

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**TEORÍA FINALISTA DEL DELITO Y EL APORTE DE LA PSICOLOGÍA
FORENSE EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL**

WALDEMAR ZETINA CASTELLANOS

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2006.

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

TEORÍA FINALISTA DEL DELITO Y EL APOORTE DE LA PSICOLOGÍA
FORENSE EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

WALDEMAR ZETINA CASTELLANOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2006

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. César Landelino Franco López
Vocal: Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera
Secretaria: Licda. Aura Marina Chang Contreras

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Mario Ramiro Pérez Guerra
Vocal: Lic. Viviana Nineth Vega Morales
Secretaria: Licda. Aura Marina Chang Contreras

RAZÓN: “ Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

GLORIA EVANGELINA MELGAR ROJAS DE AGUILAR
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ABOGADA Y NOTARIA

Colegiado No.2643

6ª. Avenida 0-60 zona 4. Edif. Torre Profesional I, Of. 714, 7o. Nivel
Tel. 57045828



Guatemala, 23 de junio de 2006

Señor Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Presente:

Señor Decano:

En cumplimiento con la designación que se me hizo, de asesorar al Licenciado Waldemar Zetina Castellanos, en el desarrollo de su trabajo de Tesis, rindo a usted mi dictamen en la forma siguiente.

El Licenciado Zetina Castellanos, seleccionó el tema titulado "TEORIA FINALISTA DEL DELITO Y EL APORTE DE LA PSICOLOGÍA FORENSE EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL". En el desarrollo aborda todos los aspectos que se consideran pertinentes con el tema en cuestión, no sólo desde el punto de vista psicológico y doctrinario sino también en lo que atañe a la legislación guatemalteca. Considero de interés su contenido desde el punto de vista académico y profesional ya que el tema es tratado con mucho esmero y conocimiento por parte de su autor y se respalda con la opinión de tratadistas especializados en las materias que abarca. Asimismo, la bibliografía consultada es adecuada y suficiente para un trabajo de esta naturaleza.

Por lo anterior estimo que sí reúne los requisitos reglamentarios para ser aprobado; y a la vez, me complace dejar constancia que el licenciado Zetina Castellanos, aceptó en todo momento las sugerencias que le fueron hechas por la suscrita para una mejor coordinación en el desarrollo del tema tratado

Sin otro particular y con muestras de mi más alta consideración y estima

atentamente





UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, uno de agosto de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) MARCO ANTONIO VALENZUELA VANEGAS**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **WALDEMAR ZETINA CASTELLANOS**, Intitulado: **“TEORÍA FINALISTA DEL DELITO Y EL APOORTE DE LA PSICOLOGÍA FORENSE EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh

Lic. Marco Antonio Valenzuela Vanegas
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
Abogado y Notario
Colegiado No. 3123
Oficina Profesional
12 calle 10-73 Zona 1. Guatemala
Tel. 22516803 fax: 22536504



Guatemala 7 de Agosto de 2006

Licenciado:
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria



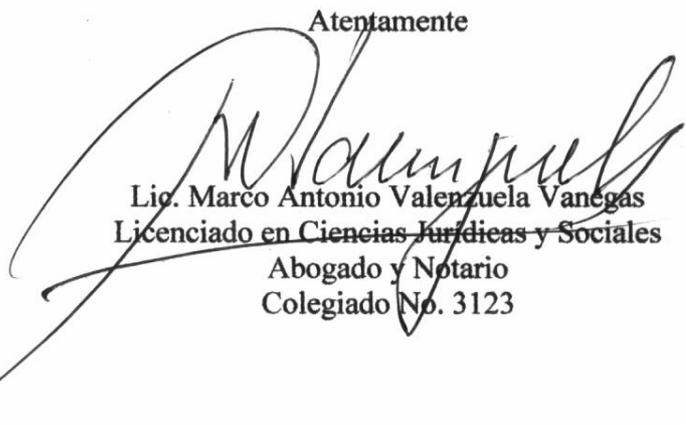
Licenciado Castillo Lutín:

En cumplimiento a la resolución emitida en su oportunidad, **REVISE** el trabajo de Tesis del licenciado **WALDEMAR ZETINA CASTELLANOS**, titulado **“TEORÍA FINALISTA DEL DELITO Y EL APOORTE DE LA PSICOLOGÍA FORENSE EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL”**.

Al analizar el trabajo de Tesis previo a entrevistas y diálogos con el sustentante, arribo a la conclusión de que dicha Tesis reúne los requisitos técnico-metodológico y científico de forma y contenido, en concordancia con las conclusiones, recomendaciones, y la bibliografía utilizada; por lo que **dictamino favorable** y considero que cumple con el Reglamento de Tesis, por lo tanto puede ser discutida en el examen público correspondiente.

Sin otro particular me suscribo del Señor Coordinador

Atentamente


Lic. Marco Antonio Valenzuela Vanegas
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
Abogado y Notario
Colegiado No. 3123



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, seis de noviembre del año dos mil seis-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante WALDEMAR ZETINA CASTELLANOS, Intitulado "TEORÍA FINALISTA DEL DELITO Y EL APORTE DE LA PSICOLOGÍA FORENSE EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/slh



DEDICATORIA

- A:** Dios, supremo arquitecto del universo.
- A mis padres:** Belisario y Margarita.
- A mis hermanos:** Ramón, Aroldo, Belisario, Adelita, Mirtala, Francisco y Margarita.
- A mis hijos:** Waldemar, Marlon, Roberto, Rubí, Verónica Elizabeth.
- A mis nietos:** Melissa, Andrea, Paulo, Paula y Matías.
- A mis amigos de estudios jurídicos :** representados en: Wendy Mariela, Mónica Victoria, Ileana, Celeste, Marina.
- A nuestra Alma Mater:** Universidad de San Carlos de Guatemala.
- A mi casa de estudios Superiores:** Escuela de Ciencias Psicológicas
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Teoría del delito.....	1
1.1 La acción o conducta humana.....	5
1.2 El Iter Criminis.....	14
1.3 La falta de acción.....	17

CAPÍTULO II

2. Teoría del delito.....	21
2.1 Concepto.....	21
2.1.1 Elementos positivos.....	21
2.1.2 Elementos negativos.....	21
2.1.3 Concepto.....	22
2.1.3.1 Acción o conducta humana.....	22
2.1.3.2 Tipicidad.....	22
2.1.3.3 Antijuridicidad.....	22
2.1.3.4 Imputabilidad.....	22
2.1.3.5 Culpabilidad.....	22
2.2 Análisis de la teoría del delito.....	22
2.2.1 Utilidad de la teoría del delito.....	22
2.3 Teoría clásica del delito o causalista.....	26
2.4 Teoría neoclásica del delito.....	28
2.5 Teoría finalista del delito.....	29

CAPÍTULO III

3. Elementos del delito.....	31
3.1 Concepto de delito.....	31
3.2 Categoría del delito.....	32

3.3 Criterios para definir el delito.....	33
3.3.1 La acción.....	35
3.3.2 Tipicidad.....	36
3.3.3 Antijuridicidad.....	39
3.3.4 La culpabilidad.....	45
3.3.5 Elementos de la culpabilidad.....	46

CAPÍTULO IV

4. Paradigma actual de la criminología.....	51
4.1 La crisis en la penalidad.....	51
4.2 Paradigma actual de la criminología.....	53
4.2.1 El idealismo de izquierda.....	53
4.2.2 Naturaleza humana y orden social.....	54
4.3 Causas del delito según el idealismo.....	55
4.3.1 Efectos del delito.....	55
4.4 El papel de las instituciones estatales.....	56
4.4.1 Las prisiones.....	56
4.5 La crisis ideológica.....	58
4.5.1 Crítica al idealismo de izquierda.....	58
4.6 La nueva criminología administrativa.....	59
4.6.1 Naturaleza humana y orden social.....	59
4.6.2 Causas del delito según la criminología administrativa.....	60
4.6.3 El papel de la policía según la criminología administrativa.....	61
4.6.4 El papel de la población.....	61
4.6.5 Problemas de causas y desplazamiento.....	61
4.7 Causas del delito.....	62
4.7.1 Efectos del delito.....	64
4.7.2 El papel de la policía y su efecto sobre el control del delito.....	64
4.7.3 El papel de la población.....	65
4.7.4 Delito, naturaleza y orden social.....	65
4.7.5 El contexto social del delito.....	66

4.7.6 Delito y política.....	66
------------------------------	----

CAPÍTULO V

5. Relación entre psicología y derecho.....	69
5.1 Funciones generales del psicólogo forense.....	72
5.2 El testimonio.....	74
5.3 El costo psíquico del delito.....	76
5.4 Evaluación y elaboración de informes psicológicos forenses.....	76
5.5 La predicción de la peligrosidad.....	77
5.6 Psicología forense en los juzgados de familia.....	79

CAPÍTULO VI

6. Relación entre psicología forense y la ley.....	85
6.1 Psicología y ley.....	85
6.2 Consideraciones epistemológicas.....	88
6.3 Validez circunstancial del valor justicia.....	89
6.4 Interacción entre el ser y el deber ser.....	90
6.5 Etiología del crimen según el psicoanálisis.....	93

CAPÍTULO VII

7. Análisis situacional de las instituciones del Estado responsables por que impere la legalidad y la justicia en Guatemala.....	99
CONCLUSIONES.....	119
RECOMENDACIONES.....	121
ANEXOS.....	123
BIBLIOGRAFÍA.....	133

INTRODUCCIÓN

El estudio de la Teoría Finalista del Delito y el Aporte de la Psicología Forense en la Investigación Criminal se sustenta en la obligación del Estado regulado en la Constitución de la República de Guatemala que establece que el Estado está organizado para proteger y velar por la legitimidad, vida e integridad de sus habitantes para garantizar los derechos individuales y sociales.

Para tal efecto el Estado está obligado a cumplir con dicho mandato constitucional a través de los órganos jurisdiccionales y organismos instituidos para auxiliar a los tribunales en la administración de justicia con apego al debido proceso y estricto cumplimiento del principio de legalidad, objetividad, autonomía e imparcialidad.

En tal sentido compete al Ministerio Público promover la persecución penal y dirigir la investigación de los delitos de acción pública, velando por el estricto cumplimiento de las leyes del país; sin embargo dicha función ha devenido en un actuar caracterizado por ineficiencia y falta de eficacia en lo referente a la investigación criminal, provocando en la opinión pública malestar que se traduce en escepticismo, en falta de credibilidad en las instituciones del Estado encargadas de velar por un estado de derecho con justicia social.

En el desarrollo de la presente investigación se evidenció que existe falta de capacidad en el campo de la investigación criminal por parte de los agentes fiscales y auxiliares fiscales del Ministerio Público. Ante la evidencia de una investigación criminal deficiente fue menester hacer un abordamiento teórico sobre la teoría del delito y un trabajo de investigación de campo fundamentado en información hemerográfica relacionada con la actividad y funcionamiento de la aplicación de la Justicia en Guatemala, apoyándose a su vez en informes elaborados por la Procuraduría de los Derechos Humanos.

El marco referencial que sustenta lo relativo a la teoría del delito, sus elementos, caracterización y definición está desarrollado en los capítulos I y II , seguidamente en el capítulo III se aborda el tema sobre el paradigma actual de la Criminología, el sistema carcelario, el papel de la policía y la población.

Siguiendo el enunciado del título de la tesis; en el capítulo V se trató acerca de la relación entre psicología y derecho; puntualizando en el capítulo VI la relación entre la psicología forense y la ley; el capítulo VII quedó destinado para realizar un análisis situacional de las instituciones del Estado responsables porque impere la legalidad y la justicia en Guatemala.

El abordamiento metodológico se planteó partiendo de un marco teórico conceptual acerca de la teoría del delito con énfasis en la teoría finalista, el contexto paradigmático actual de la criminología, la relación del derecho penal con las ciencias auxiliares como la Psicología en general y la Psicología Forense en particular y la necesidad de implementar y crear el Instituto de Ciencias Forenses para lograr que la persecución penal a cargo de las fiscalías del Ministerio Público se perfile como un trabajo científico pronto y cumplido, en el cual intervenga un equipo multidisciplinario auxiliado de laboratorios modernos y pertinentes para sustentar los peritajes. Dicho marco teórico se confronta con el trabajo hemerográfico y de los informes de la Procuraduría de los Derechos Humanos, cuyos datos reflejan una radiografía coyuntural de nuestra realidad nacional en materia de la administración de justicia en Guatemala.

Del análisis teórico y del trabajo hemerográfico e informes circunstanciados se arribó a las conclusiones y recomendaciones, las que de manera sucinta enuncian los resultados de la presente investigación, confiando que el aporte del mismo coadyuve a los estudios jurídicos en la rama del derecho penal.

