

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**EL FENÓMENO SOCIAL Y LA DETERMINACIÓN
DE PELIGROSIDAD DEL DELINCUENTE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

BLANCA ELENA BETETA SOLOGAISTOA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

MAESTRA EN DERECHO PENAL

Magíster Scientiae

Guatemala, octubre de 2018

TRIBUNAL EXAMINADOR

MSc. Ana María Rodríguez Cortez
Presidente

MSc. Nector Guilebaldo De León Ramírez
Vocal

MSc. Ligia Aracely Pérez Veliz
Secretaria

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla

DIRECTOR: Dr. Ovidio David Parra Vela

VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz

VOCAL: Dr. Hugo Roberto Jauregui

VOCAL: MSc. Erwin Iván Romero Morales

Guatemala, 4 de agosto de 2018

Doctor
David Ovidio Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Apreciable doctor,

Atentamente me dirijo a usted para dar cumplimiento a la resolución con referencia D.E.E.P. D.P 63-2016 del 10 de junio de 2016, emitida por esa dirección, por medio de la cual se me nombró como tutor de la tesis presentada por la licenciada BLANCA ELENA BETETA SOLOGAISTOA con el tema "EL FENÓMENO SOCIAL Y LA DETERMINACIÓN DE PELIGROSIDAD DEL DELINCUENTE".

Considero que el trabajo de investigación reviste interés dentro del estudio del derecho penal en general interrelacionado con la criminología, en especial por el aporte personal que hace la sustentante sobre la condición de peligrosidad del delincuente y la forma de diagnosticarla científicamente a través de peritajes psicológicos y psiquiátricos para utilizar esos conocimientos y comprender la conducta pre o post-delictual, influida por factores endógenos y exógenos.

La bibliografía consultada es adecuada y el trabajo cumple con las formalidades metodológicas y de contenido exigidas en el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, ello debido a la forma de abordar el problema que presenta la peligrosidad más que como agravante, como precedente de la capacidad de la culpabilidad y la aplicación de medidas de seguridad y corrección al ser declarada a nivel judicial y su ejecución. La tesista arriba a conclusiones que corresponden al desarrollo temático del informe final, cuyo resultado considero que es un aporte para el derecho y la criminología como ciencia empírica e interdisciplinaria; en consecuencia **EMITO DICTAMEN FAVORABLE** para que la tesis se discuta en el examen correspondiente y continuar con el proceso de graduación.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle mis muestras de consideración y respeto.

Deferentemente;



Maestro Alejandro Marroquín Ariza

Alejandro Marroquín Ariza
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 3934

c.c archivo

Gladys Tobar Aguilar
Doctorado en Educación y Licenciatura en Letras
ortografiataller@gmail.com
Cel. 50051959 y 59300210

Guatemala, 17 de octubre de 2018

Dr. Ovidio Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

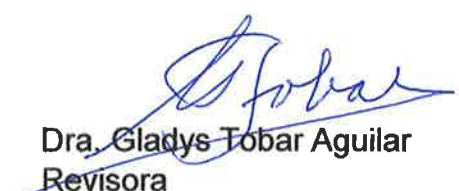
Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de a tesis denominada:

**EL FENÓMENO SOCIAL Y LA DETERMINACIÓN DE PELIGROSIDAD
DEL DELINCUENTE**

D e la estudiante Licda. **Blanca Elena Beteta Sologaistoa** de la **Maestría en Derecho Penal** de la Escuela de Estudios de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de haber realizado las correcciones indicadas el texto puede imprimirse.

Atentamente,


Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora

Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Gladys Tobar Aguilar
LICENCIADA EN LETRAS
Colegiada 1450

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARÍA DE POSGRADO
MAESTRÍAS: ☐

RECORRIDO
18 OCT. 2018

DOCTORADO: ☐

HORA: 17:20 FIRMA: _____

[Handwritten signature]



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 22 de octubre del dos mil dieciocho.-----

En vista de que la Licda. Blanca Elena Beteta Sologaistoa aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal**, lo cual consta en el acta número 67-2018 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL FENÓMENO SOCIAL Y LA DETERMINACIÓN DE PELIGROSIDAD DEL DELINCUENTE”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Ovidio David Parra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

- A DIOS:** Porque con su infinita misericordia y amor, me sostiene como a la niña de sus ojos.
- A MIS HIJOS:** Ligia Elena, Andresito (+) y Jessica Pamela a quienes amo con toda mi alma. Gracias por existir en mi vida. Son el regalo más preciado que Dios me ha dado.
Que el bien las acompañe todos los días de su vida.
- A MIS YERNOS:** Kevin Andrew Marroquín Pereira y Nicolay George Roth, con sincero agradecimiento y amor por el apoyo incondicional y presencia en nuestras vidas. Dios los bendiga siempre.
- A MI FAMILIA:** Con amor.
- A MIS AMIGOS Y AMIGAS:** con amor y agradecimiento por su eterna amistad y Sinceridad.
- A MI ASESOR DE TESIS:** Doctor Alejandro Marroquín Ariza, por sus sabios consejos, conocimientos y paciencia. Le estaré siempre agradecida.
- A MIS PADRINOS:** Dios los bendiga por ser personas muy especiales en mi vida.

A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, MI ALMA MATER, A MI FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES Y A LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO, CON ETERNA GRATITUD.

ÍNDICE



Introducción

CAPÍTULO I

La criminología

1.1	Etimología y Origen	01
1.2	Definición científica de la criminología	02
1.3	Clasificación	03
1.4	Elementos criminológicos	06
1.4.1	Elementos endógenos	06
1.4.2	Elementos exógenos	07
1.5	Relación de la criminología con el Derecho Penal	07
1.6	El objeto de la criminología	09
1.6.1	El delito	10
1.6.2	El delincuente	11
1.6.3	La víctima	13
1.6.4	El control social	14
1.7	Método de la criminología	15
1.7.1	Método empírico	15
1.7.2	Interdisciplinaria	17
1.8	Finalidad	17
1.9	Política criminal	18
1.10	Tendencias político criminales	19



CAPÍTULO II

Investigación del fenómeno social

2.1 Definición del fenómeno social	21
2.2. Concepto criminológico del fenómeno social	23
2.3. El delito	23
2.3.1. La acción como primer elemento objetivo del delito	24
2.3.2 La tipicidad	25
2.3.3 La antijuricidad	26
2.3.4 La culpabilidad	27
2.3.5 La punibilidad	28
2.4 El proceso penal	29
2.4.1 Etapas	31
2.4.2 Principios del proceso penal guatemalteco	33
2.5 La participación del delincuente	42
2.5.1 Autor desde el punto de vista unitario	45
2.5.2 Concepto Extensivo del Autor	45
2.5.3 Concepto restrictivo de autor	46
2.6 La investigación criminal	48
2.7 Modalidades de prevención del delito	52
2.7.1 Niveles de prevención	55
2.7.2 Formas de prevención	57
2.7.3. Enfoques de la prevención del delito	60



CAPÍTULO III

La conducta criminal

3.1	Consideraciones previas	63
3.2	Posiciones biológicas	65
3.2.1	Biologismo genético	65
3.2.2	Neodeterminismo	66
3.2.3	Posiciones moderadas	67
3.3	Tipos de delincuentes	70
3.3.1	Criminales locos	70
3.3.2	Criminales natos	71
3.3.3	Delincuentes habituales o por hábito adquirido	72
3.3.4	Criminales por ocasión	73
3.3.5	Delincuentes por pasión o por arrebató pasional	74
3.4	Reincidencia	74
3.5	La habitualidad	76
3.6	Sistema penitenciario	78

CAPÍTULO IV

La peligrosidad

4.1	Concepto	85
4.2	Peligrosidad social	86



4.3	Peligrosidad criminal	
4.4	Peligrosidad pre delictual	
4.5	Motivaciones internas y externas para delinquir	
4.6	Peligrosidad y culpabilidad	93
4.7	Peligrosidad e inimputabilidad	96
4.8	Estado peligroso	97
4.9	Peritaje psicológico forense	107
4.10	Peritaje psiquiátrico forense	108

CAPÍTULO V

Medidas de seguridad

5.1	Origen y significado	111
5.2	Definición	116
5.3	Características	117
5.4	Naturaleza y fines	119
5.4.1	Teoría unitaria o doctrinaria de la identidad	120
5.4.2	Teoría dualista o doctrinaria de la separación	122
5.5	La peligrosidad	126
5.6	Clasificación	130
5.6.1	Medidas de seguridad propiamente dichas y medidas de prevención	131
5.6.2	Medidas de seguridad: curativas, reeducativas ó correccionales y eliminativas	131
5.6.3	Medidas de seguridad privativas de libertad, no privativas de libertad	

y patrimoniales

5.7 Clasificación legal



Conclusiones

137

Referencias

139

INTRODUCCIÓN



La necesidad e importancia de la presente investigación radica en determinar si la conducta criminal, puede verse influida por factores internos y externos que inciden en la voluntad del individuo para transgredir la norma penal. Estos factores pueden ser biológicos, psicológicos, sociales, familiares, carcelarios etc.

La problemática incide en que al no determinar o diagnosticar estos factores, no puede dársele un mejor tratamiento al recluso y con ello no hay una rehabilitación adecuada, por lo tanto las resoluciones judiciales carecen de eficacia y por ende un resultado negativo tanto para el sujeto que sufre la privación de libertad como la sociedad.

Al diagnosticar estos factores en el individuo, en cada caso concreto, se podrá coadyuvar en las resoluciones judiciales, con el fin de obtener un mejor resultado en la resocialización y rehabilitación e incorporación del individuo a la sociedad y así dar cumplimiento al mandato constitucional.

Es importante analizar la causa y los efectos de la criminalidad, así como el tratamiento del delincuente con el fin de reducir el fenómeno social, concentrando la investigación en el estudio del individuo criminal y factores significativos en su historia personal.

La idea central de la presente investigación radica en analizar y determinar cuál de esos factores incide en el individuo para que escoja ejecutar un acto que es contrario a la norma penal.



Se hace referencia entonces al hombre común, que a través de procedimientos científicos van a permitir analizar su conducta y así coadyuvar al sistema judicial a establecer las motivaciones y los factores determinantes que llevaron a la realización del acto criminal.

Estos factores pueden colocar al sujeto en situación de riesgo y pueden depender de un ambiente social y familiar inadecuado que influyan en la formación criminal del delincuente.

Desde el punto de vista de la criminología, el delito es concebido como producto de una debilidad biológica o psicológica o como alteraciones del comportamiento que resultan de un ambiente social malsano que impide la formación en el criminal de las barreras que garantizan la sujeción a las normas sociales que rigen la cultura humana, trata entonces esta disciplina de entender tanto al delito, como a quien delinque, siendo su propósito también, la reducción de los crímenes utilizando diversas estrategias para hacer desistir al criminal de sus tendencias transgresoras mediante procesos de rehabilitación, medidas de control carcelario y psiquiátrico, reinsertando al criminal a la sociedad, entre otras.

De lo anterior se colige que, la conducta criminal no se presenta de manera inmersa en el individuo, ni nace con ella, habiendo una serie de razones que sustentan y mantienen esta conducta.

Dado que el derecho no puede dar completamente explicaciones a las motivaciones de la conducta humana, la criminología a través de las ciencias que la auxilian, estudia la mente, y el comportamiento humano, entre otras, siendo la más importante, el Derecho Penal quedando íntimamente ligado a la criminología.



El analizar los factores internos y externos a los que se ha hecho referencia y la determinación de peligrosidad, se hace desde la base de que es fundamental en el proceso penal, tomar decisiones legales debido a la gran variedad de situaciones que se enfrentan cotidianamente en distintos ámbitos de la administración de justicia.

Es necesario diagnosticar y dar una respuesta a las diferentes reacciones humanas, corroborando los resultados a través de diferentes pruebas que puedan ser útiles para producir una imagen clínica del procesado y apoyar decisiones sobre su tratamiento.

En el estudio que se realiza se analizará al individuo que escoge la vía de la transgresión penal, pero dado a los factores que le rodean y que han influido en sus decisiones y que es necesario conocer y determinar con el fin de dar una explicación al problema objeto de estudio, tal es el caso de la inmadurez psicológica por ejemplo, cuando la persona con un inadecuado desarrollo mental ya sea debido a circunstancias internas entiéndase, genéticas o hereditarias, problemas presentados durante la infancia, o bien externos como es su entorno social, puede no tener un óptimo conocimiento de la realidad o de su propia conciencia, por lo tanto puede ejecutar un acto criminal sin comprender su ilicitud y el daño.

A través de la investigación se determinaran los factores que inciden en el comportamiento del individuo para que delinca, una vez identificados a través de las diferentes disciplinas o ciencias que auxilian a la criminología, podrá darse una respuesta positiva para su tratamiento, y así coadyuvar en las resoluciones judiciales, y posterior resocialización del delincuente a la sociedad.



Por lo anterior se han desarrollado cinco capítulos: en el primer capítulo se analiza lo relativo a la historia de la criminología y demás ciencias auxiliares de la misma, Derecho Penal, definición, objeto, conceptos relacionados al delito, al delincuente y a la víctima.

En el segundo capítulo se define el fenómeno social, el delito, la participación del delincuente, la investigación criminal y la prevención de la delincuencia.

En el tercer capítulo se desarrolla la conducta humana, factores internos y/o externos que influyen en esa acción u omisión, situación carcelaria, reincidencia y peligrosidad

En el cuarto capítulo la información versa sobre, la definición de peligrosidad, antecedentes delictivos del individuo, violencia y estado peligroso, peligrosidad social desde el punto de vista médico y diagnóstico de peligrosidad.

En el quinto capítulo se demuestra la veracidad de esta tesis y se esgrime el tema toral de la investigación en cuanto a todo lo relacionado con las medidas de seguridad para al final arribar a conclusiones científicas concretas del tema objeto de estudio.

Se concluye que se comprueba la hipótesis planteada, en relación con los factores internos y externos que inciden a que el sujeto trasgreda la norma penal, instintivamente ya que no puede atribuírsele capacidad de culpabilidad alguna, ya que no ejecuta el ilícito penal de manera consciente.



CAPÍTULO I

La criminología

1.1 Etimología y origen

El término “Criminología” según Rodríguez Manzanera: “Fue acuñado por el antropólogo francés Pablo Topinard, quien utilizó este término para encerrar varias teorías y escritos que habían surgido en aquel tiempo acerca del delito y el delincuente.” (1981, pág. 9) Aunque Manzanera no indica la fecha en que se acuñó el término, fue cerca de la época de la ilustración que comenzó en Francia, Inglaterra y Alemania a finales del siglo XVIII.

La palabra Criminología tiene su origen etimológico del latín *criminis*, y del griego *logos*, tratado y considerando el concepto crimen como conducta antisocial, y no como delito, grave o delito de lesa majestad, esta definición que presenta Rodríguez Manzanera brinda un panorama acerca del significado de la Criminología, otra definición más clara es que etimológicamente se deriva del término latino *criminis*, que es un término de la familia léxica formada por *cribar* (distinguir) entonces crimen sería la acción de cerner, es decir elegir el culpable, otra acepción es dar sentencia, castigo o prescripción de la ley, siendo estos los usos más comunes en latín, esta definición cobra sentido desde el punto de vista latín, es decir que ha evolucionado cuando fue siendo adaptado al léxico jurídico como la acción criminal o autor de algún crimen. (1981, pág. 10) De lo anterior se puede comprender con toda simpleza que la criminología es la ciencia o tratado del crimen.

Cabe definir la criminología como ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del



crimen contemplado éste como problema individual y como problema social, así como sobre los programas de prevención eficaz del mismo, las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente y los diversos modelos y sistemas de respuesta al delito. (Pablos de Molina, 2007, pág. 45)

1.2 Definición científica de la criminología

Ciencia que estudia las causas del delito como fenómeno individual y social. Ciencia causal explicativa que estudia la conducta criminal del hombre en la sociedad, en su génesis y en su dinámica, formula recomendaciones de profilaxis delincuencia. Estudio de la conducta divergente dentro de ella la infracción, en su origen y desarrollo, con fines político criminales. La Criminología tiene por objeto los fenómenos reales del delito mientras que la ciencia del Derecho Penal se ocupa de sus elementos normativos (a los fenómenos reales pertenece todo psíquico y lo físico; al ámbito de lo normativo pertenecen los valores y el deber ser). (Reyes Calderón, 1998, pág. 5)

De la definición anterior se rescata el tema de que la criminología es una ciencia causal explicativa, por lo que comienza a delimitarse el punto de ser una ciencia eminentemente empírica. Se concluye que va de la mano con el Derecho Penal y se auxilian íntimamente.

Según Rodríguez Manzanera la Criminología es un:

Termino convencional; si se recuerda el derecho romano, observamos que los romanos distinguían entre delitos y crímenes, la diferencia es la siguiente: los crímenes eran perseguidos por el Estado, mientras que los delitos eran perseguidos por particulares, en un principio los crímenes quedaban reducidos a unos cuantos. (1981, pág. 9)



Lógicamente durante la época del apogeo del derecho romano, su desarrollo más grande fue dentro de la temática del derecho civil, por lo que el Derecho Penal existiendo aun resabios de la venganza divina y sobretodo reinando la venganza privada, el crimen era relegado a aspectos demasiado graves.

Es la averiguación de todas las influencias generatrices en los crímenes: factores cósmicos (clima, orografía, hidrografía, geología, altitud, electricidad atmosférica, temperatura). Sociales (educación, profesión, hábitos, costumbres, instrucción, condiciones sociales). (Reyes Calderón, 1998, pág. 3)

Lógicamente persiste el rasgo causal explicativo de la criminología al enfocarse en factores ambientales y sociales.

1.3 Clasificación

a. Criminología académica:

Aquella que tiene por finalidad la explicación de la historia, teorías métodos, aplicación de la ciencia en estudio con el solo objeto de su enseñanza, para lo cual se sistematiza. Señala lo que se ha hecho en la materia y lo que se debe hacer. Pretende sistematizar la historia, las teorías, los conceptos y los métodos criminológicos, con finalidad didáctica. (Reyes Calderón, 1998, pág. 3) Esta es la criminología cien por ciento teóricas, que se aprende en las aulas universitarias.

b. Criminología aplicada:

La criminología aplicada profundiza en la naturaleza, el alcance y las causas de la delincuencia y las nuevas formas de criminalidad, así como de los métodos utilizados para detectar, contrarrestar y controlar el comportamiento



criminal, poniendo énfasis en el impacto que la delincuencia produce en la comunidad social y en el sistema de justicia penal. (Hernández Ramos, 2012, pág. 10) Esta rama de la criminología es una de las más importantes por sus implicaciones prácticas para que los entes estatales puedan orientar su política criminal, en todos los órdenes, el preventivo, el represivo y el rehabilitador.

c. Criminología analítica:

Aquella que analiza la criminología y la política criminal con el objeto de determinar si han cumplido su cometido. Supervisa el hecho, lo que se hace y no se hace e indica futuras realizaciones. Su existencia se halla justificada por razones científicas y políticas a fin de citar las frecuentes desmedidas pretensiones de la criminología científica, la conocida insuficiencia de la aplicada y la frecuente superficialidad de la académica. (Reyes Calderón, 1998, pág. 3) Esta es la criminología que debiera utilizar el Estado antes de impulsar políticas en el orden criminal.

d. Criminología científica:

Conformada por el conjunto de conceptos, teorías, resultados y métodos que se refieren a la criminalidad como fenómeno individual y social, al delincuente a la víctima, a la sociedad en parte, en cierta medida al sistema penal. La científica, que se podría llamar también, y quizá con mayor propiedad teórica, es la Criminología que trata de explicar la conducta antisocial (crimen), el sujeto que la comete (criminal), el que la padece (víctima), al conjunto de conductas antisociales (criminalidad) y a la reacción social que estas provocan. (Rodríguez Manzanera, 1981, pág. 10) La criminología científica abarca prácticamente todas las esferas que se pueden estudiar en el quehacer criminal, excepto lo normativo.



e. Criminología clínica:

“Se dedica su estudio al análisis del delincuente, individualmente visto, con el fin de investigar, comprender describir, interpretar y tratar su personalidad.” (Reyes Calderón, 1998). Esta es el área de la criminología que se auxilia de la medicina, la psicología y la psiquiatría.

f. Criminología causal:

“Tendencia que considera la criminología como aquella ciencia que estudia las causas individuales y sociales del delito con fines de diagnosis y prognosis.” (Reyes Calderón, 1998, pág. 11). Este es el aspecto práctico de la criminología clínica.

g. Criminología de la reacción social:

Conjunto de teorías que hace énfasis en el estudio de la actuación de la audiencia social, mediante tres procesos diversos de criminalización: 1) Como se manifiesta la reacción social. 2) Como esta reacción operándose en el terreno representativo institucional concreto. 3) Como esta reacción contribuye a la conducta desviada y a la perpetuación del rol delictivo. (Reyes Calderón, 1998, pág. 12) Esta es una faceta sociológica de la criminología.

h. Criminología sintética:

“Corriente que considera a la Criminología como la encargada de recopilar los datos obtenidos por otras ciencias o disciplinas, organizarlos y coordinarlos en todos los referentes al delito y al delincuente.” (Reyes Calderón, 1998, pág. 13). Una especie de estadística criminal.



i. Criminología socialista:

“Es la que conoce y estudia las causas de los delitos, los métodos para estudio y los medios para prevenirlos en la sociedad socialista.” (Reyes Calderón, 1998, pág. 14). Esta no se aplica en los Estados democráticos porque los regímenes socialistas son de corte dictatorial.

“La Criminología no solamente resume, acumula y repite conceptos, sino que, por medio de la síntesis, aporta conocimientos nuevos, con hipótesis y soluciones propias.” (Rodríguez Manzanera, 1981, pág. 15). Por lo anterior es una ciencia autónoma.

1.4 Elementos criminológicos

Son los elementos que, sumados, contribuyen a un determinado resultado criminal. Lo constituyen factores endógenos y exógenos. Existen dos factores criminológicos:

1.4.1 Elementos endógenos

Son los que nacen con el sujeto y actúan hacia el medio exterior, la estructura y funcionamiento corporal, así como las anomalías o defectos y enfermedades corporales hereditarias o adquiridas. Algunas de las características son el comportamiento de la gente, el carácter, los instintos, la conciencia, el inconsciente, que se refiere a los impulsos ocultos controlados por el consiente. (Nicolás, 2012)



1.4.2 Elementos exógenos

Son factores exógenos los que se refieren al ambiente natural o sea, la lluvia, calor, frío, humedad, etc., y los ambientes artificiales formados por el ser humano como por ejemplo, el barrio, la vivienda, los medios de comunicación, etc. El ser humano dentro de su ambiente va a tener dos opciones, adaptarse al mismo, o no adaptarse intentando cambiarlo o incluso eliminarlo, de ahí la existencia de personas que se adapten a las normas y de personas que no las aceptan y se apartan de las mismas. Esto provoca situaciones de rebeldía. Los seres humanos se adaptan a estos medios según se van modificando con el paso de los años, pueden darse casos en los que no se consigue la adaptación y se produce una inadaptación en el individuo, puede llegar a mostrarse frustrado por no adaptarse y esto le puede llevar a tener un comportamiento agresivo con todo lo que lo rodea. (Nicolás, 2012)

La formación del crimen y del delincuente está íntimamente relacionado a factores internos o de la consciencia e intelecto de este último, y a los factores ambientales y sociales.

1.5 Relación de la criminología con el Derecho Penal

El Derecho Penal es:

Un conjunto de normas jurídico – positivas reguladoras del poder punitivo del Estado que definen como delitos determinados presupuestos a los que asignan ciertas consecuencias jurídicas denominadas penas o medidas de seguridad, consecuencias accesorias.

El Derecho Penal aparece como una ciencia normativa (deber ser) mientras que la criminología aparece como una ciencia del ser. Así el Derecho Penal va a



utilizar un método deductivo mientras que la criminología utilizará un método inductivo y empírico. Pero aun así están íntimamente relacionadas y son auxiliares una de la otra, por lo que su estudio debe ser conjuntamente.

Estas dos ciencias han mantenido unas posiciones específicas, lo cierto es que son ciencias inseparables. El Derecho Penal debe regular la conducta humana externa, así mismo protegerá bienes particularmente importantes en la vida social, con esto el Derecho Penal evitará la auto-justicia, al mismo tiempo el Derecho Penal ejercerá una función de garantía y que no sólo protegiendo determinados bienes relevantes, también protegerá al individuo de posibles ataques ilícitos por parte del mismo Estado.

El Derecho Penal si prescindiera de la criminología se convertiría en una ciencia teórica alejada de la realidad criminal, llevaría a tener leyes ineficaces. A su vez, la criminología necesita del Derecho Penal, se delimita el objeto de la criminología, también el inicio del estudio de la criminología delimitará que conducta es o no delictiva, esto marcará el objeto inicial del estudio de la criminología.

La primera dificultad, es el propio concepto de delito, decir que la criminología es aquella parte de la ciencia que se ocupa del estudio empírico del delito no es decir mucho, si no se indica lo que se entiende por delito, es el Derecho Penal quien marca el concepto de delito, también es cierto que la criminología no puede limitarse ni depender de las cambiantes normas penales.

En un principio tanto el criminalista como el penalista están subordinados al concepto legal de delito, el criminalista si ha de partir de ese concepto legal, en un momento determinado puede rechazarlo y de ese modo proponer cambios en las definiciones legales.



Hoy en día se considera que el objeto de la criminología es el estudio de la conducta desviada y dentro de ella también el delito o la criminalidad. La criminología también se ocupará del proceso de definición y de la sanción de la conducta desviada.

A su vez, todos los conocimientos que la criminología aporta, han de encontrar su reflejo en el Derecho Penal, ya que el Derecho Penal es el que impregna el tejido social, impondrá el cumplimiento de unas normas, si la criminología no encontrase este reflejo, no sería más que una ciencia teórica, no una ciencia práctica como es.

Hay una necesidad de que esos conocimientos se transformen o pasen a un marco legal, se necesita una normativización de los conocimientos criminológicos. Será la política criminal quien enlace estos conocimientos con el Derecho Penal.” (Wael, 2009, pág. 21)

Como se puede observar existe una relación simbiótica entre el Derecho Penal y la criminología, ambos se retroalimentan.

1.6 El objeto de la criminología

“El objeto de la criminología es la conducta humana peligrosa como fenómeno individual y social en su descripción, diferenciación, correlaciones y causalidad.” (Reyes Calderón, 1998, pág. 7). Desde luego que el comportamiento humano es precisamente el fin último y objeto de la criminología que pretende ser causal explicativa del fenómeno delincuencia.

Constantino Bernaldo de Quiróz, citado por Rodríguez Manzanera, define a la criminología como:



La ciencia que se ocupa de estudiar al delincuente en todos sus aspectos expresando que son tres grandes ciencias las constitutivas a saber: La ciencia del delito, o sea el Derecho Penal, la ciencia del delincuente, llamada criminología y la ciencia de la pena, penología. (1981, pág. 6)

Esta es una definición meramente descriptiva que pretende abarcar todo el objeto de la criminología.

Para Gunter Káiser: "La criminología es el conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo y sobre los controles de esta conducta." (1988, pág. 25). El aspecto empírico de la criminología y el ordenamiento sistematizado del conjunto de sus conocimientos es parte de la enciclopedia del Derecho Penal.

1.6.1 El delito

Francisco Carrara establece qué delito es: "La infracción de la ley del Estado, promulgada para la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso." (1998, pág. 71).

Emilio Durkheim citado por Kaiser define al delito como: "Toda ofensa a los sentimientos profundamente arraigados y claramente definidos de la conciencia Social." (Káiser, 1988, pág. 25).

Del delito en especial se ocupa el Derecho Penal, desde un punto de vista meramente positivo y normativo.

1.6.2 El delincuente



La primera interpretación del delincuente, por parte de la criminología, fue que el delincuente es un salvaje resucitado en la sociedad moderna por un fenómeno de herencia retrograda del atavismo. (Cesar Lombroso) Esta palabra, con el concepto que implica, fue en realidad, el signo, el horóscopo de la criminología. No en vano eran aquellos los días de la antropología general y de la etnografía: los días de Darwin y de Haeckel, De Broca de Topinard, etc.

El individuo que ejecuta el delito, para esto se define como delincuente a la persona que delinque; el sujeto activo de un delito o falta, como autor, cómplice o encubridor. Los individuos que física y moralmente desgraciados desde su nacimiento, que viven en el delito por una necesidad congénita, así como aquellos otros que delinquen reiteradamente por una especie de complicidad del ambiente social en que han nacido y crecido, y que además adolecen de una desgracia y constitución orgánica y psíquica. Todo ser humano que está contra de la ley y acciona contra las normas, se convierte en delincuente.

