la medición de la pena y que se basa en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella, y se opta para el análisis de las circunstancias relevantes para la medición de la pena y de entre las circunstancias previstas en el art. 65º se decide analizar el que se encuentra en el numeral 3) la intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho, en la que no se enfoca en las motivaciones internas que puede tener el participante en la comisión de un delito para cometerlo, que se encontraría dentro del área de la psicología, o de la criminología, por su parte lo que corresponde al interés de este estudio es determinar cuál debe ser la forma de evaluar la aplicación por parte de los jueces de sentencia de lo que establece el numeral 3) del art. 65º al momento de dictar resolución.

De hecho, la intensidad de la energía criminal, es uno de los elementos que se establece como base de la medición de la pena, es por ellos que se escoge uno de los incisos del citado artículo para analizar de forma ideal, cómo deberían aplicarse en la práctica los magistrados, en los casos que intervienen como jueces de sentencia.

En la actualidad se habla de aquello que favorece a la defensa social, esto es proyectado al derecho penal mínimo, sin embargo, para la implementación del mismo se ha tenido una evolución material de la pena, y es innegable que la forma de aplicación de la pena tiene una especial correspondencia con determinados modelos políticos en el transcurso de la historia, y también de la evolución de las formas de la política criminal, que se debe decir, que prácticamente en cada caso han sido característicos y funcionales con el ejercicio del poder político, en las etapas del ejercicio del poder también con gran influencia religiosa, existía en algún momento de la historia, el carácter expiatorio de la pena, por su parte la pena tenía un fin retributivo y ejemplarizante en los estados absolutistas, y en el estado moderno sin embargo se impone el carácter utilitarista de la pena, que unifica la teoría de prevención general con la prevención individual.

Teniendo en cuenta los aspectos citados, existen bastantes críticas al problema de la medición de la pena que, aunque ya que se establece en el proceso penal el modo en que los magistrados deben aplicar la pena, lo esencial es saber cuál es la forma en que deben los jueces evaluar la intensidad de la energía criminal, puesto que, esto puede permitir graduar la pena en base a la percepción de este problema por parte del magistrado, sin embargo, son muy frecuentes los casos en el que la sociedad reclama lo injusto de las resoluciones, ya que en algunos casos principalmente los mediatizados, si no da satisfacción a los reclamos de la ciudadanía puede afectar la estabilidad laboral del magistrado como juzgador.

La teoría del derecho penal mínimo propone un modelo normativo que se legitima en razón del pacto constitucional y aquí dice Ferrajoli citado en Servín, J. W. (2003):

> Las dos finalidades preventivas están conectadas sobre esta base: legitiman conjuntamente la necesidad política del derecho penal como un instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo estos normativamente los ámbitos y límites de aquel, en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos (p. 65).

En la actualidad la pena dentro del modelo garantista, responde a una serie de principios que se encuentran consagrados en los pactos y reglamentos internacionales, en consecuencia, la tendencia es evaluar con mayor profundidad la forma en que ha actuado el acusado en el momento de la comisión del delito, por tanto, la perspectiva que esta información proporciona, favorece a una medición adecuada de la pena, teniendo en cuenta las bases establecidas en el Código Penal paraguayo art. 65.

El análisis de la intensidad de la energía criminal se encuentra dentro de la figura de la reprochabilidad, pues esto permitirá al magistrado graduar la pena en razón de la intensidad de la energía criminal, puesto que, el grado de reproche adquiere significativa relevancia para determinar la pena, esto es, como gradación de la reprochabilidad, y como dice Roxin (1976) “la reprochabilidad de la teoría del delito se distingue de la teoría de la determinación de la pena. Pues una pena adecuada a la reprochabilidad es una pena adecuada a los fines preventivos” (p. 87).

Ahora, el análisis que corresponde realizar es: conocer cuál es el modo correcto de aplicación por parte de los magistrados en la práctica de las bases de la medición de la pena establecida en el art. 65 del código penal paraguayo y para este trabajo se opta por lo que dispone su numeral 3) que establecen los criterios para observar las circunstancias relevantes para la medición de la pena.

Pero todo cambia cuando se está ante un concurso de delitos como establece el Código

Penal paraguayo en su art. 70, o por otra parte, ante un hecho en grado de tentativa C.P. art. 26 y 27 y en caso de complicidad C.P. art. 31. En consecuencia, una vez asignado el marco penal concreto que hace relación al hecho punible en estudio, ya el tribunal cuenta con el arbitrio para moverse dentro de dicho marco.

Y aquí se inicia el momento de la determinación judicial de la pena en sentido estricto y se sustenta en el hecho que, normalmente la ciudadanía considera que como la pena ya está establecida en el código, consiste nada más en disponer la cantidad de años de privación de libertad prevista en la normativa, sin embargo, en este instante es donde por las vías recursivas se puede cuestionar los fundamentos propuestos para la aplicación de determinada pena, es decir constituye la centralidad del derecho penal, puesto que la Fiscalía, solicita determinada cantidad de años de prisión para el acusado, pero en la mayoría de los casos, el tribunal no resuelve tal como plantea el Ministerio Publico, lo que debe realizar el tribunal es la aplicación de la norma para la determinación de la pena, lo esencial es por tanto, analizar cómo debe operar la justicia para señalar los años de prisión que corresponde al autor y si tuviera también a los cómplices mediante el uso de las bases de la medición de la pena.