CAPÍTULO I

1. Teoría del delito

“La teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea en el caso concreto una estafa, un homicidio o una malversación de carácter público.”¹

Si se parte del anterior concepto se establece que existen características que son comunes a todos los delitos y otras que van a diferenciar los tipos delictivos unos de otros, para el caso se cita lo referente a los delitos contra la vida y contra la integridad de la persona regulado en el Artículo 123 del Código Penal “Homicidio: comete homicidio quien diere muerte a alguna persona. Al homicida se le impondrá prisión de 15 a 40 años”.

Por consiguiente la característica común del delito de homicidio es el hecho de dar muerte a una persona; implica el hecho de cometer homicidio de acuerdo a otras circunstancias va a diferenciar otro tipo delictivo, tal es el caso del homicidio cometido en estado de emoción violenta, el homicidio en riña tumultuaria, el homicidio preterintencional; aún más específico o diferenciado lo establecido en el Artículo 132 del citado código que tipifica el delito de asesinato, estableciendo las características siguientes: “Comete asesinato quien diere muerte a una persona 1. con alevosía, 2. por precio, recompensa, promesa, ánimo de lucro; 3. por medio o con ocasión de inundación, incendio, veneno, explosión, desmoronamiento, derrumbe de edificio u otro artificio que pueda causar gran estrago; 4. con premeditación conocida; 5. con ensañamiento; 6. con impulso de perversidad brutal; 7. para preparar, facilitar, consumir y ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o la inmunidad para si o para sus partícipes o por no haber obtenido el resultado que se hubiere propuesto al intentar otro hecho punible; 8. con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas: Al reo de asesinato se le impondrá prisión de 25 a 50 años, sin embargo se

¹ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**. Pág. 1

le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad. A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito, no podrá concedérsele rebaja de pena por ninguna causa”. En el delito de asesinato como otras conductas delictivas en contra del bien jurídico como es la vida y la integridad de la persona humana, se puede hallar en forma descriptiva las diferencias de los tipos penales y donde muy bien se puede aplicar para la investigación criminal la teoría finalista del delito que será ampliamente desarrollada en el capítulo correspondiente de la presente investigación.

Para una mejor comprensión se incluye el siguiente concepto de teoría del delito y lo concibe: “como parte de la ciencia penal que se ocupa de explicar qué es el ilícito para tales fines, es decir, tiene la misión de señalar cuales son las características o elementos esenciales de cualquier delito²”. De esa forma debe superar definiciones genéricas y ambiguas que pueden ser admisibles en ciertas áreas de estudio o útiles para otros propósitos. Para propósito de la presente investigación el concepto de teoría del delito “es una construcción dogmática que proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto, razón suficiente por la que no se puede limitar a definirla como una conducta dañosa que afecta intereses de terceros, o que vulnera los derechos de sus semejantes, o peligrosa para la convivencia social etc, como tantas propuestas que suelen hacerse para significar un hecho o conducta humana contrario a las costumbres ciudadanas dentro del sistema axiológico socialmente preestablecido por la sociedad dentro de la comunidad”.³

Ampliando el concepto Jáuregui en la obra referida dice “la teoría del delito constituye pues, una metodología o un sistema metodológico que permite al penalista, independientemente de la función que ejerza en el sistema de justicia penal, ya sea como un juez de paz, de instancia o de sentencia, fiscal, defensor, docente o estudiante universitario de ciencias jurídicas y sociales, determinar con criterio técnico y científico

² Jáuregui , Hugo Rolando. **Apuntes de la teoría del delito**. Pág. 1.

³ **Ibid**

si en un determinado hecho se cometió o no delito”⁴. Este último aporte doctrinario es el que mejor cumple con lo que se trata de explicar como parte fundante del marco teórico acerca de la teoría del delito, puesto que no se trata de la mera teorización, o bien la implementación de una serie de actividades aprendidas y aplicadas mecánicamente, por el contrario requiere para la investigación criminal el uso de la lógica dialéctica y la lógica jurídica por lo que se debe tomar como indicio cualquier variable o indicador por absurdo que a primera vista parezca, la intuición, la acuciosidad investigativa, el uso de técnicas y el auxilio de expertos y técnicos en las diferentes áreas científicas que coadyuvan con las ciencias penales conducirán paulatinamente con cierto grado de seguridad hacia la búsqueda de la verdad.

Tanto las características o elementos generales del concepto de delito reunidos en la teoría general del delito posibilitan la realización de una jurisprudencia racional, objetiva e igualitaria, de modo que contribuyen de forma esencial a garantizar la seguridad jurídica. Sin embargo el logro de la seguridad jurídica es el resultado de un trabajo serio y tesonero de académicos y juristas en virtud de que el concepto de teoría del delito no es obra acabada y estática, es más bien un proceso dinámico, de perfeccionamiento y evolución que requiere de todos los operadores y auxiliares del sistema justicia, un análisis detallado por caso de acuerdo a la totalidad de las circunstancias que en cada proceso judicial se da, y de conformidad con una política criminal democrática y respetuosa de los derechos humanos de cada sociedad de acuerdo a la normativa constitucional y de convenios internacionales ratificados por Guatemala.

No se debe olvidar la premisa que al dar por aceptada la conducta humana, debe hacerse siempre respetando las garantías procesales establecidas en el Código Procesal Penal Decreto 51-92, así mismo tenemos que los fines del proceso penal se encuentran regulados en el Artículo 5, el cual literalmente establece “El proceso penal 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

⁴ **Ob.Cit.** Pág. 2

del sindicado, el pronunciamiento de la sentencia respectiva y la ejecución de la misma.” Asimismo, la garantía criminal, no hay proceso sin ley o en latín *nullum proceso sine lege*, se desarrolla en el Artículo 2 del mismo cuerpo legal, el que literalmente establece “No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela sino por actos y omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto es nulo lo actuado e induce a responsabilidad del tribunal.” Otro principio contenido en el Código Procesal Penal está tipificado en el Artículo 14, tratamiento como inocente. “El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o medida de seguridad y corrección”.

Este mismo código establece en el Artículo 309 respecto al objeto de la investigación lo siguiente: “En la investigación de la verdad, el Ministerio Público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal. Asimismo, deberá establecer quienes son los partícipes, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan en su punibilidad. Verificará también el daño causado por el delito, aún cuando no se haya ejercido la acción civil. El Ministerio Público actuará en esta etapa a través de sus fiscales de distrito, sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales de cualquier categoría previstos en la ley, quienes podrán asistir sin limitación alguna a los actos jurisdiccionales relacionados con la investigación a su cargo así como a diligencias de cualquier naturaleza que tiendan a la averiguación de la verdad, estando obligados todas las autoridades o empleados públicos a facilitarles la realización de su funciones.

Asimismo el Artículo 225 del Código aludido con anterioridad establece que: “El Ministerio Público o el tribunal podrán ordenar peritación a pedido de parte o de oficio, cuando para obtener, valorar o explicar un elemento de prueba fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales de alguna ciencia, arte, técnica u oficio...”. También el peritaje debe de ser de calidad científica, circunstancia que está prevista en Artículo 226 del citado código: “Los peritos deberán ser titulados en la

materia a que pertenezca el punto sobre el que han de pronunciarse, siempre que la profesión, arte, o técnica esté reglamentado. Si, por obstáculo insuperable no se pudiere contar en el lugar del procedimiento con perito habilitado, se designará a una persona de idoneidad manifiesta. La relación entre el concepto de la teoría del delito como una metodología o un sistema metodológico permite aseverar que existe congruencia y concatenación entre ésta y lo regulado en las leyes penales tanto sustantivas como adjetivas del ordenamiento jurídico guatemalteco.

1.1 La acción o conducta humana

La reacción punitiva tiene como premisa inicial una acción humana, hecho que está descrito en el tipo legal, objeto del ilícito penal y base de la declaración de responsabilidad del autor. Ésto induce a pensar que el derecho penal, en este sentido, está constituido o concebido como un derecho de actos.

El concepto de acción cumple tres funciones principales. En primer término comprende todas las formas o posibilidades en que se presenta el actuar u obrar del ser humano, sea esta acción de comisión o de omisión, dolosa o culposa. En consecuencia la diferencia específica debería encontrarse en cada uno de los tipos de acción. Segundo; la acción sirve de elemento vinculante de los demás aspectos del delito.

La acción debe ser independiente de cada uno de éstos y, al mismo tiempo, ser punto de referencia constante. La acción debe ser una acción típica, ilícita y culpable. Tercero: permite la exclusión de los simples sentimientos o ideas de los sucesos provocados por animales o fenómenos de la naturaleza

Para los causalistas, la acción la conciben como una conducta humana dependiente de la voluntad, que provoca una consecuencia en el mundo exterior, es decir, se externaliza y se concreta la cual puede ser percibida, evaluable, en algunos casos, medible, ésta consecuencia puede ser seguida de un resultado, o sea delito de

resultado, la acción causal porque la voluntad está determinada a una causa, sin la posibilidad que tiene el ser humano de conducir o modificar ese proceso causal.

La crítica a la postura causalista de la acción radica en que ignora la capacidad del hombre de conducir los procesos causales a una finalidad prevista, que es la esencia del actuar humano; no puede explicar los delitos de omisión en donde no existe movimiento corporal porque el concepto causal de la acción conduce a una regresión ad infinitum que permite relacionar teóricamente acontecimientos que sucedieron en el pasado.

En cambio la teoría de la acción social del delito no constituye una revisión crítica de la teoría causalista de la acción que esta más ligada a la corriente filosófica del naturalismo, no va encaminada la acción social del delito basada en la concepción teleológica de Von Liszt respecto al delito y del derecho penal, para librarla justamente del naturalismo.

La teoría de la acción social toma en cuenta el sentido social de la acción es decir, la comprensión cultural, la influencia del medio ambiente, la adecuación social, el riesgo permitido, los elementos normativos, el cuidado objetivo de la imprudencia, elementos que dan base a la concepción de tipicidad que recoge el sentido social de la acción.

Los juristas dan por válido que el comportamiento humano es la base de la teoría del delito. La norma jurídica penal pretende la regulación de la conducta humana y tiene por base la conducta humana que pretende regular. Para ello tiene que partir de la conducta humana tal como aparece en la realidad. De todos los comportamientos humanos, la norma selecciona y describe una parte que valora negativamente y le asigna una pena. Es pues, la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y a ello se le adjudican ciertos predicativos como: tipicidad, un acto anti jurídico y culpabilidad, que pasan a ser conducta humana en el delito. La corriente del pensamiento del conductismo ha influido debidamente en el derecho de donde deviene

que sólo la conducta humana traducida en actos externos puede ser calificada de delito y motivar una reacción penal.

Esta orientación de tipo conductista resulta bastante determinista, es decir, sólo lo observable, tangible o medible es objeto de conocimiento, todo aquella conducta que se diferencie de lo manifiesto o externo no puede ser considerado en el derecho penal, sin embargo, existe una conducta subjetiva que subyace, que está en la esfera del inconsciente, que está orientada por motivaciones internas a las cuales no se les da el valor por no contarse con los instrumentos precisos, que puedan valorar lo cualitativo y no sólo lo cuantitativo.

Debe distinguirse entre derecho penal de acto y derecho penal de autor, diferenciación que no sólo debe quedar en una cuestión de tipo semántico sino también, y fundamentalmente política e ideológica. Sólo el derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente.

Por el contrario el derecho penal de autor se basa en determinadas cualidades de la persona de la que ésta, la mayoría de las veces, no es responsable en absoluto, en todo caso no puede precisarse o formarse con toda precisión o nitidez los tipos penales. Así, por ejemplo, es muy fácil describir en el tipo penal los actos constitutivos del asesinato en el Artículo 132 o el aborto regulado en los Artículos del 133 al 139 del Código Penal, pero resulta difícil o casi imposible determinar con la misma precisión las cualidades de un asesino o de un abortista. Por eso, el derecho penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una concepción totalitaria del mismo, en donde el aporte de la Psicología Forense como ciencia auxiliar del derecho penal puede ser de mucha utilidad en la búsqueda de la verdad en la investigación criminal.

La conducta humana como se estableció con anterioridad es base de toda reacción jurídico penal, se manifiesta en el mundo externo en actos positivos como en omisiones, ambas formas de comportamiento son relevantes para el derecho penal.

La regulación penal guatemalteca tiene tipificado lo relativo a las acciones y omisiones, sobre éstas realidades ontológicas se constituye el concepto del delito con la adición de los elementos fundamentales que lo caracterizan. Es conveniente antes de conceptualizar el delito y los elementos que lo significan, conocer acerca de la acción y omisión.

“La acción y la omisión cumplen por lo tanto, la función de elementos básicos de la teoría del delito, aunque sólo en la medida que coincida con la conducta descrita en el tipo penal de la correspondiente figura del delito, serán penalmente relevantes. La realidad ontológica del comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídica penal en la medida en que la conducta coincida con el correspondiente tipo.”⁵

Más de las veces se emplea indistintamente los términos como hecho, acto, comportamiento, conducta, cuando están referidos a la acción en sentido estricto así como a la omisión, sin que ello implique equipararlos, puesto que siguen siendo realidades distintas y con distintos significados.