La criminología se enfoca en este tipo de ser humano para brindar respuestas a las acciones y así poder contrarrestarlas, el objeto de estudio se centra en el delincuente, la criminología se centra por los factores de personalidad en una función importante para colaborar con la investigación.

Tipos de Sujeto:

Cualquier persona puede cometer actos sociales, asociales para-sociales, o antisociales, pero cuando prevalece determinado tipo de conducta, se puede utilizar otro nivel de interpretación y así distinguir sujetos sociales, asociales, para-sociales o antisociales.



- a) Sujeto social: El que cumple estrictamente con las normas de convivencia y realización del bien común;
- b) Sujeto asocial: Se aparta de la sociedad, no convive con ella, vive independientemente, no tiene nada que ver con el bien común, pero sin agredir a la comunidad; (ejemplo: anacoretas, que se separaban de la sociedad para vivir independientemente, con el deseo de superarse personalmente (quizás egoístamente) También está el misántropo aislado. O el esquizofrénico. Este último que vive su personal mundo interno.
- c) Sujeto para-social: Se da paralelamente, al lado de la sociedad, no cree en sus valores, pero no se aparta de ella, sino que comparte sus beneficios, en mucho depende de ella para sobrevivir.

Los sujetos pertenecientes a estos grupos no aceptan las normas sociales o jurídicas, pero las cumple en el mínimo suficiente para evitar ser molestado. No integra los valores generales ni lucha por el bien común, pues tiene sus propios valores y lucha por el bien de su grupo, causa o idea.

- d) Sujeto antisocial: Agrede al bien común, destruye los valores básicos de la sociedad, no respeta las leyes elementales de convivencia, no vive en sociedad sino contra ella. Respecto al sujeto antisocial: se puede hacer la misma reflexión: a la criminología interesan sobre todo los sujetos antisociales, pero esto no implica que descuidemos a los sujetos para sociales, que en un momento dado pueden convertirse en antisociales. (García, 1997, pág. 210)



El delincuente es el objeto principal de estudio de la criminología, de esta cuenta el sujeto delincuente puede surgir de cualquiera de los grupos humanos descritos en la anterior clasificación.

1.6.3 La víctima

La palabra víctima significa:

Persona que sufre violencia injusta en su persona o ataque a sus derechos. En un sentido amplio, siempre hay víctima al cometerse una conducta antisocial, por esto se ha hecho una clasificación de victimización primaria (que es la individual), secundaria (grupos específicos) y la terciaria (que es la comunidad).

El olvido de la víctima puede deberse a varios motivos, quizás se identifica más al criminal, y no con la víctima, pues el criminal es un sujeto que realiza conductas que se desearía ejecutar, pero que no se atreve cualquiera, con la víctima nadie se identifica, nadie desea ser extorsionado, robado, lesionado, violado, torturado, etc.

Para ampliar el termino víctima, se debe dar a conocer la palabra victimología la cual es la ciencia que indaga las razones por la cuales alguien puede ser víctima de un delito, aborda su personalidad y sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, así también las conductas en su estilo de vida que podrían favorecer este rol." (Rodríguez Manzanera, 1981, pág. 73 y 74)

Aunque la criminología no le ha dado tanta importancia a la víctima, también la ha estudiado para determinar si existen personas que encajen en el perfil de víctima precisamente, y que por lo anterior sea propensa a sufrir un atentado delincuencial.



1.6.4 El control social

La moderna criminología se preocupa, también del control social del delito, sin duda por su orientación cada vez más sociológica y dinámica. Pudiera pensarse que ello significa tan solo una ampliación de su objeto, en comparación con los centros de interés de la criminología tradicional, volcada en torno a la persona del delincuente, sin embargo, esta apertura a la teoría del control social representa todo un giro metodológico de gran importancia al que no ha sido ajeno el *labelling approach*, o teoría del etiquetamiento y de la reacción social por la relevancia que los partidarios de estas modernas concepciones sociológicas asignan a ciertos procesos y mecanismos del llamado control social en la configuración de la criminalidad.

En este sentido ocurre probablemente más que un enriquecimiento del objeto de la criminología, un nuevo modelo o paradigma de ésta (el paradigma de control) dotado, por cierto, de una considerable carga ideológica.

El denunciante, la policía, el proceso penal, etc. Se conciben como meras correas de transmisión que aplican fielmente, con objetividad, la voluntad de la ley, de acuerdo con los intereses generales a que ésta sirve. Para el *labelling approach* por el contrario, el comportamiento del control social ocupa un lugar destacado, porque la criminalidad, según sus teóricos, no tiene naturaleza ontológica, sino definitoria, y lo decisivo es como operan determinados mecanismos sociales, que atribuyen el estatus criminal: la calificación jurídico penal de la conducta realizada o los merecimientos objetivos del autor pasan a un segundo plano. Más importante que la interpretación de las leyes es analizar el proceso de concreción de las mismas a la realidad social, proceso tenso, conflictivo y problemático. Indica que el control social no se limita a detectar la criminalidad y a identificar al infractor, sino que crea o configura la criminalidad: realiza una función constitutiva. De suerte que ni la ley es expresión de los



intereses generales, ni el proceso de aplicación de ésta a la realidad hace bueno el dogma de la igualdad de los ciudadanos.

El control social es el estudio de los mecanismos a través de los cuales la sociedad despliega su supremacía sobre los individuos, para que estos acaten sus normas de carácter penal. (Bolvito Hernández, 2017, pág. 22)

El mantenimiento del orden y del control social ha sido el objeto principal del Derecho Penal, a través de la función motivadora general de la norma jurídica como disuasivo, sin embargo, la criminología también se ha enfocado en el control social, a través del método empírico y de formas prácticas y concretas diferentes de la norma jurídica, la cual ha demostrado su falencia en cuanto a su función disuasiva al delincuente.

1.7 Método de la criminología

1.7.1 Método empírico

La criminología adquirió autonomía y rango de ciencia cuando el positivismo generalizó el empleo del método empírico, esto es, cuando el análisis, la observación y la inducción sustituyeron a la especulación y el silogismo, superando el razonamiento abstracto, formal y deductivo del mundo clásico. Someter a la imaginación a la observación y los fenómenos sociales a las leyes implacables de la naturaleza era una de las virtudes según Comte, del método positivo, del método empírico.

La criminología es una ciencia del ser empírica; el derecho, una ciencia cultural del deber ser en consecuencia si el primero se sirve de un método inductivo, empírico, basado en el análisis y la observación de la realidad, las disciplinas jurídicas utilizan un razonamiento lógico, abstracto- deductivo. La criminología



pertenece a las ciencias empíricas que significa en primer lugar, que su objeto (delito, delincuente, víctima y control social) se inserta en el mundo de lo real de lo verificable, de lo mensurable, y no en el de los valores. La criminología pretende conocer la realidad para explicarla. (Bolvito Hernández, 2017, pág. 23)

Como la criminología es una ciencia social, es decir, cultural o del espíritu humano, no puede utilizar exactamente el método científico que se usa en las ciencias sociales, por ello tiene un sistema empírico de observación de los fenómenos sociales que son de su interés, respecto de delito, del delincuente y de la víctima.

La criminología es una ciencia empírica, pero no necesariamente experimental. El método experimental es un método empírico, pero no el único, y no todo método empírico, sin embargo, tiene por fuerza naturaleza experimental. La reserva parece obligada, pues el objeto de la investigación o los fines de ésta pueden hacer inviable o ilícita la experimentación y, no obstante, el criminólogo seguirá en condiciones de constatar empíricamente la hipótesis de trabajo con las garantías que exige el conocimiento científico mediante otras técnicas no experimentales, asegurando también así la fiabilidad del resultado. (Comte, 1934, pág. 54)

Como se precisará más adelante además de la observación empírica la criminología utiliza el método bibliográfico.

Mantener pues, que solo es científico lo demostrable de forma experimental en los confines del laboratorio carece de fundamento. Entonces el método empírico no es el único método criminológico. Pues siendo el crimen, en definitiva, un fenómeno humano y cultural, comprender el mismo exigirá del investigador una actitud abierta y flexible, intuitiva, empática, capaz de captar las sutiles aristas y múltiples dimensiones de un profundo problema humano y comunitario. La criminología utiliza el método bibliográfico: este consiste en que su autor



examina las opiniones que se han expuesto sobre diversos tópicos propios de esta disciplina, los analiza críticamente y expone su criterio personal. (Reyes Calderón, 1998, pág. 8)

El método bibliográfico es similar al que utilizan los historiadores, que solamente plasman teorías diferentes sobre temas puntuales de la historia, este sistema no aporta mayor cosa al avance del control social y al tema de la seguridad social.

1.7.2 Interdisciplinaria

La criminología es una ciencia interdisciplinaria ya que para su quehacer mantiene una estrecha relación con la antropología, la sociología, el Derecho Penal, la psiquiatría y la psicología entre otros, derivado de la complejidad de su objeto de estudio.

1.8 Finalidad

La criminología a través de su origen, sus autores y las referencias bibliográficas, llega a este punto en donde parece redondear su terminología, la finalidad desde su concepción fue y ha sido fundamentalmente la de prevenir la delincuencia o la victimización, sea por programas que intenten intervenir en las personas delincuentes, la investigación criminológica puede proporcionar resultados acerca de lo que da resultados ahorrando así tiempo y dinero público y privado. (Barberet Havican, 2000, pág. 223)

La prevención del crimen, siempre se ha considerado al menos a nivel teórico como la más importante, sin embargo, el Estado no ha logrado establecer una política criminal preventiva sólida, para evitar la ocurrencia de nuevos hechos criminales.



1.9 Política criminal

Para Hassemer y Muñoz Conde, citados por Barberet, se definen como: “La política criminal desde una perspectiva criminológica tiene un sentido mucho más amplio: incluye las políticas jurídico penales, pero también otras políticas sociales que tienen relevancia para la prevención y la Intervención en el fenómeno delictivo.” (Barberet Havican, 2000, pág. 51).

Como se analizará, la política criminal es una política estatal adicional, en lo referente a la actitud que asume el Estado frente al fenómeno delincencial.

Así pues, los cambios en el Derecho Penal y en el derecho procesal penal son tan de interés para el criminólogo como nuevas formas de actuación policial, nuevas prácticas educativas, nuevas respuestas gubernamentales a las víctimas de los delitos y cambios en intervenciones de prevención al delito desde el sector privado.

En suma, la política criminal desde un punto de vista criminológico incluye las intervenciones jurídicas y extrajurídicas, públicas y privadas que tienen como fin prevenir o reducir la delincuencia, o paliar los costes sociales del mismo.” (Bolvito Hernández, 2017, pág. 26)

La política criminal debe estar orientada en tres aspectos importantes, la prevención del delito, la represión del delito cuando este ha sido cometido y la rehabilitación del delincuente.

De acuerdo con Binder, la política criminal es:

Un sector de las políticas que se desarrollan en la sociedad, predominantemente desde el Estado. Ella se refiere al uso que hará ese Estado



del poder penal, es decir, de la fuerza o coerción estatal en su expresión más radical.

La política criminal es en síntesis el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinados objetivos.” (Binder, 2004, pág. 37)

1.10 Tendencias político criminales

a. Defensa Social

Esta procura proteger a la sociedad de los criminales y a los miembros de la sociedad de caer en el riesgo de la delincuencia, sus principios fundamentales son: La reacción social; que es auxiliada de tres disciplinas, la criminología, el Derecho Penal, la política criminal. Es humanista; porque sobre la base del respeto a la dignidad humana, se interesa ante todo por el conocimiento del delincuente.

b. El pesimismo político criminal

Son planteamientos eminentemente políticos, le niegan toda finalidad político criminal a la criminología. La ven como un fenómeno desarrollado dentro del sistema.

c. Política criminal alternativa

Esta tendencia se enfoca en el cambio del sistema económico político, esta propone mecanismos alternativos con relación al desmoronamiento del Derecho Penal.

Se cree que el cambio central se obtiene gradualmente, por donde propone ciertos instrumentos que van reduciendo el alcance del sistema punitivo hasta lograr su desaparición y la del estado.



Esta tendencia realiza cambios para mejorar la inversión en seguridad, quizás pueda considerarse una revolución, pero debería ser dirigida por un grupo de profesionales que construya bases sólidas, basadas en estudios serios que ayuden a prevenir y erradicar hechos delictivos.

d. Derecho Penal mínimo

Esta perspectiva parte del supuesto que el Derecho Penal es violento, selectivo, inadecuado para afrontar los problemas sociales, que a la vez produce más problemas de los que pretende resolver. (Larrauri Pijoan, 1999, pág. 166)

Para el caso guatemalteco parece que existe una maximización del Derecho Penal, porque se crean nuevas leyes penales y además se endurecen las penas de delitos que no son tan graves, como los delitos de mera actividad, por lo que parece que la política criminal del Estado, está relacionada con el tema de la falta de sistematización y diseño lógico, coherente y racional, aparentemente se ha considerado que con más leyes penales y penas más severas se frenará el fenómeno delincuencial, objeto que ha sido de tiempo demostrado, como algo totalmente ineficiente.

CAPÍTULO II

Investigación del fenómeno social



2.1 Definición del fenómeno social

Los hechos ocurridos dentro del seno de la sociedad pretenden ser explicados de diferentes formas, algunas espiritualistas o religiosas, otras eminentemente racionalistas y algunas pretenden un alto nivel o carácter de cientificidad, siendo una alta pretensión dotar del cien por ciento de tal carácter a las ciencias sociales.

A primera vista, pareciera que los fenómenos sociales son como algo existentes en sí mismos, casi como si flotaran en el aire, por lo que la explicación científica de los mismos pareciera también algo sumamente fácil de lograr: ¡basta usar el método científico! Empero, esto no parece fácilmente asimilable, porque lo que ciertas teorías o filosofías sociales denominan explicación científica, o en su defecto, la comprensión de dichos fenómenos, como lo denominan otras filosofías o teorías sociales, es un producto bastante más complejo de lo que ingenuamente se supone. La preocupación por el logro de una explicación científica de un determinado fenómeno social, es, desde el punto de vista del positivismo-empirista, el mantener a raya el discurso metafísico, calificado como meramente filosófico o especulativo. (Valera Villegas, 2001, pág. 87)

Se introduce el tema de la investigación del fenómeno social, y su consecuente definición, optando por un método meramente racionalista, mantener a mansalva lo metafísico, lo filosófico y lo especulativo, equivale a olvidar que el derecho y la sociología son ciencias del espíritu humano, es decir, del intelecto, a diferencia de las ciencias naturales o ciencias exactas, por lo anterior es viable la explicación de un fenómeno social de forma racional y asertiva.



Esta preocupación reside, supuestamente, en el énfasis en los hechos concretos, los problemas puntuales, lo útil, casi tangible. Lo que se traduce en el sostenimiento de un empirismo, objetivismo, instrumentalismo u operacionalismo, y en un metodologismo exacerbado por el estandarizado uso del método científico en la investigación social. Este empirismo experimentalista en investigación social tiene, entre sus manifestaciones, el valor dado a la utilidad, juzgada por medio del patrón práctico-utilitario de los resultados o impacto social de la investigación, la sacralización y dogmatización de la panacea del uso del método científico, la búsqueda obsesiva de la medida y el control experimental, el casi descarte del estudio de los procesos histórico sociales en función del descubrimiento de la correlación, la coexistencia, esto es, la descripción ordenada de las secuencias o de la simultaneidad relativa de los fenómenos sociales. (Valera Villegas, 2001, pág. 87)

Por lo anterior, cuando es llevada a cabo una investigación jurídico descriptiva, en el marco del análisis de la peligrosidad del delincuente, desde un punto de vista criminológico y penal, debe entenderse el fenómeno social, como el conjunto de hechos o sucesos de la vida social, que tienen un impacto en ella, y que pretenden ser explicados por las ciencias sociales, sean estas jurídicas, sociológicas, políticas, entre otras.

De lo anterior se desprende la importancia de un adecuado marco teórico sobre una determinada materia o ciencia y el uso reflexivo de tal conocimiento. Generalmente, se parte de lo general a lo particular (método deductivo) a tal punto que, al llegar al momento de analizar el fenómeno total de la investigación, es posible lograr un uso coherente del precitado marco teórico para tener todos los puntos de vista posibles sobre el tema objeto de estudio y no solamente analizar sino que además sintetizar el problema planteado y lograr precisar una coherente solución al mismo.



2.2 Concepto criminológico del fenómeno social

De acuerdo con Alberto Martín Binder, el fenómeno social desde un punto de vista criminológico responde a la idea del “fenómeno criminal” (Binder, 2004, pág. 11). Ahora bien, definir el fenómeno criminal es complejo y se deben considerar varios puntos de vista de acuerdo al precitado autor.

“El concepto de crimen se configura a partir de múltiples criterios y de un modo diferente para cada sociedad. Estos criterios no son uniformes sino que a veces, inclusive, son contradictorios.” (Binder, 2004, pág. 12)

Han existido en el devenir de la historia puntos de vista religiosos para definir el fenómeno criminal en todas las culturas, en todos los momentos o épocas, por otra parte estos criterios son muy variados y disimiles, en cuanto a los hechos que se han estimado antisociales y la gravedad de los mismos. Luego de lo anterior, también han existido criterios sociales y políticos.

Binder señala como ejemplo de lo anterior, “el adulterio durante el régimen nazi en Alemania, que era visto como delitos contra la pureza de la raza alemana.” (Binder, 2004, pág. 12)

Así que, el fenómeno criminal se define como la posición Estatal influenciada por diferentes criterios (religiosos, políticos y sociales entre otros) frente a ciertos comportamientos humanos considerados antisociales.

2.3 El delito

Enrique Bacigalupo define el delito como, “una acción típica, antijurídica y culpable.” (Bacigalupo, 1984, pág. 19) La definición anterior es precisamente una definición de orden secuencial, comúnmente utilizada por la teoría del delito, para



permitir el estudio del comportamiento humano, con el objetivo de encuadrarlo dentro de la norma penal.

José María Rodríguez Devesa define el delito como: "Una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena." (Rodríguez Devesa, 1995, pág. 53) Este autor agrega lo relativo a la imposición de la pena o punibilidad, como consecuencia del delito, toda vez que, la pena es uno de los fines del Derecho Penal, para cumplir con la función social que le ha sido asignada relacionada con el tema de ser un medio de control social.

Luis Jiménez de Asúa define al delito como: "Un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella." (Jiménez de Asúa, 1997, pág. 96)

La definición anterior, completa todo el sentido de lo que debe entenderse por delito, sus elementos y la posibilidad de la imposición de medidas de seguridad en lugar de la imposición de una pena en circunstancias especiales.

2.3.1 La acción como primer elemento objetivo del delito

La acción está relacionada con un quehacer relevante para el Derecho Penal, desde luego que, este tema debe considerarse también junto a la omisión que también debe ser relevante para el mismo Derecho Penal, todo lo anterior encaminado a la obtención de un fin determinado, es decir, de la consecuencia jurídica; como lo indican algunos autores: "No es lógico un acto de voluntad que no vaya dirigido a un fin, es decir, la acción es siempre el ejercicio de una voluntad final." (De León Velasco, 2001, pág. 135)



De acuerdo con Cabanellas: "Acción equivale a ejercicio de una potencia o facultad. Efecto o resultado de hacer." (Diccionario jurídico elemental, 1998, pág. 9). La definición anterior relaciona la idea de una acción externa normalmente idónea que debe provocar el resultado previsto en la norma jurídica penal.

La acción cumple tres funciones esenciales, siendo la primera, comprender todas las formas en las que se presenta el obrar humano (acción de comisión o de omisión, dolo o culpa); así también sirve de elemento vinculante entre los demás aspectos del delito, y por último, permite la exclusión de sentimientos o ideas, sucesos provocados por animales y actos reflejos o automáticos. (Jauregui, 2005, pág. 37)

Lo cierto es que la acción es el primer elemento del delito, desde un punto de vista meramente secuencial con el resultado, por lo anterior se continuará con la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad.

2.3.2 La tipicidad

Alfonso Reyes Echandia citado por De Mata Vela y De León Velasco, define la tipicidad como: "La abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible." (Derecho Penal guatemalteco, parte general y parte especial, 2001, pág. 135)

De lo anterior, lo rescatable es el tema de la abstracción, que de hecho, es una característica de la norma jurídica, toda vez que al legislador le resultaría imposible describir de forma concreta todas las formas de provocar la muerte, por ejemplo en el caso del delito de homicidio, por ello es que, de manera abstracta, se limita a establecer que comete tal delito quien le da muerte a otra persona.



Johannes Wessels, establece que se debe entender por tipo penal: descripción objetiva y material de la conducta prohibida.” (Derecho Penal (Parte general), 1980, pág. 61) De lo anterior queda claro, que la tipicidad está íntimamente ligada al principio de legalidad: no existe delito o pena a menos que esta se encuentre previamente regulada por el legislador dentro de una ley ordinaria.

2.3.3 La antijuricidad

Para su estudio se ha dividido en dos, la formal y la material.

La antijuricidad formal, es la declaración legal de antijuricidad al crear los tipos delictivos, es decir, al crear la norma jurídica penal, y elegir que comportamientos antisociales serán agregados a catálogo de delitos, se infiere claramente que al cumplir con el supuesto jurídico contemplado en cada norma penal, esa antijuricidad es formal, por haber sido plasmada en la ley.

Por otra parte, la antijuricidad material se encuentra relacionada directamente al elemento material del delito, es decir, a la acción descrita a través de los verbos rectores.

El hecho en sí mismo de dispararle a una persona y quitarle la vida es la antijuricidad material, la inclusión del tipo penal de homicidio en el Código Penal, es la antijuricidad formal.

Rodríguez Devesa citado por De Mata y De León señala que la antijuricidad: “Es un juicio de valor por el cual se declara que la conducta no es aquella que el derecho demanda.” (Derecho Penal guatemalteco, parte general y parte especial, 2001, pág. 169)



La antijuricidad sencillamente establece que el comportamiento descrito en la norma jurídica penal, es contrario al derecho a lo jurídico.

2.3.4 La culpabilidad

La culpabilidad para su existencia cuenta con tres elementos:

- a) La capacidad de culpabilidad;
- b) El conocimiento de la antijuricidad; y
- c) La no exigibilidad de otra conducta.

La capacidad de culpabilidad se adquiere con la mayoría de edad, para Guatemala a los 18 años, siempre y cuando se cuente con las facultades mentales y volitivas normales. En el caso de los adolescentes en conflicto con la ley penal, se entiende que la capacidad de ellos es progresiva, de ahí que existen diferentes grupos etarios para asignarles las diferentes medidas socioeducativas de privación de libertad.

El conocimiento de la antijuricidad se refiere a que el agente o sujeto activo del delito, debe conocer al menos, de forma general que su conducta es incorrecta y debe contar con la noción de que esa conducta riñe con la ley.

La no exigibilidad de otra conducta, hace hincapié respecto de que a la persona que comete un crimen pudo comportarse de manera correcta, sin embargo decidió en el ejercicio de su voluntad y libre albedrío cometer un crimen.

Reyes Echandia, citado por Jáuregui, la define como: "La actividad consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche, en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente." (Apuntes de teoría del delito, 2005, pág. 97)



Según Eduardo González, la culpabilidad es: “El juicio de reproche que se realiza al autor de un hecho delictivo por haber realizado la conducta antijurídica” (González Cauhapé-Cazaux, 1998, pág. 91)

Lo que cabe destacar en este punto es que, el juicio de reproche, debe estar vinculado a la capacidad del individuo para de alguna forma saber que está realizando un comportamiento ilegal o prohibido y que, además, se le puede exigir un comportamiento diferente, es decir un comportamiento legal.

El conocimiento de la antijuricidad es esencial, solo cuando el individuo tiene el poder absoluto en su conciencia de auto determinarse y a pesar de ello, decide delinquir a sabiendas de que lo que hace es ilegal, debe ser inculpa por la ley penal y entonces se le reprocha esa conducta.

2.3.5 La punibilidad

Rivero Gómez, citado por Miguel Bustos Rubio, la define como: “La posibilidad legal de aplicación de una pena al cumplirse los presupuestos legalmente necesarios para que un injusto culpable pueda ser castigado.” (Estudios penales y criminológicos, 2015)

Lógicamente, al ser un comportamiento humano (acción u omisión penalmente relevante), típico, antijurídico y culpable, la consecuencia es el castigo, la imposición de una pena, algo que es denominado como el aspecto de la punibilidad, siendo esta por lo tanto, la consecuencia jurídica del cumplimiento del supuesto de hecho contenido en la norma sustantiva penal.

Los elementos antes descritos son elementos positivos del delito, cada uno de estos elementos tiene su respectivo elemento negativo, de esta manera se entiende



que, el elemento negativo de la acción es la ausencia de acción que ocurre cuando existen movimientos reflejos, estados de inconsciencia y fuerza irresistible.

El elemento negativo de la tipicidad es la atipicidad, es decir, que un comportamiento considerado antisocial no se encuentre regulado en la norma penal.

El elemento negativo de la antijuricidad son las causas de justificación plenamente conocidas y reguladas en el Código Penal.

El elemento negativo de la culpabilidad son las causas de inculpabilidad y las causas de inimputabilidad.

El elemento negativo de la punibilidad es la inexistencia de causas objetivas de punibilidad como en el caso de los delitos patrimoniales entre parientes cuando viven juntos, o en el caso de los delitos relacionados con los deberes de asistencia cuando estos se cumplen y se garantiza su cumplimiento futuro.

2.4 El proceso penal

Según Manuel Ossorio, proceso es definido como:

En un sentido amplio equivale a juicio, causa o pleito. En la definición de algún autor, es la secuencia, el desenvolvimiento, la sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico. En un sentido más restringido, el expediente, autos o legajo en que se registran los actos de un juicio, cualquiera que sea su naturaleza. (Ossorio, 1987, pág. 615)

El proceso penal está relacionado con el poder judicial, quien es el encargado de dictar sentencias y que en el sistema inquisitivo incluso investigaba y ejerció la acción penal.



Según Mabel Goldstein, es:

La actividad que despliegan los órganos del Estado en la creación y aplicación de las normas jurídicas, sean éstas generales o individuales. Conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí, de acuerdo con reglas preestablecidas, que conducen a la creación de una norma individual destinada a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano, que han requerido la intervención de éste en un caso concreto. (Goldstein, 2008, pág. 453)

Antes de definir el proceso penal, era necesario definir el término proceso, el cual es la base para el proceso en cualquier rama del derecho, como en el caso del derecho procesal penal.