Este estudio tiene relevancia para la administración de la justicia pues el magistrado si hace un adecuado uso de su conocimiento y su experiencia para volver congruente lo que resuelve con las diversas teorías que hacen referencia a la aplicación de la pena y pueden ser utilizadas al determinar la misma, siendo una de las teorías la de la pena exacta, que niega la existencia de un marco de reprochabilidad, y afirma que la pena adecuada a la reprochabilidad es solo una. Y considera que la reprochabilidad es siempre una medida fija y determinada y, por ello la pena correcta solo puede ser una.

Por otra parte, se encuentra la teoría del margen de la libertad, que parte de la premisa que no es posible determinar la gravedad de la reprochabilidad en un punto exacto del marco penal establecido y que una pena adecuada a la reprochabilidad aun admite un marco de reprochabilidad, y se puede decir que es la claramente dominante. Se reconoce en esta teoría que, no se encuentran condiciones de establecer un monto determinado, sino que solo es posible establecer un marco, que, si bien puede resultar impreciso, permitiría al tribunal llegar a la pena correcta.

Al evaluar las formas en las que establece las bases de la medición de la pena, es posible reconocer qué teoría utiliza a través de la práctica el magistrado, de hecho, al existir teorías contradictorias entre sí, permitiría también inclusive conocer en cuáles los propios magistrados prefieren sustentar su labor juzgadora.

Es importante reconocer que, mediante la adecuada aplicación de las bases de la

medición de la pena por los jueces de sentencia, la sanción será justa, ya que permanentemente la sociedad reclama justicia y en las que se considera que, el daño ocasionado por el autor lastima a la sociedad entera, como se dan en los casos de feminicidio, abuso de menores, trata de persona, fundamentalmente en los casos donde la víctima o las víctimas son personas indefensas. Por tanto, la aplicación de la pena, tiene una implicancia social relevante, inclusive posteriormente afecta a la consideración social del Poder Judicial, puesto que hay que decir que hace muchos años y tal vez por influencia de los medios sociales de comunicación se halla con el prestigio muy cuestionado, pues no se ve toda la labor anterior al momento del juicio oral, sino el objeto de análisis social es la sentencia aplicada.

Antecedentes históricos de la aplicación de la pena

Las legislaciones del mundo no se han circunscrito al solo campo de la libertad ambulatoria del reo cuando de la aplicación de la pena privativa de la libertad se trata, incluyendo, por lo tanto, a muchos otros aspectos. Así, por ejemplo, el código penal español de 1995 en sus artículos 55, 56, 41, 40 y 39, establece que la pena privativa de la libertad igual o superior a diez años implica también la pena accesoria de inhabilitación absoluta, y, adicionalmente, que la pena privativa de la libertad de hasta diez años también conlleva otras que le son accesorias pero que a su vez dependen de la gravedad del delito que la originó.

Igualmente sucede en la legislación argentina, en la que, con una mayor rigurosidad que en la española, así que en sus artículos 12º y 19º se dispone que la pena de prisión que sea superior a tres años comporta la de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena e incluso, por un tiempo mayor si así lo decide el funcionario competente; así como también comporta, esta misma pena, la de la privación de la patria potestad y de la propia administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos.

En cuanto se refiere al Código penal colombiano, sus artículos 41, 42, 52 y 61 dispone que la pena de prisión también implica, necesariamente, las accesorias de interdicción de derechos y de funciones públicas por un período igual al de la condena; y, en lo referente a las demás penas accesorias, que son seis más, entre las que por su relevancia se encuentran la expulsión del territorio nacional para los extranjeros, la prohibición de consumir bebidas alcohólicas y la prohibición de ejercer un determinado arte, oficio o profesión, se dispone que podrán llegar a ser aplicadas junto con la de prisión dependiendo de la gravedad y modalidad del hecho punible, del grado de culpabilidad del reo en la comisión del delito, de la personalidad del agente y de la concurrencia o no de circunstancias de agravación o de

atenuación.

En ese orden de ideas, a su vez el Código penal paraguayo en sus artículos 52, 53, 57 y 65 hace referencia a las penas complementaria, el cual dispone que la pena de multa será complementaria con la de la privación de la libertad cuando de la realización del hecho punible se desprenda que su autor persiguió una finalidad económica; sin embargo, también se dispone que la pena privativa de la libertad que sea superior a dos años, conllevará la pena complementaria patrimonial.

De esta manera, observamos que, en materia de realización del hecho punible, existe un especial interés económico en la legislación paraguaya, que, además de contemplar factores absolutamente subjetivos para la imposición de las sanciones pecuniarias, contempla, también, dos figuras que de una manera simultánea pueden dirigirse contra el patrimonio del recluso, como lo serían la pena complementaria de multa y la pena patrimonial complementaria en los eventos de la realización de un hecho punible que persiga una finalidad económica y que dé lugar a una pena privativa de la libertad superior a los dos años.