La acción positiva o acción en sentido estricto es la forma de comportamiento humano más importante en derecho penal, sirviendo al mismo tiempo de referencia a la omisión. Se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin.

La dirección final de la acción se realiza en dos fases:

- Una interna
- Otra externa.

La fase interna, sucede en la esfera del pensamiento del autor, en este caso éste se propone anticipadamente la realización de un fin. La selección que realiza el autor sólo

⁵ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**. Pág. 8

se puede hacer a partir del fin, es decir que puede plantearse como lo quiere. En esta fase interna tiene también que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y la consecución del fin que se propone. La consideración de estos efectos concomitantes puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechazar algunos de los medios seleccionados para su realización. Pero una vez que los admita como de segura o probablemente producción, también esos efectos concomitantes, pertenecen a la acción.

La fase externa una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el medio externo, pone en marcha el plan previsto, el proceso causal, dominado por la finalidad y procura alcanzar la meta propuesta.

La valoración penal puede recaer tanto en la fase interna como en la externa de la acción, una vez que ésta se ha realizado en el mundo externo. Puede suceder que el fin principal sea irrelevante desde el punto de vista penal y que lo importante sea los efectos concomitantes o los medios seleccionados para realizarlo.

La teoría final de la acción fue planteada por los juristas alemanes Von Liszt y Mezgen. Para esta teoría, la acción es también conducta humana voluntaria pero a diferencia de la teoría final, la teoría causal prescinde del contenido de la voluntad, es decir, del fin. Por su parte la teoría causal reduce el concepto de acción a un proceso causal prescindiendo por completo de la finalidad. Con ello desconoce la realidad de las acciones humanas, que no son simples procesos causales, sino procesos causales dirigidos a un fin.

De lo expuesto hasta aquí, la teoría finalista de la acción tiene cada vez más partidarios en el campo del derecho penal. Lo que al penalista, al juez, al fiscal o al intérprete interesa sobre todo es la acción típica y ésta, como está descrita en los Artículos de la ley penal donde se definen los delitos, no es otra que una acción final.

Otra teoría que puede superar la polémica entre la teoría final y la teoría causal es la teoría social de la acción que tiene un enfoque valorativo más destacado que concibe a la acción como un comportamiento humano socialmente más relevante. La teoría de la acción social no reviste el carácter de una revisión crítica de la teoría causalista, sino más bien se enlazan con ella. La teoría social de la acción profundiza el concepto de la acción sobre la base de la concepción teleológica de Von Liszt respecto del delito y del derecho penal para liberarla del naturalismo y que da fundamento a la concepción de tipicidad que recoge el sentido de la acción social, es decir, la comprensión cultural, la influencia del medio ambiente, la adecuación social, el riesgo permitido, los elementos normativos y el cuidado objetivo de la imprudencia.

Recapitulando la acción parte de una estructura del delito dividida en dos grandes bloques. Por un lado está la acción, la tipicidad y la antijuridicidad que son los elementos objetivos del delito, es decir, que pueden ser observados por un espectador externo. De otro lado está la culpabilidad que es el elemento subjetivo. La teoría causal tiene el principal inconveniente que se encuentra en los casos que la mera acción, observada externamente no define la conducta típica realizada; como ejemplo: Cuando se dé el hecho de un disparo de arma de fuego contra la pierna de otro, lo que puede ser considerado como tentativa de homicidio, o bien, unas lesiones consumadas o un accidente. “Si se parte del concepto causalista de forma correcta habrá que ir hasta la culpabilidad analizar la intención del autor y luego volver a la tipicidad. Cosa que no se da en la acción causal, porque no explica en los delitos omisivos donde realmente el comportamiento realizado consiste: en un “no comportamiento o falta de acción”.⁶

Para la teoría final de la acción, la acción es todo comportamiento que depende de la voluntad humana dirigida a la consecución de un fin. Los juristas que sustentan la teoría finalista de la acción expresan que no se concibe un acto de voluntad que no vaya dirigido a un fin. La acción humana, regida por la voluntad, es siempre una acción final. De acuerdo a esta teoría el comportamiento humano, como conducta, constituye

⁶ González Cauhapé-Casaux, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Pág. 32.

un todo, es decir, la personalidad está integrada por los factores: Psico bio sociales que, en otro enfoque cuerpo – alma y espíritu y para la psicología profunda de Freud los elementos integrantes de la personalidad son: el id, conformado por los deseos, instintos lo no racional y lo emotivo. El yo integrado por la voluntad, la razón, lo planificado, lo que tiene sentido, propósito o finalidad y el súper yo, que contiene el mundo de los valores, lo axiológico y teleológico; lo que la sociedad norma en el campo de la moral, las costumbres socialmente aceptadas lo prohibido y lo aceptado, la educación, los fines, las leyes naturales o el lus naturalismo y las leyes positivas tanto internas como las de ámbito internacional.

Para la psicología el interactuar de las tres esferas de la personalidad el id, que empuja de abajo hacia arriba con los componentes del tánatos o impulsos de muerte o conducta prohibida o negativa y el odio; el eros o conducta de vida, de amar, la lucha entre el bien y el mal, y por otra parte el súper yo que empuja de arriba hacia abajo con la normativa social de lo que está permitido hacer o no hacer; es la relación de la conducta humana expresado en las leyes penales, las normas sociales, educativas, consuetudinarias, morales, religiosas etc. Y en medio de estas dos fuerzas por un lado el id que presiona de abajo hacia arriba y el súper yo que hace fuerza de arriba hacia abajo, se encuentra el yo, representado por la voluntad, lo conciente, lo real, el hoy y aquí, lo racional, lo lógico, lo pertinente, lo situacional, lo vivencial, lo cotidiano, de donde deviene el conflicto de la voluntad, el comportamiento humano de la acción, y cuando el yo no sabe a que obedecer o sea si atiende los pedidos o exigencias del id, lo instintivo, lo calificado como negativo o si por el contrario observa lo mandado y regulado por las diferentes normas, he aquí el conflicto que se genera a nivel de la conciencia que actúa como verdadero juez de la conducta humana, si es en el orden moral o religioso se da lo que es el pecado y dependiendo de la gravedad del acto, los hay pecados veniales, mortales y capitales, estudio que estará a cargo de teólogos del derecho canónico y por consiguiente las penitencias a exculpar dichos pecados han ido humanizándose a través de la historia, ha de traerse a cuenta los horrores del tribunal de la santa inquisición al ser condenados a la hoguera por herejía.

Así también tenemos las sanciones o penas por acciones antijurídicas tipificadas en la ley penal que dependiendo de la gravedad de comisión de la acción humana antijurídica, se clasifica en faltas y delitos con sanciones de multas, arresto, prisión medidas de seguridad, hasta la pena capital o pena de muerte.

Por lo imperativo para juzgar la conducta humana en el campo penal, es necesario que se observe el debido proceso, normativa constitucional y ordinaria, que es tomada en cuenta por el Doctor Sergio Fernando Morales Alvarado en la introducción de la obra: *Garantías Individuales*, describe que, los derechos fundamentales, la garantías individuales y el imperio de la ley surgen en Europa en oposición al Estado absoluto de la edad media, la población especialmente la burguesía no soportó ese dominio paternal ni sus abusos, la falta de libertad personal, el establecimiento de impuestos, las penas crueles, irracionales y arbitrarias, y la falta de libertad y de comercio.

Es significativo el aporte de “Cesar Bonesana, Márquez de Beccaria, jurisconsulto y escritor italiano, se quejó de la infamia y tortura con que eran tratados los detenidos en el siglo XVII, reivindicando las garantías individuales para detenidos, sindicados y reos, una crueldad, consagrada por el uso en la mayor parte de las naciones, es la de torturar al reo mientras se les procesa para obligarlo a confesar un delito, aprovechando las contradicciones en que incurre el descubrimiento de sus posibles cómplices, los otros delitos de que podría ser culpable, pero de los cuales no está acusado o metafísicamente incomprensible de la purgación de la infancia, ante estos hechos se tomó conciencia de que era necesario proteger a la persona de los abusos del detentador, las declaraciones eran insuficientes para protegerlo, era necesario crear derechos flexibles, lo que se alcanzan al someter el ejercicio del poder del Estado a un control de legalidad.”⁷

Etimológicamente “al término pena se le ha atribuido varios significados en la historia del derecho penal, se deriva del vocablo *Pundus*, que quiere decir poder, pero para otros proviene del sánscrito *punya*, que significa pureza o virtud en el sentido de los

⁷Morales Alvarado, Sergio Fernando. **Garantías individuales**. Pág. 20

valores espirituales que debía alcanzar, evento a través del sufrimiento por el delito cometido; su significado de la voz griega punor, que significa trabajo o fatiga; y del latín poena, que se puede traducir como castigo o suplicio. Para propósitos del derecho penal, las penas como medida de seguridad van enfocadas a la reacción social contra el delito, como medios de defensa social o medios de resolución y prevención social.”⁸

Atendiendo al criterio de las penas se clasifican:

1.1.1 Por el fin que se desea alcanzar

1.1.2 Atendiendo a la materia sobre la que recaen y al bien jurídico que priva o restringen, la pena capital, la pena privativa de libertad, la pena restrictiva de libertad, la pena restrictiva de derechos, la pena pecuniaria, y penas aflictivas.

1.1.3 Atendiendo a su magnitud.

1.1.4 Atendiendo a su importancia y al modo de imponerlas.

1.1.5 Clasificación legal de las penas:

1.1.5.1 Penas principales: la pena de muerte, la pena de prisión, la pena de arresto y pena de multa.

1.1.5.2 Penas accesorias: la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial, comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito, expulsión de extranjeros del territorio nacional, pago de costas y gastos procesales, publicación de sentencia.

La idea donde el Estado se organiza mediante la ley para garantizar los derechos del hombre, es el fundamento de los derechos humanos y al mismo tiempo es el fundamento de los estados democráticos contemporáneos.

⁸ De León Velasco, Héctor Aníbal y Mata Vela José Francisco. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 63.

1.2 El iter críminis

Es una serie de etapas o de fases que se desarrollan desde que surge la idea de cometer un delito en la mente del ser humano, hasta que se consuma el mismo. En el iter críminis se distinguen dos grandes fases, la fase interna que comprende el dolo y la culpa y la fase externa que abarca lo relativo al delito consumado, la tentativa, el desistimiento y la tentativa imposible.

La fase interna: Es aquella etapa del iter críminis en la cual la idea de cometer el delito surge en la mente del sujeto, quien decide cuáles son los medios que va emplear y cuáles son las consecuencias de su acción, a todo esto se le conoce como voliciones criminales.

La fase externa: Es aquella etapa o fase del iter críminis en que el ser humano concretiza sus voliciones criminales. Estos actos o acciones humanas antijurídicas están regulados en el Código Penal Decreto 17-73, en la forma siguiente: Artículo 13 delito consumado es cuando concurren todos los elementos de su tipificación; en el Artículo 14 se refiere a la tentativa; hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito se comienza su ejecución pero por actos exteriores idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente; la tentativa imposible tipificado en el Artículo 15; 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, por último dentro de la fase del iter críminis se tiene el desistimiento, descrito en el Artículo 16; cuando comenzada la ejecución de un delito, el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios, para consumarlo, sólo se le aplicará sanción por los actos ejecutados si estos constituyen delitos por sí mismo. Del resultado de dichas conductas humanas deviene la culpabilidad la que puede ser dolosa o culposa. El Artículo 11 del código citado con anterioridad señala que el delito es doloso cuando el resultado ha sido previsto (dolo directo) o cuando sin perseguir ese resultado (dolo eventual) el autor se presente como posible y ejecuta el acto.

humanas deviene la culpabilidad la que puede ser dolosa o culposa. El Artículo 11 del código citado con anterioridad señala que el delito es doloso cuando el resultado ha sido previsto (dolo directo) o cuando sin perseguir ese resultado (dolo eventual) el autor se presente como posible y ejecuta el acto.

El Artículo 12 indica que, el delito es culposo con ocasión de acciones u omisiones ilícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. La importancia que tiene determinar la culpabilidad radica en que sí se puede atribuir responsabilidad a una persona por el hecho cometido o si el agente pudo haber evitado el acto o disminuir sus efectos, el juez al considerar la tipicidad y la antijuridicidad, debe observar si la conducta se adecua al tipo penal y si existía o no alguna causa de justificación; para establecer la culpabilidad, se debe observar al sujeto en concreto y su relación con los demás fenómenos sociales circundantes que podría exigir otra conducta o no.

Por lo imperativo para juzgar la conducta humana por parte del Estado en el campo penal, justifica que se observe el debido proceso.

Para el estudio y análisis de la culpabilidad se debe determinar tres criterios:

- Si el agente se encontraba en la capacidad psicológica para haber sido motivado por el contenido de la norma;
- Si el agente conocía la antijuridicidad de su acto;
- Si el agente le era exigible actuar de manera distinta a la forma que lo hizo.

De cumplirse cada una de las características y habiéndose demostrado la existencia del injusto, existe la culpabilidad del sujeto.