“El proceso penal es el orden de actuar, de proceder, establecido por el Estado, para determinar en cada supuesto concreto, la existencia o inexistencia de responsabilidad criminal, aplicando las normas del Derecho Penal.” (Gómez de Liaño González, 1997, pág. 19)

También ha sido definido de la siguiente manera:

El proceso penal es el conjunto de normas, instituciones y principios jurídicos que regulan la función jurisdiccional, la competencia de los jueces y la actuación de las partes, dentro de las distintas fases procedimentales, y que tiene como fin establecer la verdad histórica del hecho y la participación de imputado durante la substanciación del proceso penal para luego obtener una sentencia justa. (Sosa Arditi, 1989, pág. 23)

Manuel Ossorio lo define así: “El que tiene por objeto la averiguación de un delito, el descubrimiento del que lo ha cometido y la imposición de la pena que corresponda (o de la absolución del inculpado).” (Ossorio, 1987, pág. 443)



2.4.1 Etapas

El proceso penal guatemalteco tiene las siguientes etapas:

1. Etapa preparatoria, sumarial o de instrucción;
2. Intermedia;
3. Debate oral;
4. Impugnaciones; y
5. Ejecución.

La fase preparatoria es: “La instrucción penal. Ésta constituye la primera fase del procedimiento criminal y tiene por objeto recoger el material para determinar, por lo menos aproximadamente si el hecho delictivo se ha cometido y quien sea su autor y cual su culpabilidad”. (Ossorio, 1987, pág. 542)

El Manual del Fiscal indica que la etapa preparatoria: “Es la fase inicial del proceso penal.” (Ministerio Público, 1996, pág. 230)

Para Albeño, la etapa preparatoria: “Constituye la investigación preliminar, realizada por el Ministerio Público y controlada por los Jueces de primera Instancia Penal, la cual sirve para preparar la acusación.” (Albeño Ovando, 2001, pág. 100)

“Es la fase en la que el juez de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente, controla el requerimiento del Ministerio Público”. (Goldstein, 2008, pág. 272)

La fase intermedia es: “La fase de transición entre el procedimiento preparatorio y el juicio propiamente dicho. Desde el punto de vista formal la fase intermedia constituye el conjunto de actos procesales que tienen como fin conocer los requerimientos o actos conclusivos de la investigación”. (Ministerio Público, 1996, pág. 274)



“El debate es la discusión o controversia entre dos o más personas, generalmente en asamblea, junta, parlamento, sala judicial, sobre cuestión propia de su competencia con el objeto de llegar a una solución sobre ella por aclamación o votación”. (De Pina Vera, 1983, pág. 204)

“Es el método de búsqueda de la verdad mediante un acto público de intensa oralidad moderado por jueces, consistente en la confrontación de posturas sobre hechos, normas, pruebas y valoraciones”. (Goldstein, 2008, pág. 205)

Medio de impugnación es:

Todo medio que concede la ley procesal para la impugnación de las resoluciones judiciales, a efectos de subsanar los errores de fondo o los vicios de forma en que se haya incurrido al dictarlas. El acto de recurrir corresponde a la parte que en el juicio se sienta lesionada por la medida judicial. (Ossorio, 1987, pág. 644)

Por ello, la etapa de las impugnaciones tiene como fin revisar la forma y el fondo de la sentencia, en primer lugar de la dictada por el tribunal de sentencia en primera instancia o del juez contralor en el procedimiento abreviado, para luego impugnar en caso de ser necesario la sentencia de segundo grado, en contra de esta última presentar casación, y por último el proceso constitucional de amparo, lo anterior en el caso de agotar todos los recursos establecidos por la ley.

La ejecución penal:

Es la aplicación efectiva de la pena ordenada por el juez o tribunal de sentencia. En la doctrina moderna y en la práctica, se ha planteado la interesante cuestión de si la ejecución de las penas debe quedar exclusivamente confiada a las autoridades administrativas o si corresponde a la autoridad judicial mediante la

creación de jueces de ejecución, que evidentemente, esto sería aconsejable (Goldstein, 2008, pág. 276)



2.4.2 Principios del proceso penal guatemalteco

El Código Procesal Penal, inicia su redacción con los principios generales del derecho Procesal Penal. Éstos son considerados como uno de los puntos jurídicos más discutidos, pues se considera como tales los axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones; o sea las reglas del Derecho. Una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez; y despectivamente, como el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante.

a) Principio de legalidad

No hay delito ni pena sin ley anterior. Se encuentra descrito éste principio en el Artículo 1 del Código Procesal penal. Se pretende establecer que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. Igualmente dice la constitución al respecto que no hay prisión por deuda. De igual forma, así como se habla de la conducta ilícita, en cuanto a que debe estar descrita en la normativa penal vigente, para ser calificada como acto reprochable socialmente, se tiene la actividad procesal.

b) Principio de la juridicidad

Se encuentra desarrollado en el Artículo 3 del Código Procesal Penal. Lo desarrolla con el título de la Imperatividad. Se pretende con ésta norma, tener presente el principio de que, nadie tiene la oportunidad de inventarse un proceso



a su conveniencia, ni mucho menos, buscar la autorización de los sujetos procesales, para realizar actuaciones que más adelante deberán ser calificadas de valederas.

Éste principio, será el rector en todo el desarrollo del proceso penal.

c) Principio del proceso pre-establecido

Es desarrollado en el Artículo 4 del Código Procesal Penal. Dentro de dicha norma se desarrolla el principio de la finalidad del proceso penal. Es por decirlo así, el desarrollo de la normativa constitucional que habla de la defensa de la persona y sus derechos, los que son calificables de inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.

d) Finalidad del proceso

Se encuentra desarrollado en el Artículo 5 del Código Procesal Penal. Donde se indica que tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma. Pues atendiendo a su función y finalidad, los procesos pueden ser clasificados como cautelares, de conocimiento y de ejecución. Son cautelares cuando su función es garantizar las resultas de un futuro proceso a realizar. Son de conocimiento cuando su función es declarar un derecho controvertido. Y serán de ejecución los procesos cuando se busca con ellos hacer cumplir un derecho pre establecido previamente por la ley.



e) Principio de la iniciación de la acción procesal

Se encuentra desarrollado en el Artículo 6 del Código Procesal Penal. La interrogante deberá ser, en todo caso, ¿Cuándo comienza un proceso penal contra alguien? Pues será desde el momento en que se tenga la primera noticia de la comisión de un hecho delictivo, será desde el instante en que se realice el primer acto del procedimiento o se llegue a tener la primera noticia de la felonía. Y ante ello, su relación está directamente en las estipulaciones del Artículo 14 Constitucional, toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.

f) Principio de independencia e imparcialidad, así como de juez natural

Se encuentra desarrollado en el Artículo 7 del Código Procesal Penal. Todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado por juez o tribunal que goce de una absoluta imparcialidad. Éste derecho se encuentra descrito como una Garantía Judicial dentro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al decir en el Artículo 8 numeral I que establece que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

g) Independencia del Ministerio Público

Se encuentra desarrollado en el Artículo 8 del Código Procesal Penal. Al decir que dicho ente del Estado, goza de plena independencia para el ejercicio de la acción penal y la investigación de los delitos. La Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado al respecto, al decir que, el artículo que nos ocupa no sólo guarda armonía con el Artículo 251 de la Constitución, sino que desarrolla la

garantía de la autonomía funcional del Ministerio Público y deja a salvo la potestad de los jueces como contralores de la investigación.



h) El principio de obediencia

El Artículo 9 del Código Procesal Penal se refiere a la obediencia. Tómese nota que se habla dentro de la norma, de la obediencia que deberán guardar los funcionarios y empleados públicos a los jueces y magistrados. Es entendida la obediencia como la ejecución de la voluntad de quien manda, dentro de la esfera de su competencia o jurisdicción. Es el acatamiento a sus órdenes o el sometimiento a éste, mediante la sumisión y cumplimiento. Por igual se dice que es el debido cumplimiento de la orden de los jueces o magistrados, por ley u otro precepto imperativo, ya sea por la conciencia del deber o por la coacción moral que el castigo inmediato se avecina si hay desobediencia. Las razones que podrían ameritar la sanción por desobediencia podrían ser consideradas si se descubre que ha existido una pasividad en la ejecución de lo ordenado o rebeldía de quien recibe la orden. Y se califica que deberá actuar con obediencia ciega, quien recibe la orden y quien deberá cumplir inflexiblemente la misma, sin que se detenga a examinar su licitud ni sus razones que ameritaron la ordenanza. Y ante los jueces y magistrados, los funcionarios y empleados públicos deberán presentar obediencia debida.

i) Prevalencia del criterio jurisdiccional

Se encuentra desarrollado en el Artículo 11 del Código Procesal Penal. La norma pretende que los particulares en el pleno goce de sus facultades y derechos, y en la calidad de sujeto legítimo dentro del proceso, tengan presente que, aun cuando no nos gusten las resoluciones que provienen de los magistrados y jueces, éstas deberán ser respetadas, aunque no sean de nuestro gusto, y no esté en total acuerdo con ellas, o consideremos que contradigan nuestras opiniones. En todo caso debe tenerse presente que, para

hacer valer y manifestar nuestra inconformidad de ellas, siempre y cuando se tengan agravios que expresar, podrán impugnarse las mismas por los medios y en la forma como la ley lo permite y lo tiene pre determinado en la ley.



j) Fundamentación

Se encuentra desarrollada en el Artículo 11 Bis del Código Procesal Penal. La doctrina la califica como la Individualización y sustanciación del contenido de las resoluciones o requerimientos de los sujetos procesales. Y dice al respecto con referencia a éstos últimos que, la acción del ente requirente, como la del acto del incoar el proceso o de iniciar éste y principalmente como continente de la pretensión del sujeto encargado de la persecución. Se manifiesta principalmente en dos capítulos del requerimiento, por lo que hace relación al elemento objetivo de la pretensión, en el capítulo de la fundamentación y en el de la petición o súplica. En la fundamentación, es decir en la exposición de los hechos del requirente, se comprenden las bases fácticas y jurídicas de la pretensión y en la petición, tanto el pronunciamiento solicitado como la producción de efectos materiales. Ahora bien, la fundamentación de los autos y las sentencias es deberán ser debidamente congruentes con los hechos que han sido objeto de la causa y la prueba recolectada por el ente persecutor, en su actividad investigativa al estar ejercitando la acción penal pública.

k) Obligatoriedad, gratuidad y publicidad

Se encuentra descrito en el Artículo 12 del Código Procesal Penal. Estos principios están íntimamente ligados entre sí. La obligación de los jueces y magistrados de administrar justicia, conlleva la observancia de que ésta deberá ser gratuita y pública. Un solo postulado de los mencionados, no podría subsistir sin el acompañamiento de los otros dos.



l) Principio de indisponibilidad

Es calificado como el principio de competencia. Su antónimo es la Disponibilidad que es lo susceptible de libre empleo o atribución. Es decir, la indisponibilidad tendrá que sujetarse a que los jueces y tribunales no podrán renunciar al ejercicio de su función, sino en los casos de ley. Y son casos de ley, las cuestiones de competencia desarrollados en el Código Procesal Penal.

m) Principio de inocencia

Se encuentra desarrollado con el título de tratamiento como inocente, en el Artículo 14 del Código Procesal Penal. Se inicia la norma con el trato que las autoridades deberán darle a un individuo que es detenido y a quien se le imputa la comisión de un hecho delictivo. Requiere de las autoridades un trato particular hacia el imputado, como inocente, mientras no esté firme la sentencia condenatoria.

n) Principio de la proporcionalidad

De igual forma, el Artículo 14 del Código Procesal Penal desarrolla el principio de la proporcionalidad. El mismo consiste en afirmar que los juzgadores no podrán decretar, preventivamente ninguna medida de coerción que, ya después de realizado el juicio oral y público, se compruebe que no fue proporcional la medida dictada con la pena obtenida en sentencia. Es decir, en caso salga responsable el individuo en la misma, por la comisión de un hecho delictivo, la medida coercitiva decretada en su contra, en forma provisional, no podrá superar la pena obtenida. De lo contrario, se estaría confirmando que existió exceso en la medida coercitiva, pues ni en Sentencia condenatoria pudo obtenerse algo mayor.



o) El principio de *indubio pro reo*

Y por último, dicha normativa procesal penal, a su final, buscando desarrollar el principio, únicamente hace referencia que, la duda debe favorecer al imputado. En pocas palabras, cuando el juzgador dude de quien tiene la razón en un procedimiento penal determinado, debe otorgarle la razón al imputado de la causa.

p) Principio a no declarar contra sí mismo

Se encuentra desarrollado en el Artículo 15 del Código Procesal Penal. Es calificado el principio por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como garantía judicial mínima. Durante el proceso toda persona tiene derecho, plena igualdad a la garantía mínima de no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

q) Principio de la supremacía constitucional y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos

Se encuentra desarrollado en el Artículo 16 del Código Procesal Penal. El principio está descrito por igual en los artículos 13, 44, 45 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Los tribunales y demás autoridades que intervengan en los procesos deberán cumplir los deberes que les imponen la Constitución y los tratados internacionales sobre respeto a los derechos humanos.

r) Principio de *non bis in idem*

Se encuentra desarrollado en el Artículo 17 del Código Procesal Penal. El principio se encuentra igualmente descrito en el Artículo 8 numeral cuatro, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.



El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. Ahora bien, cuando la norma indica que nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, esta afirmando que a nadie se le podrá perseguir de nuevo, si con anterioridad se le ha condenado o absuelto en juicio público y el fallo se encuentra firme.

s) Principio de cosa juzgada

Se encuentra desarrollado en el Artículo 18 del Código Procesal Penal. El principio se encuentra ampliamente relacionado con lo descrito en el Artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al describir el derecho a la Indemnización.

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial. La norma procesal establece la prohibición a que se abra de nuevo proceso que goza de ejecutoriedad. Salvo el caso de la revisión desarrollada en el título siete, del libro tercero que contiene las impugnaciones, en el Código Procesal Penal.

t) Principio de continuidad del proceso

Se encuentra desarrollado en el Artículo 19 del Código Procesal Penal. Como se puede apreciar, el principio pretende que el proceso sea llevado en forma constante, continua y en forma consecutiva. Pero existen las excepciones. Una de ellas es la extinción de la persecución penal.

u) Derecho de defensa

Se encuentra señalado en el Artículo 20 del Código Procesal Penal. Es una repetición a lo que señala el Artículo 12 de la Constitución. Pero un poco más explícito. Cuando se habla que la defensa de la persona y de sus derechos son



inviolables en el proceso penal, está tocando todos los derechos garantizados protegidos como garantías mínimas en la convención americana sobre derechos humanos, los descritos en los primeros artículos de la normativa constitucional que nos habla de la persona y sus derechos y de todos aquellos derechos inherentes al ser humano descritos en tratados internacionales ratificados por el Estado.

v) Principio de igualdad

Se desarrolla en el Artículo 21 del Código Procesal Penal. Igualmente se encuentra descrito en el Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas son iguales ante la Ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. A nadie se le podrá otorgar trato preferencial al momento de estársele aplicando la ley. Si todos somos iguales ante la ley, el trato desigual se encuentra prohibido.

w) Principio del asilo político

Se desarrolla en los Artículos 22 y 23 del Código Procesal Penal. Cuando la norma hace referencia a la salvedad rezada en tratados internacionales, se está refiriendo a que efectivamente, reconoce el asilo político, e indica en el Artículo 29 la Constitución que los extranjeros únicamente podrán acudir a la vía diplomática en caso de denegación de justicia. No se califica como tal, el solo hecho de que el fallo sea contrario a sus intereses y en todo caso, deben haberse agotado los recursos legales que establecen las leyes guatemaltecas. (Berducido M., Principios del proceso penal, 2015)



2.5 La participación del delincuente

El tema de la participación del delito se encuentra regulado en los artículos del 35 al 40 del Código Penal.

De acuerdo con la normativa antes señalada, son responsables penalmente los autores y los cómplices.

Según el Artículo 36 del Código Penal son autores:

- 1º. Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito.
- 2º. Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo.
- 3º. Quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer.
- 4º. Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación.

El artículo anterior considera autores a los instigadores, a los cooperadores y a los conspiradores, además a quienes toman parte directa en la ejecución del delito.

El Artículo 37 del Código Penal establece que son cómplices:

- 1º. Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito.
- 2º. Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito.
- 3º. Quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para realizar el delito; y
- 4º. Quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de éstos en el delito.



Como se observa los cómplices juegan un rol diferente en la participación del delito, es un rol, menos complicado, al punto de que, por ello es que la pena para los cómplices se impone rebaja en una tercera parte de acuerdo al Artículo 63 del Código Penal.

Además, se regula como forma de participación el delito de muchedumbre, según el cual, de acuerdo al Artículo 39 del Código Penal:

Cuando se trate de delitos cometidos por una muchedumbre, se aplicarán las disposiciones siguientes:

1º. Si la reunión tuvo por objeto cometer determinados delitos, responderán como autores todos los que hayan participado materialmente en su ejecución, así como los que sin haber tenido participación material, asumieren el carácter de directores.

2º. Si la reunión no tuvo por objeto cometer delitos y éstos se cometieren después por impulso de la muchedumbre en tumulto, responderán como cómplices todos los que hubieren participado materialmente en la ejecución y, como autores, los que revistieren el carácter de instigadores, hayan tenido o no participación material en la ejecución de los hechos delictivos.

Quedarán exentos de pena los demás.

Esta última exención no alcanza a la reunión en sí misma, cuando estuviere prevista en la ley, como delito.

Ahora bien, doctrinariamente Manuel Ossorio establece que:

Algunos códigos, entre ellos el argentino, la definen con más o menos variantes como la atribuida a aquellas personas que toman parte en la ejecución del hecho delictivo o prestan al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse." (Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, 1987, pág. 722)



La definición antes expresada está de acuerdo de manera somera con la legislación guatemalteca al observarse que el Código Penal regula la participación en el delito dividiendo esta entre autores y cómplices, además de regular el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el delito de muchedumbre de los artículos 35 al 40 incluso.

“La participación es, en sí, la intervención de un hecho ajeno, en una posición secundaria y que no tiene el dominio final del hecho.” (González CauhapéCazaux, 1998, pág. 122) Esta definición separa al autor del delito de los partícipes colocándolos en una situación secundaria, quienes para el Derecho Penal guatemalteco serían los cómplices.

La expresión de partícipes se utiliza en un significado general y un significado restrictivo; el primero establece cualquiera que intervenga en el delito, y el segundo en el sentido restrictivo a aquellos que no son autores es decir los cómplices o instigadores entre otros. (Creus, 1999, pág. 380)

Los instigadores se verán descritos de alguna manera en el Artículo 37.1 del Código Penal el cual establece que son cómplices: “Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito.”

El Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni divide la participación en dos formas:

Que son la instigación y la complicidad. Se establece que la participación es el aporte que al injusto doloso de otra persona, indica una relación directa y relativa debido a que es directa porque se hace con el autor del hecho típico y relativo porque domina el fin del hecho antijurídico. (Zaffaroni Eugenio, 1998, pág. 621)



2.5.1 Autor desde el punto de vista unitario

Parte esta teoría de la no distinción entre las conductas del autor y de los partícipes. En función de la teoría de la equivalencia de las condiciones, todos los que intervienen en el delito, prestan una contribución causal al hecho. No existe pues participación en el delito, ya que todos los que en él intervienen aportan una condición y todas las condiciones tienen idéntico valor, todos los que participan, pues, son autores y no cabe buscar criterios de distinción a efectos de aplicación diferenciada de la pena. (Lozano Maneiro, 1998, pág. 3)

El punto de vista unitario del autor es obsoleto y en definitiva no tiene cabida dentro del Derecho Penal moderno, que sí hace una especial distinción entre autoría y participación, proporcionando, desde luego, una forma diferenciada de aplicación de las penas que le corresponden en cada caso a los autores y a los cómplices.

2.5.2 Concepto extensivo del autor

El fundamento de esta concepción coincide con el concepto unitario de autor ya que se sitúa en la teoría de la equivalencia de las condiciones, que parte del igual valor causal de las aportaciones de todos los que intervienen en la realización del delito, pero, al existir en el derecho positivo la distinción entre autores y partícipes, se ven obligados a buscar criterios de diferenciación.

Esta teoría entiende que desde el punto de vista lógico todos los sujetos que aportan alguna intervención que afecta al hecho son igualmente causas del mismo, pero reconoce que la ley obliga a distinguir distintos grados de responsabilidad. Los tipos legales de participación aparecen, entonces, como causas de restricción de la pena, puesto que sin ellas debería castigarse a todos los intervinientes como autores. Y la pregunta es ¿Cómo distinguir entre autores y partícipes como impone la ley? Si una diferenciación objetivo-causal



es imposible lógicamente, habrá que buscar el criterio de distinción en el plano de lo subjetivo: será autor quien obre con ánimo de autor (*animus actoris*), será partícipe quien actúe sólo con ánimo de partícipe (*animus socii*). Es lo que se conoce con el nombre de la teoría subjetiva de la participación. Que constituye el complemento necesario del concepto extensivo de autor.

Ahora bien, la necesidad de una distinción puramente subjetiva de autoría y participación encierra inconvenientes político-criminales. Ha conducido a la jurisprudencia alemana, que la acoge, a resultados criticados por la doctrina. Así, los tribunales alemanes han castigado como meros partícipes a sujetos que han realizado por si mismos todos los elementos del tipo, mientras que han considerado autores a quienes no han tenido intervención material en el hecho; produciéndose con esto una notoria subjetivización de la responsabilidad penal. No basta para paliarlo el hecho de que en la práctica se deduzca la voluntad de autor de la existencia de interés en el hecho por parte del sujeto. (González Rodríguez, 1997, pág. 136)

El criterio extensivo de la autoría es sumamente complicado, al punto que por la subjetividad del mismo tiende a confundir en especial a los jueces alemanes al momento de dictar sus sentencias, es por ello que, también en un sistema que ha sido dejado en desuso por el pueblo alemán, porque al final es mejor remitirse a los hechos que puedan y deban ser probados en el juicio, que a la deducción o reconstrucción judicial de aspectos de la fase interna del *iter criminis*.

2.5.3 Concepto restrictivo de autor

Debido a los inconvenientes político-criminales del concepto extensivo de autor, junto a otras consideraciones dogmáticas, han llevado a la doctrina dominante alemana a abandonarlo y sustituirlo por el concepto restrictivo de autor.



Esta otra teoría no es nueva, sino anterior, pero en los últimos tiempos ha sido objeto de ciertas matizaciones que han olvidado su rigidez originaria y la han hecho aceptable por la mayoría.

Esta teoría parte de la diferencia objetiva entre las conductas del autor y del cómplice. Autor es sólo el que realiza la acción descrita en el tipo de la parte especial. Todos los demás partícipes que realizan actos atípicos que son punibles en función de causas de extensión de la responsabilidad, y tales son las normas que regulan la participación, que de no existir supondrían la impunidad de esas conductas. El problema que plantea este concepto de autor es el de determinar cuáles son los criterios objetivos que distinguen las conductas de participación de las del autor.

Así, la contraposición entre las diversas concepciones de autor lleva en su aplicación a la participación, a distinguir entre criterios objetivos y criterios subjetivos con los que se miden la contribución de los distintos partícipes. Tradicionalmente, los primeros configuran los modelos diferenciados de participación, mientras los segundos dan lugar a los modelos que acogen un concepto unitario. Se produce así una identificación entre la concepción extensiva de autor y la posibilidad de distinguir los partícipes sólo desde el punto de vista psicológico, es decir con el concepto unitario de autor. (González Rodríguez, 1997, pág. 137)

El Código Penal guatemalteco sigue precisamente esta corriente de pensamiento al dividir esencialmente la participación reconociendo la autoría propia o material, la autoría intelectual, la autoría por operación y la autoría por división del trabajo, en el Artículo 36 y el tema de los cómplices en el artículo siguiente. Claro que el fin del proceso penal en general de acuerdo al Artículo 5 del Código Procesal Penal, es la averiguación de un hecho señalado como delito o falta, y que se establezca a los posibles partícipes en el mismo con la individualización del tiempo, lugar y modo



en que el crimen se haya cometido, que se dicte una sentencia y con la innovación de la tutela judicial efectiva para todas las partes.

2.6 La investigación criminal

Se habla de investigación cuando el fin es alcanzar las respuestas hacia una información verídica, con la posibilidad de aumentar la fiabilidad en los hechos sucedidos, así recopilando toda la información sobre el hecho delictivo que se ha cometido, la individualización uno o varios, sujetos y a si, apoyar con suficientes pruebas el hecho para un dictamen favorable o condenatorio. (López Calvo, 2000, pág. 52)

La definición precedente está enmarcada perfectamente con los fines del proceso penal guatemalteco, que están regulados en el Artículo 5 del Código Procesal Penal.

Caballero Medina expresa:

La investigación criminal es una rama de la Investigación que se aplica en la resolución de casos legales, donde el Estado tiene que respetar a través de sus agentes los derechos fundamentales conforme al marco legal. Para Helmut Koetzshe expone en el año 1992, tres principios que rigen la investigación criminal: el respeto a los derechos humanos, apegarse al principio de legalidad y la utilización de métodos apropiados. (2017, pág. 5)

Desde luego que el proceso penal guatemalteco tiene contemplado el respeto a los derechos humanos y el principio de legalidad dentro de sus disposiciones generales y por otra parte de la libertad de prueba respecto de la utilización de métodos adecuados para tal fin, siendo que, de no ser de esa manera se contravendrían normas del *ius cogens*, ya que es imperativo para todos los Estados



del mundo, el observar el derecho de defensa, el debido proceso, el principio de legalidad, etc., y mantenerlo establecido en sus diferentes legislaciones.

Koetzshe citado por Caballero:

Específica cuáles son los principios de investigación criminal y uno de estos es el respeto a los derechos humanos, evitando la fuerza excesiva, el uso de la tortura así como el uso innecesario de la fuerza física. En los casos donde los investigadores actúan como servidores públicos, o, individualmente, hay derechos fundamentales que se tienen que respetar como la religión, raza, sexo, asociación política, preferencia sexual y el estado civil. Expresarlo de la forma anterior parece muy sencillo. Sin embargo la investigación no siempre se realizará en un entorno amigable. Es el caso con los narcotraficantes, la delincuencia organizada y con los vendedores de armas ilegales; el autor expone sin embargo, en esas circunstancias más que nunca es prioritario que se cumpla este principio a pesar de la calidad y peligrosidad de las personas que investigan. (2017, pág. 6)

El Código Procesal Penal guatemalteco reconoce el respeto a los derechos humanos dentro de sus disposiciones generales como se ha establecido, además de que Guatemala es parte de una cantidad de tratados internacionales en esa materia, que ingresan al ordenamiento jurídico nacional con el carácter de leyes constitucionales, por lo que, al menos desde el punto de vista positivo, la legislación nacional se apega al respeto a tales derechos.

Continúa expresando Caballero que:

Uno de los métodos que están permitidos ya sea protegiendo la vida en defensa propia o en salvar terceras personas que estuvieran en peligro dentro de otro principio está el de legalidad. Toda investigación criminal debe estar



previamente establecida en ley. El autor citado precisa: con respecto al principio de legalidad, el investigador está obligado a respetar las leyes. Dentro del texto de las leyes se determina el momento y la persona facultada para realizar los arrestos, para recabar pruebas e investigar los delitos, incluso para asegurar bienes y proteger el lugar de los hechos. (2017, pág. 7)

Desde luego que lo anterior involucra la idea de la prohibición de métodos de investigación que no estén permitidos por la ley o que su mera producción también sea constitutiva de delito, como por ejemplo la confesión obtenida mediante la tortura.

Según Caballero:

En el marco de la investigación criminal se pretende que la investigación sea con el debido proceso, ya que al establecer los alcances y límites legalmente, el investigador puede recabar pruebas, hacer diligencias, usar los métodos más necesarios pero siempre respetando los derechos universales, siempre y cuando estos métodos sean legales. Al respecto López Abrego refiere: vale la pena señalar que en distintos países las pruebas obtenidas mediante procedimientos ilegales carecen de todo valor probatorio durante el proceso penal. Esto confirma, entonces, que la investigación criminal puede ser anulada si no se practica fielmente dentro del parámetro legal vigente en una Nación. Sin embargo, tratándose de un componente propio de las ciencias sociales, el método y las herramientas de investigación deben estar supeditadas al método científico, que en el campo propio de averiguación de la verdad de un hecho calificado como delito necesita estar fundada en ciencias como la metrología, balística forense, genética, psicología, fotografía, entre otras.” (2017, pág. 7)

Existe en especial en países tercer mundistas una gran dificultad probatoria, porque la investigación se funda en la prueba testimonial, la cual es poco segura debido a los errores de memoria que puede tener el testigo, o bien a la afinidad o animadversión que pueda tener con cualquiera de las partes controvertidas en el proceso, por ello es mejor la implementación de la prueba científica para que esta



sirva de base y los testigos si es que los hay solamente corroboren lo que la prueba científica arroja y no al contrario. Otro aspecto a considerar es que la investigación criminal debe ser abordada científicamente, con el uso de las diferentes ciencias criminalísticas, toda vez que, en pleno siglo XXI no es coherente que la prueba principal dentro del proceso sea la testimonial, dado que esta puede estar influenciada por una multitud de factores que la debilitan, desde errores de memoria de los testigos, hasta el favor o animadversión que puedan sentir respecto del sindicado o la víctima y que esto pueda afectar consciente o inconscientemente la veracidad de sus relatos dentro de la secuela del proceso.

Según López Ábrego Citado por Caballero nuevamente, debe observarse meticulosamente el principio de métodos apropiados de investigación criminal. Al respecto expone:

En el ámbito del Derecho no existe una regla específica en la cual se precise la utilización de cualquier medio para la obtención de la verdad. Incluso desde la Constitución hasta las leyes secundarias prohíben ciertos métodos para la obtención de datos, como la tortura, los palos, los azotes, la intimidación, el uso de drogas y fármacos. (2017, pág. 8)

Lo anterior desde luego merece la pena recalcarlo, dado que el respeto a la dignidad de la persona y de sus derechos no debe ir en desmedro de la averiguación de la verdad.