De lo anterior, y aunque la teoría penal sostenga algo distinto, se nos impone la pragmática conclusión de que la pena privativa de la libertad nunca ha estado tan solo orientada a afectar la libertad ambulatoria del reo, como lo hemos podido deducir por la existencia de sanciones que, en los niveles legales, se le han ido incorporando de una manera accesoria en los diferentes estados.

Conclusión

Para el proceso penal el momento de la determinación de la pena es esencial, pues los jueces allí establecen las bases que han utilizado para la medición de la pena, es aquí donde el tribunal fija las consecuencias del delito, esto es evidente que afecta tanto a la decisión de la clase de pena que ha de imponerse, como a la cantidad de la que se señale, que incluye además la decisión en su caso de la suspensión de la pena, por tanto el tribunal primeramente determina el marco penal aplicable, en esta parte evidente la determinación del marco penal no constituye problema para el autor o autores de un hecho punible consumado.

Sin embargo, ya cuando el tribunal fija la pena traducida en años dentro de un instituto penal por parte del condenado, adquiere importancia para el encausado como para la misma sociedad, porque en muchos casos en las que un sujeto ha afectado gravemente la paz social, existe un interés de que las sanciones sean elevadas, sin embargo, el tribunal en el caso específico de este estudio debe evaluar significativamente cual ha sido la intensidad de la energía criminal, y es allí donde los magistrados se van adhiriendo a las teorías que buscan a

la par de condenar en base al análisis pormenorizado del hecho y observando si a pesar de las dificultades y de los impedimentos que se le presentaba en el momento de la comisión del hecho de igual manera el imputado lo realizó, de manera a graduar la intensidad de la energía criminal, y por ende constituye un agravante que permite elevar la pena hasta su límite máximo si fuere necesario.

Y al considerar los modos judiciales de la determinación de la pena, en lo relacionado específicamente a la intensidad de la energía criminal, se ha notado en el presente estudio que además de estar relacionada a diversas teorías de la pena, también se relaciona con el modelo político de estado, modelos que han sido citados en el presente artículo, y se debe indicar que específicamente en los gobiernos democráticos, las instituciones penales buscan que el condenado se rehabilite y le permita ser un ciudadano de bien para la sociedad en el futuro, que pueda reestructurar sus actitudes y así en el futuro lleve una vida sin delinquir, de ahí la extrema importancia de analizar adecuadamente lo que propone la norma penal en el momento de la calificación del hecho y de la aplicación de la pena al cual el tribunal penal debe someterse para dictar una resolución que disponga la privación de libertad del encausado.

El magistrado en consecuencia, debe evaluar la intensidad de la energía criminal al analizar si eran muchos los obstáculos que debían salvar el participante de un delito, y con eso se puede constatar la mayor o menor energía criminal que ha utilizado. Y en esto no solo se refiere a las conductas activas sino también a las omisivas. Por intensidad el tribunal debe comprender el grado de voluntad, despliegue físico o intelectual que ha utilizado el acusado, puesto que cuanto mayor hayan sido las dificultades que hayan tenido que superar para la ejecución del hecho, cuanto más haya perseguido su meta tanto mayor será su culpabilidad y por tanto el grado de reproche, de tal modo que la pena será mayor conforme a la intensidad que ha aplicado para la comisión del hecho.

Por tanto, la determinación de la pena consiste en la traducción de un delito a una responsabilidad jurídica determinada y tomando en consideración que en el Código penal y las reglas penales no se establece la pena exactamente, sino que se determina un margen de pena con un máximo y un mínimo, es el tribunal el que mediante una correcta evaluación de los hechos debe concretar la cantidad de años que un encausado debe estar privado de su libertad en un instituto penal.

Referencias

Antón Oneca, J. (1930) derecho y procedimiento penal, editorial Reus, Madrid. p. 29-45.

Benjamín, M., (2000) Derecho Penal Tomo I, Parte General. Ed. Juventud. P. 23-47.

Cano Radil, B. (2003) "Manual de Derecho Constitucional y Político". Ediciones Jurídicas Cetena. S.A., Asunción. P. 27-64.

Casañas Levi, J. F., (2005), "Manual de Derecho Penal. Parte General". Editora Intercontinental. Asunción. P. 43-56).

Código penal de la República del Paraguay.

Código Procesal Penal de la República del Paraguay.

Constitución Nacional del Paraguay. 1992.

González Macchi, J. I., (2003), "Introducción a la Teoría General del Hecho Punible". Ediciones Jurídicas Cetena S.A. Asunción. Hachetetepé. P. 33-45.

Llanes Ocampos, M. C. (2002). "Lineamientos sobre el Código Procesal Penal". Editorial INECIP. Asunción. p. 43-60.

Roxin, C. (1976), Sentido y límites de la pena estatal. P. 88-99.

Servín, J. W. (2003) La medición de la pena en el Código Penal Paraguayo. P. 63-78

Vázquez Rossi, J. E. Y Centurión Ortiz, R. (2000), "Código Procesal Penal comentado". Intercontinental Editora, Asunción. P. 68-78.