El Código Penal tipifica acerca de las causas que eximen la responsabilidad penal; en el Artículo 23 regula las causas de inimputabilidad: de menores de edad y por enfermedad mental, entre las causas de justificación en el Artículo 24 se regula la legítima defensa: estado de necesidad disculpante, estado de necesidad justificante y

legítimo ejercicio de un derecho y dentro de las causas de inculpabilidad. El Artículo 25 regula; miedo invencible, fuerza exterior, error o legítima defensa putativa, obediencia debida y omisión justificada.

Entre las circunstancias que modifican la responsabilidad penal se tienen las circunstancias atenuantes de acuerdo al Artículo 26 de la ley penal: Intencionalidad física, exceso de causas de justificación, estado emotivo, arrepentimiento eficaz, reparación de perjuicio, preterintencionalidad, presentación a la autoridad, confesión espontánea, ignorancia, dificultad de prever, provocación o amenaza, inculpabilidad incompleta, vindicación, atenuantes por analogía.

Como quedó señalado en la teoría de la acción finalista no existe acto voluntario de la conducta humana que no conlleve una motivación o finalidad, en este caso el código regula las conductas antijurídicas que se enmarcan como circunstancias que modifican la responsabilidad penal, donde se debe investigar sobre la fase subjetiva con el auxilio de la ciencia auxiliar del derecho penal, la psicología forense. El Artículo 27 del Código Penal regula, acerca de las circunstancias agravantes, entre ellas: los motivos fútiles o abyectos, la alevosía, la premeditación, los medios agravantes peligrosos, aprovechamiento de calamidad, ensañamiento, abuso de superioridad, preparación para la fuga, artificio para realizar el delito, cooperación de menores de edad, interés lucrativo, abuso de autoridad, auxilio de gente armada, cuadrilla, nocturnidad y despoblado, menosprecio de autoridad, embriaguez, menosprecio al ofendido, vinculación con otro delito, menosprecio del lugar, facilidades de prever, uso de medios publicitarios, reincidencia y habitualidad.

Las anteriores circunstancias tanto atenuantes como agravante dan múltiples opciones hipotéticas muy útiles para la investigación objetiva que deben realizar los fiscales del Ministerio Público con el auxilio de peritos en las diferentes áreas del conocimiento profesional a efecto de la búsqueda de la verdad para la aplicación de la justicia pronta y cumplida.

En síntesis las circunstancias atenuantes y agravante de la responsabilidad penal constituyen un verdadero laboratorio situacional de la conducta humana frente al derecho penal, que permite la incidencia de la investigación criminal con criterios holísticos.

1.3 La falta de acción

El comportamiento humano no se agota con el ejercicio activo de la finalidad sino que la acción tiene un aspecto negativo, constituido por la falta de acción u omisión. Este aspecto positivo del actuar humano puede ser penalmente relevante. El derecho penal no sólo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos. La infracción de estas normas imperativas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión. Lo que la ley castiga es la no realización de la acción que se tiene el deber u obligación de realizar. El sujeto autor de la omisión de una acción determinada debe de estar en condiciones de realizar dicha acción, si no existe la posibilidad de realizarla por las razones que sean, no puede hablarse de omisión.

La omisión social y jurídicamente relevante está referida siempre a la acción determinada, cuya no realización constituye en sí, la omisión.

La acción y omisión no son por tanto, dos formas antológicamente distintas (A y B) del comportamiento humano, sino dos subclases independientes (A y no B) del comportamiento humano, susceptibles de ser regidas por la voluntad final.

En el derecho penal, el delito omisivo se concibe de la manera siguiente:

- 1.3.1 Como delito de omisión pura y propia, en los que se castiga la infracción de un deber de actuar sin mas, equivale a los delitos de actividad.

1.1.1 Como delitos de omisión y resultado en los que la omisión se vincula a un determinado resultado, con lo que se conecta causalmente.

0.2.1 Como delitos impropios de omisión o de comisión por omisión en los que al igual que en el supuesto anterior, la omisión se conecta con un determinado resultado prohibido, pero al tipo legal concreto no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva, constituyendo pues un problema de interpretación dilucidar cuando la forma omisiva puede ser equiparada a la activa que sí se menciona expresamente en la ley.

En los delitos omisivos propios, el contenido típico está constituido por la simple infracción de un deber de actuar. Un ejemplo paradigmático de este tipo es la omisión del deber de socorro.

Otra consideración en los delitos de omisión impropios o de la comisión por omisión, es que el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, sin embargo lo más elemental, la sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes desde el punto de vista valorativo y a incurrir por tanto, en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción de un resultado prohibido.

El Código Penal Decreto 17-73 en el Título II del Libro Primero, Parte General del Delito, en el Artículo 18 tipifica la omisión impropia, (cambios de comisión), quien omita impedir un resultado que tiene el deber jurídico de evitar responderá como si lo hubiera producido la tipificación de la omisión propia, se encuentra en el Artículo 156, omisión de auxilio, quien encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años, a una persona herida, inválida o amenazada de inminente peligro, omitiere prestarle auxilio necesario, según las circunstancias cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal, será sancionado con multa de veinticinco a doscientos quetzales, para el caso de falta de acción el código citado en el Artículo 22 regula que en caso fortuito, no incurre en

responsabilidad penal quien con ocasión de acciones y omisiones lícitas, poniendo en ellas la diligencia, produzca un resultado dañoso por mero accidente.

CAPÍTULO II

2. Teoría del delito

4.0 Concepto

Es una rama de la ciencia que comprende una serie de elementos, lógicamente estructurados, creados a través de los estudios doctrinarios que permiten analizar si una conducta humana es constitutiva de delito o no.

Para el estudio de la teoría del delito debe comprender determinados elementos, éstos positivos y negativos y se clasifican así:

2.1.1. Elementos positivos del delito:

- Acción o conducta humana
- Tipicidad
- Antijuricidad
- Culpabilidad

2.1.2. Elementos negativos del delito:

- Falta de acción
- Atipicidad
- Causas de justificación
- Causas de inculpabilidad

En esta investigación se estudian detalladamente los elementos positivos que se desarrollan a continuación.

2.1.3 Concepto:

Son los elementos de la teoría del delito que permiten establecer cuando una conducta es constitutiva de delito; clasificándose de la manera siguiente:

- 1.0.2.0 Acción o conducta humana: Consiste en una manifestación de la conducta humana conciente o inconciente que causa una modificación en el mundo exterior y que está prevista en la ley.
- 1.0.2.0 Tipicidad: Consiste en la descripción de la conducta prohibida por una norma y que se encuentra plasmada en la ley.
- 1.0.2.0 Antijuricidad: Consiste en realizar una acción que infringe la norma del Estado que contiene un mandato o una prohibición de orden jurídico.
- 1.0.2.0 Imputabilidad: Consiste en la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar una norma.
- 1.0.2.0 Culpabilidad: Consiste en el comportamiento de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche debido a que el sujeto actúa en forma antijurídica.

2.2 Análisis de la teoría del delito

2.2.1 Utilidad de la teoría del delito

Quedó anotado que la teoría del delito como parte de la ciencia del derecho penal es la que se ocupa de explicar qué es el delito en general y cuáles son sus elementos o características.

Al analizar la teoría del delito se establece que el interés no es tan sólo de carácter doctrinario o filosófico sino que tiene una finalidad eminentemente práctica. El juez, el fiscal, el abogado, el técnico o profesional en las ciencias auxiliares del derecho penal, en este caso la psicología forense o criminal que se encuentra frente a un hecho concreto deberán tener los conocimientos acerca de la teoría del delito para dilucidar si se encuentran ante un hecho constitutivo de delito o no. Más de las veces la descripción de la acción prohibitiva tipificada en la parte especial del Código Penal Decreto número 17-73, no es suficiente para explicar o determinar si la conducta o comportamiento humano está calificado dentro de la categoría de delito.

La función primordial de la teoría del delito es generar un sistema de análisis que dé base para formar la hipótesis de trabajo científico en el proceso de la investigación criminal que por mandato legal le está conferido al Ministerio Público por medio de los fiscales que tienen asignada la persecución penal de determinados delitos y quienes a su vez deben auxiliarse de peritos o profesionales altamente calificados en las diferentes ramas de las ciencias penales, para que se manifieste un accionar conjunto y con criterio multiprofesional y así arriben a la conclusión, para establecer la comisión de un delito y en consecuencia determinar quién o quiénes pudiesen resultar responsables y para ello requiere de un análisis. En dicho análisis se debe tomar en consideración todos los elementos que obedezcan a un ordenamiento lógico y garantías que tiendan a asegurar y determinar si una conducta humana es constitutiva de delito o no, por consiguiente hay que ir analizando si se dan cada uno de los elementos del delito, para que de esta manera se permita uniformar los criterios de interpretación de la norma, evitando que se dé la arbitrariedad del juez o del fiscal, dicho en otras palabras se debe garantizar los principios procesales de legalidad, inocencia y del debido proceso, de esta manera la aplicación de la teoría del delito coadyuvará en gran medida al logro de la seguridad jurídica sobre la base de una investigación seria, objetiva, pronta y cumplida por parte de los fiscales del Ministerio Público.

En síntesis el estudio y aplicación de la teoría del delito a un caso concreto de la manifestación de la conducta humana para ser considerada como delictiva debe concebirse como unidad, cada uno de los elementos y características del delito pues son aisladas o inconexas todas aunque analizadas en forma independiente inciden y forman parte de un todo y que en conclusión la concepción holística o totalitaria permitan la explicación del hecho con mayor probabilidad y certeza jurídica.

Para el análisis de la teoría del delito el legislador selecciona algunas conductas o acciones humanas que califica de delito, pues éste antes que nada, es una conducta humana por lo tanto se descartan todos los resultados o hechos producidos por las fuerzas de la naturaleza.

Las conductas o acciones humanas eminentemente descriptivas, en los que se individualiza la conducta prohibida que viene a ser los llamados tipos. Se dice que una conducta es típica cuando se adecua a la descripción realizada por la ley penal. En el caso de que la acción no se adecue y no se encuadre en ningún tipo, es entonces atípica.

Una vez comprobada la tipicidad se observa si la acción es también antijurídica, es decir, contraria al ordenamiento jurídico en su totalidad.

En algunos casos suele darse la situación que exista alguna causa que justifique la acción como el caso de la legítima defensa, normativa contemplada entre las causas de justificación del Código Penal, Artículo 24 que regula: Son causas de justificación, legítima defensa 1. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en la defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima: b) Necesidad racional de medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actividad denota inminencia de un peligro para la vida, bienes o

derechos de los moradores. El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

“La conducta típica y antijurídica es considerada como el injusto penal. El injusto legal supone una violación negativa sobre el hecho”.⁹ Por esa razón, un homicidio cometido en legítima defensa no será injusto, por cuanto el derecho entiende que ese comportamiento se ajusta a la norma regulada en el Artículo 24 del Código Penal.

Al ser admitida la conducta típica y antijurídica o sea el injusto penal, se realiza un juicio de reproche al autor del ilícito, sin embargo, en algunos supuestos este juicio de reproche al autor al hacerlo acreedor de culpabilidad no tendrá sentido por cuanto éste no conocía el carácter antijurídico del acto, no tenía capacidad psíquica suficiente o no se le podía exigir otro comportamiento.

En estos casos se encuentra ante las causas que eximen de culpabilidad que en el código penal están reguladas como causas de inculpabilidad en el Artículo 25, entre estas se tiene, el estado de necesidad disculpante, miedo invencible, fuerza exterior, error (legítima defensa putativa), obediencia debida, omisión justificada, asimismo regula los llamados elementos accidentales del delito o circunstancias atenuantes que modifican la responsabilidad penal en el Artículo 26; el cuál ya fue citado con anterioridad.

En el anterior análisis se permite llegar a la acción del autor, sin embargo algunas teorías pretenden llegar por el camino intenso, es decir, analizar en primer término al autor para llegar a la acción. La premisa para asumir esta postura radica en que el hombre es anterior al delito y que sin autor no hay conducta, sin embargo ante esta postura el criterio cronológico no es lo relevante, se caería ante el trillado problema que fue primero el huevo o la gallina, por lo que provocaría confusión, aplicando esta lógica,

⁹ González Cahuapé- Casaux, Eduardo. **Ob.Cit.** Pág. 41

lo primero es la tipicidad y después la acción, así mismo sin delito tampoco hay autor. Por lo anteriormente expuesto es retomar el criterio de que la teoría del delito está concebida como un sistema, una metodología, un proceso dinámico que requiere de la utilización técnica y procedimientos que conduzcan a establecer con objetividad si un hecho es constitutivo de delito y si en la comisión del mismo existe o no autor con culpabilidad o eximirlo de ella.