Por último Caballero establece que:

En este sentido es importante destacar que una auténtica investigación criminal de naturaleza científica no puede realizar acciones aplicando métodos prohibidos. Para muchos procedimientos es necesario cumplir con aquellas



disposiciones emanadas por la autoridad competente, como en aquellos casos de la intervención de las comunicaciones, el aseguramiento precautorio de bienes y las detenciones de personas involucradas. Esta característica de la investigación criminal está en constante cuestionamiento por parte de los responsables en la implementación de acciones policiales porque consideran que impide la eficacia de la misma investigación. Sin embargo es necesario hacer una acotación deontológica como lo refiere el maestro López Ábrego: de la amplia gama de métodos de investigación se eligen algunos y se descartan otros en relación con el delito que se persiga y de las personas sobre las cuales recaiga la investigación. (2017, pág. 8)

Lo que se espera es que exista una verdadera policía científica y un Ministerio Fiscal a la altura del *lex artis*, ya que las ciencias forenses han avanzado a pasos agigantados en el último lustro, al punto de que, sin ciencia forense no puede existir una verdadera reconstrucción judicial de un hecho criminal.

2.7 Modalidades de prevención del delito

La prevención del delito puede definirse como:

Una serie de medidas integrales orientadas a reducir las posibilidades de que una persona o un grupo sean víctimas de violencia o se involucren en hechos violentos. En este sentido, es importante mencionar que el concepto de prevención del delito incluye la legislación, la intervención policial, la instalación y administración de prisiones y cárceles, políticas de seguridad pública, políticas de educación, y una gran variedad de actividades dirigidas a evitar delitos futuros. (Sagastume Martínez, 2013, pág. 69)

La política criminal, como parte de la política estatal, se manifiesta en tres variantes, la prevención del delito, la represión del delincuente una vez cometido el



crimen, y la rehabilitación dentro del sistema penitenciario, sin lugar a dudas la menos implementada de estas tres manifestaciones de la política criminal es la preventiva.

La prevención del delito, según el Profesor Ceccaldi citado por Sagastume, es:

La política de conjunto que tiende a suprimir o al menos a reducir los factores de delincuencia o inadaptación social. Además, el tema de la prevención del delito, hoy en día, es verdaderamente valioso e importante, y el cual para que tenga éxito, es necesario que las personas encargadas de elaborar los planes de la política preventiva, posean un profundo conocimiento del problema en toda su complejidad y en sus relaciones con los demás elementos de la situación, además que se debe reforzar el estudio objetivo de las causas directas e indirectas de la criminalidad, su extensión y consecuencias, así como ciertas características esenciales de los delincuentes y criminales. (2013, pág. 69)

En Guatemala, se le ha dado más apoyo e importancia a la represión del delincuente con el fortalecimiento de la policía, el poder judicial y del ente fiscal y sin embargo, los niveles de inseguridad y los altos índices de hechos delictivos son alarmantes y aumentan cada año que transcurre.

Reyes Calderón citado también por Sagastume al respecto establece que:

La prevención es la parte de la política criminal que tiene por objeto minimizar la ocurrencia de la criminalidad, la cual está constituida por una gama de actividades que van desde el alumbrado público, para evitar que el criminal aprovechándose de los sitios oscuros lleve a cabo sus actos desviados hasta el desarrollo integral de un país atendiendo factores como la educación, el empleo, la salud y vivienda para que los factores desencadenantes de la conducta desviada no desemboquen en actos criminales. (2013, pág. 70)



Desde luego que una política criminal preventiva debe ser integral y no se reduce a una alta cantidad de policías patrullando las calles, sino a factores de prosperidad en la ciudadanía, educación, generación de empleo, entre otros.

En este mismo sentido, el Profesor J.F Martínez Rincones citado por Sagastume, establece que:

En el contexto social y cultural contemporáneo, la prevención debe ser aceptada como una disciplina de la política criminal del Estado, orientada o dirigida específicamente hacia la minimización o inhibición de los factores criminógenos de la sociedad. Continúa manifestando que el Estado tiene que obrar con un diagnóstico de la criminalidad derivado de la investigación criminológica que se haga de las causas socio históricas de la delincuencia, para actuar sobre ellas con aquellos medios adecuados que inciden directamente sobre las relaciones sociales que las producen. (2013, pág. 70)

El diagnóstico de criminalidad al que se hace referencia, debe ser llevado a cabo como parte de la política criminal integral del Estado, a través de altos niveles de comunicación entre autoridades, además de contar con la suficiente estadística delincuencia real por regiones, para poder incluso orientar la misma, dadas las particularidades de cada lugar donde se cometen con frecuencia cierto tipo especial de crímenes.

Con base a lo anterior resulta manifiesto que entre las medidas de prevención se debe tomar en cuenta la importancia de los servicios de protección social. Se deben adoptar medidas apropiadas que se adapten a la realidad socioeconómica de un país. En este sentido es necesario aumentar el nivel económico y cultural de la población y preservar la salud de los niños; además de proteger a la familia, reformar la policía y el sistema judicial y régimen penitenciario. (Sagastume Martínez, 2013, pág. 71)



2.7.1 Niveles de prevención

Los expertos en temas de prevención hablan de tres niveles de prevención:

a. Primaria

A la prevención primaria, también se le llama prevención social. Los programas de prevención primaria son aquellos que se orientan a las causas de la delincuencia. Tratan de neutralizar las posibilidades de que ocurran actos criminales antes de que éstos se manifiesten.

Uno de sus principales objetivos es resolver situaciones que pueden conducir a una persona a cometer delitos, como educación, trabajo, vivienda, bienestar y calidad de vida. Este tipo de prevención es a largo y mediano plazo y es la más efectiva porque ataca las causas del problema. (Sagastume Martínez, 2013, pág. 71)

Las anteriores son políticas de Estado prácticamente nulas, crear condiciones de prosperidad para que el ciudadano goce de trabajo, vivienda, salud a bajo costo, educación para sus hijos y una alta calidad de vida sería lo ideal para impedir la necesidad de delinquir a fuerza de la pobreza y extrema pobreza por la falta de oportunidades.

b. Secundaria

La prevención secundaria es focalizada debido a los factores temporo espaciales que se toman en cuenta al planificar la política criminal, derivado de lo anterior se entiende que los planes de la prevención secundaria no pueden ser los



misimos en Zacapa que por ejemplo en El Mezquital de la ciudad de Guatemala, los grupos sociales tienen connotaciones propias en cada lugar, y los delitos que ocurren son diferentes y con distintos matices.

A la prevención secundaria también se le conoce como prevención focalizada.

Este nivel de prevención se orienta a aquellos grupos que se encuentran en riesgo de ser víctimas de la delincuencia o en riesgo de involucrarse en actividades delictivas, como la adolescencia y juventud que vive en situación de calle, quienes migran en condiciones precarias, personas con adicciones, personas explotadas sexualmente, adolescentes y jóvenes fuera del sistema escolar y desempleados, así como también se orienta a grupos especiales como las maras y pandillas, entre otros.

Este tipo de prevención funciona a mediano y corto plazo. (Sagastume Martínez, 2013, pág. 71)

Esta prevención existe con algunos programas de gobierno en especial los que se deslindan de la Secretaría de Obra Social de la Esposa del Presidente del poder ejecutivo, pero son de poco alcance para la gran cantidad de personas que son parte de los distintos grupos vulnerables como los niños y adolescentes, las mujeres los indígenas y las personas de la tercera edad.

c. Terciaria

La prevención terciaria comprende un conjunto de estrategias que previenen la reincidencia de adolescentes y jóvenes que han cometido un delito, es decir, consiste en implementar programas para aquellas personas procesadas o que



están cumpliendo condena en centros penitenciarios, contribuyendo a resocializar al delincuente para que al recuperar su libertad, se integre a la sociedad de forma productiva y no recaiga en delitos. (Sagastume Martínez, 2013, pág. 71)

Esta forma de prevención del delito es prácticamente inexistente, basta con darse cuenta en cualquier noticiario que el sistema penitenciario dentro de sus cárceles son verdaderas escuelas del crimen, y que dentro de sus instalaciones se gestan extorsiones, homicidios, secuestros, etc.

2.7.2 Formas de prevención

También se considera que existen diferentes formas de prevención del delito siendo estas:

a. Prevención situacional del delito

La prevención situacional es aquella que va actuar sobre situaciones precriminales y ocasiones, y abarca la administración, diseño y manipulación del entorno físico a modo de reducir las oportunidades para la comisión de delitos. Estudia las características del bien afectado, los aspectos físicos del lugar en que se cometen y los comportamientos de las personas que puedan cometer un delito. Dentro de las acciones de prevención situacional se encuentran las asociadas al diseño de espacios y recintos públicos, conjuntos habitacionales, calles y pasarelas, mediante el uso de mecanismo de planificación urbano que garanticen mayor visibilidad y que facilitan el desplazamiento de las personas y el reconocimiento e identificación de extraños. Ejemplos concretos de este tipo de prevención pueden ser la instalación de elementos de seguridad para dificultar el ingreso a una vivienda determinada, la instalación de un sistema de alarma satelital de un vehículo



automotor, instalación de sistemas de seguridad en comercios, entre otros. La prevención del delito a través de la modificación de las particularidades físicas de la localidad, se constituyen como medidas para dificultar el alcance de los objetivos delictivos. (Sagastume Martínez, 2013, pág. 72)

Esta forma de prevención requiere de una alta inversión en infraestructura, y es una verdadera pena que pocos puntos del país llenen requisitos de iluminación y patrullaje policiaco permanente.

b. Prevención social

En cuanto a la prevención social del delito, se puede establecer que se centra en la intervención de aquellos factores de riesgo que han sido identificados como predecesores de conductas violentas y delictivas, tales como la deserción escolar, el desempleo, la violencia intrafamiliar, el consumo de alcohol o uso de drogas, entre otros factores. Es importante señalar que uno de los fines principales de este tipo de prevención, es lograr que los niños, niñas y jóvenes de una sociedad tengan la oportunidad de alcanzar su pleno desarrollo individual en un entorno seguro y sano. (Sagastume Martínez, 2013, pág. 72)

Todo lo antes descrito esta concatenado con la prevención primaria, toda vez que a nivel social es donde se lograría un mejor nivel de prevención del crimen a largo plazo.

Los ámbitos de acción específicos y las tareas a desarrollarse en la prevención social, se centralizan en la reducción de la violencia intrafamiliar y el maltrato, la reducción de la violencia escolar, el apoyo hacia niños y jóvenes en situaciones de riesgo que permitan su tratamiento efectivo mediante servicios que contribuyan a mitigar los problemas que los rodean, prevenir el consumo de alcohol y de drogas, detectar de manera temprana problemas comportamiento violento y delictivo en niños y adolescentes, intervenir en



barrios vulnerables, amenazados por la violencia y por desventajas sociales y económicas. (Sagastume Martínez, 2013, pág. 72)

Todo lo antes manifestado siempre ha sido parte del discurso de las autoridades de turno y parte de sus promesas de campaña electoral, sin embargo no se convierten en realidad nunca.

c. Prevención mixta o comunitaria

La prevención mixta o comunitaria combina tanto las medidas situacionales y socio-preventivas. Los programas comunitarios de prevención del delito están destinados a sensibilizar a la población sobre el papel que puede jugar en la prevención del delito, en una colaboración muy estrecha entre la policía y la comunidad. La prevención comunitaria se basa en la hipótesis según la cual numerosos delitos no tendrían lugar si los ciudadanos fueran conscientes del volumen y de las consecuencias de las actividades criminales que acaecen en la zona en que habitan y asumieran ante este fenómeno un mínimo de responsabilidades.

Entre los principales programas basados en la prevención mixta o comunitaria, se encuentran en campañas de información y educación sobre la mejor manera de protegerse del crimen en general o de determinados delitos y la creación de comités de prevención del delito, entre otros. (Sagastume Martínez, 2013, pág. 73)

Esta forma de prevención ha tenido más o menos un mejor nivel de éxito en especial en comunidades muy bien organizadas en el occidente del país guatemalteco, donde incluso los vecinos patrullan y capturan a los delincuentes y los entregan a las autoridades de forma inmediata.

2.7.3 Enfoques de la prevención del delito

En el X Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, se plantean tres enfoques generales de prevención del delito, que se diferencian según sus objetivos y técnicas particulares:

a. Desarrollo de la infancia

“Las distintas investigaciones realizadas han documentado una gran diversidad de factores de riesgo de violencia y delito en los primeros años de la infancia. Para lo cual este enfoque se ocupa de estos factores, interviniendo en elementos como mejores aptitudes parentales, una educación más temprana y más variada, así como una mejor salud física y mental, para lograr desembocar en una reducción considerable de futuros delitos y de la futura delincuencia. (Sagastume Martínez, 2013, pág. 74)

El desarrollo de la infancia de manera adecuada es una forma de prevención del delito a largo plazo, pero que realmente vale, respecto del futuro y de la Guatemala del mañana, la que se desea legar a las futuras generaciones.

b. Desarrollo de la comunidad

Los criminólogos han reconocido que hay una fuerza muy poderosa en las comunidades locales que pueden promover o inhibir el delito. Por lo tanto, una importante labor de la prevención del delito, radica en los esfuerzos encaminados a reforzar la viabilidad económica y la cohesión social de las comunidades locales, a ofrecer más servicios y facilidades locales para el fomento y desarrollo de la comunidad, a favorecer los vínculos de los residentes con sus comunidades locales, a enseñar a los jóvenes la importancia del imperio de la ley, y a desarrollar las relaciones entre la comunidad y la policía. (Sagastume Martínez, 2013, pág. 75)



Esto no puede ser de otra forma, y como se ha expresado con antelación existen interesantes ejemplos en el occidente del país, donde las autoridades originarias incluso aplican su propio derecho para prevenir y sancionar el crimen.

c. Desarrollo Social

Esta parte del supuesto de que los países en desarrollo y en los países en transición, gran parte de los delitos se deben a la pobreza, a la falta de empleo remunerado, a la escasa educación, a la discriminación y a otros diversos problemas sociales y económicos. Si bien es cierto que el desarrollo social no suprime todas las causas del delito, ya que en muchos países desarrollados se dan gran cantidad de delitos, es indudable que las condiciones sociales y económicas menos favorables de los países en desarrollo, generan gran parte del origen de los delitos. (Sagastume Martínez, 2013, pág. 75)

Como se ha expresado siempre las condiciones de alta calidad de vida y prosperidad en el grueso de la población es el mejor medio de prevención del crimen, por ello es que en los países desarrollados los índices de criminalidad son más bajos que en los países en vías de desarrollo.





CAPÍTULO III

La conducta criminal

3.1 Consideraciones previas

La conducta es definida como: “Forma de obrar que guarda estrecha relación con el derecho.” (Goldstein, 2008, pág. 154)

La acción desde el punto de vista del Derecho Penal es un quehacer relevante para el Derecho Penal, o bien dejar de hacer igualmente relevante para el Derecho Penal, distinto de los casos de ausencia de acción (movimientos reflejos, fuerza exterior, estados de inconciencia), por lo que la acción o conducta criminal se encuentra encaminada con un obrar malicioso que infringe las leyes penales.

Hoy en día –y acompañada con los avances de la investigación– cobra nueva fuerza la vieja discusión relativa a si la base biológica que cada uno portamos es la responsable de los comportamientos criminales. Esta discusión, como se apunta, no es nueva. La génesis de los estudios de los factores biológicos como generadores de criminalidad hay que buscarlos en el siglo XVIII, con Franz Gall, que investigó en los cráneos de reclusos las protuberancias y otras irregularidades para encontrar una explicación biológica a las conductas de estos sujetos. Poco después de las formulaciones de Gall, el padre de la criminología moderna, Cesare Lombroso (1835-1909), profesor de medicina legal en la Universidad de Turín y principal representante de la escuela positiva italiana, postuló la teoría del atavismo moral, que es su propuesta de aplicar el mismo método científico de las ciencias naturales –como la física, la botánica, la medicina o la biología– al estudio de la criminalidad, tarea que lleva a cabo en la primera edición de su obra *L'uomo delinquente* que ve la luz en 1876 y con la que sienta las bases de la antropología criminal. Sí que se ha de aclarar que la propuesta que realiza Lombroso no es original suya, ya que con



anterioridad la había llevado a cabo Augusto Comte en 1842, por medio de su obra *Cours de Philosophie Positive*, en la que planteaba estudiar el comportamiento humano y la sociedad por medio de la observación, la comparación y la experimentación, de la misma forma que se hacía en las ciencias naturales. (Aróstegui Moreno, 2009, pág. 35)

La doctrina de la antropología criminal, que busca descubrir al delincuente nato, dado sus características antropomórficas, en algún momento del devenir histórico se consideró obsoleta, pero los avances de la medicina actual y de la psicología y la psiquiatría forense comienzan a retomar las ideas de Lombroso y resolver este entuerto teórico con pruebas psicofísicas y biológicas.

La formulación de Lombroso ponía de manifiesto la idea del criminal nato y atávico –criminal innato desde que nace o desde su origen– que era el resultado de un proceso evolutivo incompleto. El atavismo degenerativo, que es el eje central de su teoría, lo desarrolló a partir de los estudios que Charles Darwin llevó a cabo y que plasmó en su obra *El origen de las especies*, publicada en 1859, en la cual señalaba ejemplos de especies que degeneran a fases previas de su desarrollo evolutivo. Lombroso, en sus planteamientos, señalaba que los delincuentes natos y atávicos se caracterizaban por una serie de rasgos físicos, como la frente hundida y baja, gran desarrollo de los pómulos, orejas en asa, gran pilosidad y braza superior a la estatura. Con tales descubrimientos, se opone a las formulaciones de la Escuela Clásica, lo que provocó un intenso debate científico entre ésta y la Escuela Positiva. Las formulaciones de Lombroso fueron seguidas en parte por sus discípulos, entre los que se encontraba Ferri, que atribuyó una mayor importancia en la etiología de la delincuencia a los factores sociales, económicos y políticos, y clasificó además a los delincuentes, en 1880, en cinco categorías: el delincuente nato o instintivo; el loco; el pasional; el ocasional y el habitual. (Aróstegui Moreno, 2009, pág. 36)



No debe dejarse de lado el estudio de los factores ambientales, que influyen en la personalidad no solo desde el punto de vista climatológico, sino además los factores sociológicos, como el entorno, las relaciones familiares y de amistad, así como aspectos económicos y políticos que pueden provocar que se despierte la inclinación a delinquir de la persona.

3.2 Posiciones biológicas

La ciencia biológica trata de localizar e identificar en alguna parte del cuerpo humano un factor patológico, disfunción o trastorno orgánico que dé una explicación a la conducta delictiva. La localización que la biología pretende establecer la lleva a cabo a través de una serie de especialidades como la ciencia antropológica, biotipológica, endocrinóloga, genética, neurofisiológica, bioquímica, etc. (Aróstegui Moreno, 2009, pág. 37)

Precisamente por el avance de las ciencias médicas se empieza a discutir el tema del ácido desoxirribonucleico y si precisamente dentro del genoma humano se encuentra la respuesta de la conducta antisocial.

3.2.1 Biologismo genético

Ya desde el siglo XIX un número importante de Escuelas - entre las que se encuentra la Escuela Positiva Italiana, representada por Lombroso y sus discípulos Ferri y Garofalo, perseguían demostrar que existía una base biológica de la delincuencia. Los planteamientos de la Escuela Positiva Italiana en ningún momento de su vigencia tuvieron el carácter de doctrina mayoritaria en el Derecho Penal comparado aunque, si bien es cierto, desencadenó una importante polémica entre las Escuelas Positivistas y Clásicas. La Escuela de *Lyón* supuso la más abierta contradicción a las tesis de la Escuela Positiva. A



raíz del debate en cuestión surgirían además prestigiosas escuelas criminológicas eclécticas que perseguían encontrar el equilibrio de los postulados clásicos y positivistas. Entre estas escuelas se encuentran la escuela de la defensa social, *Terza Scuola*, que no opta por el determinismo radical del positivismo ni por el libre albedrío absoluto del clasicismo y la joven escuela o escuela de Marburgo. (Aróstegui Moreno, 2009)

Es menester indicar en este punto que fuera del rudimentario sistema de la inicial antropología criminal, se fundían teorías de corte racional que analizaban la conciencia como punto de partida de la toma de decisiones delincuenciales y el tema del libre albedrío, como una oportunidad de decidir entre el bien y el mal, entre el comportamiento socialmente aceptado y el comportamiento antisocial.

3.2.2 Neodeterminismo

Las formulaciones biologicistas elaboradas a lo largo de los siglos XIX y XX, abundantes en número, pese a las críticas recibidas por su cercanía a los postulados del positivismo criminológico, tienen una repercusión importante en el Derecho Penal a partir de los años cincuenta con el descubrimiento de anomalías cromosómicas o, a partir de los años ochenta, con el desarrollo del Proyecto Genoma Humano. Estos importantes avances en las formulaciones biologicistas relacionados con los nuevos descubrimientos genéticos han dado lugar a la aparición de las posiciones neo-deterministas que mantienen biólogos, entre los que se encuentra Robert Weimberg que afirmaba que a partir del año 2000 la nueva tecnología descubría genes que determinarían la conducta humana, Thomas F. Lee -que señala que el hombre sigue las órdenes del ADN y por tanto es un prisionero de sus genes- o socio biólogos, como Wilson, que afirma que las pruebas de que hay un gran componente hereditario son más detalladas e impresionantes de lo que suponen muchas personas, incluyendo a los mismos genetistas. Se desprende de las posiciones de estos



investigadores un claro acercamiento al biologismo genético cuando llegan a relacionar la totalidad del comportamiento humano con la constitución genética del individuo, aunque –para no incurrir en el radicalismo de la Escuela Positiva italiana– señalan la menor importancia que el medio ambiente y el entorno tienen con aquél. (Aróstegui Moreno, 2009)

El punto anterior de los genetistas exagerados, que si bien es cierto, en algún cromosoma o punto del genotipo humano, puede encontrarse parte de la respuesta del comportamiento peligroso o antisocial, siempre debe ser contrastado y complementado con el estudio de los factores ambientales y sociales.

3.2.3 Posiciones moderadas

Frente a las posiciones biologicistas genéticas y neo deterministas, se alzan las que calificamos como moderadas y que buscan dar una explicación compleja del comportamiento, aunque no reduccionista como hacen aquéllas, y por ello señalan que las investigaciones genéticas no persiguen constatar que los factores biológicos constituyen elementos mono factoriales o exclusivos que expliquen el origen de procesos como los patológicos, de comportamiento y sociales desviados. La genética, en relación con la explicación del origen de los procesos patológicos antes mencionados, mantiene que su origen es producto de la incidencia de los factores biológicos y ambientales. La genética a lo que da lugar es a tendencias en el desarrollo de estos procesos que pueden ser paliados en gran medida a través de un ambiente adecuado, como ocurre con la esquizofrenia, que es una enfermedad multifactorial en la que, si bien hay una base genética, concurren en su origen también factores ambientales. En relación con la explicación genética en el ámbito comportamental, su influencia, si bien se da, es menor que la que opera en el terreno patológico, ya que el delito como circunstancia de comportamiento desviado no puede ser atribuido a la incidencia de un gen, ni incluso a la combinación de diversos genes, ya que



los resultados de las actuales investigaciones que se ha llevado a cabo con animales –moscas del vinagre, gusanos, ratas y ratones han sido manipulados en laboratorios de genética para que se tornen agresivos, malos progenitores adictos a la cocaína y alcohólicos con el fin de encontrar la respuesta al comportamiento humano– no han demostrado que exista un gen que regule la conducta y su incidencia en el comportamiento humano desviado. (Aróstegui Moreno, 2009)

Precisamente de lo expresado con antelación, es que, un punto de vista moderado y no reduccionista, aunque complejo, le concede una mejor respuesta al fenómeno social del comportamiento delictivo, donde cada una de las áreas del saber humano aporta desde su perspectiva aristas que permiten analizar el por qué, de la conducta criminal.

De momento, se puede concluir indicando que la presencia de un gen asociado con algún rasgo del comportamiento no es determinante para explicar las conductas delictivas, ya que en éstas intervienen desde los planteamientos de los enfoques biológicos moderados –que consideramos la postura más adecuada- a los factores genéticos o ambientales. A la vista de esta conclusión, el reto científico será determinar –si ello es posible– en qué grado influyen los factores en cuestión en el desarrollo de las conductas delictivas. Ahora bien, mientras llega ese momento, no hay que olvidar varias ideas: que aunque se haya encontrado relación entre algunos factores biológicos y la mayor o menor tendencia a la agresividad que tienen las personas, ello no implica necesariamente, como señala Garrido Genovés, que el rasgo agresividad conlleve la comisión de delitos, pero sí la constatación de que unas personas son más propensas que otras a conducirse violentamente. A la vista de la anterior información –que está poniendo de manifiesto que algunos individuos tienen una mayor tendencia a la realización de actos violentos– indica Garrido Genovés que una detección precoz podría permitir una prevención más eficaz mediante una educación más intensiva, criterio que compartimos plenamente,



ya que no hay fórmulas mágicas ni tratamientos espectaculares que terminen con una vida dedicada al delito. La conducta delictiva habrá que prevenirla e intervenir sobre ella cuando aparezca en su grado más incipiente. Suele aparecer los primeros síntomas en el entorno familiar, en las condiciones de vida. Este germen va *in crescendo* con la falta de oportunidades para que los sujetos puedan desarrollar su personalidad, hasta desembocar en la ejecución material de conductas delictivas. A partir de ahí, es una escalada sin freno y, cuando el Estado quiere intervenir para aplacar ese mal, éste se encuentra instalado en la personalidad del afectado de una forma tan arraigada que dificulta notablemente cualquier intervención para acabar con él. Ahora bien, justo es decirlo, el Derecho Penal –siendo acorde con los actuales planteamientos relativos a que en la conducta criminal concurren una pluralidad de factores– en la categoría de la culpabilidad establece, en su aplicación, una serie de garantías, y en especial, los límites que impone dicho instituto a la intervención Estatal. No se puede dudar, hoy en día, de que estos límites son trascendentes, se han ido conquistando en el tiempo, porque no están ahí desde siempre. Destaca significativamente el trato diferente que da al hecho dependiendo de si es cometido de forma dolosa o culposa. Otras garantías y límites, muy importantes, son que ante un hecho fortuito no cabe castigo, o la proporcionalidad entre el hecho cometido y la pena merecida por la realización. Muy importante, es que el modo de ser, o de vivir, o el carácter del sujeto, puedan influir en la reacción penal, al igual que es importante intentar valorar la personalidad del autor y comprenderle, entendiendo cuál ha sido su vida y qué opciones se le ofrecieron, para entender cuál es su concepción de la realidad. (Aróstegui Moreno, 2009)

La culpabilidad o injusto penal, al estar ubicado dentro de la psique del sujeto delincuente, debe ser tratada no solamente desde el punto de vista fáctico o del hecho antisocial en sí mismo, sino que pueden haber factores tales como la legítima defensa que lo justifiquen, o diferentes causas de inculpabilidad o inimputabilidad, de aquí se tratará el tema de los diferentes tipos de delincuentes.



3.3 Tipos de delincuentes

3.3.1 Criminales locos

Toda una variedad que permite dar una descripción general, porque sus caracteres orgánicos y sobre todo psicopatológicos, no sólo son unas veces idénticos y otras opuestos a los de los delincuentes no locos o sino sobre todo porque esos caracteres varían con frecuencia de una a otra enfermedad mental. Además de los verdaderos locos no son más que la exageración del tipo del criminal nato. Por lo que dentro de esa categoría deben incluirse también los delincuentes que pertenecen a la llamada zona intermedia. (Rodas Roche, 2005, pág. 11)

Existen diferentes tipos de locos como las personas esquizofrénicas, quienes padecen de paranoia, o de mitomanía. Así por ejemplo las personas esquizoides poseen una rica vida interior y viven una realidad fantasiosa y totalmente alterna al punto que deforman la realidad.

Las personas paranoides, son susceptibles, orgullosas y vanidosas de forma desmesurada, y generalmente engendran grandes delirios.

La persona cicloide o ciclotímica siguen una línea ondulante, en ocasiones está en un periodo alto de optimismo, euforia y dinamismo, pero en otro momento se encuentran deprimidas, calladas, evitan el contacto con sus semejantes y si esto se asentúa tienden al suicidio.

El mito maníaco tiene una capacidad de fabular enorme con imaginación infantil y ampulosa.