2.3 Teoría clásica del delito o causalista

El origen de la teoría clásica del delito se inicia a finales del siglo XIX, en donde los juristas estuvieron muy influenciados por la corriente del pensamiento científico del naturalismo, cuyos principios y postulados se fundamentaban en las ciencias físicas y biológicas. “La concepción clásica del delito concibe al delito con una estructura sencilla, clara y didácticamente ventajosa se erigía con base al concepto acción o conducta humana. Entre los trabajos pioneros están los de Franz Von Liszt apoyándose en Ihering. Von Liszt distinguió las nociones de culpabilidad y de antijuricidad. Luego Ernest Von Beling propuso un tercer elemento la tipicidad. Desde entonces se parte que la infracción es concebida como una acción humana, controlada por la voluntad como típica, ilícita y culpable”.¹⁰ Mediante la expresión típica, se hace referencia a la conformidad de la acción con el tipo legal. La antijuricidad fue explicada con la ayuda del positivismo jurídico, para cuyos representantes el derecho era el conjunto de normas legales promulgadas por el legislador. El comportamiento fue considerado ilícito, como consecuencia de violar el derecho positivo. Esta forma de pensamiento derivó del pensamiento positivo científico por el cual la resolución de los problemas de derecho debían resolverse únicamente con la aplicación de las leyes y la utilización de conceptos jurídicos excluyendo en lo posible la dogmática jurídica y las valoraciones filosóficas, así como todos los demás conocimientos sociológicos o psicológicos, lo que tuvo como consecuencia la obtención de una imagen extremadamente formal del comportamiento humano. De lo anterior derivó el establecimiento de un sistema rígido

¹⁰ Jáuregui, Hugo Rolando. **Ob Cit.** Pág. 25

de características limitantes: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Se trata pues, de un conocimiento omnicomprendivo, cuya base es la acción, que es el primer elemento rector y comprensivo a la vez, que va siendo especificado.

Los causalistas, conciben a la acción como una conducta humana dependiente de la voluntad que provoca una consecuencia en el mundo exterior. Esta consecuencia puede ser puro movimiento corporal en el caso del delito de simple actividad o bien de un movimiento seguido de un resultado o sea un delito de resultado. La teoría causalista entiende a la voluntad como al hacer causal, sin la posibilidad que tiene el ser humano de conducir ese proceso causal.

La teoría causalista tiene la limitante porque ignora la capacidad del hombre de conducir los procesos causales de acuerdo a una finalidad previamente concebida que es la esencia del actuar humano, así también se ve por las características siguientes: La acción aparece como lo sustantivo, las demás características como simple adjetivaciones. La acción así concebida recibe al tipo y conforma la tipicidad. La tipicidad resulta así una característica totalmente objetiva. Lo que interesa como constatar es el resultado producido por la acción y la relación de causalidad, en tal sentido la tipicidad resulta meramente descriptiva y objetiva. Los clásicos distinguen entre componentes objetivos y subjetivos del delito, el componente objetivo conformado por las categorías de tipicidad y antijuricidad, en tanto que la subjetiva compuesta por elementos de la culpabilidad.

La crítica que se le hace a la teoría clásica del delito es que en su concepción originaria del elemento acción como movimiento corporal, dejaba sin contemplar a los delitos de omisión en donde lo que describe propiamente no es, el hacer, sino lo contrario o negativo el no hacer, además el hecho de querer dar al tipo la connotación exclusivamente efectos subjetivos, tal es el caso de los delitos contra el honor regulados en el Código Penal en los Artículos 159 la calumnia, 163 la injuria provocadas o reciprocas y 164 la difamación o bien cuando en el caso de abandono por estado afectivo Artículo 155 del Código Penal. La madre que impulsada por motivos

que ligados íntimamente a su estado le produzca indudable alteración psíquica, abandonare al hijo que no haya cumplido tres días de nacido, será sancionada con prisión de cuatro meses a dos años. Así como consecuencia del abandono resultare la muerte del hijo, la sanción será de uno a cuatro años de prisión.

2.4 Teoría neoclásica del delito.

El campo jurídico al ser influenciado por la filosofía neokantiana, el derecho penal es el enfoque naturalista del positivismo científico. Con esta nueva corriente del pensamiento filosófico se da énfasis a lo normativo y a lo axiológico, diferenciándose entre otros aspectos, las llamadas ciencias del espíritu, a las que pertenece el derecho en virtud de que su tarea es la regulación de la conducta humana. Al contrario de las ciencias naturales que utilizan el método empírico y las observaciones, sino lo esencial es aprehender, entender y valorar significados y sentidos, aplicando las valoraciones a las acciones y situaciones humanas. Los neoclásicos no plantean un total rechazo a la sistemática naturalista sino más bien una profunda revisión a la misma.

Respecto a la acción la teoría clásica plantea: la acción es movimiento corporal activo que provoca un resultado, en donde la voluntad no cuenta, es sólo un impulso, casi un hecho natural.

En cambio la acción para la teoría neoclásica, es un movimiento corporal activo o pasivo, voluntario que provoca un resultado en el mundo exterior, en este caso la voluntad no implica el aspecto finalidad impedida o a explicar los delitos de omisión en donde lo esencial es que no existe el movimiento corporal; en el causalismo el contenido del tipo penal se destacan los elementos externos de la acción o hechos como proceso causal respecto a la violación del tipo es de carácter neutro en virtud de que los elementos son descriptivos.

2.5 Teoría finalista del delito

El aporte de, de Mata Vela y de, de León Velasco, respecto a la teoría finalista del delito señala como fundador de ésta a Hanz Welzer y sostienen que la teoría de la acción final ataca el fundamento del sistema causal.

El concepto de acción no es causal sino final. La característica final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse por lo tanto fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan. En virtud de su saber causal previo, puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo hace definitivamente. La actividad última es un actuar orientado conscientemente a un propósito, que resulta de los componentes causales de cada caso. Por eso la conducta finalista es evidente y la causalidad es ciega.

La tipicidad recoge la estructura final de la acción por eso el dolo debe pertenecer a la tipicidad, que contiene un aspecto objetivo o sea los elementos descriptivos y normativos y uno subjetivo. La antijuricidad es un elemento valorativo u objetivo valorativo que encierra elementos subjetivos ya que las causas de justificación, tienen como base una acción final. La culpabilidad queda como un juicio de carácter valorativo y subjetivo, ya que se fundamenta en la capacidad de actuar de otro modo del sujeto.

Para los finalistas, el actuar humano es una categoría del ser completamente distinta de cualquier otro proceso causal.

La teoría finalista produjo uno de los cambios más profundos para la teoría del delito, lo cual constituyó una revisión completa del modelo neoclásico.

La teoría finalista se dio a la tarea no sólo de superar el causalismo valorativo sino las posiciones críticas, pero imperfectas como sistema que había surgido en contra de aquel esquema del delito. Para los finalistas la acción por ser realizada por el hombre no es causal sino final, pues éste gracias a su saber causal puede prever dentro de ciertos límites las consecuencias de su actuar. La actividad del ser humano encaminada a un fin se realiza conforme a un plan que puede implicar, decisiones en cuanto a momento, medio, objeto, de acuerdo a la finalidad que se desea alcanzar. La teoría finalista está dirigida a un fin, propósito o motivación.

Para el finalismo, la acción humana no es sólo un proceso causalmente dependiente de la voluntad sino por esencia es ejercicio de una actividad final. Esta capacidad de prever las consecuencias de su comportamiento y conducir este proceso, según un plan o una meta. El proceso en el finalismo, la acción está compuesta de tres momentos a saber, un primer momento, la anticipación mental de la meta, el segundo momento; la acción de los medios necesarios para la realización de la misma y un tercer momento la realización de la acción o acto voluntario en el mundo real.

La teoría final de la acción también está sujeta a crítica ya que no puede explicar en forma enteramente satisfactoria los delitos de omisión y sobre todo los imprudentes en donde no hay finalidad. En el caso tipificado en el Artículo 12 del Código Penal. “el delito es culposos con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley”.

Con base en las teorías anteriormente expuestas surge la teoría social de la acción por la cual: La acción es el comportamiento humano socialmente relevante. Con lo que se engloba tanto el obrar activo: acción o comisión, el negativo o pasivo; la falta de acción u omisión; el obrar intencional doloso como el obrar imprudente o culposos.

CAPÍTULO III

3. Elementos del delito

3.1. Concepto de delito

El delito como la razón de ser del derecho penal, y como razón de la existencia de toda actividad punitiva del Estado, ha recibido diversas denominaciones en el devenir de la evolución histórica, así por ejemplo en el antiguo oriente: Persia, Israel, Grecia y la Roma primitiva; se consideró primeramente como la valoración objetiva del delito, castigándola con relación al daño causado, es decir, tomando en cuenta el resultado dañoso producido.

Fue en la Roma en la época de oro del derecho, donde aparece por vez primera la valoración subjetiva del delito, o sea juzgando la conducta antijurídica atendiendo a la intención dolosa o culposa del agente, tal como está legislado en el Código Penal vigente en Guatemala.

Refiriéndose al delito, en la antigua Roma se habló de noxia, refiriéndose al delito, siendo más aceptados el término noxa que significa daño, y los términos crimen y delictun. El primero se utilizó para identificar a la infracción o delitos revestidos de mayor gravedad y castigados con mayor pena y el segundo para señalar una infracción leve, con menos penalidad.

En la cultura jurídica guatemalteca se habla indistintamente de delito, crimen, infracción, hecho o acto punible, conducta delictiva acto o hecho antijurídico, hecho o acto delictuoso, ilícito penal, hecho penal, hecho criminal, contravención o faltas.

En el Código Penal, contempla el sistema bipartito al clasificar a las infracciones a la ley penal del Estado en delito y faltas.

Clasificación del delito desde distintos puntos de vista:

- a) Definición formal: Delito es aquello que la ley describe como tal, toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esta definición aún siendo cierta no aclara el concepto por cuanto no deja de ser una fórmula vacía y tautológica.
- b) Definición sustancial: Delito es el comportamiento humano que, a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como respuesta una sanción penal. Esta definición explica el fundamento del delito y los motivos que impulsan al legislador a sancionar unas conductas. Sin embargo no responde a la naturaleza del delito.
- c) Definición dogmática: "Delito es toda acción o conducta, típica, antijurídica y culpable. Algunos autores añaden al requisito de punible. Esta definición es muy útil para determinar en concreto si una conducta es delictiva".¹¹

3.2 Categoría del delito

En la doctrina penal se ha hablado de elementos positivos como elementos negativos del delito, siendo los primeros los que por sus características son indispensables, para que pueda determinarse la existencia del delito, y los negativos son aquellos que al aparecer entre los hechos concretos, que se analizan tienen la virtud de excluir la punibilidad de la conducta, pues al aparecer el componente negativo, lógicamente desvanece el positivo, necesario para la conformación del delito. A continuación se presenta un cuadro comparativo de los elementos positivos y negativos del delito.

¹¹ González Cahuapé-Casaux. **Ob. Cit.** Pág. 27

Elementos del delito

Positivos	Negativos
Acción	Falta de acción
Tipicidad	Atipicidad
Antijuricidad	Causas de justificación
Culpabilidad	Causas de inculpabilidad
Punibilidad	Excusas absolutorias

3.3 Criterios para definir al delito

- a) Criterio legalista: Desde la denominada edad de oro del derecho penal que se inició a principios del siglo XIX, priva un criterio puramente legalista para definir el delito, lo encamina a definirlo como lo prohibido por la ley, concepto simplista e indeterminado y a su vez demasiado amplio porque, cuantos actos que son prohibidos por la ley, y sin embargo no constituyen necesariamente una conducta delictiva. En este orden de idea, el delito se concibe como “la infracción a la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultado de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”,¹² cuyos elementos son de importancia para analizar en la construcción de la técnica jurídica.
- b) Criterio filosófico: Por una parte está el aporte de los teólogos que identifican al delito con el pecado e identifican al delito como una conducta contraria a la moral y a la justicia, o bien la violación de un deber, o libre intención de nuestro deber. Al relacionar al delito con la moral y el deber y se define como una “violación a un derecho”.
- c) Criterio natural o sociológico: La postura más notable a este criterio es la de Rafael Garófalo al plantear la teoría del delito natural, tomando como base

¹² De León Velasco, Héctor Aníbal y Mata Vela José Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 127

dos clases de sentimientos, el sentimiento de piedad y sentimiento de probidad.

A continuación se presenta un cuadro comparativo de diferentes escuelas en el tratamiento jurídico del delito:

“Escuelas del derecho

Jusnaturalista	Positiva	Ecléctica
Principio de legalidad total	Excepción en medida de seguridad	No distinción filosófica pragmatismo
Delito como ente jurídico	Delito hecho natural y social	Ambos son objetos diferentes
Libre albedrío	Determinismo	Causalidad
Responsabilidad moral	Responsabilidad social	Imputabilidad, Peligrosidad
Exclusión niños y locos	No hay excepción	Pena a imputables, medidas de seguridad a los demás.
Pena retribución	Sanción tratamiento	Sanción y tratamiento
Pena proporcional a delito y daño	Sanción proporcional a peligrosidad del antisocial	Medidas de tratamiento
Para determinada	Medida indeterminada	Medida indeterminada
Para restablecer orden jurídico	Medida protege orden social	Protege orden social
Estado tutelado jurídicamente	Estado defiende socialmente sustitutivos penales y prevención	Defiende socialmente sustitutivos penales y prevención
Clasificación de los delitos	Tipos y clasificación de criminales	No acepta el tipo y si la clasificación
Como base principios dudosa priori.	Como base estudios antropológicos a posteriori	Como base a estudios científicos.
Metodológico-abstracto psicológico y didáctico	Método inductivo-experimental	El clásico para el derecho el positivista para criminología”. ¹³

¹³ Rodríguez Manzanera, Luís. **Criminología**. Pág. 252.

3.3.1 La acción

La acción o conducta es el primer elemento del delito y durante muchos años fue el centro de una viva polémica en la doctrina en torno a su concepto, la división entre causalista y finalista hizo cobrar la importancia capital, pero actualmente se ha limitado a estudiar las causas en las que desaparece el delito por no existir acción.

La acción humana como reacción punitiva tiene como referente inicial una conducta o comportamiento humano. La acción está descrita en el tipo legal, objeto del ilícito penal y base para la declaración de responsabilidad del agente o autos, razón por la cual se dice que el derecho penal, esta constituido por actos.

En el presente estudio quedó establecido que para los seguidores de la corriente causalista, la acción es el equivalente a conducta humana voluntaria, en este sentido la acción es un puro proceso causal, interpretando esta actividad humana como si fuese un acto o movimiento mecánico, por lo tanto lo que el sujeto haya querido o deseado es totalmente intrascendente o irrelevante y dicha acción sólo tendrá importancia en un momento posterior, o sea cuando se analiza la culpabilidad.

La teoría causalista plantea la acción así “Bastará, para que exista acción con que la persona quiera voluntariamente apretar el gatillo posteriormente analizará la tipicidad, la antijuricidad al estudiar la culpabilidad, se determinará la intención que tenía la persona de apretar el gatillo”.¹⁴

En cambio la teoría finalista plantea la acción o conducta humana con una concepción totalitaria, es decir que constituye un todo, sin embargo en dicho proceso considera que la fase interna o motivacional es el desear o el querer, que se da en el pensamiento del autor; este piensa el fin o propósito al que quiere llegar, los medios con que dispone y los efectos o propósitos al que quiere llegar, los medios con que dispone y los efectos concomitantes o efectivos que se van a producir. En un segundo

¹⁴ González Cauhapé-Cazaux, Eduardo. **Ob. Cit.** Pág. 32

momento o fase se da la externa, una vez propuesto el fin, seleccionado los medios y evaluando los efectos o resultados, el autor pone en los medios evaluados, los efectos o resultados, también pone en marcha o ejecuta la acción denominada finalidad. Entre la causalidad y la finalidad se diferencia que la primera resulta mecánica a manera de acto reflejo casi automático y en la segunda lleva implícita una finalidad o sentido.

3.3.2 Tipicidad

La tipicidad es el elemento positivo característico del delito y el tipo es la especie de la infracción penal que los juristas y tratadistas españoles y sudamericanos especialmente argentinos y chilenos conocen como encuadrabilidad o delito tipo, en cambio en Guatemala se le concibe como tipicidad cuando se refiere al elemento delito y tipificar cuando se trata de encuadrar la conducta humana a la norma legal.

Para una mejor ilustración y cumplir con el propósito del presente estudio el criterio jurídico de la definición de delito se puede concebir a la tipicidad como elemento fundante del delito, al decir que es la condición **sine qua non** para calificar la conducta del criminal en la conducta humana. Este jurista alemán sostuvo que en los numerosos hechos de la vida real el legislador realiza un proceso de abstracción en virtud del cual, eliminando los elementos accidentales describe en la ley a manera de síntesis las líneas más generales del hecho delictivo. La anterior consideración convirtió a la tipicidad en una mera descripción de la conducta humana, en un tipo rector, carente de valoración e independiente de los demás caracteres del delito.

Posteriormente Max Ernesto Meyer también de nacionalidad alemana concibió la tipicidad como un indicio de la antijuricidad al sostener que la tipicidad era la razón del conocimiento de la antijuricidad.

Ante las críticas a la postura que recibió Beling, éste revisó su teoría en el año 1930 y presenta al tipo o figura del delito formado por todos los elementos objetivos y subjetivos de la infracción, de esta manera presenta a la conducta antijurídica y

culpable como una valoración real que tiene su existencia en la ley a diferencia de su concepción original como una abstracción conceptual. La mayoría de juristas sostiene que la conducta penal tiene la existencia en la ley, siendo a un mismo tiempo tipo de lo injusto y de la culpabilidad, porque los tipos delictivos son ejemplos de conductas antijurídicas y culpables.

En este orden de ideas el tipo se concibe como la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal y para Jiménez de Asúa el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la realización del hecho que se cataloga en la ley como delito.

Respecto a la naturaleza de la tipicidad es considerado como un elemento positivo del delito y como tal se estudia dentro de la teoría general de delito. Sin embargo un grupo de penalistas mexicanos plantearon en 1965 la postura que debe ser tratado el tipo dentro de la teoría general del delito sino en la teoría de la ley penal, ponencia que no ha ganado trascendencia alguna.

La función que en doctrina se le asignan a la tipicidad son las que a continuación se describen:

- a) Función fundamentadora: La tipicidad constituye en si un presupuesto de ilegalidad, que fundamenta la actitud del juzgador para conminar con una pena o bien con una medida de seguridad, la conducta delictiva del agente, siempre que no exista una causa que lo libere de responsabilidad penal.
- b) Función sistematizadora: La tipicidad establece la relación formal entre la parte general y la parte especial del derecho penal, caso legislado en el Código Penal guatemalteco.
- c) Función garantizadora: La tipicidad resulta ser una consecuencia inevitable del principio de legalidad Artículo 1 del Código Penal, cuyos Artículos regula

que no puede haber crimen, ni pena si no está plenamente establecido en la ley penal.

Al exponer sobre la estructura del tipo debe tomarse en cuenta que éste tipo debe estar redactado de modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta que se prohíbe.

Es importante tomar en cuenta otras funciones del tipo, así tenemos:

- La función seleccionadora: Que contempla las conductas o comportamientos humanos penalmente relevantes.
- La función de garantía: Que establece que sólo los comportamientos seleccionados pueden ser sancionados penalmente.
- La función motivadora: Que lleva la conminación esperada para que las personas se abstengan de realizar la conducta calificada como delictiva o antijurídica.

Otro aspecto relacionado con el tipo es la adecuación social y se da cuando el legislador que crea un tipo está seleccionando una conducta y la hace penalmente relevante, sin embargo existe toda una serie de conductas que, aunque formalmente se encuadren en la descripción del tipo penal carecen de relevancia y de trascendencia en el ámbito social, citando como ejemplo, los anuncios publicitarios que hacen énfasis en las cualidades de sus productos sin hacer mención de sus fallas o su incidencia negativa o dañina, esto podría encuadrarse en un delito de estafa contemplado en el Artículo 263 del Código Penal. Razón por la cual ha habido necesidad de regular la publicidad de ciertos productos consumidos por la sociedad y que en sus mensajes subliminales, tomando como ejemplo el anuncio de cigarrillos: “Rubios sólo para ganadores” inducen a la juventud como mercado cautivo proclive a su consumo, en ese caso es obligatorio hacer mención del daño que dicho consumo ocasiona por ejemplo:

“venta prohibida a menores”. “El consumo de este producto causa serios daños a la salud”. “En la mujer embarazada el fumar tabaco produce aborto y malformación fetal”. Con ello se está dando cumplimiento al Decreto 90-97.

La adecuación típica no debe confundirse no obstante con la derogación de facto de norma. No debe tergiversarse los planos sociales y jurídicos. Ciertamente lo que es socialmente admitido, es decir, los comportamientos habituales en la sociedad, aceptados y practicados por la mayoría no deberían ser típicos. Pero sucede muchas veces que existe un desfase entre lo que las normas penales prohíben y lo que socialmente se considera adecuado. Este desfase puede llevar a la derogación de hecho de la norma jurídica. Un ejemplo de ello era lo relativo al adulterio del Artículo 232 del Código Penal, que fue ley vigente durante muchos años sin que nunca se persiguiese penalmente.

3.3.3 Antijuricidad

Junto a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, constituyen también un elemento de la culpabilidad el conocimiento de la antijuricidad. Quien realiza dolosamente un tipo penal actúa por regla general, con conocimiento de la ilicitud de su actuar. Así también se entiende que la tipicidad es un indicio de la antijuricidad, puesto que una acción dolosa de tipo penal casi siempre va acompañada de conciencia de que se hace algo prohibido, tanto más cuando el bien jurídico, protegido en el tipo en cuestión sea uno de esos fundamentales para la convivencia y en cuya protección tiene su razón de ser el derecho penal. De ahí que en la práctica el conocimiento de la antijuricidad no plantea demasiados problemas y se parta de su existencia en el autor de un hecho típico, no justificado, que sea imputable.

La antijuricidad es considerada como un elemento principal y el que le da la razón de ser a la culpabilidad. La culpabilidad sólo tiene sentido frente a quien conoce que su hacer está prohibido.

La acción o conducta humana es antijurídica cuando no ha sido ejecutada bajo el amparo de una causa de justificación, el vocablo injusto es empleado como sustantivo para referirse a la acción típica y antijurídica. La tipicidad tiene como objeto de valoración la acción típica, lo injusto comprende esta última y su calificación valorativa de antijurídica.

El término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. El derecho penal no crea la antijuricidad sino que la selecciona por medio de la tipicidad.

La antijuricidad se le puede clasificar de dos maneras:

- La antijuricidad formal es aquella que contempla la violación de la norma prohibitiva o preceptiva por el hacer o comportamiento humano, un ejemplo de ella está regulado en el Artículo 123 del Código Penal.
- La antijuricidad material por el contrario, comprende el carácter dañino del acto materializado, la lesión o en la puesta en peligro de un bien jurídico.

Este perjuicio no debe ser comprendido en sentido natural como causa de un daño a determinado objeto de la acción (como ejemplo, muerte de una persona o daño a una cosa) sino como contradicción al valor ideal que debe proteger la norma jurídica o sea la lesión del bien jurídico.

La importancia que revista la antijuricidad para la política criminal y su influencia va dirigida en el siguiente sentido.

- Para la interpretación de los tipos legales, la acción puede ser formalmente conforme con el tipo legal, pero no adecuarse al tipo de delito por su significación social: Por ejemplo injurias en el ámbito familiar.

- Para la individualización de la pena debido a que el hacer posible la graduación de lo injusto, permite determinar mejor la culpabilidad del agente.
- Para la comprensión de la índole y la amplitud de las causas de justificación al facilitar la apreciación del conflicto de intereses.
- Puede servir para la interpretación restrictiva de los tipos penales, así por ejemplo, negar la calificación de robo, cuando con amenazas se pide a alguien que entregue Q.10.00 a una contribución económica de escasa cuantía..

La antijuricidad y lo injusto “en la dogmática jurídico penal se emplea tanto el término antijuricidad como el de injusto como equivalente. Sin embargo, ambos términos deben diferenciarse. La antijuricidad es un predicado de la acción, el atributo califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico. El o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada como antijurídica misma. Mientras que la antijuricidad es una calidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico, el injusto es llamado a veces ilícito, es un acción, antijurídica determinada así por ejemplo; la acción antijurídica de hurto, de homicidio de incumplimiento contractual, de infracción al Reglamento de Tránsito, a una disposición administrativa, aunque la antijuricidad sea unitaria para todo el ordenamiento jurídico.¹⁵

En la concepción de antijuricidad se toma en cuenta el desvalor de la acción y el desvalor de resultado. El contenido material de la antijuricidad no se agota, sin embargo en la lesión puesta en peligro de un bien jurídico. No toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalora el resultado) es antijurídica sino sólo aquellos en los que se deriva una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de acción).