3.3.2 Criminales natos



Se encuentran aquellos individuos en los que se manifiestan de manera más saliente los caracteres típicos revelados por la antropología criminal. Son hombres que no distinguen el homicidio, el robo, el delito en general, de cualquier industria honrada, que son delincuentes como otros son buenos obreros. El criminal nato es llevado al crimen por la tiranía inexorable de sus tendencias congénitas: son buenos reclusos, que atienden a razones y parecen incapaces de hacer daño porque la prisión no les hace sufrir, la consideran como un asilo en donde el alimento está seguro sobre todo en invierno sin que tengan necesidad de trabajar demasiado. (Rodas Roche, 2005, pág. 11)

Por lo antes expresado es que, se ha considerado que el delincuente comete crímenes precisamente porque es una persona con una enfermedad mental, además de las teorías genetistas que ya se han discutido.

La Psiquiatría como parte de la Medicina, es una ciencia que estudia el comportamiento normal y anormal del individuo, su tarea es realizar el estudio, diagnóstico, tratamiento y prevención de trastornos del comportamiento y patologías mentales, en las que influyen factores genéticos, físicos, químicos, psicológicos y socio ambientales. La participación del médico psiquiatra es objetiva, ejecutando su tarea a través del instrumento básico como es la entrevista psiquiátrica y el examen mental, valiéndose en oportunidades de instrumentos de apoyo como las pruebas psicológicas y otras fuentes de información. La Psiquiatría Forense implica nociones médico legales psiquiátricas, donde la psiquiatría clínica se transforma en un lenguaje aplicable a un fin común, colaborar en las diferentes áreas jurídicas: penal, civil, familia, laboral, respondiendo a los cuestionamientos de las autoridades judiciales, siendo el médico psiquiatra denominado perito y debiendo de emitir un informe escrito en el cual se establece la capacidad mental de la persona evaluada, lo que la autoridad competente podría considerar como un elemento en el



proceso, para orientar su conducta jurídica. El perito al emitir su evaluación podría intervenir nuevamente en el proceso al ampliar o adicionar el documento emitido, o su participación activa en el debate; esto a solicitud del despacho. La Psiquiatría Forense implica posibles aplicaciones que involucran cuidados de la salud en el trabajo hasta Justicia Criminal y Seguridad Pública. (Castillo Ramirez, 2018, pág. 10)

De esta cuenta la psiquiatría juega un rol especialmente importante en la determinación del sujeto delincente en el punto en el que pueda revelar aspectos de su personalidad o de su mente que pueda estar influyendo en su conducta y determinar si delinque por enfermedad mental y que ha originado la misma.

3.3.3 Delincuentes habituales o por hábito adquirido

Los cuales actuarían, no tanto a impulso de sus tendencias innatas, como por una relajación moral, que se complementa por la acción de un medio corrompido, verdadero dentro de infección criminal. Es posible que la prisión o el alcohol los haya trastornado y la sociedad, abandonándolos antes y después de ponerlos en libertad, miseria y tentaciones, no les ha ayudado a luchar para volver a las condiciones de una vida honesta quizá hasta les ha hecho caer de nuevo forzosamente en el delito. Haciendo notar la influencia del medio y la organización social en los componentes de este grupo. (Rodas Roche, 2005, pág. 12)

En este punto, muchas personas delinquen más de dos veces porque en ocasiones la pobreza y la falta de oportunidades de conseguir un empleo con un salario digno, les obliga a nivel psicológico y con urgencia a cometer delitos con el afán de subsistir y mantener a sus familias, todo esto como consecuencia también de la falta de readaptación social.



El Artículo 27 del Código Penal establece que debe entenderse por delincuente habitual: “Se declarará delincuente habitual a quien, habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas. El delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena.”

Incluso, se le penará con mayor severidad que al delincuente primario, error de la legislación por ser esta disposición última la que contiene el de Derecho Penal de autor.

3.3.4 Criminales por ocasión

Sujetos que no han recibido de la naturaleza una inclinación activa al delito, pero que caen en él estimulados por las tentaciones que el medio les ofrece. Estos individuos no vuelven a delinquir si las tentaciones determinantes desaparecen. No obstante lo expuesto seguramente una parte de las causas que determinan al delito pertenecen al orden antropológico, toda vez que, sin disposiciones particulares del individuo, no serían suficientes los impulsos exteriores. En los momentos difíciles miseria, hambre frío, mientras unos hombres deciden robar otros prefieren el sufrimiento honrado. Se menciona el concepto de que no hay hombre honrado por cuya mente no pasará alguna vez, siquiera sea fugazmente, la idea del delito, pero esa idea es vencida por una constitución psíquica fuerte. (Rodas Roche, 2005, pág. 12)

Este tipo de persona que delinque en ocasiones por existir la tentación de hacerlo si se dan las circunstancias precisas, tiene que ver con el refrán de que en arca abierta hasta el justo peca, pero, precisamente quien tiene altos valores morales y una constitución psíquica sana a pesar de sentirse tentado, no cae en cometer crímenes.



3.3.5 Delincuentes por pasión o por arrebatos pasionales

Plenamente identificados por el Código Penal Guatemalteco con el nombre de *estado de emoción violenta*:

Son una variante de los delincuentes por ocasión en general. Presentan características que los diferencian fácilmente de los demás criminales. Son individuos que presentan el tipo del arrebatos irresistible y que cometen la mayor parte de las veces atentados contra las personas, se trata de individuos de vida honesta, poseedores de temperamento sanguíneo o nervioso y de sensibilidad exagerada, a la inversa de los criminales natos o habituales. Cabe agregar que este tipo es muy escaso. A través de la síntesis que se ha realizado de la clasificación de los delincuentes, puede apreciarse que sin abandonar la primera concepción antropológica, da significación al medio y a diversos factores sociales. (Rodas Roche, 2005, pág. 12)

El delincuente pasional generalmente comete crímenes por motivos que le provocan arrebatos u obcecación, típico es el caso de los homicidios entre amantes que descubren el engaño de una de sus parejas sentimentales.

3.4 Reincidencia

Existen dos significados de la palabra reincidencia, aunque ambos son muy parecidos uno sirve en el ámbito extensivo del término a cualquier aplicación que quiera dársele, es decir sentido general y por otro lado el significado que suele aplicarse con más determinación en las letras penales, en sentido estricto. Para el caso de su sentido genérico, reincidir significa reiterar en una misma culpa o defecto, lo que ya presupone una aplicación antijurídica. En el caso de la reincidencia *strictu sensu*, esta significa una circunstancia agravante,



por la cual el delincuente reitera en delinquir con un injusto por el que ya ha sido juzgado y encontrado culpable anteriormente. La circunstancia agravante de reincidencia opera comúnmente cuando es el mismo delito, el Código Penal de Guatemala, no menciona nada para el caso de que la reincidencia se dé entre los delitos que la doctrina califica de análogos, puesto que no se trata de juzgamiento y no está precisamente prohibido aplicar el concepto de reincidencia entre hurtos y robos, sin embargo lo que se debe enfatizar es la insuficiencia del Código o la inexistencia del mismo, ni siquiera para prohibirlo. Contrario a eso, el Código Penal peligrosamente establece la reincidencia sin incluir que se debe dar por el mismo o análogo delito, sino que simplemente se trata de haber cumplido condena o ser condenado por un delito y cometer posteriormente a ello uno aunque sea completamente distinto al anterior. (Rodas Roche, 2005, pág. 13)

La reincidencia ha sido considerada como circunstancia agravante, desde, las legislaciones más antiguas; sin embargo, la doctrina no es uniforme en tal sentido. Si bien el criterio más extendido es el expuesto, juristas de autoridad indiscutida han tildado de injusta la solución que toma en cuenta un delito anterior para graduar la pena aplicable al que se está juzgando. Quienes sostienen esa hipótesis consideran que tal solución quebranta la máxima *non bis ídem* y confunde la moral con el derecho, pues no se castiga al hombre por el delito cometido, sino por la inmoralidad de su vida.

Tal es en términos generales, la opinión de Carmingnani, Mitter Maier y Merkel, entre otros. Fácilmente se aprecia que esta opinión no toma en cuenta la personalidad del delincuente. El sistema de la reincidencia verdadera se basa en que la acción de la pena ha resultado inútil, puesto que el individuo ha vuelto a reincidir. Los partidarios de la reincidencia consideran que la condena debería servir de advertencia bastante para evitar la recaída en el delito. Suele distinguirse en doctrina la reincidencia específica de la genérica. Se considera que es reincidente específico quien ha cometido varios delitos de la misma especie, en tanto que la reincidencia será genérica cuando se trata de hechos



de distinta índole. Cuando el delito cometido es el mismo (robo, homicidio, violación), ni la teoría ni la práctica ofrecen dificultades; éstas aparecen cuando se trata de delitos distintos y es necesario determinar si existe identidad en la especie. Los criterios sustentados pueden reunirse en dos grupos: a) Los que resuelven la cuestión conforme al bien jurídico lesionado; b) Los que lo hacen tomando en consideración el móvil. La doctrina ecléctica es acaso la más prudente, al considerar que ha de apreciarse la especificación de la reincidencia tomando en cuenta la naturaleza del bien jurídico lesionado y los móviles que han impulsado cada acción. Si la base fuera la peligrosidad del sujeto, habría que declararlo reincidente aunque no mediase condena alguna, porque la peligrosidad depende de la propensión al delito, de las tendencias criminales y no de la existencia de una condena, con las fórmulas legales el delincuente profesional que vive del delito es un delincuente primario a los ojos de la ley si no ha sido antes aprehendido por el contrario, el delincuente ocasional que por crisis o por debilidad ante la tentación infringió la ley antes de cometer el nuevo delito que puede ser debido a las mismas causas. Es considerado reincidente o reiterante aunque no sea peligroso. (Rodas Roche, 2005, pág. 56)

Para el caso guatemalteco, la reincidencia simplemente ocurre cuando a una persona se le condena por segunda vez, sin importar el tipo de delito que se haya cometido o la especie del mismo.

3.5 La habitualidad

Al igual que la reincidencia también tiene ese doble aspecto en su significado, por un lado se aplica a los hábitos que son difíciles de romper, es decir el estado durable, la permanencia de los hábitos o inclinaciones que perseveran en un sujeto. Mientras que en el caso del significado de habitualidad *strictu sensu*, la habitualidad implica la reiteración de delitos, aunque en este caso se aplique el comentario hecho para la reincidencia, en cuanto a que dicha habitualidad debe



ser sobre delitos que son análogos y no simplemente entre un conjunto de delitos desprovistos de vínculo entre sí. Por lo mismo, lo más relevante es que si la habitualidad no es por delitos conexos o análogos, entonces no debe guardar la misma relación o por lo menos no debería surtir los mismos efectos. El reincidente en el mismo género de delitos comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, por tanto será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en período que no exceda del tiempo que regula la ley, como ya se ha indicado. La reincidencia y la habitualidad se prueban legalmente por medio de los registros penales y de los sistemas de identificación personal. Tanta es la importancia de unos y de otros que todos los países que desarrollan una política criminal eficaz los tienen organizados con acuciosa solicitud; y hasta en varios Congresos Penales y Penitenciarios (Estocolmo, 1878; San Petersburgo, 1890; Mónaco, 1914)

Se ha tratado de organizar un registro internacional al servicio de todas las naciones. Por delito habitual se entiende, aquel constituido por diversos actos cuya comisión aislada no se juzga delictuosa. Mazini expresa que son los que exigen, como elemento constitutivo, la reiteración habitual de hechos que, considerados en forma aislada, no serían delictuosos. De lo anterior inferimos que en el delito habitual existe una pluralidad de hechos que solo en forma conjunta integran un delito. Excelente la definición dada por Porte Petit al decir:

Existe un solo delito habitual cuando el elemento objetivo está formado de varios actos habituales de la misma especie y que no constituyen delitos por sí mismos. De ahí se saca que como elementos de delito habitual son los siguientes: a) una acción formada por una repetición habitual de varios actos; b) cada uno de los actos realizados. (Rodas Roche, 2005, pág. 59)



Al igual que con la reincidencia, cuando un ciudadano cuenta con una ^{tercera} condena o más ya es considerado delincuente habitual sin importar la especie ni género de delito.

Lo cierto es que para el caso guatemalteco la reincidencia y la habitualidad se toman en cuenta, en la aplicación de sustitutivos penales como el perdón judicial o la suspensión condicional de la pena.

3.6 Sistema penitenciario

El Sistema Penitenciario viene a ser la organización general que en materia penitenciaria se adopta en un país determinado, para la ejecución de las penas, organización general que sigue diversos criterios y dentro del cual quepan dos o más regímenes penitenciarios, porque es difícil que en una realidad nacional sea suficiente un solo régimen de ejecución penal para la multiplicidad de personalidades que caracterizan a los internos del país, lo que hace imprescindible que se adopten varios regímenes de ejecución penal en función a dicha diversidad. (Solís Espinoza, 2008, pág. 7)

Para el caso guatemalteco, el sistema penitenciario se encuentra a cargo del Ministerio de Gobernación, para hombres, mujeres, existiendo centros preventivos y centros de cumplimiento de condenas con distintas clasificaciones. No es necesario abordar la temática ampliamente conocida del hacinamiento, las condiciones inhumanas y degradantes de los reclusos, las pésimas instalaciones, mala alimentación, mala atención en salud para los reclusos, que las cárceles son escuelas del crimen y que el régimen penitenciario realmente no rehabilita a los delincuentes porque esos aspectos son ampliamente conocidos, pero para dar una noción concreta del problema, se listará de acuerdo con la legislación atinente a la cantidad de centros carcelarios que existen en Guatemala.



El hacinamiento en las cárceles provoca la falta de rehabilitación entre otras cosas, tales como la falta de recursos ni capacidad instalada para atender las necesidades de los privados de libertad. Además, pese a que existe la Ley del Sistema Penitenciario, no se aplica en cuanto a promover programas efectivos sobre la rehabilitación. El hacinamiento hace que no se cumpla el precepto de que los reos deben estar separados según la gravedad del delito, resultaría productivo clasificarlos siempre y cuando se ampliara la capacidad carcelaria, interviniendo el Estado en el tratamiento de los reclusos por medio de profesionales que realicen diagnósticos científicos que incidan en la curación de los mismos.

De acuerdo con el Reglamento de la Ley del Régimen Penitenciario, acuerdo gubernativo 195-2017 en el Artículo 95 regula que: "Se deberá readecuar y construir los centros de detención que correspondan, a efecto que en cada departamento de la República exista un centro de detención preventiva, uno de cumplimiento de condena por región y dos de máxima seguridad a nivel nacional".

Por otra parte, el Acuerdo Ministerial número 73-2000 establece aprobar la clasificación de los centros preventivos, cumplimientos de condena de alta y máxima seguridad de la Dirección General del Sistema Penitenciario, publicado el 17 de mayo de 2000, y establece la clasificación siguiente:

- a. Centro de detención preventiva para varones, zona 18 de Guatemala, departamento de Guatemala.
- b. Centro de detención preventiva para hombres "Reinstauración Constitucional" Fraijanes (pavoncito), Departamento de Guatemala.
- c. Centro de detención preventiva para mujeres "Santa Teresa", zona 8 de Guatemala, departamento de Guatemala.
- d. Centro de detención preventiva para mujeres, de Escuintla, departamento de Escuintla.
- e. Centro de detención preventiva para hombres y mujeres de Antigua Guatemala. Sacatepéquez.



- f. Centro de detención preventiva para hombres y mujeres de Chimaltenango, Chimaltenango.
- g. Centro de detención preventiva para hombres y mujeres de Mazatenango, Suchitepéquez.
- h. Centro de detención preventiva para hombres y mujeres de Guastatoya, el Progreso.
- i. Centro de detención preventiva para hombres y mujeres de Cobán, Alta Verapaz.
- j. Centro de detención preventiva para hombres y mujeres de Santa Elena, Petén.
- k. Centro de detención preventiva Canadá, Escuintla.
- l. Centro de detención preventiva El Boquerón, Cuilapa, Santa Rosa.
- m. Centro de detención preventiva Cantel, Quetzaltenango, Quetzaltenango.
- n. Centro de detención preventiva de Puerto Barrios, Izabal.
- o. Centro de detención preventiva para hombres y mujeres de los Jocotes, Zacapa.

Los centros de cumplimiento de condena son:

- a. Granja Modelo de Rehabilitación Pavón, Fraijanes, departamento de Guatemala.
- b. Centro de Orientación Femenino C.O.F. Fraijanes, departamento de Guatemala.
- c. Granja Modelo de Rehabilitación Canadá, Escuintla.
- d. Granja Modelo de Rehabilitación Cantel, Quetzaltenango.
- e. Granja Modelo de Rehabilitación de Puerto Barrios, Izabal.

Los centros de alta seguridad son:



- a. Módulo 1, sector A del centro para hombres del área de la granja modelo de rehabilitación Canadá, Escuintla, para el cumplimiento de pena de prisión por delitos de alto impacto.
- b. Módulo 2 del sector B del mismo centro, para personas sujetas a prisión preventiva por delitos de alto impacto.
- c. Sector 1 del centro de detención preventiva para hombres de la zona 18 de la ciudad de Guatemala, para cumplimiento de pena de prisión por delitos de alto impacto.
- d. Hogar E del centro de orientación femenino COF ubicado en Fraijanes, Guatemala, para el cumplimiento de penas de prisión por delitos de alto impacto.

Los centros de máxima seguridad son:

- a. Sector 11 del centro de detención preventiva para hombres de la zona 18 de la ciudad de Guatemala, que está separado en dos áreas:
 - i. Área A para el cumplimiento de condenas privativas de libertad por delitos de alto impacto social.
 - ii. Área "B" para personas detenidas de forma preventiva por delitos de alto impacto social.

Además de los indicados por el mencionado acuerdo, también existen otros que han sido habilitados o inaugurados actualmente, los cuales son:

- a. Anexo B del centro de detención preventiva para hombres, zona 18 (para delitos menores).
- b. Centro de detención preventiva para hombres Fraijanes I.
- c. Centro de detención preventiva para hombres de Máxima Seguridad, Fraijanes II.
- d. Centro de detención preventiva para hombres de Santa Cruz, El Quiché.



- e. Centro de detención preventiva para hombres, zona 1, ciudad de Guatemala.
- f. Centro de detención preventiva para hombres, zona 17, ciudad de Guatemala.

Además existen cárceles a nivel nacional aún bajo la administración de la Policía Nacional Civil, las cuales son:

- a. Presidio de hombres del departamento de Jalapa.
- b. Presidio de mujeres del departamento de Jalapa.
- c. Cárceles públicas de Jutiapa.
- d. Carceletas del Juzgado de Paz de Santa Lucia Cotzumalguapa.
- e. Cárcel preventiva para varones de Quetzaltenango.
- f. Cárcel de detención preventiva, San Marcos.
- g. Cárcel de detención preventiva, Malacatán.
- h. Cárcel de detención preventiva, Tecún Umán.
- i. Cárcel pública para hombres de Retalhuleu.
- j. Cárcel pública para mujeres de San Felipe, Retalhuleu.
- k. Cárcel preventiva para hombres y mujeres, Salamá, Baja Verapaz.
- l. Cárcel de hombres y mujeres Chuimekana, Totonicapán.
- m. Cárcel pública para hombres de Huehuetenango.
- n. Cárcel pública para mujeres de Huehuetenango.
- o. Cárcel pública del municipio de Santa Eulalia, Huehuetenango.

Como se puede precisar, existen demasiadas cárceles en el país y no se da abasto para darle una adecuada rehabilitación y reinserción social a los reclusos. Por todo lo anterior, en el área carcelaria, una tarea prioritaria es el establecimiento del número de personas que se pueden institucionalizar en condiciones dignas y la consiguiente búsqueda de alternativas para el resto, en orden inverso a la gravedad de la pena. Esto es importante para evitar una inversión continua en cárceles siempre superpobladas, lo que implica una fuerte inversión en lo que resulta un agujero negro



en continua expansión, es decir, evitaría que la mayor inversión resultare en la paradoja de agravar el problema. Es deber de cada Estado de derecho decidir el número de presos que desea tener en condiciones dignas y no excederlo, o sea, que un Estado de derecho no debe tener más presos que los que su presupuesto le permita, en condiciones de dignidad y respeto a los derechos humanos.





CAPÍTULO IV

La peligrosidad

4.1 Concepto

La idea peligrosidad, surge en el sistema dualista, bajo la influencia del sistema positivista. El primer autor que introdujo la idea de peligrosidad en el marco del Derecho Penal fue Garófalo, con el término *temibilitá*. Este concepto de la peligrosidad es complejo y como tal sometido a discusión. A partir de su obra se han ido sucediendo otros autores que ya han empleado el término peligrosidad que es el que actualmente se recoge en la legislación. La peligrosidad consiste en una elevada probabilidad de delinquir en el futuro. Esta probabilidad puede ser pasajera o permanente, pero tiene que ser, en cualquier caso, actual. El concepto de peligrosidad, al cuestionarse sobre los fundamentos para decir que el mal comportamiento en la cárcel, el ser rebelde a la familia cuando se es menor de dieciocho años, incapacidad mental, etc., son condiciones constitutivas de peligrosidad. Los peligrosistas raramente se han ocupado de estas otras cuestiones. Sin duda, en ciertos casos una persona delincuente o no pueden considerarse como un serio riesgo para la sociedad, pero una cosa es esto y otra declarar *a priori*, como reglas generales, condiciones en estados que raramente constituirán un grave riesgo probable. (Mendoza Eguizabal, 2008, pág. 43)

Como la peligrosidad está relacionada con eventos futuros, determinar o precisar tal circunstancia en el individuo es parte del Derecho Penal y debe ser parte de la política criminal dentro del marco de un Estado de derecho que prevenga el crimen, dentro del marco legal desde luego del respeto a los derechos humanos.

Lo antes expuesto se encuentra relacionado con el aforismo *nullum crimen sine injuria*, solamente que el resultado dañoso que se debe esperar a futuro, debe estar

relacionado con la personalidad del agente, que se pretende considerar como peligroso.

4.2 Peligrosidad social

Doctrinariamente se ha establecido un patrón que aun en la actualidad tiene mucha validez ante los juristas en cuanto al tema de peligrosidad, siendo estas las siguientes:

- La existencia de ciertos individuos que, sin haber cometido un delito, se encuentran próximos a cometerlos, que es la denominada peligrosidad pre delictual o anti delictual, llamada también peligrosidad sin delito, o peligrosidad social, y a la que algunos tratadistas asignan especialmente, las medidas preventivas con el fin de evitar la comisión de esos delitos. Sosteniéndose además, que por ser pre delictuales deben quedar fuera del Derecho Penal, y asignadas a un orden puramente administrativo, posición que es totalmente aceptada por el Derecho Penal moderno.
- La existencia de ciertos individuos, que siendo delincuentes, reflejan la posibilidad de delinquir, y a la que se asignan específicamente las medidas de seguridad con fines de prevención y rehabilitación, que necesariamente debe imponer el órgano jurisdiccional correspondiente. (Mendoza Eguizabal, 2008, pág. 44)

La peligrosidad social consiste en la cualidad de una persona en la que se aprecia la probabilidad de que realice en el futuro una acción socialmente dañosa. Pero, si esta acción temida es constitutiva de delito, la peligrosidad es criminal. De todo lo expuesto se determina que la peligrosidad no puede ser



presumida, sino que ha de ser plenamente probada, de lo contrario no se podría aplicar al sujeto ninguna medida.” (Mendoza Eguizabal, 2008, pág. 44)

4.3 Peligrosidad criminal

La peligrosidad criminal, que ha de ser el fundamento de las medidas de seguridad, podría concurrir sin duda, independientemente de que el sujeto haya cometido o no, previamente algún hecho punible lo decisivo para la peligrosidad criminal es, que se estime de probable comisión por el sujeto en el futuro sean hechos punibles. (Mendoza Eguizabal, 2008, pág. 44)

4.4 Peligrosidad pre delictual

Respecto de la peligrosidad predelictual no es mucho lo que pueda realizar el Estado, al no poder contar con insumos para una base de datos que permita precisar que ciudadanos son potencialmente peligrosos y ordenar medidas de seguridad antes de que delincan por primera vez, en cambio, luego de que el agente ha delinquido, es posible determinar su peligrosidad con base a los criterios que la misma ley ha señalado con base en el principio de legalidad.

4.5 Motivaciones internas y externas para delinquir

El estudio de los sujetos que poseen conductas antisociales ha sido tema de estudio desde más de tres siglos. Para esta presentación se señalarán algunos trabajos de investigación de autores contemporáneos y del siglo XX. Los autores mencionados aquí han propuesto a los factores familiares en primer tiempo y los sociales como factores de inicio en la conducta antisocial. Las características de la sociedad actual difieren en mucho a la sociedad del siglo XIX e inicios del



XX. Freud en 1916, describe ciertos actos de preadolescentes y adolescentes tales como el robo, las estafas, los incendios intencionales, entre otros, los cuales fueron realizados por individuos que lograron posteriormente una adaptación social. En el mismo trabajo menciona que el trabajo analítico trajo un sorprendente resultado: tales fechorías se consumaban sobre todo porque estaban prohibidas y porque su ejecución iba unida a cierto alivio para el malhechor. Es decir que estos adolescentes estaban sufriendo un opresivo sentimiento de culpa, del que se desconocía su origen y después de haber cometido una fechoría esa opresión se mitigaba. El alivio se produce ideando un delito limitado que está en la naturaleza del crimen de la fantasía reprimida propia del complejo de Edipo original. (Pelorosso, 2009, pág. 529)

Lo anterior demuestra que la delincuencia o por lo menos, la tendencia a delinquir comienzan en la mente del sujeto y en los inicios de su vida, desde la niñez y la adolescencia, estrictamente han existido factores psicológicos que se ven aliviados en el momento de cometer un crimen.

Ya en la mitad del siglo XX Winnicott en 1947 reconoce una segunda categoría o forma, en la cual quedan incluidos los episodios antisociales más graves, y en los que se observa que la diferencia con la descripción Freudiana, consiste en que se ha perdido precisamente la capacidad para sentir culpa. Ubica su origen la infancia y junto con otros autores la denomina tendencia antisocial. Esta tendencia es una conducta defensiva de escisión que surge como reacción a una privación temprana, constitutiva de un momento del desarrollo, en el medio familiar inicialmente, social posteriormente. (Pelorosso, 2009, pág. 529)

Como siempre se ha considerado, los valores y los principios morales se obtienen de la familia, es por ello que, los trastornos de personalidad que pueden inducir a una vida criminal, comienzan en el hogar o en la clase de medio familiar que tenga el niño durante las primeras etapas de su vida.



Estos antecedentes de violencia, agresividad, robo infantil, puede concluir fácilmente de acuerdo a la continuidad de las mismas por la falta de contención de los adultos en conductas antisociales descritas por lo que sostiene que la angustia del abandono y la inseguridad afectiva nacen de la privación inicial de amor y cuidado. Las circunstancias traumáticas que privaron al niño de inseguridad afectiva se produjeron durante los primeros años cuando su desarrollo estaba aún por cumplirse y por lo tanto, la adquisición del sentimiento de autovaloración no se había producido. No se trata de un sentimiento de valor que se perdió sino que nunca se adquirió, enriqueciendo éste planteamiento, describe la vulnerabilidad subjetiva, marginalidad económica del grupo familiar y social del niño y/o adolescente como factores que favorecen el desarrollo de conductas antisociales. En esta línea, para Celener en 1998, las fallas tempranas son uno de los predictores del delito violento en la vida adulta. Afectan el desarrollo del pensamiento como proceso secundario, el cual permite la simbolización, la inserción escolar y laboral así como también la percepción de un proyecto de vida. Sin fines ni objetivos, los valores sociales y culturales carecen de sentido, por lo que no se asumen normas. También son generadoras de dificultades afectivas, que tienen como secuela la falta o ausencia de sentimiento de culpabilidad, falta de confianza en sí mismo, incapacidad para disfrutar de sus experiencias, mala relación con padres y/o maestros, falta de interés en el aprendizaje, incapacidad de planificar. (Pelorosso, 2009, pág. 530)

La falta de amor y cuidado en los niños y adolescentes son el germen que puede incidir en la tendencia antisocial de los individuos, que luego puede convertirse en un estilo de vida criminal, siempre y cuando se conjuguen los factores necesarios de inseguridad y pobreza que detonen el comportamiento prohibido para la obtención de riqueza o recursos de forma fácil y rápida.