¹⁵ Muñoz Conde, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 66

El derecho penal, por imperativo del principio de intervención mínima no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo aquellos que son consecuencia de acciones especialmente intolerables, entre estos el asesinato que consiste en dar muerte a alguna persona en cualquiera de las circunstancias establecidas por el Artículo 132 del Código Penal; o sea con alevosía, por precio, recompensa, promesa o ánimo de lucro por medio o con ocasión de inundación incendio, veneno, explosión, desmoronamiento derrumbe de edificio u otro artificio que pueda ocasionar gran estrago, con premeditación conocida, con ensañamiento, con impulso de perversidad brutal, y también para preparar, facilitar u ocultar otro delito, para asegurar resultado o la impunidad para si o para sus coparticipes o por haber el resultado que se hubiese propuesto al intentar otro hecho punible o con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas. El asesinato como una figura antijurídica se convierte en un verdadero laboratorio para investigación criminal y está diametralmente opuesto a lo establecido en título II, capítulo I, Artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y en su comentario dice: “el derecho a la vida esta contemplado en el texto supremo Artículo 3 como una obligación fundamental del Estado, pues el propio preámbulo de la Constitución afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social y de allí que en la ley matriz también se regule que el Estado de Guatemala debe organizarse para proteger a la persona humana en el Artículo 1 y que por ello debe garantizar a los habitantes de la república (entre otros aspectos) la vida y su desarrollo integral (Artículo 2) por lo que este derecho constituye un fin supremo y como tal merece su protección. Gaceta Número 64, expediente Número 949-02, sentencia 06-06-02...” Sin embargo contrario al mandato constitucional acerca de la obligación del Estado, Diario Prensa Libre destaca en el titular: “Justicia con paso lento. El sistema se congestiona por los casos menores y hay poco avance. Jueces, fiscales, y policía, no se concentran en delitos graves. Al leer el artículo del periodista Carlos Menocal señala: Sistema apabullado; más de 80 mil usuarios del sistema de justicia vivieron en carne propia el retardo de sus casos, formaron parte del congestionado trámite que hoy por hoy genera gastos innecesarios en recursos humanos y económicos. El citado periodista incluyó estadísticas cuya fuente es el Instituto de la Defensa Penal. Sistema informático e informes de fiscalías,

del Ministerio Público, cifras que por sí solo permiten presentar una radiografía el status quo que nuestra la realidad nacional en el sistema justicia así:

- 241, 285, delitos fueron denunciados al Ministerio Público
- 71 ó 75 fueron archivados
- 31,949 desestimados
- 13649 trasladados
- 50 de conversiones
- 4,585 tuvieron clausura provisional
- 4189 recibieron criterio de oportunidad
- 3850 acusaciones
- 462 suspensiones
- 7,750 tuvieron proceso de sobreseimiento

Pero lo que interesa destacar en función de la hipótesis de trabajo planteada en el proyecto de la presente investigación es lo aseverado por el periodista al indicar “el sistema de justicia es lento y esta congestionado por los procesos de menos trascendencia, en detrimento de los catalogados de alto impacto, como los asesinatos.

Las cifras hablan por si solas, de los 244 mil casos conocidos por el sistema de justicia en 2005 apenas 1150 llegaron a debate, lo cual equivale al 0.4 por ciento del total. Según el sistema informático y los informes de las fiscalías del Ministerio Público, ésta institución conoció el año pasado (2005) al menos 4332 casos de delitos contra la vida, pero tan solo (46 casos) fue llevados a debate, equivalente al 13.86 por ciento. La cifra contrasta con los procesados por posesión para el consumo.

La Defensa Pública Penal auxilió 2020 personas sujetas a proceso por este delito durante el 2005, los más frecuentes fueron:

- Robo 44,745

- Amenazas 37,650
- Lesiones 29,626
- Hurto 24717
- Agresión 12,887
- Estafa 5997
- Posesión para el consumo (de drogas) 5,425
- Violación 4757
- Apropiaciones Indebidas Allanamiento de Morada 3,545
- Usurpaciones 2,833,
- Casos atendidos por la defensa pública 2020
- Contra la vida 594
- Contra el patrimonio 1,917¹⁶

El artículo referido da cuenta de la entrevista dirigida a dos personas: la señora Blanca Staling directora del Instituto de la Defensa Pública Penal, quien dice que los delitos menores deben ser atendidos, en procesos inmediatos y al contestar algunas de las preguntas ¿usted afirma que la mayoría de casos que conoce el sistema de justicia son de delitos menores, que ocurre? El sistema de justicia en este momento está sobrecargado y saturado por una cantidad de casos que podrían haber sido resueltos a través de los procedimientos señalados por el Código Procesal Penal. ¿Cuál es el punto de vista en torno a este tema? Creo que no es necesario que todas las personas vayan a prisión cuando se ha cometido un hecho delictivo de menos impacto. El sistema de justicia está saturado de una cantidad de casos que no deberían de haber llegado a un proceso preparatorio y una etapa intermedia del proceso penal, a la pregunta ¿Cuál puede ser la solución? Los juzgados penales de turno el viernes de la semana pasada (17 de marzo de 2006), lograrán descongestionar el sistema penal.

Por otra parte las respuestas de Eleonora Morales, de la Organización Familiares y Amigos contra la Delincuencia y el Secuestro (FADS) fueron: ¿Qué opina de la saturación del sistema de justicia? Hay congestiónamiento, eso es cierto. Hay muchos

¹⁶ Justicia congestionada, Pág. 2,3 Prensa Libre (Guatemala) Año 55, No. 18026 (26 de marzo de 2006).

casos de bagatela que podrían resolverse por otros medios y eso provoca saturación al sistema de justicia, ¿Qué efectos provoca? Eso influye en que los casos de alto impacto se vean realmente relegados y que no los traten con la debida prontitud. Los casos complejos ingresan al proceso de justicia y se tardan mucho tiempo en ser resueltos. ¿Cómo resolver la situación? Hay otros mecanismos que aplican a la desjudicialización de los casos ¿pero cómo ocurre así? Cualquier caso lo meten al sistema en detrimento de las familias. Las víctimas no son atendidas con prontitud como manda la Constitución, lo que provoca problemas económicos y psicológicos. Los casos complejos no avanzan, los grandes casos que vemos en titulares de prensa no son ágiles y vemos que algunos se clausuran a pesar de ser tan conocidos, una de las quejas principales es que el que tiene, influencia es el beneficiado con la justicia. Ha pasado algo en los procesos en donde ha habido influencia o intervención para que no prosperen. ¿Cuál es la evaluación que han hecho? Creemos que si hay avances, a paso de tortuga pero si hemos observado que hay cambios desde hace 10 años. Lo que pasa en los resultados concretos que no llegan a la población. No es suficiente lo que se ha hecho hasta el momento. ¿Cuál es la percepción? A pesar de que es un proceso más transparente la población quiere resultados en los tribunales.

A manera casuística se mencionan dos casos “los casos de lentitud en los tribunales por ejemplo Rosa Gómez espera que el asesinato de su hermana sea esclarecido. A pesar de que los victimarios, han sido reconocidos, aún se encuentran libres y sin temor de ser detenidos pues no existe orden de captura” al igual que el caso anterior se podrían describir gran cantidad de casos que están en igual o parecida situación. Esta situación de la realidad nacional será tratada con mayor amplitud y detalle en un próximo capítulo con base a la investigación hemerografica referente al tema del tipo de investigación que realiza el Ministerio Público en la persecución penal dentro del sistema de justicia.

3.3.4 La culpabilidad

Para la composición de una pena no es suficiente que el hecho constituya un injusto tipo, esto es que sea típico y antijurídico. Es necesaria la presencia de una tercera categoría, que debe encontrarse en todo hecho delictivo, que es la culpabilidad.

Quien actúa antijurídicamente realiza la figura del tipo atacando un bien jurídico penalmente protegido. Quien actúa culpablemente comete un acto antijurídico pudiendo obrar de otro modo. Sin embargo como la capacidad de poder intervenir de un modo diferente a como se actuó es indispensable, se debe acudir a la experiencia y a la observación. Lo que debe servir de base es lo fenomenológico, lo vivencial del hecho de que cualquier persona cuando tiene varias opciones, existe una capacidad de elección y esa capacidad es el presupuesto del actuar humano social y jurídicamente relevante.

“La culpabilidad no es un fenómeno individual, aislado, la culpabilidad debe verse con referencia a la sociedad, no sólo con referencia al autor del delito o del hecho delictivo como tipo y antijurídico sino una culpabilidad con referencia a los demás. De ello surge que la culpabilidad es un fenómeno social. Es el Estado entonces como representante de la sociedad, quien define lo que es culpable o inculpable. La culpabilidad tiene un fundamento sociológico, no psicológico como se concibió entre los partidarios del causalismo entre quienes se encuentran los autores del Código Penal guatemalteco vigente”.¹⁷El concepto de la culpabilidad en su materialización hay que buscarlo en la función motivadora de la norma penal.

Según Muñoz Conde, “lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios hacerse posibles; lo importante es que la norma penal lo motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posible, que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena”.¹⁸

3.3.5 Elementos de la culpabilidad

¹⁷ De León Velasco, Héctor Aníbal y Mata Vela, José Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 63

¹⁸ **Ob. Cit.** Pág. 199

Para que un agente de un hecho calificado como delictivo y por consiguiente culpable son necesarios que se cumpla con ciertos requisitos.

- a) Imputabilidad o capacidad de culpabilidad: Es la capacidad de ser sujeto de derecho penal, esto es, madurez tanto física como psíquica para poder motivarse conforme a la norma penal sin ellas no puede hablarse de culpabilidad.
- b) Conocimiento de la antijuricidad: Si el individuo puede conocer aunque sea a grandes rasgos el contenido de las prohibiciones el individuo imputable puede motivarse, si el sujeto no sabe que su hacer esta prohibido, tampoco puede motivarse conforme a la norma.
- c) La exigibilidad de un comportamiento distinto: Hay ciertos ámbitos de exigencia fuera de los cuales no puede exigirse responsabilidad alguna.

Sin embargo la imputabilidad resulta ser un tema muy controvertido en el campo del derecho penal, hay juristas que lo ubican en la teoría general del delito y otros en el trato del delincuente. Específicamente, por considerar que la imputabilidad más que un concepto jurídico es un concepto psicológico que cobra vida en el agente llamado delincuente, actitud que a criterio asumido en el presente estudio está alejado de la realidad, por el contrario se esta de acuerdo con quienes, sostienen que la imputabilidad es un elemento positivo de la infracción, pero que debe estudiarse dentro de la teoría general de delito. En consecuencia la imputabilidad asume el papel de un elemento positivo del delito con una marcada tendencia subjetivo por cuanto es el elemento previo más relevante de la culpabilidad ya que el sujeto activo del delito, antes de ser culpable tendrá necesariamente que ser imputable. El fundamento de la imputabilidad radica en la consecuencia de ciertas condiciones psíquicas, biológicas morales, que en última instancia van a determinar la salud mental y la madurez biológica que consecuentemente exige la legislación en materia penal o será

considerado imputable el sujeto que reúna las características biopsíquicas, que requiere la ley para tener la capacidad de ser responsable de los hechos típicamente antijurídicos.

Mientras la imputabilidad es una situación psíquica en abstracto, la culpabilidad es la concreta capacidad de imputación, legal, declarable jurisdiccionalmente por no haber motivo legal de exclusión o causas de inculpabilidad con relación al hecho cometido.

El Código Penal Decreto 17-73, Título III, Capítulo I, Artículo 23, regula acerca de las Causas que Eximen de la Responsabilidad Penal, y como causas contempla las siguientes:

No son imputables:

1. El menor de edad;
2. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea a causa de enfermedad mental, desarrollo psíquico completo o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salud que el trastorno mental transitorio haya buscado de propósito por el agente.

En el Artículo 25 del Código Penal regula las causas de inculpabilidad, siendo estas:

1. El miedo invencible,
2. fuerza exterior, (legítima defensa putativa)
3. obediencia debida
4. omisión justificada

EL título IV, Capítulo I establece las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, y están concebidas como circunstancias atenuantes o elementos accidentales del delito. El Artículo 26 regula: Son circunstancias atenuantes:

1. Inferioridad psíquica
2. Excesos de causas de justificación
3. Estado emotivo
4. Arrepentimiento eficaz
5. Reparación de perjuicio
6. Preterintencionalidad
7. Presentación a la autoridad
8. Confesión espontánea
9. Ignorancia
10. Dificultad de prever
11. Provocación o amenaza
12. Vindicación de ofensa
13. Inculpabilidad incompleta
14. Atenuantes por analogía.

En el Artículo 27 regula las circunstancias agravantes el cual ya fue tratado.

Para los partidarios de la teoría finalista del delito; esta teoría deriva la mixta: Psicológica, normativas y apunta un desarrollo superior del concepto normativo de la culpabilidad, quienes demostraron cómo el dolo y la culpa no eran forma de culpabilidad entendida ésta como juicio o reproche, afirmado que la estructura de dicha categoría era igual tanto para los hechos dolosos como los culposos, concebidos como formas de acción. La culpabilidad que ha restringido a un juicio de valoración es decir, la reprobabilidad del acto cometido por el sujeto activo.

Si el sujeto es motivado por la norma y a pesar de ello realiza el acto prohibido, entonces es reprochable.

Para los funcionalistas el concepto de culpabilidad está determinado por la sociedad. El Código Penal guatemalteco sólo habla de responsabilidad y no de culpabilidad. La responsabilidad es un término que incluye a la culpabilidad.

La función de la culpabilidad a una persona por el hecho cometido, ese análisis gira en torno a la exigibilidad de otra conducta se cuestiona entonces si el agente pudo haber evitado el acto o disminuido sus efectos.