En el contexto actual, Roudinesco en 2003 señala que la caída del modelo familiar tradicional produjo diversas transformaciones en los roles y funciones



de sus integrantes, acompañados de un eclipsamiento de las figuras de autoridad. Estas transformaciones no pueden pensarse aisladas de la crisis socioeconómica atravesada por el mundo en la década de los años noventa, cuya consecuencia es un alto deterioro del mercado laboral y una pauperización de las condiciones de vida de gran parte de la población. A su vez, en esta época se presenta una configuración social caracterizada por la inmediatez y la viabilidad en la consistencia de valores e ideales, lo que incluye una hegemonía de la imagen en detrimento de la palabra. Como consecuencia de esto último, la particularidad de la situación social enmarca la aparición de sujetos con conductas desafiantes a la ley. En este contexto, puede hablarse de una degradación de lo simbólico que provocaría consecuencias tales como la denominada violencia irracional -sin códigos, sin límites- que busca la destrucción, de la cual los jóvenes son cada vez más protagonistas se refiere a un alto crecimiento de la delincuencia en América latina durante las dos últimas décadas: la inequidad en la distribución de la riqueza, la desocupación juvenil, la disgregación de la familia y el obstaculizado acceso a la educación básica son variables que alimentan la violencia. Coincidiendo con Roudinesco, en la actualidad se observa la devaluación de la jerarquía de la familia, en especial de la figura del padre como agente de la ley, proliferando por un lado padres violentos, autoritarios y por otros padres inconsistentes. Si el desempeño de la función paterna implica la representación de la ley, este deterioro de la función paterna impacta en la subjetividad del niño y en la interiorización de la ley y la norma. Según Marchiori en 1973 el estudio de la conducta delictiva debe hacerse en función de la personalidad en su contexto social, por lo cual el delito sería la expresión de la Psicopatología particular del delincuente. (Pelorosso, 2009, pág. 540)

El delito es la expresión psicopatológica de un individuo, pero es importante destacar el rol del padre, en el contexto de ser la figura que representa la ley en la familia y la interiorización de la norma, por ello existe un factor común, entre

delinquentes sin una adecuada figura paterna, sea por irresponsabilidad, ausencia o maltrato y violencia doméstica.



El delincuente proyecta sus conflictos a través del delito, por ende, la conducta delictiva tiene como fin resolver tensiones. Esta conducta es una respuesta al estímulo configurado por el contexto, manifestada como defensa que protege de la desorganización. Toda conducta delictiva es siempre un vínculo, se refiere a otro y está condicionada por experiencias anteriores. Para Mikulic y Crespi en 2005, la historia vivida con carácter perseverante, sobre todo en los periodos tempranos cuando el niño está en formación, es un factor constitutivo de estas características de personalidad. En concordancia con estas líneas de pensamiento, se encontraron que el trastorno disocial, que forma parte de los trastornos de déficit de atención y comportamiento perturbador, de inicio en la infancia, la niñez o la adolescencia, es equivalente a la denominada tendencia antisocial, y que ésta tiene como característica una forma intensa de Falso *Self*. También investigaron los antecedentes psicosociales que facilitan la conducta antisocial y las fallas y carencias en etapas tempranas de la vida, identificando las características del grupo familiar infantil y social del adolescente que favorecieron el desarrollo de conductas antisociales, así como los rasgos de carácter y organización de la personalidad defensiva. Así, el trastorno del carácter se deriva de la tendencia antisocial y continua con la conducta antisocial demuestran la existencia de una correlación entre los factores ambientales y familiares en los cuales se desarrolla el sujeto y la aparición de conductas transgresoras y situaciones de conflicto con la ley penal en adolescentes, jóvenes y adultos. Este contexto se caracteriza por un alto grado de vulnerabilidad subjetiva con marginalización socioeconómica y alto índice de consumo de sustancias psicoactivas desde temprana edad. La violencia, el pasaje al acto y las diversas formas de tendencia la actuación serían, una forma fallida de convocar a la función paterna, a la ley, al límite como freno a la pulsión de muerte. En un estudio comparativo entre el periodo de 1993 y 1995 han observado, en la problemática de la actuación transgresora adolescente, la



confluencia de cuatro variables y sus características: estructura familiar: familiar incompleta o desintegrada; marginalidad económica o social; nivel alcanzado en su instrucción escolar: bajo nivel de escolarización; predominio de hechos contra la propiedad (en especial robos) y agravamiento de la infracción penal (predominio del hurto en conductas anteriores). La constante en las dos muestras es la desarticulación del núcleo familiar básico, prevalece la forma del abandono paterno en distintas modalidades, inestabilidad, ausencia por largos periodos, abandono definitivo, fallas en el ejercicio del rol (función paterna). (Pelorosso, 2009, pág. 541)

Existen diferentes aspectos que provocan que el individuo delinca, internamente la psiquis de la persona traumatizada desde la infancia, y luego en el exterior, la falta de empleo, la presión de grupos sociales, la carencia de oportunidades y la pobreza en general.

Las investigaciones mencionadas en este trabajo permiten comprender cómo los componentes del proceso de deterioro social inciden sobre el aumento de la criminalidad, observándose correlaciones entre el deterioro familiar y la delincuencia. Los autores que investigan sobre esta problemática, plantean que la desintegración familiar no es la causa única de la conducta antisocial, sino también la conjunción de variables tales como las características de personalidad del sujeto, la adicción a diferentes tipos de sustancias y al incremento del grado de vulnerabilidad psicosocial, a lo cual se suma el beneficio secundario del robo. Winnicott en 2005, al referirse a la función paterna, que fue identificada como una ausencia en la actualidad, presenta el papel paterno con varias funciones que serían fundamentales para un desarrollo sano del niño: 1- El padre al igual que la madre sería un padre suficientemente bueno, que tiene entre sus atributos el de complemento y hasta sustituto materno. 2- Un amante de la madre, en cuanto cuidador de ella y el niño, a la vista del niño. 3- Una encarnación de la ley y del orden, introducidos a través de la madre en el mundo del niño. 4- Un modelo identificador para la



integración del yo. Pero el padre no cumple solo estas funciones serias, puede representar también un polo enriquecedor en materia de actividades creativas, lúdicas o de tiempo libre. Sobre todo, seduce por su diferencia con la madre. Representa un polo exploratorio, de lo desconocido y del mundo exterior. Encarna por un tiempo la atracción de la novedad, tan importante para el niño, mientras que la madre garantizaría más bien la seguridad de lo conocido. Familia, sociedad e instituciones en nuestro medio no están mayoritariamente garantizando estos factores imprescindibles para el desarrollo más sano del sujeto humano. (Pelorosso, 2009, pág. 542)

En conclusión, aunque existan predisposiciones genéticas para contar con un trastorno de la personalidad y una conducta social, también es cierto que esto puede construirse durante la infancia dentro del marco de un hogar disfuncional y en especial en atención al rol del padre, que puede desempeñar de forma anómala tal rol, o ser inexistente, el papel que debe desempeñar la madre para darle seguridad y comodidad a los hijos, y luego de todos los factores internos, están los externos, como la presión social y de grupo, la pobreza y la falta de oportunidades, todo lo anterior puede expresarse en comportamientos delictivos que con el síntoma de una psicopatología no detectada y no tratada por el poder estatal.

4.6 Peligrosidad y culpabilidad

Estos, son conceptos íntimamente ligados, como se ha podido ver en las medidas de seguridad que, resulta ser como un elemento complementario de la pena que se impone por la comisión de un delito, en la legislación penal guatemalteca establece el Artículo 86 del Código Penal, que las medidas de seguridad, solo podrán concretarse por los tribunales de justicia en sentencia condenatoria o absolutoria, por delito o falta.



La peligrosidad puede ser muy elevada, siendo la gravedad del delito cometido muy pequeña, y viceversa, puede ser prácticamente nula o de haber cometido el sujeto un delito muy grave. La culpabilidad va siempre referida al delito cometido. Es culpabilidad de la acción típicamente antijurídica realizada y su medida no puede rebasar el reproche que merezca objetivamente el acto del sujeto. La peligrosidad no radica en el acto, sino en el que la realiza. Hay varios factores que se deben tomar en cuenta en relación con la culpabilidad que el sujeto que realiza la acción tenga la voluntad de conseguir determinado fin, que tenga el libre ejercicio de su derecho, es decir no sea inimputable, que no suceda en estados de inconciencia, sueño y drogas, sino que, no sea buscado ese acto por parte del individuo. (Mendoza Eguizabal, 2008, pág. 46)

En este caso la culpabilidad que puede ser dolosa o culposa, para determinar que el sujeto debe ser sometido a medidas de seguridad y no a la imposición de una pena, obliga a la idea de una culpabilidad reducida o limitada en cuanto al discernimiento de la persona peligrosa, de lo contrario correspondería la imposición de una pena en primer lugar.

Para determinar la peligrosidad del individuo se debe desenvolver el estudio en dos fases:

- a. La comprobación de la calidad sintomática de peligro diagnóstico de peligrosidad: En esta fase de diagnóstico, se trata de analizar si el sujeto reúne los síntomas que puedan indicar su peligrosidad, teniendo en cuenta el delito cometido y ponerlo en relación con la personalidad el sujeto, analizando su actitud ante los hechos realizados etc. Es decir, los factores que puedan ser muy significativos para descubrir la personalidad del sujeto. La inclusión del sujeto en alguna de las categorías de estado peligroso definidas por la ley. El estudio de las características típicas de la personalidad del sujeto es muy importante, pues serán un indicio de que la posible peligrosidad del mismo radica en componentes más o



menos permanentes de su personalidad, y no en el delito concreto que haya cometido.

b. La comprobación de la relación entre dicha cualidad y el futuro criminal del sujeto prognosis criminal: En la fase de prognosis se trata ya de formular el juicio de peligrosidad criminal, es decir, pronóstico acerca de la probabilidad de que el sujeto realice hechos delictivos en el futuro. Utilizando como métodos los siguientes:

- El método Intuitivo: Que se basa en las apreciaciones subjetivas del Juez sin apoyo científico ni técnico.
- El método Científico: Basado en el estudio de la personalidad del sujeto por especialistas y técnicos mediante procedimientos científicos.
- El método Estadístico: Se basa en la apreciación de las tablas de predicción creadas por los criminólogos norteamericanos y alemanes, y consiste en la elaboración de un cálculo de probabilidades con ayuda de dichas tablas y teniendo en cuenta los rasgos de la personalidad del sujeto.

Como se desprende, la peligrosidad y la culpabilidad son dos conceptos totalmente diferentes, ya que el primero se refiere especialmente a la capacidad de daño que puede provocar un sujeto determinado sea inimputable o no; mientras que la culpabilidad, se refiere específicamente a la voluntad del sujeto a la hora de realizar el delito, es decir la acción del delincuente, realizada con plena conciencia de obtener determinado fin. (Mendoza Eguizabal, 2008, pág. 47)

De lo anterior no cabe duda que dentro del marco de un Estado de derecho que es respetuoso de los derechos humanos y que el marco legal gire en torno a la persona humana y a la realización del bien común, debe preferirse el método científico para diagnosticar los trastornos de personalidad de la persona peligrosa.



4.7 Peligrosidad e inimputabilidad

El inimputable que ha cometido un hecho antijurídico típico no queda, en principio, fuera del Derecho Penal. El efecto es la sustitución de la pena por la medida de seguridad que es regulada por el Artículo 88 del Código Penal, que se distingue entre dos situaciones: 1) Si la causa puede ser catalogada como enajenación, el juez puede ordenar la internación en un manicomio; 2) Si se presentan otros casos procederá a la internación en un establecimiento adecuado.

En ambos casos el fundamento de la medida depende del carácter de peligroso del sujeto, pues en uno y otro la duración de la internación se hace depender de la desaparición de dicha característica. Esta peligrosidad depende del peligro de que el agente se dañe a sí mismo o a los demás. Es decir que las medidas de seguridad se apoyan en la peligrosidad y no en la culpabilidad, por cuya razón se mantiene la distinción con la pena aspecto que significa la aplicación del sistema dualista: en principio las medidas de seguridad se aplican con base a la peligrosidad a quienes jurídicamente están incapacitados para ser receptores de la pena, precisamente porque falta en ellos los requisitos de la culpabilidad, con lo cual el delito deja de ser la razón de la imposición para convertirse en circunstancia ocasional de imposición.

En caso de enfermedad mental, el tribunal podrá ordenar la reclusión del sujeto en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con anuencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absuelve a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso. Las medidas de seguridad son medios



curativos sometidas al principio de legalidad, que el juez le impone al autor de un delito en atención a su peligrosidad para evitar que se dañe a sí mismo o a los demás. Se interna al sujeto, se determina su peligrosidad.” (Mendoza Eguizabal, 2008, pág. 48)

Por lógica a quien se le impone una medida de seguridad y no una pena, es por carecer de culpabilidad, por no contar con el poder de auto determinarse con un discernimiento completo, desde luego que, una persona condenada a una pena, que durante su reclusión revele ser una persona peligrosa tiene que ser sometida a medidas de seguridad por el juez de ejecución a solicitud del Sistema Penitenciario apoyado por el Ministerio Público.

4.8 Estado peligroso

Los estados peligrosos surgen como el preámbulo necesario o el requisito indispensable para aplicar a una persona sindicada de la comisión de una acción típica, antijurídica pero no culpable, de una medida de seguridad.

La medida de seguridad, como característica de un sistema penal dualista, al igual que la pena, son consecuencias jurídicas del delito y medios de lucha contra el delito. (Muñoz Conde, 2004, pág. 52)

Como se ha indicado la imposición de medidas de seguridad luego de determinar la peligrosidad de un individuo tiene que ver con un Derecho Penal preventivo.

La diferencia entre estas consecuencias del delito radica en que la pena atiende sobre todo al acto cometido y su base es la culpabilidad o responsabilidad del sujeto, mientras que la medida de seguridad atiende a la peligrosidad del sujeto. La existencia de un sistema dualista es sólo comprensible en una perspectiva



histórica que presume una ampliación del Derecho Penal moderno frente al que podemos llamar clásico. La extensión del poder penal del Estado a otras situaciones que se caracterizaban precisamente por no ser reprochables al autor y que procuran simplemente ya sea la adaptación del individuo a la sociedad o la exclusión de la misma de los que no son susceptibles de tal aprobación, no podía tener idéntico fundamento que la pena. Mientras la pena encontraba su fundamento en la culpabilidad, las medidas lo tenían en la peligrosidad del autor. (Muñoz Conde, 2004, pág. 53)

Al parecer de acuerdo con las ideas de Muñoz Conde, la culpabilidad y consecuente imposición de una pena es excluyente de la declaración de peligrosidad y la imposición de una medida de seguridad.

Caso a analizar sobre la peligrosidad: Acusado Fermín Ramírez (sentencia de primer grado) Sentenciado por el delito de asesinato.

El término “peligrosidad” se aplicó en la sentencia del caso de Fermín Ramírez, inicialmente procesado y llevado a debate por el delito de violación calificada. Posteriormente se le dictó pena de muerte por el delito de asesinato por encontrarlo peligroso social. El fallo no se basó en dictámenes periciales psiquiátricos ni psicológicos, no hubo un razonamiento aplicando los principios de la sana crítica razonada que determinaran qué factores internos y externos llevaron al procesado a ejecutar el delito de asesinato. Los jueces del Tribunal de Sentencia Penal Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, del Departamento de Escuintla, con número de causa 64-97 Oficial 4°, de fecha seis de marzo de mil novecientos noventa y ocho, indicaron en su sentencia que:

La muerte de la menor Grindi Yasmin Franco Torres, se debió a asfixia por estrangulamiento, informe que fue ratificado por el Médico Forense Douglas de León Barrera, quien en la propia audiencia de debate lo indicó y que no había muerto como consecuencia de la violación, lo cual pudo haber ocurrido el



acceso carnal con la víctima luego de fallecida por lo que se convierte en una necrofilia.

Se le aplicaron todos los agravantes al procesado y concluyeron que se evidenciaba la peligrosidad social de Fermín Ramírez.

El alegato final del caso en mención emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Fallo de la corte Interamericana sobre Derechos Humanos, caso Fermín Ramírez contra Guatemala, 2005, Pág.18), establece:

La determinación de la peligrosidad en la sentencia afectó el derecho de defensa del imputado". "... a lo largo del procedimiento se han derivado diferentes afectaciones de derechos consagrados en la Convención Americana en perjuicio de Fermín Ramírez. La primera se refiere a la determinación de peligrosidad del procesado en la sentencia sin que dicha circunstancia hubiese sido incluida en la acusación formulada por el Ministerio Público; la segunda, a la falta de fundamentación de las conclusiones del tribunal que habilitaron la imposición de la pena de muerte; y la tercera, que guarda íntima relación con la anterior, a la calificación del hecho mediante presunción o ficción de derecho. (Punto 69 del alegato final, Pág. 18).

(Punto 70 del alegato final, Pág. 18) En relación con la primera y que es la que nos ocupa, se indicó en el alegato final de la Corte lo siguiente:

La actuación del Tribunal de Sentencia desconoció la exigencia prevista en el artículo 332 bis del Código Procesal Penal, de incluir en la acusación de manera razonada, las circunstancias agravantes o atenuantes aplicables". Así mismo las autoridades judiciales se apartaron de lo dispuesto por el artículo 388 del mismo cuerpo legal, restringiendo los límites del fallo a los hechos y circunstancias contenidos en la acusación. Por lo tanto como la acusación no

se refirió de manera expresa a la peligrosidad social, el Tribunal no estaba facultado legalmente para decretar dicha circunstancia como establecida.

El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005, establece: “Que la determinación de peligrosidad en la sentencia, afectó el derecho de defensa del imputado.

El jurista Zaffaroni, citado en el Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fermín Ramírez contra Guatemala, establece en relación con la peligrosidad lo siguiente:

Solo puede establecerse esta mediante una investigación sobre base estadística respecto de características de peligrosidad del autor basada en un adecuado y profundo estudio criminológico que como es lógico, en el caso falta, pues resulta ridículo pretender un peritaje criminológico cuando ni siquiera se dispone de un peritaje psiquiátrico. (Punto 74 del alegato final, Pág. 19).

Con todo esto se concluye que se violentaron los factores endógenos y exógenos que pudieron darle al Tribunal de primer grado, una visión diferente para fallar en contra del imputado.

Por otro lado de todos es sabido que Guatemala no cumplió con suprimir el segundo párrafo del artículo 132 del Código Penal en relación con la peligrosidad del individuo.

El señor Kepfer diagnosticó que el señor Fermín Ramírez sufre de un desorden de personalidad de carácter mixto, con caracteres impulsivo/agresivos y tendencias adictivas (uso de alcohol), diagnóstico que se realizó ya encontrándose en el corredor de la muerte.



Caso a analizar: Víctor Manuel Corado Tux (sentencia de primer grado) sentenciado por el delito de asesinato en concurso ideal.

Por otro lado, el Tribunal Primero de Sentencia Penal Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del municipio de Mixco, del Departamento de Guatemala, en fecha veinticinco de septiembre de dos mil diecisiete, emitió sentencia condenatoria en contra de Víctor Manuel Corado Tux, y copartícipes, por los delitos de asesinato en concurso ideal y asesinato en grado de tentativa. En la causa número 767-2015. Las víctimas o agraviados tuvieron una muerte directa por disparos de arma de fuego y otras personas quedaron heridas. En el debate se diligencio la prueba que consistía en el peritaje balístico, certificados de defunción, informes de necropsias, testigos e informes sobre las lesiones de los heridos.

El razonamiento que realiza el tribunal lo hace fallar en el sentido de absolverlos por el delito de asesinato en grado de tentativa y condenarlos a sesenta años de prisión por el delito de asesinato consumado.

Indica, además, la sentencia que se le aplicaron los agravantes de nocturnidad, despoblado, menosprecio a la víctima, y premeditación. No obstante no se hizo un razonamiento sobre la “peligrosidad” de los acusados, debido a que no hubo ensañamiento, es lógico concluir que si las víctimas murieron inmediatamente, en ningún momento se aumentó deliberadamente los efectos del delito, por lo que este agravante de ensañamiento no fue objeto de análisis en la sentencia. No obstante, los jueces indican en la misma textualmente lo siguiente: “Por otra parte, se concluye que este Tribunal no cuenta con informes psiquiátricos o estudios socioeconómicos que reflejen la peligrosidad social de la totalidad de los acusados”.

En el caso que se analiza, se considera que era necesario investigar sobre los antecedentes de los acusados, para determinar factores internos y externos que los llevaron a la ejecución del hecho. El Tribunal en mención, al indicar que no cuenta con informes psiquiátricos que pudieran revelar la peligrosidad social, lo hace sin



fundamento ni sustento legal toda vez que no se probó en el debate que fueran delincuentes habituales o que hubieran actuado con ensañamiento brutal como para considerarlos “peligrosos”, quiere decir entonces que si se hubieran presentado informes psiquiátricos o incluso psicológicos, si se hubiera decretado la peligrosidad social.

Para definir los estados peligrosos debe partirse de la peligrosidad del sujeto, en cuanto permite por sus circunstancias –personales o de relaciones– diagnosticar su tendencia a llevar a cabo acciones de ataque a bienes jurídicos. Los estados peligrosos son los requisitos *sine qua non* por los cuales, un juzgador está facultado para imponer a un inimputable alguna medida de seguridad, las cuales proceden con el objetivo de prevenir la ocurrencia de ataques, operando directamente sobre los sujetos, intentando bloquearlos como factores de futura peligrosidad. (Bacigalupo, 1994, pág. 17)

De las ideas de Bacigalupo se desprende que el Estado solamente puede imponer medidas de seguridad luego de que el agente ha delinquido, pero viéndose imposibilitado para imponer una pena, precisamente por las condiciones personales del sujeto.

El Código Penal guatemalteco considera según el Artículo 89 índices de peligrosidad los siguientes:

a) Declaración de inimputabilidad

Regulado en el Artículo 23 del Código Penal y como algunos de los motivos que excluyen la responsabilidad penal y que son considerados como estados peligrosos, se encuentran los menores de edad y quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardo o trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con



esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente. A pesar de que ambos casos reciben un tratamiento distinto (a los menores se les considera en un proceso de maduración y desarrollo y a quienes no se les aplica ninguna medida de seguridad, a los segundos cabe la posibilidad de imponerles alguna de las medidas de seguridad previstas en el Artículo 89 del Código Procesal Penal. (Mendoza Eguizabal, 2008, pág. 50)

Lógicamente la declaración previa de inimputabilidad en especial en un adulto, que por alguna razón vulnere algún bien jurídico protegido por el Derecho Penal obligará al juez a imponer alguna medida de seguridad y no la imposición de una pena.

b) Interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental

El Código Penal guatemalteco regula, en el Artículo 67, que si el delincuente enfermarse mentalmente después de pronunciada la sentencia, se suspenderá su ejecución, en cuanto a la pena personal. Al recobrar el penado su salud mental, cumplirá su pena. En igual forma, se procederá cuando la enfermedad mental sobreviniere hallándose el penado cumpliendo condena.

Como consecuencia de una privación de libertad se genera ansiedad, desesperación, sentimiento de abandono, melancolía, tristeza, fatalidad, en fin, toda una serie de sentimientos y emociones que la ley penal no ha podido dejar pasar por alto: la posibilidad de que una persona privada de su libertad, sufra una enfermedad mental, provocada por diversos factores internos o externos del sujeto, que afectara el cumplimiento de la pena y que esta sea con posterioridad a la sentencia o sea que la persona a la cual se condenó era plenamente imputable al momento de cometer el delito.

En estos casos, corresponde al juez de ejecución comprobar el estado mental del condenado y luego de verificar la enfermedad decretar el traslado hacia una



institución donde pueda proveerle el tratamiento adecuado. (Mendoza Eguizabal, 2008, pág. 50)

Lo anterior es menester derivado de la rehabilitación del delincuente, toda vez que, si el sujeto no comprende el por qué, de la pena que está cumpliendo por cualquier causa, no existirá rehabilitación consciente, por ello deben dictarse en primer lugar de ser necesario las medidas de seguridad para que al recuperar el reo la cordura pueda regresar al proceso de rehabilitación.

c) La declaración de delincuente habitual

No sólo es un estado peligroso de acuerdo al Artículo 89 del Código Penal sino que es considerada la habitualidad una circunstancia agravante que modifica la responsabilidad penal. Por delincuente habitual la ley penal guatemalteca señala a aquel reo quien habiendo sido condenado por dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, independientemente de que haya cumplido o no las penas. Este estado peligroso revela un violento Derecho Penal de autor, pues además de habilitar la imposición de alguna de las medidas de seguridad reguladas en la ley, faculta al juzgador o tribunal a sancionar a este delincuente habitual con el doble de la pena que fija la ley para el delito cometido. (Mendoza Eguizabal, 2008, pág. 51)

El Código Penal guatemalteco, por ser del año 1973, aún contiene sesgos de Derecho Penal de autor, punto que podría ser objeto de una reforma legislativa o bien de la inaplicación consciente de los jueces de sentencia penales, utilizando el sistema difuso de control de la constitucionalidad del derecho, reconocido en la Constitución Política ya que es obligación de los tribunales de justicia observar el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado.



d) La tentativa imposible

Señala el Artículo 15 del Código Penal que si la tentativa se efectuare con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza, que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible, el autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad. Es decir, no se sancionará con una pena, debido a que su conducta no ha puesto ni remotamente, en peligro un bien jurídico protegido.

La peligrosidad de la conducta del autor de la tentativa imposible se revela en la existencia de dolo, en haberse iniciado la fase ejecutiva y suponer ésta objetivamente una puesta en peligro para el bien jurídicamente tutelado. (Mendoza Eguizabal, 2008, pág. 52)

La tentativa imposible es penada con una medida de seguridad porque se estima que por los medios elegidos por el agente para cometer el crimen y lesionar el bien jurídico, seguramente no se encuentra cuerdo, por ser imposible consumir el delito por lo inadecuado del comportamiento reprochable así por ejemplo, quien pretendiera dar muerte a otra persona apuñalándolo un una cascara de fruta.

e) La Vagancia habitual y la explotación y ejercicio de la prostitución

El Artículo 87 inciso 5, define al vago como la persona que: teniendo aptitud para ejecutar un trabajo remunerado, se mantiene habitualmente en holganza, viviendo a costa del trabajo de otros, o de la mendicidad, o sin medios de subsistencia conocidos.

La existencia de este presupuesto es un resabio de las leyes de vagancia que fueron introducidas en numerosos ordenamientos jurídicos que adoptaron medidas pre delictuales basadas en la peligrosidad social; el precedente es el



caso de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, adoptada por varios países de América Latina.

Este presupuesto castiga la personalidad del sujeto, dejando por un lado el hecho en sí, lo cual lo convierte en un Derecho Penal de autor, y no de acto. (Mendoza Eguizabal, 2008, pág. 53)

Esto de la vagancia habitual y el ejercicio de la prostitución es otro resabio de un Derecho Penal de autor, quien también debería ser modificado por el poder legislativo.

f) La embriaguez habitual y las toxicomanías

Al ebrio habitual se le puede aplicar una medida de seguridad en dos circunstancias: 1) Cuando se haya acogido a la circunstancia eximente que establece el Artículo 23.2 del Código Penal, trastorno mental transitorio, como circunstancia de inimputabilidad plena y siempre que se compruebe la concurrencia de peligrosidad criminal, y 2) Cuando la circunstancia de trastorno mental transitorio no haya sido acogido plenamente y se entienda que el sujeto era imputable, se entenderá que es imputable, cuando concorra una eximente incompleta.

En este caso, en lugar de imponer la pena en su grado mínimo, es posible que sea necesario imponer una medida de seguridad para el sujeto si se aprecia su peligrosidad criminal. De ser así, tanto la pena como la medida de seguridad, se imponen de acuerdo al sistema vicarial, el cual consiste en comenzar con la aplicación de la medida y computar el período de internamiento como cumplimiento de la pena; la aplicación de la medida no podrá rebasar el tiempo de la pena prevista en el Código Penal para el delito. (Mendoza Eguizabal, 2008, pág. 54)



Esto también es parte del Derecho Penal de autor por lo que no merece mayor comentario.

g) Mala conducta observada durante el cumplimiento de la pena

Este presupuesto no es compatible con la Constitución Política de la República, ya que vulnera el principio de certeza y determinación de la pena, regulado en el Artículo 17. No se pueden imponer penas más allá del límite de la culpabilidad, o sancionar dos veces el mismo acto, pues vulnera los principios de legalidad y de *non bis in idem*. Razón por la cual este estado peligroso, vendría a ser una forma de intervención ilegítima sobre el individuo, pues se estaría castigando por una determinada forma de ser. (Mendoza Eguizabal, 2008, pág. 54)

Como se observa el Código Penal guatemalteco resulta obsoleto en cuanto alguno de los criterios de la imposición de medidas de seguridad y determinación de estados peligrosos, por estar orientado en un Derecho Penal de autor y no de acto.

Es poco probable realmente, que pueda demostrarse la peligrosidad del individuo si los peritajes necesarios de orden psicológico y psiquiátricos no se practican en la persona del presunto peligroso.

4.9 Peritaje psicológico forense

El peritaje psicológico forense es el instrumento de asesoría a la potestad judicial por medio de un dictamen basado en observaciones, exámenes, información e interpretaciones fundamentadas para que autoridades competentes puedan valorar con mayor criterio los aspectos psicológicos de los individuos involucrados en un litigio.



El peritaje psicológico forense es una evaluación psicológica a petición del juez fundamental en psicología jurídica, es una herramienta donde se adquiere gran cantidad de información relacionada con el sujeto implicado en el delito, ya sea víctima o agresor que permite dar una explicación plausible a aquello que sucedió y que, a su vez, servirá como soporte judicial. (Barrios Villatoro, 2016, pág. 8)

En suma, de acuerdo con lo que se ha aprendido en la práctica, la pericia psicológica se utiliza especialmente con la víctima para precisar el tema de las secuelas mentales o estrés post trauma que provoca en el delito. Pero por otra parte, con el auxilio del psicólogo forense un abogado defensor puede determinar la posibilidad de una enfermedad mental en la persona del sindicado o delincuente, para poder referirlo de esta manera al psiquiatra forense y que este determine si la persona padece o no, de una enfermedad mental.

4.10 Peritaje psiquiátrico forense

La psiquiatría forense es una disciplina que relaciona los problemas de salud mental y el sistema legal, y que puede llegar a ser crucial en el desarrollo de un proceso judicial.

Los peritos, médicos especializados en psiquiatría forense, pueden actuar en una amplia gama de casos, todos aquellos relacionados de alguna manera con las siguientes áreas:

- a) Psiquiatría general
- b) Psicofarmacología
- c) Trastornos del estado de ánimo
- d) Trastornos psicóticos
- e) Psiquiatría infantil y juvenil



- f) Enfermedad mental
- g) Trauma
- h) Trastorno de estrés postraumático
- i) Trastornos de ansiedad
- j) Trastornos del sueño
- k) Psicoterapia familiar
- l) Psiquiatría clínica
- m) Neuropsiquiatría
- n) Neurología

Los peritos en psiquiatría forense pueden tener experiencia previa en diferentes áreas relevantes que puede ayudar en el desarrollo de su caso, como puede ser realización de diversos tipos de evaluaciones psicológicas, exámenes médicos independientes, asignaciones de tratamiento psicológico y/o psiquiátrico y prácticas asociadas con problemas de salud mental. Los peritos de psiquiatría forense también pueden tener formación y experiencia en el trato del estrés emocional, psicología infantil, el abuso, y otras áreas de la salud mental, el tratamiento de los niños en los casos de abuso infantil y otras formas de trauma pediátrico. La psiquiatría forense se utiliza a menudo como un medio para determinar si un individuo tiene la capacidad para ser juzgado, así como preparar la defensa de un caso a través de un diagnóstico de demencia.

El peritaje psiquiátrico puede servir en el ámbito Penal, para determinar:

- a) Grado de enajenación
- b) Grado de conciencia y libertad con el que se ha ejecutado los hechos
- c) Grado de discernimiento del bien y del mal
- d) Necesidad de internamiento
- e) Necesidad de internamiento de los condenados
- f) Enfermedad mental y grado de afectación
- g) Nivel de Inteligencia y grado de conciencia



- h) Secuelas psíquicas
- i) Peligrosidad potencial
- j) Incapacidad civil por causa psíquica. (Judicial Group, 2018, pág. 2)

Como se puede observar, para determinar la peligrosidad por una enfermedad mental es necesaria la pericia psiquiátrica de hecho es interesante determinar que un psicólogo por sí solo, no cuenta con la experticia para determinar un extremo de tal naturaleza y dictaminarlo legalmente en juicio.



CAPÍTULO V

Medidas de seguridad

5.1 Origen y significado

Cuando se hace referencia a la historia de las medidas de seguridad, con el fin de buscar su origen, algunos tratadistas consideran que éstas han existido desde tiempos muy remotos, aunque no con ese nominativo, así por ejemplo se ha dicho que disposiciones de ésta naturaleza ya se encontraban en las Leyes de Manú donde se aplicaba la pena de muerte, al individuo que robaba más de dos veces (medida de seguridad eliminatoria para el delincuente reincidente), también en las mismas Leyes de Indias se destinaron medidas especiales para los vagos, estableciendo que éstos (mestizos o españoles) debían ser sometidos a un juicio para que no resultaren perjudiciales; también contemplaban disposiciones especiales para la protección de menores, estableciendo que los que no tuvieran padres se les nombrara tutor, y los que fueran grandes se les dedicara a encomenderos de indios con el objeto primordial de evitar que causaran perjuicio sociales. Sin embargo hasta la época de la Escuela Clásica, podemos decir que técnica y científicamente, el Estado no contaba en su lucha contra la criminalidad, más que con el dispositivo de la pena; el Derecho Penal clásico se concretó a considerar la responsabilidad o irresponsabilidad del delincuente, atendiendo en primer lugar a su condición no de la pena como la única consecuencia del delito, atendiendo también a la gravedad o magnitud del daño causado, es decir que los clásicos no se preocuparon más que del castigo y retribución del delito cometido sin entrar a considerar la prevención específica del crimen y la rehabilitación del sujeto criminal. Fue realmente la Escuela Positiva que introdujo al campo del Derecho Penal la aplicación de las Medidas de Seguridad, partiendo del estudio de la personalidad del delincuente; los positivistas vieron en las medidas de seguridad el complemento necesario de la pena, pues éstas tratan de impedir



la realización de futuros delitos y miran a la prevención especial, imponiéndolas a los inimputables peligrosos, y aún a los peligrosos. En cuanto a su origen puramente legislativo se atribuye a Carlos Stoos, la consagración de la dualización, pena y medida de seguridad en el anteproyecto del Código Penal suizo de 1893 considerando el primer cuerpo normativo que contempló en forma homogénea las medidas de seguridad. (De León Velasco, 2001, pág. 285 Y 286)

Desde la antigüedad se ha considerado la existencia de personas peligrosas para la sociedad propiamente, pero desde luego que, en las grandes civilizaciones del pasado, en las que el derecho se entremezclaba con la religión, imperaba en especial la ley del talión como punto de marcaje en cuanto al significado y contenido de la norma jurídica, he de ahí, que se prefería la pena y en especial las de orden eliminatorio.

El principio de la peligrosidad criminal que se infiltra a través del edificio levantado por la escuela clásica, adquiere forma y vida en las medidas de seguridad; después de la famosa monografía de Garófalo (*Di un criterio positivo de la penallittá*), publicada en el año de 1878, la fórmula y sus consecuencias toman corporeidad legislativa poco a poco. En un primer momento el principio adquiere desenvolvimiento incipiente en el código mexicano de 1972, la ley inglesa de 1883 preparada por Carlos Stoos. La segunda fase se caracteriza por la aparición del proyecto Ferri en el año de 1921, que representa el más cumplido ensayo de reforma integral, después vienen las realizaciones sucesivas. Primeramente aparece la América Latina, que, como dice Del Rosal, limpia del peso de la tradición, podría acoger los principios innovadores con ilusión y entusiasmo: el proyecto Ortiz del año 1926 intenta llevar a Cuba los dispositivos positivistas del proyecto Ferri: tenemos la reforma parcial realizada en 1923 para integrar el Código Penal de Argentina; en igual sentido tenemos el código peruano de 1924 y 1928, y sobre todo el Código de México del año 1929. (Piug Peña, 1959)



Como se observa los avances legislativos siempre son lentos y se mantiene la saga del desarrollo social, primero el fenómeno social ocurre y por último la legislación se adapta a los cambios sociales, en especial por el entramado político que ralentiza los cambios.

Finalmente, se centra el movimiento con el carácter dualista –penas y medidas de seguridad, responsabilidad moral y social- y aparece el Código Rocco, al que siguen todos los códigos publicados en últimos tiempos que, contienen en su articulado a las medidas de seguridad, o prefieren conservar la estructura que responde a las nuevas orientaciones; solamente algunos códigos y proyectos sudamericanos rompen en desviación moderna este eclecticismo dualista, con arreglo al cual se está llevando a la práctica la reforma de las legislaciones penales del mundo. (De León Velasco, 2001, pág. 287)

El sistema dualista es el más adelantado en cuanto a su concepción científica, al permitirle al Estado crear penas y medidas de seguridad, en referencia a la comisión de delito y faltas en el primer caso, y en cuanto al estado peligroso del individuo en el segundo caso con el fin de prevenir la ocurrencia de futuros hechos criminales.

En cuanto al significado de las medidas de seguridad, es actualmente indiscutible que la función del Estado en relación con la criminalidad no debe circunscribirse a la mera represión (castigo), retribución o prevención (individual o general), sino también debe realizar una función profiláctica a través de la aplicación de las medidas de seguridad... Novelli –citado por Puig Peña- dijo que “las medidas de seguridad pueden situarse entre las grandes reformas penales que en la historia han señalado una etapa gloriosa en el camino de la civilización. Refiriéndose a las medidas de seguridad, dice que hoy se dispone de otros modelos de lucha contra el delito, nuevas armas de combate; el enemigo que tenía el Estado era el delincuente moralmente responsable, en cuanto a los demás aunque realizasen actos dañosos para la sociedad y constituyesen un estado latente de perturbación, el Estado nada podía hacer



frente a ellos (inimputables), y esto porque la pena tiene que estar en relación con la culpabilidad, cuyo asiento es la imputabilidad basada en el libre albedrío; hoy la peligrosidad es la nueva fórmula que cubre todo el campo sobre el que puede operar el Estado. La peligrosidad nace con Garófalo que utiliza en su famosa obra *Temibilita* referida sólo al delincuente y atendiendo al mal previsto que hay que tener por expresión al delincuente, y otros con más acierto la extienden a otra clase de sujeto con vagos, alcohólicos, menores de edad, etc. (Piug Peña, 1959, pág. 331)

Desde luego que, las medidas de seguridad permiten abarcar un aspecto que el Derecho Penal clásico no cubría, la prevención del delito, al estimar que existen personas potencialmente dañinas para la sociedad y que constituyen un peligro latente, precisamente para abordar a esa clase de individuos y prevenir daños futuros se legislan las medidas de seguridad.

De todo se distingue la peligrosidad de Filippo Grispigni que dice:

Es la condición especial de una persona para convertirse con probabilidad en autora de delitos. La esencia de la peligrosidad no es la posibilidad de cometer delitos (porque como dice Sánchez Tejerina, toda persona es posible delincuente), sino la probabilidad de cometerlos: no se puede hablar de una causa única de peligrosidad, sino de una multiplicidad de causas.

El significado fundamental de las medidas de seguridad, radica en la prevención del delito, y pueden aplicarse simultáneamente con pena o bien independientemente de ella, a los siguientes sujetos:

- a) A delincuentes peligrosos, que se les aplicará simultáneamente con la pena y aún después de cumplida ésta, con un propósito puramente preventivo.
- b) A declarados inimputables, quienes por estado peligroso, representan un riesgo para la misma sociedad.



- c) A delincuentes no peligrosos, con el objeto de verificar si efectivamente no representan un peligro para la sociedad. (De León Velasco, 2001, pág. 288)

Todas las variantes descritas respecto de la aplicación de las medidas de seguridad se hacen viables desde un punto de vista netamente criminológico, con el fin de estudiar casos concretos de delincuentes y para delincuentes reales, en el sentido de prevención del crimen.

Al respecto Domínguez Estrada (1977, pág. 272) manifiesta:

A los delincuentes peligrosos deberán aplicárseles medidas de seguridad que, en concordancia con la sanción readaptadora y reeducadora de la pena, tiendan a darles o facilitarles la adquisición de hábitos provechosos de trabajo y adecuadas formas de conducta. A los delincuentes que no manifiesten o representen mayor peligro social, deberá ofrecerles el beneficio de la libertad vigilada por ejemplo, únicamente como medio para controlar sus actividades y comprobar su convencimiento de cumplir una función del provecho social correspondiente con el beneficio que se le ha otorgado. De tal manera que la aplicación de medidas de seguridad en forma adecuada, no sólo previenen la comisión de posteriores delitos, sino anticipadamente a ello cumplen una función de reeducación, reforma, tratamiento o rehabilitación del delincuente para que nuevamente pueda incorporarse a la vida social como un ente útil a ella, sin representar ningún peligro inminente para los demás.

El enfoque principal de las medidas de seguridad desde luego que es la prevención del delito, pero, es menester no dejar de lado el aspecto de reeducación, reforma, tratamiento y rehabilitación del delincuente, agregando a esto el tema de la reinserción social y familiar del delincuente como un ente útil o al menos no pernicioso a la sociedad.



5.2 Definición

Al igual que los otros institutos penales que conforman el objeto de estudio del Derecho Penal (el delito y la pena), las medidas de seguridad se han definido de manera diversa atendiendo al particular punto de vista de su autor, sin embargo, casi todas las definiciones las describen como medios o procedimientos que utiliza el Estado en pro de la defensa social, identificándola con fines reeducadores y preventivos, apartándola de la retribución y el castigo que identifica a la pena; algunos tratadistas a pesar de que se refieren a ellas, no precisan su definición, quizás por la confusión que aún existe en su naturaleza jurídica, tal es el caso de Rodríguez Devesa en España y Carrancá y Trujillo en México. Algunas formas de definir las medidas de seguridad son las siguientes:

Consisten en especiales tratamientos impuestos por el Estado a determinados delincuentes encaminados a obtener su adaptación a la vida social (medidas de educación, de corrección y curación), a su segregación de la misma (medidas de seguridad en sentido estricto). *Eugenio Cuello Calón*.

Es una medida no penal que, después de haberse cometido un delito, se aplica con fines defensivos, no retributivos, es decir, no a título de castigo, sino para prevenir que el agente cometa delitos posteriores, exponiendo a peligro el orden jurídico. *Giuseppe Maggiore*.

Ciertos medios orientados a readaptar al delincuente a la vida social libre, es decir, a promover su educación o curación según que tenga necesidad de una u otra parte, poniéndolo en su caso en la imposibilidad de perjudicar. *Francesco Antolisei*.

Aquellos medios o procedimientos por virtud de los cuales el Estado trata de obtener la adaptación del individuo a la sociedad (medidas educadoras o



correccionales), o la eliminación de los inadaptables (medidas de protección en sentido estricto). *Federico Puig Peña*.

Ciertas disposiciones adoptables respecto de determinadas personas; no dentro de una idea de amenaza o de retribución, sino de un concepto de defensa social, y de readaptación humana, por tiempo indeterminado. Raymundo del Río.

Consiste en una disminución de uno o más bienes jurídicos; infringida por órdenes de la jurisdicción penal, sola o conjuntamente con la pena, a aquellas personas autoras de un hecho previsto como delito, aunque no sea imputable, no como reacción contra el delito, sino que únicamente como medio para combatir la peligrosidad del agente. *Filippo Grispigni*.

Se entiende que las medidas de seguridad, son medios de defensa social utilizados por el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes, que tienen por objeto la prevención del delito y la rehabilitación de sujetos inimputables. (De León Velasco, 2001, pág. 289 y 290)

A todas las definiciones anteriores se agrega la propia que establece que las medidas de seguridad son dispositivos legales creados por el Estado, con el fin de defender a la sociedad y prevenir la ocurrencia de hechos delictivos, respecto de individuos considerados peligrosos.

5.3 Características

Tomando en consideración las definiciones expuestas, se identifican las siguientes características:

- a) Son medios o procedimientos que utiliza el Estado. Quiere decir que la imposición de medidas de seguridad (al igual que la pena), corresponde con



exclusividad al Estado, que como ente soberano es el único facultado para crearlas e imponerlas, a través de los órganos jurisdiccionales (Juzgados o Tribunales) correspondientes, toda vez que en nuestro país tienen carácter judicial y no administrativo.

- b) Tienen un fin preventivo, rehabilitador, no retributivo. Quiere decir que pretenden prevenir la comisión de futuros delitos, a través de la educación, corrección y curación de los sujetos con probabilidad de delinquir, desprovistas del castigo expiatorio.
- c) Son medio de defensa social. Porque su imposición depende de la peligrosidad del sujeto y no de la culpabilidad del mismo, en ese sentido se previene y se rehabilita en defensa de los intereses sociales, que se ven amenazados por la peligrosidad que revelan ciertos sujetos (imputables o inimputables).
- d) Puede aplicarse a peligrosos criminales y a peligrosos sociales. Entendiéndose por peligroso criminal a aquel que después de haber delinquido presenta probabilidades de volver a delinquir; mientras que el peligroso social es aquel que no habiendo delinquido presenta probabilidades de hacerlo (la primera es pos delictual y la segunda pre delictual) la legislación penal en el artículo 86 establece que podrían decretarse por los tribunales de justicia en sentencia condenatoria o absolutoria.
- e) Su aplicación es por tiempo indeterminado. Quiere decir que una vez impuestas, sólo deben revocarse o reformarse cuando efectivamente ha desaparecido la causa o el estado peligroso que las motivó. Así el artículo 85 del Código Penal establece que las medidas de seguridad se aplicarán por tiempo indeterminado salvo posición expresa de la ley en contrario, indeterminado que ha sido muy criticada por la doctrina y en el segundo párrafo del 86 se dice que en cualquier tiempo podrán reformar o revocar sus resoluciones (los tribunales) al respecto, si se modifica o cesa el estado de peligrosidad del sujeto.

- f) Responden a un principio de la legalidad. Quiere decir que no podrán imponerse sino únicamente aquellas que estén previamente establecidas en la ley. Así el artículo 84 del Código Penal establece que no se decretarán medidas de seguridad sin disposición legal que las establezca expresamente, ni fuera de los casos previstos en la ley. (De León Velasco, 2001, pág. 291)



Todas esas características revelan básicamente que la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad es que es derecho público por ser creadas y aplicadas con exclusividad por el Estado.

5.4 Naturaleza y fines

En la doctrina ha sido motivo de fuertes debates desde su aparecimiento (sistemático y técnicamente organizado), hasta nuestros días, lo relativo a la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad; en primer lugar se ha discutido mucho sobre si éstas deben ser de carácter judicial o bien administrativo, prevaleciendo el primer criterio, el ordenamiento penal en el artículo 86 establece que las medidas (de seguridad) previstas sólo podrán decretarse por los tribunales de justicia en sentencia condenatoria o absolutoria por delito o falta. Luego se dice en la doctrina que es necesario distinguir entre aquellas medidas de seguridad, y aquellas que suponen un dispositivo de defensa aun no existiendo la comisión de un delito (peligrosidad social o pre delictiva), que pueden aplicarse a los alienados peligrosos, ebrios, toxicómanos, rufianes, vagos, etc. Algunos tratadistas estiman que las medidas pre delictivas deben ser de orden administrativo, mientras que las que nacen de la comisión de un delito del orden judicial. No debe incluirse en las anteriores las medidas de seguridad reservadas para inimputables menores de edad normales que son tratamientos educativos con características muy propias y especiales. La mayor discusión respecto de su naturaleza se ha circunscrito sin lugar a dudas, en la polémica de si existe o no diferencia entre las penas y las medidas de seguridad;



algunos afirman que entre ambas no existe diferencia alguna porque las llamadas medidas de seguridad son en el fondo penas disfrazadas toda vez que son de tipo retributivo (castigo), producen sufrimiento y aflicción en el sujeto que las soporta; mientras otros sostienen que ambas son diferentes en su naturaleza, en sus fundamentos y en sus objetivos, ya que la pena es consecuencia directa de la comisión de un delito y la medida de seguridad de un estado peligroso, la pena tienen una finalidad aflictiva, mientras la medida de seguridad es preventiva, la pena se determina atendiendo a la culpabilidad y las medidas de seguridad atendiendo a la peligrosidad, etc. (De León Velasco, 2001, pág. 292)

Las medidas de seguridad como se precisará más adelante son dispositivos legales de derecho público.

Las teorías más importantes en esta discusión son las siguientes:

5.4.1 Teoría unitaria o doctrinaria de la identidad

Sostenida fundamentalmente por los positivistas. Sosteniendo entre las penas y las medidas de seguridad no existen diferencias sustanciales, sino una similitud completa porque ambas, tienen carácter retributivo, las dos son consecuencia inmediata del delito, las dos se traducen en privación y retribución de derechos de bienes jurídicos de la persona a quien se aplican. En ese sentido –Dice Puig Peña]- Ferri y Grispigni combaten las supuestas diferencias presentadas por otros autores diciendo que ello en realidad no es más que un elegante castillo de cartas ingeniosamente construido, pero que se viene abajo al más pequeño impulso; Grispigni, alega que no puede haber diferencias entre ambas, dado a que las dos se proponen la defensa social; una y otra reafirman la autoridad del Estado; pueden aplicarse una en sustitución de la otra y toman



ambas el hecho como índice revelador de la actividad criminosa. (De León Velasco, 2001, pág. 293)

Esta es una doctrina obsoleta y en total desuso.

Francesco Antolisei citado por De Mata y De León a ese respecto dice:

Las medidas de seguridad forman parte del Derecho Penal en cuanto se prevén y disciplinan por el Código Penal en cuanto, especialmente, al igual que las penas, constituyen medios de lucha contra el delito. Siendo consecuencias jurídicas de hechos prohibidos por la ley penal, se dirigen a la misma finalidad que las penas, es decir, a combatir el triste fenómeno social que es la criminalidad; no pueden por ello, pertenecer a una rama distinta del ordenamiento jurídico. (De León Velasco, 2001, pág. 293)

Las medidas de seguridad son parte del Derecho Penal, pero esa no es su naturaleza jurídica.

Los partidarios de estas teorías sostienen que tanto las penas como las medidas de seguridad, se identifican porque:

- a) Las dos son sanciones que se presentan como una consecuencia jurídica del delito;
- b) Las dos privan al individuo (sujeto del delito), de bienes o intereses jurídicamente protegidos;
- c) Las dos persiguen el mismo fin, o sea la prevención social del delito;
- d) Las dos son aplicadas por determinados órganos del Estado mediante un procedimiento prefijado.

Por último se ha dicho que las penas y las medidas de seguridad se complementan como en dos círculos secantes, en que sólo cabe su diferencia



práctica, no la teórica, según Jiménez de Asúa, las penas tienden a la prevención general, las medidas de seguridad a la prevención especial, aquellas son para los sujetos normales, éstas para los anormales. Grisigni al igual que Antolisei, sostiene que son de idéntica naturaleza, lo que sucede es que las penas son de dos clases, las represivas y las preventivas, siendo las medidas de seguridad, de éstas últimas. (De León Velasco, 2001, pág. 294)

A pesar de las similitudes ontológicas de las penas y de las medidas de seguridad ambas instituciones penales, son diferentes tal y como quedará demostrado en el apartado siguiente.

5.4.2 Teoría dualista o doctrina de la separación

Es la teoría sostenida por Bernardino Alimena, Florián, Longhi, Garraud, Beling, Montes, y otros. Sostiene al contrario que la anterior que existen sustanciales diferencias entre las penas y las medidas de seguridad, en tanto que las primeras son meramente retribución o castigo por la comisión del delito cometido, las segundas son puramente preventivas; en ese sentido Giuseppe Maggiore sostiene: Si la pena debe servirle a la expiación, no puede servirle a la prevención y a la defensa. Esto no quiere decir, que la pena no puede producir otros efectos, como la intimidación, la prevención, la corrección y otros. Pero estos son efectos eventuales y marginales; la pena no previene ni defiende, ni cura, ni sana, ni rehabilita, sino que castiga. La medida de seguridad por el contrario, como providencia preventiva, interviene después del delito, no causa de él, no se dirige a retribuir una culpa, sino a impedir un peligro. (De León Velasco, 2001, pág. 294)

Etiológicamente, las razones o hechos sociales que motivan la imposición de penas y de las medidas de seguridad, son diametralmente opuestas, de esa



circunstancia se deriva que cualitativamente sea diferentes, por lo que las provoca y el efecto que producen.

Los partidarios de esta corriente, sostienen diferencias entre ambos institutos como las siguientes:

- a) La pena representa un castigo o daño al delincuente; la medida de seguridad tiende únicamente a la readaptación del individuo (delincuente o no), y a la defensa social.
- b) La pena es consecutiva de la comisión de un delito y se aplica en relación con su gravedad, la medida de seguridad se impone en razón del estado o condición del individuo (refiriéndose a la peligrosidad criminal y social).
- c) La pena se aplica al comprobarse la culpabilidad del autor del delito; la medida de seguridad es independiente de la culpabilidad. En cuanto a los fines de las medidas de seguridad, se ha hecho que cumplen una doble función: defender al Estado y a la sociedad y al mismo tiempo que las segundas fueron fundamentadas en la peligrosidad del autor. Se partió del supuesto de que las medidas eran preventivas no represivas, y que estaban destinadas a solucionar exigencias político criminales o resueltas por la pena, como el caso de los autores con proclividad a cometer delitos como consecuencias de estados espirituales o corporales. La medida de seguridad fue representada entonces como destinada a eliminar o paliar situaciones a cuyo respecto la pena no era eficaz como consecuencia de sus propias limitaciones, derivadas de presupuestos sistematizados por una dogmática elaborada en el marco teórico legislativo proporcionado por las teorías absolutas. (De León Velasco, 2001, pág. 295)

Como se puede observar las diferencias entre las penas y las medidas de seguridad tal y como se ha establecido son sustanciales y cualitativamente drásticas.



El sistema de doble vía fue, por consiguiente, una solución ecléctica entre un Derecho Penal clásico, y la irrupción de un Derecho Penal de autor incapaz de sustituirlo íntegramente. El profesor argentino y ex catedrático titular de Derecho Penal en la Universidad Nacional Autónoma de México, Esteban Righi, en su ponencia presentada al Primer Congreso de Derecho Penal Mexicano (en noviembre de 1981), estima la necesidad de distinguir entre penas y medidas de seguridad, considerando el fin político criminal que ambas persiguen, los presupuestos que las condicionan y la cuantificación que debe realizarse en la individualización judicial, considerando que las bases presupuestas por Carlos Stoos en 1893, se mantienen inalteradas en lo sustancial hasta nuestros días, las cuales sugieren: que la pena tiene contenido expiatorio (sufrimiento), se impone al culpable de un delito y su duración debe ser proporcional a la importancia del bien afectado, a la gravedad de la lesión y a la magnitud de la culpabilidad del autor; mientras que la medida de seguridad es una privación de derechos que persigue un fin tutelar (sin sufrimiento), es consecuencia de un estado peligroso y de duración indeterminada. Lo único que la condiciona es la obtención del resultado, por lo que sólo debería cesar cuando el Estado ha obtenido el fin propuesto; resocialización, enmienda o inocuización. Y sin embargo considera Esteban Righi, que estas ideas son hoy cuestionables, primero porque como consecuencia del desarrollo de los puntos de vista preventivo especiales, ya no se puede seguir sosteniendo que el Estado persigue fines expiatorios cuando impone penas; y segundo, porque si el efecto de la reacción estatal (penas o medidas) se considera desde el punto de vista del destinatario, no se puede afirmar que no se produce sufrimiento. La restricción contra la indeterminación de las medidas, lo que conduce a enmarcarlas en pautas de proporcionalidad; sólo quedaría entonces como elemento distintivo, la circunstancia de que pena y medida estén condicionadas por supuestos diferentes; y es más resulta hoy muy complicado admitir la concepción tradicional, según la cual la pena estaría reservada al culpable de un delito y la medida de seguridad a un sujeto peligroso. En el ámbito de la pena se ha impugnado la idea de culpabilidad, y en relación con las medidas debe



cuestionarse la noción de peligrosidad, concepto impreciso y por ello inseguro para fundamentar la aplicación de las medidas de seguridad. (De León Velasco 2001, pág. 296)

Desde luego que, el elemento de la culpabilidad no se entra a analizar para la aplicación de las medidas de seguridad, dado que el individuo o bien no ha delinquido, y si causó un mal, no tiene la capacidad necesaria para discernir tal circunstancia.

Es muy interesante también, la clasificación que en relación con los fines de las medidas de seguridad, planteó Alfonso Domínguez Estrada en la forma siguiente:

a) Si se aplica a individuos inimputables, los fines de las medidas de seguridad se deben estudiar desde los puntos de vista:

1°. Cuando se impone a inimputables deficientes mentales, son: el tratamiento científico (médico) en condiciones adecuadas para su curación, en la medida de lo posible; y la protección de la sociedad. 2°. Cuando se impone a inimputables menores de edad, son: obtener su readaptación, reeducación, y la protección a la sociedad.

b) Si se imponen a delincuentes, los fines de las medidas de seguridad deben distinguirse en dos sentidos:

1°. Si se aplica a delincuentes peligrosos son: proveer a su readaptación social, en condiciones cualitativamente diferentes a las de la pena, y la protección de la sociedad.

2°. Si se aplica a delincuentes carentes de peligrosidad, son: favorecer su readaptación social en un período más breve que el de la pena, por lo cual ésta deviene innecesaria, y beneficia a la sociedad, la que contará con un individuo que participará en su mejoramiento.” (De León Velasco, 2001, pág. 297) Por

todo lo anterior es viable la idea de que, no es lo mismo imponer medidas de seguridad al inimputable, o al inculpable, a que una persona delincuente que cuenta con una noción al menos general de la antijuricidad de su acción.



5.5 La peligrosidad

A pesar de que desde la antigüedad remota y la Edad Media, numerosos filósofos, juristas, médicos, antropólogos, sociólogos, psicólogos, etc., se preocupan por conocer la naturaleza del sujeto que delinque o que está próximo a delinquir, no es sino hasta tiempos de la Escuela Positiva del Derecho Penal, que se institucionalizó el estudio de la personalidad del delincuente, surgiendo así las investigaciones sobre la peligrosidad como presupuesto para la aplicación de medidas de seguridad; la peligrosidad es hoy en día un tópico ampliamente manejado en la Criminología y el Derecho Penal. De acuerdo al diccionario de la lengua española, el término peligrosidad contiene la calidad del peligroso, término que se deriva del latín *pericoloso*, adjetivo que significa lo que tiene riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal, pudiéndose identificar el término mal, con el daño, que se deriva del latín *dannum*, que significa detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o bien molestia. Los términos peligro y peligrosidad pueden ser aplicados a diferentes aspectos del conocimiento humano, situaciones, cosas animales y al mismo ser humano; en cualquier ámbito la idea de peligro es un riesgo de daño, en ese sentido se atribuye el adjetivo de peligroso al individuo que presenta ciertas características que hacen presumir un comportamiento dañoso.

Tratándose del ser humano, tanto el enfermo mental como el que delinque son modelos bastante claros de los que se ha llamado individuos peligrosos, el eminente criminalista, Doctor Sergio Correa García (de quien se tomó el enfoque), en su ponencia peligrosidad presentada al Primer Congreso de Derecho Penal Mexicano, afirma que el concepto de peligrosidad siempre ha



estado relacionado con la existencia del patologismo individual, adquiere relevancia en el delincuente cuando se relaciona con la probabilidad de cometer un delito, o en el caso del pre delincuente cuando se supone que puede violar la ley penal, de tal manera –dice- que el concepto peligrosidad se plantea, dentro de un contexto estrictamente jurídico penal. A la par de la peligrosidad se habla de la temibilidad; la peligrosidad es la capacidad de daño; y la temibilidad, es la expectativa que se forma un individuo frente al sujeto peligroso con base precisamente al supuesto de probabilidad del daño. (De León Velasco, 2001, pág. 298)

El tema de la probabilidad del daño es esencialmente subjetivo por ello es que el derecho queda en debilidad para determinar tal circunstancia, por ello la criminología con el auxilio de la antropología, la psicología y la psiquiatría deben centrarse en diagnosticar las circunstancias que determinan al individuo potencialmente peligroso.

El profesor español José María Rodríguez Devesa, define la peligrosidad como una elevada probabilidad de delinquir en el futuro, esa probabilidad puede ser pasajera o permanente –dice- pero ha de ser, en cualquier caso actual. En ese sentido el concepto de peligrosidad aplicada al delincuente observa dos situaciones:

- a) La existencia de ciertos individuos que, sin haber cometido un delito, se encuentran próximos a cometerlo, que es la denominada peligrosidad pre delictual o ante delictual, llamada también peligrosidad sin delito, o peligrosidad social, y a la que algunos tratadistas asignan específicamente las medidas preventivas con el fin de evitar la comisión de esos delitos. Sosteniéndose también al respecto que por ser pre delictuales deben quedar fuera del Derecho Penal, y asignadas a un orden puramente administrativo, posición que es totalmente aceptada por el Derecho Penal Moderno, aunque en la mayor parte de legislaciones, esas medidas sólo pueden ser impuestas por un órgano judicial y con apego estricto a un principio de legalidad.



- b) La existencia de ciertos individuos, que siendo delincuentes, reflejan la posibilidad de volver a delinquir, que es la denominada peligrosidad post-delictual o peligrosidad criminal, llamada también peligrosidad con delito, y a la que se asignan específicamente las medidas de seguridad con fines de prevención y rehabilitación, que necesariamente debe imponer el órgano jurisdiccional correspondiente. Y a la que se critica por vulnerar el principio *Non bis in idem*.

En ese orden de ideas, el marco de referencia para fijar la categoría de peligrosidad social o criminal, es aquel constituido por la existencia misma de la ley que puede ser violada por primera vez en forma reiterativa; así como la existencia de individuos que pudieran presentar tendencia a violar la ley penal bajo los supuestos también de primarios o reincidentes. En ese sentido como muy bien apunta Rodríguez Devesa –citando a Exner– el concepto de peligrosidad, se relaciona con las dificultades que se multiplican para pronosticar la conducta futura de una persona, pues las técnicas del pronóstico criminológico siguen siendo controvertidas y distan mucho de ofrecer una base segura. Todavía dominan los métodos intuitivos, cuya falacia ha sido demostrada. Cualquiera que sea la firmeza que nos ofrezcan las estadísticas sobre el aumento de los porcentajes de reincidencia y de la delincuencia juvenil, en el caso individual son de escasa utilidad para inferir si un sujeto determinado cometiera en el futuro un nuevo delito, y citando a Middendorff, en su *Teoría y práctica de la Prognosis Criminal* de 1970 dice: aunque la prognosis estadística arroje una probabilidad de 80 a 90%, el restante 10 a 20% es seguro que tienen que tomar una decisión. Y para diferenciar la peligrosidad de la culpabilidad, el eminentemente profesor hispano, Doctor Rodríguez Devesa, apunta en la obra citada que la peligrosidad puede ser muy elevada, siendo la gravedad del delito cometido muy pequeña; y viceversa, puede ser prácticamente nula a pesar de haber cometido el sujeto un delito muy grave. El conyugida que mata al saberse engañado (crimen pasional, u homicidio cometido un estado de emoción violenta), es una crisis que difícilmente se repetirá en su vida, puede



carecer en absoluto de peligrosidad; el ratero que ha hecho del hurto su modo de vivir, o el estafador o defraudada sea tan mínima que no llegue el hecho a construir delito. La culpabilidad va siempre referida al delito cometido: es culpabilidad de la acción típicamente antijurídica realizada y su medida no puede rebasar, radica no en el acto, sino en quien lo realiza. Y es esta división de personas, en peligrosos y no peligrosos lo que viola el derecho de igualdad. (De León Velasco, 2001, pág. 299 y 300)

En este punto de la investigación, es necesario establecer que, la peligrosidad en Guatemala siempre es declarada judicialmente, por lo que de manera general se entiende que la misma es pos delictual, lo más común es que luego de que una persona es procesada por ser aprehendida flagrantemente, o bien por orden de juez, durante la secuela procesal se determina que es incapaz de discernir el contenido de sus acciones, por ello no se aplica nunca medidas de seguridad, pre delictuales o sociales, ni el Estado cuenta con la infraestructura ni los medios para determinar la peligrosidad social de los ciudadanos que aún no han delinquido y que pueden ser considerados peligrosos.

En cuanto a la legislación guatemalteca, en el artículo 87 del Código Penal, hace referencia al estado peligroso del sujeto, y considera índice de peligrosidad, para la imposición de las medidas de seguridad que la misma establece:

- 1°. La declaración de inimputabilidad;
- 2°. La interrupción de la ejecución de la pena por enfermedad mental del condenado;
- 3°. La declaración de delincuente habitual;
- 4°. La tentativa imposible;
- 5°. La vagancia habitual;
- 6°. La embriaguez habitual;
- 7°. La toxicomanía;

8°. La mala conducta observada durante el cumplimiento de la condena;
La explotación o el ejercicio de la prostitución.



Del precepto legal se infiere que la legislación guatemalteca contempla estados de peligrosidad criminal lo cual hace suponer que la medida de seguridad adecuada puede ser aplicada pre delictual y pos delictualmente, sin embargo el artículo 86 establece, que las medidas de seguridad sólo podrán concretarse por los tribunales de justicia en sentencia condenatoria o absolutoria, por delito o falta. De lo cual se puede inferir que sólo pueden aplicarse medidas de seguridad pos delictuales, por cuanto que necesariamente se tiene que dictar una sentencia después de un debido proceso, lo cual significa que previamente ha de haberse cometido un delito o falta. En ese sentido no puede cumplirse a cabalidad con la función preventiva (pre delictual), que la doctrina asigna a dichas medidas y resulta poco aplicable a los inimputables, vagos habituales, ebrios consuetudinarios o toxicómanos, por cuanto hay que esperar primeros que infrinjan la ley penal para aplicar una medida. (De León Velasco, 2001, pág. 301)

Lo antes descrito es una severa deficiencia de la legislación guatemalteca en el tema de las medidas de seguridad porque no es aun legalmente viable la imposición de medidas de seguridad pre delictuales o de defensa social, pero además de la legislación debe existir una vasta cantidad de insumos, logística y profesionales de diversas ciencias, en especial médicas y mentales, para que el Estado pueda detectar y tratar a los ciudadanos potencialmente peligrosos.

5.6 Clasificación

Como ocurre siempre en la doctrina, existen diversas formas de agrupar las medidas de seguridad, atendiendo a la particular opinión de cada especialista, sin embargo las más importantes y aceptadas generalmente se hacen atendiendo al



momento en que éstas se imponen, a los fines que persiguen, y a los bienes jurídicos que privan o restringen, las cuales podemos describir así:

5.6.1 Medidas de seguridad propiamente dichas y medidas de prevención

Las primeras son aquellas que se aplican como complemento de la pena en atención a la peligrosidad criminal, es decir son post-delictuales (medidas con delito), que se aplican después que el sujeto ha infringido la ley penal, partiendo de su peligrosidad en atención al delito, son pre delictuales, y se imponen en atención al delito o a la falta cometida. Las segundas no dependen de la comisión de un delito, son pre delictuales y se imponen en atención a la peligrosidad social del sujeto con un fin profiláctico, de tal manera que se pueda evitar la probable infracción a la ley penal del Estado.

5.6.2 Medidas de seguridad: curativas, reeducativas, o correccionales y eliminativas

Las medidas curativas son las que tienen por objeto el tratamiento clínico psiquiátrico de los sujetos inimputables anormales por deficiencias mentales, así como de los ebrios consuetudinarios y los toxicómanos, y que requieren de centros especiales de tratamiento.

Las reeducativas o correccionales, son aquellas que pretenden la reeducación, la reforma del individuo, su rehabilitación en sentido amplio con el fin de adaptarlo nuevamente a la sociedad, como un ser útil a la misma. Se aplican a vagos, rufianes, proxenetas, y todo aquel sujeto que esté en condiciones corregibles o readaptables, en centros o instituciones educativas, industriales, agrícolas, correccionales, etc.



Las eliminatorias, de segregación o de protección estricta, son aquellas que tratan de eliminar de la sociedad a sujetos que son inadaptables a ella, individuos incorregibles, como delincuentes reincidentes y habituales, que conlleva una custodia muy especial para evitar la comisión de nuevos delitos, aun dentro de los centros penales.

5.6.3 Medidas de seguridad privativas de libertad, no privativas de libertad y patrimoniales

Las privativas de libertad son aquellas que privan o coartan la libertad de locomoción del sujeto que la sufre, tal es el caso del internamiento en centro especial como los centros de trabajo, agrícola o industrial, casas de cura o custodia, el manicomio judicial o el reformatorio.

Las no privativas de libertad, son aquellas en que a pesar de sujetar obligatoriamente al individuo, no coartan en forma absoluta su libertad de locomoción, tal es el caso de libertad vigilada, la prohibición de residir en determinados lugares, y la prohibición de asistir a determinados lugares. Las medidas patrimoniales, son aquellas que recaen directamente sobre el patrimonio de la persona a quien se le impone, como la caución de buena conducta por ejemplo. (De León Velasco, 2001, págs. 301, 302 y 303).

Caso a analizar: causa 35-2,015. Acusado Sergio Adonay Ávila Girón, acusado por el delito de asesinato en grado de tentativa.

En relación con las medidas de seguridad no privativas de libertad, se analiza la sentencia del Tribunal Primero de Sentencia Penal Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Municipio de Mixco, Departamento de Guatemala, de fecha seis de agosto de dos mil quince, cuyo acusado es Jorge Adonay Ávila Girón, por el delito de Asesinato en grado de tentativa.



El Ministerio Público modificó el memorial de acusación hasta el momento de la audiencia de etapa intermedia, indicando que según el artículo 484 del Código Procesal Penal, ostenta esa facultad.

Por lo anterior, se abrió a juicio para la aplicación de medidas de seguridad, se ordena que el acusado reciba tratamiento médico psiquiátrico en concordancia con una red de apoyo social y familiar, indicando que en un mes o dos meses pueden disminuir esas alteraciones psicóticas, haciendo ver que no pone en riesgo su vida o la vida de los que están a su alrededor, según la psiquiatra Anabela Brooks Hernández. Posteriormente el médico y cirujano Luis Arnoldo Zepeda López, quien no es ni psicólogo ni psiquiatra indica que el acusado es un peligro y amenaza para la sociedad ya que no puede conducirse como una persona de su edad (20 años de edad), sino sumamente inferior, por lo que presentaba retraso mental.

Así mismo, la psiquiatra Mirna Roxana Santos indica en su informe que el acusado no necesita cuidados especiales, siendo importante el acompañamiento de la familia, recomendando tratamiento ambulatorio.

El no privarlo de la libertad obedece a lograr su rehabilitación y readaptación social, siendo la medida de seguridad preventiva y no retributiva. No obstante ello, se indica en la sentencia que las medidas de seguridad se aplican dependiendo de la peligrosidad del sujeto y no de su culpabilidad.

A pesar de no establecerse en el acusado un estado de peligrosidad, se analiza en la sentencia doctrinariamente que las medidas de seguridad se aplican a peligrosos sociales cuando sean ebrios, toxicómanos, etc. Se indica también que cada día se acepta menos, según el maestro De Mata Vela, Francisco (2,009, Pág. 288).

Por lo anterior, se le declara inimputable y por lo tanto peligroso post delictual como requisito indispensable para aplicarle las medidas de seguridad.



En el presente caso, el Ministerio Público plantea Apelación Especial con el único objetivo de que el acusado Jorge Adonay Ávila realice tratamiento de rehabilitación en el lugar donde el tribunal indique y no de manera ambulatoria vigilada resolviendo la sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, con número de causa 2,036-2,014-00549 Oficial 1° acoger el recurso del ente investigador.

La Sala Primera de la Corte de apelaciones del Ramo Penal Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de fecha dieciséis de junio de dos mil dieciséis, con número de causa 02036-2014-00549, resuelve: Acoger el recurso de Apelación Especial planteado por el ente investigador y resuelve que debe continuar Jorge Adonay Ávila Girón para su rehabilitación en el centro designado por el tribunal Primero de Sentencia Penal del Municipio de Mixco. Actualmente se encuentra detenido en el Centro Preventivo para Hombres de la zona dieciocho.

No obstante, en la actualidad el término “Estado Peligroso” es un tema polémico, el Ministerio Público, al plantear el recurso por no estar de acuerdo con el tratamiento ambulatorio del condenado Jorge Adonay Ávila, se fundamenta en el artículo 87 del código Penal, indicando: Estado Peligroso, haciendo mención al internamiento en un lugar psiquiátrico, no estando de acuerdo en el tratamiento ambulatorio y dentro de su análisis se infiere el peligro hacia la sociedad, debiendo ser rehabilitado en un centro especializado, aun y cuando los propios informes no revelaron ningún índice de peligrosidad. Eso quiere decir que aún se mantiene el estigma de la peligrosidad social.

Se emiten sentencias en casos graves en donde no existen estudios ni análisis científicos psicológicos ni psiquiátricos que coadyuven en el resultado de la sentencia, ya que de encontrarse el individuo con algún trastorno mental podría dársele tratamiento y no una privación de libertad que en poco ayudaría a hacer justicia, ya que si la persona es candidata para una evaluación científica el curso del proceso podría ser diferente en favor del propio procesado y de la sociedad.

5.7 Clasificación legal

El Código Penal guatemalteco, en el artículo 88, describe como medidas de seguridad, que pueden aplicarse, las siguientes:

- a) El internamiento en establecimiento psiquiátrico;
- b) El internamiento en granja agrícola, centro industrial, u otra análoga;
- c) El internamiento en establecimiento, educativo o de tratamiento especial;
- d) La libertad vigilada;
- e) La prohibición de residir en lugar determinado;
- f) La prohibición de concurrir a determinados lugares; y
- g) La caución de buena conducta.

Tal y como las presenta la ley penal, son privativas de libertad los tres internamientos; son restrictivas de libertad: la libertad vigilada y las prohibiciones; y es personal la caución de buena conducta.

Es innecesario entrar a explicar desde el punto de vista legal, cada una de ellas por cuanto que la misma ley, del artículo 89 al 100, describe en forma clara en qué consiste y como debe funcionar cada medida, sin embargo es necesario observar que prácticamente este catálogo de medidas de seguridad resulta ser ornamental en el Código Penal, ya que su aplicación práctica es inexistente, no sólo por las mismas razones que se expusieron en el tema de la peligrosidad (no se investiga, ni se estudia la personalidad del delincuente), sino porque en Guatemala no existen los centros especializados para la aplicación de las mismas, ni se cuenta con el equipo humano especializado para este trabajo; lo cual hace ineficaz el sistema de medidas de seguridad, para la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente. En el Derecho Penal contemporáneo se considera que las medidas sólo deben imponerse:



- a) Normalmente como sustitutivos de la pena en los supuestos de inimputabilidad;
- b) Excepcionalmente, acompañando la pena, si se entiende que la pena sola no cumplirá la acción preventiva, siempre que el tiempo de cumplimiento de la medida se abone al de la pena. (De León Velasco, 2001, pág. 304 y 305)

Al final, las medidas de seguridad se aplican solamente judicialmente, de manera pos delictual, el Estado no cuenta actualmente con la legislación, y en especial con las instituciones especializadas con los médicos, psicólogos y psiquiatras, que permitan diagnosticar a las personas peligrosas, pero además no cuenta con los mecanismos y sistemas de captación de individuos viables para el diagnóstico de la peligrosidad dentro de la población que aún no ha delinquido, por lo que se hace necesaria una profunda reforma legal y en especial contemplar la posibilidad de medidas de seguridad pre delictual encargadas a un ente administrativo.



CONCLUSIONES

El derecho en general y el Derecho Penal en especial, son herramientas insuficientes para la investigación del fenómeno social, en especial del ente criminal y del delito, por lo que es necesario el planteamiento criminológico, apoyados por los conocimientos de la psicología y la psiquiatría.

La conducta criminal y antisocial del sujeto delincuente es objeto de estudio de diferentes ciencias, las biológicas y las ciencias de la mente humana, las cuales deben arribar a conclusiones de orden multidisciplinario, de acuerdo a la *lex artis*. Son necesarios los estudios psicológicos y psiquiátricos para determinar los factores endógenos y exógenos que impulsaron a la comisión del hecho delictivo por delinquentes en estado de peligrosidad.

La legislación guatemalteca sigue la corriente doctrinal de la peligrosidad criminal o pos delictual, ya que las medidas de seguridad se aplican hasta el momento de dictar sentencia y en su caso condenatoria y que no regula en que momento preciso deben aplicarse si antes o después de la prisión.

La criminología como ciencia causal explicativa nos proporciona un cúmulo de información contrastada y veraz para comprender el fenómeno criminal, con la finalidad de que la sociedad y los entes estatales tomen medidas político criminal, para prevenirlo, perseguirlo, juzgarlo e intervenir en el hombre delincuente.

El sistema vicarial utilizado en Guatemala exige la idea de que las medidas de seguridad no pueden durar más de lo que lo haría la pena, en caso de que esta correspondiera para el sujeto delincuente, sin embargo, este aspecto es subjetivo y queda a criterio de quienes están a cargo de la curación de la persona considerada peligrosa.





REFERENCIAS

- Albeño Ovando, G. Y. (2001). *El juicio oral en el proceso penal guatemalteco*. Guatemala: Editorial Litografía Llerena S.A.
- Aróstegui Moreno, J. (2009). *La biología Humana y la conducta criminal*. Colombia: (s. e.).
- Bacigalupo, E. (1984). *Líneamientos de la teoría del delito*. Bogota, Colombia: Hammurabí.
- Bacigalupo, E. (1994). *Manual de Derecho Penal, parte general*. Bogotá, Colombia: Temis, S.A.
- Barberet Havican, R. (2000). *La investigación criminológica y la política criminal*. Sevilla, España: (s. e.).
- Barrios Villatoro, J. F. (2016). *Peritajes psicológicos en la investigación criminal*. Guatemala: (s. e.).
- Binder, A. M. (2004). *Política criminal, Derecho Penal y sociedad democrática*. Guatemala: Impresores Unidos, S.A.
- Bolvito Hernández, Y. J. (2017). *Elementos criminológicos en casos de extorsión en Guatemala*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar.
- Bustos Ramírez, J. (1987). *Control social y sistema penal*. Barcelona: (s. e.).
- Bustos Rubio, M. (2015). *Estudios penales y criminológicos*. Recuperado de <http://www.usc.es/revistas/index.php/ep/article/view/2425/2575>



- Caballero Medina, J. A. (2017). *Investigación criminal de casos de uso ilegal de armas de fuego en el municipio de Quetzaltenango*. Quetzaltenango: Universidad Rafael Landívar de Guatemala.
- Cabanellas de Torres, G. (1993). *Diccionario jurídico elemental*. Argentina: Heliasta, S.R.L.
- Carrara, F. (1998). *Programa de derecho criminal, parte general, volumen I*. Bogotá: Editorial Temis.
- Castillo Ramirez, S. (2018). *Importancia de la Psiquiatría Forense en el proceso penal*. San José de Costa Rica: (s. e.).
- Comte, A. (1934). *Discurso sobre el espíritu positivo, versión y protocolo de Julián Marías*. Madrid España: Editorial Alianza.
- Creus, C. (1999). *Derecho Penal parte general*. Buenos Aires Argentina: Astrea.
- De León Velasco, H. A. (2001). *Derecho Penal guatemalteco, parte general y parte especial*. Guatemala: Artemis y Edinter.
- De Pina Vera, R. (1983). *Diccionario de Derecho*. México. Porrúa, S.A.
- Domínguez Estrada, A. (1977). *El delito, el delincuente, la pena y la medida de seguridad, estudio jurídico social*. Guatemala: (s. e.).
- García, P. A. (1997). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*. España: sin editorial.
- Goldstein, M. (2008). *Diccionario jurídico, consultor magno*. Colombia: Panamericana, Formas e Impresos, S.A.



- Gómez de Liaño González, F. (1997). *El proceso penal*. Madrid. España. Forum, S.A.
- González Cauhapé-Cazaux, E. G. (1998). *Apuntes de Derecho Penal guatemalteco*. Guatemala: Fundación Myrna Mack.
- González Rodríguez, M. (1997). *La Autoría – La Tipicidad*. Bolivia: Editorial Jurídica Boliviana.
- Hernández Ramos, C. (2012). *Criminología Aplicada*. Alicante: Universidad de Alicante.
- Jauregui, H. R. (2005). *Apuntes de teoría del delito*. Guatemala: Magna Terra Editores, S.A.
- Jiménez de Asúa, L. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. México: Harla.
- Judicial Group, E. (2018). *Forensic Psychiatry (Psiquiatría forense)*. Spain: <http://peritojudicial.com/especialidades/perito-medico/psiquiatria-forense/>
- Káiser, G. (1988). *Introducción a la criminología*. España: Editorial Dykinson.
- Larrauri Pijoan, E. (1999). *Para qué sirve la criminología*. Barcelona España: Consejo General del Poder Judicial.
- López Calvo, P. y. (2000). *Investigación criminal y criminalística*. Bogotá: Temis.
- Lozano Maneiro, A. (1998). *La Autoría y la Participación en el delito (Análisis comparado de los ordenamientos español, francés e italiano desde la perspectiva de un Derecho común europeo)*. España: Facultad de Derecho Universidad Complutense.



Mendoza Eguizabal, F. J. (2008). *Indeterminación de las medidas de seguridad*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.

Ministerio Público. (1,996). *Manual del fiscal*. Guatemala: (s. e.).

Muñoz Conde, F. y. (2004). *Derecho Penal parte general*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Nicolás, B. (8 de julio de 2012). *Slideshare.net*. Recuperado de <https://es.slideshare.net/waelhikal/factores-crimingenos>

Ossorio, M. (1987). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta, S.R.L.

Pablos de Molina, A. G. (2007). *Criminología*. Madrid: Fondo Editorial.

Pelorosso, A. E. (2009). *Factores de origen internos y externos de la conducta antisocial en los jóvenes y adultos*. Buenos Aires, Argentina: I Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XVI jornadas de investigación en psicología del mercosur.

Piug Peña, F. (1959). *Derecho Penal*. Barcelona: Nauta.

Reyes Calderón, J. A. (1998). *Criminología*. México: Cárdenas.

Rodas Roche, M. L. (2005). *Estudio sobre la habitualidad en el Derecho Penal guatemalteco*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.

Rodríguez Devesa, J. M. (1995). *Derecho Penal español*. Madrid, España: S.L. Libros Dykinson.



Rodríguez Manzanera, L. (1981). *Criminología México*, Editorial Porrúa S.A. México.
Editorial Porrúa, S.A.

Sagastume Martínez, E. D. (2013). *La Importancia del fortalecimiento de a división de prevención del delito de la sub dirección general de operaciones de la Policía Nacional Civil como medida a largo plazo para la erradicación de la delincuencia e inseguridad ciudadana*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar.

Sosa Arditi, E. (1,989). *El Juicio Oral en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina.
Heliasta, S.R.L.

Solís Espinoza, A. (2008). *Política penal y política penitenciaria, cuaderno 8*. Lima:
Pontificia Universidad Católica del Perú.

Valera Villegas, G. (2001). *La explicación de los fenómenos sociales: algunas implicaciones epistemológicas y metodológicas*. Mérida, Venezuela:
Fermentum.

Svendsen, K. (2005). *Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fermín Ramírez contra Guatemala*. (s. e.).

Wael, H. (2009). *Introducción al estudio de la criminología*. Buenos Aires, Argentina:
sin editorial.

Wessels, J. (1980). *Derecho Penal (parte general)*. Argentina: Finsi.

Zaffaroni Eugenio, R. (1998). *Manual de Derecho Penal, parte general*. México:
Editor Cárdenas.



Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. (1986). Asamblea Nacional Constituyente.

Código Penal. (1973). Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73.

Código Procesal Penal. (1994). Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 51-92.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, decreto Número 6-78 del Congreso de la República de Guatemala, Acuerdo Gubernativo 123-87.

Sentencias

Tribunal de Sentencia Penal Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, del Departamento de Escuintla. Guatemala 06 de marzo de 1,998. Causa Número 64-97 Oficial 4. Caso Fermín Ramírez.

Tribunal Primero de Sentencia Penal Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Municipio de Mixco del Departamento de Guatemala. 25 de septiembre 2,017. Causa Número 767-2015. Caso Víctor Manuel Corado Tux.

Tribunal Primero de Sentencia Penal Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente Del Municipio de Mixco, Departamento de Guatemala. 06 de agosto de 2,015 Causa Numero 35-2,015. Caso Jorge Adonay Ávila Girón.