En las categorías tipicidad y antijuricidad que fueron desarrolladas en el presente capítulo, el juicio lo efectúa íntegramente el juez, éste debe observar si la conducta se adecúa al tipo penal y si existe o no alguna causa de justificación y examinar los hechos, pero en el desarrollo de la culpabilidad se debe observar al sujeto en concreto y su relación con los demás fenómenos sociales, que le pudieren exigir otra conducta o no.

Del estudio y análisis la culpabilidad, como ya quedó descrito deben determinarse tres cuestiones:

- a) Si el agente se encontraba en la capacidad psicológica para poder haber sido motivado por el contenido de la norma penal.
- b) Si el agente conocía la antijuricidad del hecho.
- c) Si el agente le era exigible actuar de manera distinta a la forma en que lo hizo.

De cumplirse positivamente cada una de las cuestiones enunciadas y habiéndose demostrado la exigencia del injusto, existe en consecuencia la culpabilidad del sujeto.

CAPÍTULO IV

4. Paradigma actual de la criminología

4.1 La crisis en la penalidad

Si las explicaciones biológicas e individuales del delito presentan limitaciones políticas y hermenéuticas, el neoclasicismo adolece de problemas aún mayores, los cuales habrían de impregnar la disciplina criminológica de los setenta. Sin duda se puede hablar de una doble crisis en la criminología; la crisis etiológica de sus años, seguidos por una crisis penalística.

En la década de los setenta, los políticos estadounidenses, entre los continuos incrementos en las tasas de criminalidad y la crisis fiscal en el costo y manutención de cuerpos policíacos y centros de readaptación, manifestaron un vivo interés en el uso adecuado de los recursos. Las investigaciones se concentraron preferentemente en el trabajo policíaco. Sus hallazgos habrían de tener un efecto revolucionario sobre la criminología de los años subsiguientes: Concluyendo sobre los siguientes aspectos:

1. El aumento del número de policías no reducía necesariamente las tasas criminalidad;
1. La saturación de vigilancia policíaca no disminuía los delitos, sino sólo favorecía las prácticas de desplazamiento;
1. El agilizar las respuestas de llamadas de emergencia no aumenta la posibilidad de arrestar a los delincuentes.
1. Los actos delictivos no se resuelven primordialmente por medio de investigaciones especializadas, sino mediante testimonios públicos.
1. Los tipos de delitos más temidos por la población son raramente controlados por policías en labores de patrullaje.
1. Ni los rondines policíacos motorizados ni a pie ejercen un efecto positivo sobre la tasa de criminalidad.

Estos resultados son devastadores, pues indican que las estrategias básicas implementadas por los departamentos de policía estadounidense no reducen el nivel de criminalidad ni representan una protección para la población. Estos estudios implican claramente que la protección debe ser proporcionada por los propios ciudadanos, y que la participación de estos es esencial para capturar y procesar a las personas que lo victiman. Por consiguiente, el trabajo de la policía consiste en trabajar conjuntamente con la población de manera que se puedan desarrollar métodos específicos y articulados a fin de alcanzar resultados satisfactorios.

Para el caso de Guatemala en lo referente al papel de la Policía Nacional Civil para el combate de la criminalidad queda mucho por hacer, entre otras cosas: la efectiva profesionalización de los agentes de seguridad, que la ciudadanía recobre la confianza en el agente de la Policía Nacional Civil que además de eficaz y eficiente se termine con la corrupción y los vínculos de estos cuerpos con las mismas redes que delinquen, que se viabilice la interacción de todos los actores de la sociedad civil, promoviendo educación cívico-ciudadano. Sobre seguridad pública, participación y responsabilidad, entendiendo a la seguridad como responsabilidad de todos, puesto que como ciudadanos formamos parte del Estado y éste como ente jurídico a través del Organismo Ejecutivo y bajo la responsabilidad de Ministerio de Gobernación dirijan la política criminal y el control y prevención de la delincuencia bajo la tutela de la Policía Nacional Civil en un nivel preventivo; y en los casos de comisión de hechos delictivos corresponda la responsabilidad de la persecución penal al Ministerio Público con el auxilio de la Policía Nacional Civil. En este sentido ya existen acciones por parte de la ciudadanía al instalar seguridad perimetral en algunas colonias de la ciudad capital autogestando su seguridad invirtiendo en el pago de empresas que prestan seguridad o vigilancia particular, que por supuesto ello no implica que la Policía Nacional Civil descuide su responsabilidad que en ley le corresponde.

4.2 Paradigma actual de la criminología

Los cuatro enfoques más importantes que han adquirido preeminencia en los últimos 10 años son: “El idealismo de la izquierda, la nueva criminología administrativa y los realismos de la izquierda y derecha. Una vez mas estos paradigmas representan tentativas por superar”.¹⁹

La crisis etiológica y de la penalidad incorporando su discurso elemento del debate de los años sesenta, al aportar respuestas a la crisis etiológica. Así, antecesor del idealismo de izquierda es la teoría de la etiquetación; de la nueva criminología administrativa, la teoría del control, del realismo de derecha, el neopositivismo y del realismo de izquierda, la teoría de las subculturas. Estos paradigmas tienen aspectos en común. Todos restan importancia a la policía en el control del delito y exaltan los sistemas informales de control social; todos formulan una acertada crítica al sistema carcelario actual y todos rechazan el positivismo y neoclasicismo tradicionales.

Para comparar estas teorías de manera sistemática, convendrá abordar los siguientes subtemas: Los conceptos de naturaleza humana y del orden social; las causas del delito, los efectos del delito, el papel que desempeñan las instituciones gubernamentales y las crisis etiológicas y penalistas.

4.2.1 El idealismo de izquierda

El idealismo de izquierda abarca desde los liberales hasta la izquierda radical. En esencia esta teoría se interesa en el papel desempeñado por el Estado y las ideas emanadas de éste y otras poderosas instituciones como una forma de estructura de la conciencia y dirigir la conducta. Sus orígenes se remontan a la teoría de la etiquetación y que van asociados con el abolicionismo es decir, con un tipo de política que sacaría una buena parte del crimen de la orbita de la ley. Y que se pronuncia abiertamente a favor de las prisiones.

¹⁹ Youg, Jock. **Manual de criminología**. Pág.11

Propiamente, su desarrollo más importante ha sido en países con baja tasa de criminalidad.

Un aspecto central del idealismo de izquierda es la prioridad de la función administrativa sobre la estructura. Aquí la sociedad está determinada por la administración estatal y no por las posiciones estructurales reales en que se encuentran las personas. La juventud es impelida a delinquir por el hecho mismo de recibir el calificativo de delincuente, y no a causa del empobrecimiento, los estudiantes tienen resultado pobres a causa de la escuela no por extracción social o su posibilidad futura; son las instituciones mentales, no la vida en el exterior, las que enloquecen a las personas, es la violencia en la televisión la que genera violencia en las calles, y no la violencia machista lo que hay es un producto de la marginación de la juventud por falta de oportunidades de trabajo.

4.2.2 Naturaleza humana y orden social

En el fondo, el idealismo de izquierda es una forma de teoría radical del contrato social. Las personas son agentes iguales, libres y racionales que, en una sociedad justa, se unirían y engendrarían un consenso que constituiría la base del poder estatal y la organización de la sociedad. No obstante, el mando real es a todas luces injusto, pues campean allí desigualdades de orden de género y clases, debido a esto los hombres y mujeres que ocupan posiciones subordinadas crean constantemente subculturas como una forma de resistencia contra dichas desigualdades sociales, la paradoja persiste ¿Por qué en un mundo flagrantemente injusto pueden mantenerse las sociedades capitalistas?. Para la izquierda idealista se ponen al servicio de la clase dominante diversas instituciones, desde los medios de comunicación, hasta las escuelas, desde el sistema de justicia penal hasta el arsenal de la política consensual, ponen en circulación una política de dominación que apunta a los valores del capitalismo, el núcleo familiar patriarcal, la idea eurocentrista de superioridad racial. Es

así que se transcurre desde el nacimiento hasta la muerte, en un entorno de clasismo, sexismo y racismo institucionalizados.

En consecuencia la policía, los tribunales y el sistema para impartir justicia son necesarios para mantener bajo control, a una población intransigente; pero dicho control no da solución a la problemática en virtud de que se convierte en un círculo vicioso; se castiga o se reprime, pero no se rehabilita, en el caso remoto de la rehabilitación por el hecho de haber sido estigmatizado con la etiqueta de delincuente y con sus antecedentes penales “manchados” poco o nada es la oportunidad que se brinda para su inserción a la sociedad y a la vida económica activa y productiva. Lo que al final implique que vuelve a delinquir y se convierte en delincuente reincidente y habitual.

4. 3 Causas del delito según el idealismo

Para los idealistas de izquierda, las causas del delito son evidentes; privación en los pobres y avaricia en los ricos. Así pues, los delitos de las clases trabajadoras, en nuestro caso los campesinos contra la propiedad resultan conductas obvias. El positivismo aporta un elemento en el sentido de que el delito es una consecuencia predecible e inevitable de la lucha por la vida, es una privación no tanto relativa cuanto absoluta.

4.3.1 Efectos del delito

El delito goza de una dualidad en una sociedad desigual: Las estadísticas que muestran una mayor tasa de delincuentes entre los pobres y las minorías étnicas manifiestan los prejuicios de la policía y el poder judicial contra estos grupos. Los pobres son vistos como víctimas por partida doble, tanto a causa de su pobreza como por ser estigmatizados o etiquetados por el Estado por sus instituciones.

4.4 El papel de las instituciones estatales

La policía para el idealismo de izquierda, el papel esencial de la policía consiste no tanto en el control del delito como en la preservación del orden. Por lo tanto, el aumento de la fuerza policíaca se concibe principalmente como una respuesta a problemas de orden político. Las huelgas, las manifestaciones, el control de “terroristas” antes etiquetados como comunistas dentro de la política de seguridad del Estado.

4.4.1 Las prisiones

La historia oficial de las prisiones abarca de Becarria a Radzinowicz, es la crónica de la reforma y sus fracasos.

Poco o nada se ha logrado acerca de la reforma carcelaria “resulta un instrumento tan ineficiente en términos de reforma con un alto índice de reincidencia y su transformación en universidad del crimen”²⁰

Sin embargo es necesario hacer algunas consideraciones teóricas aportadas por los juristas, quienes consideran que el problema radica quizá en que el Derecho Penal está enfermo de pena de prisión, y aunque ésta sea en mucho la pena más drástica (con excepción claro de aquellos países como Guatemala, que aún mantienen la pena de muerte), no es la única, y no es admisible que las demás penas (que pueden ser mayoría) sean aplicadas sin reglamentación jurídica adecuada.

El problema que genera el sistema carcelario radica en que no se le ha dado un tratamiento integral dentro de una Política Criminal de Estado.

Para tal efecto debe tomarse en cuenta los aportes del Derecho Ejecutivo Penal, ciencia normativa que estudia la regulación de la ejecución de la pena y/o de las

²⁰ Young, Jock. **Ob. Cit.** Pág. 15.

medidas de seguridad, desde el momento en que se convierte en ejecutivo el título que legitima la ejecución, en otros términos el Derecho Penal Ejecutivo según Roberto Pehinato citado por Rodríguez Manzanera se define como "el conjunto de normas positivas que se relacionan a los diferentes sistemas de penas; a los procedimientos y aplicaciones, ejecución o cumplimiento de las mismas, a la custodia y tratamiento; a la organización y dirección de las instituciones y establecimientos que cumplen con los fines de la prevención, represión y rehabilitación del delincuente, e inclusive aquellos organismos de ayuda social para los internados y liberados"²¹; dicha rama del Derecho Penal estudia pues, la normatividad de la ejecución de la pena a partir de la sentencia ejecutoriada, o de la medida de seguridad a partir de la orden del órgano jurisdiccional competente.

Por lo complejo del problema que constantemente generan los centros penitenciarios del país, se hace necesario que el Congreso de la República legisle acerca del Sistema Carcelario con criterio integral, por consiguiente debe fundamentarse sobre la siguiente temática, que a continuación se sugiere:

- Naturaleza jurídica de la pena.
- Definición y relaciones del Derecho ejecutivo.
- Ejecución penal y otras formas de ejecución.
- Autonomía del Derecho Ejecutivo.
- Iniciación, modificación y extinción de la relación ejecutiva.
- Sujetos de la relación ejecutiva.
- Instituciones de ejecución penal.
- Normativa constitucional y ordinaria de Derecho Penal y Procesal Penal.
- Las leyes de ejecución de sanciones.
- Los reglamentos penales.
- La pena y medidas de seguridad y reglamentación.
- Legalidad de la medida de seguridad.
- La prisión preventiva y rehabilitación.

²¹ **Ob. Cit.** Pág. 96.

Lo expuesto con anterioridad denota la seriedad con que debe ser abordado el problema de las prisiones, que representa sólo una parte a ser prevista en el tratamiento global del sistema penitenciario en Guatemala.

4.5 La crisis ideológica

Para el idealismo de izquierda no existe la crisis etiológica porque el aumento del delito es exagerado, la idea de crimen causada exclusivamente por los pobres es falsa y por último no hay crisis penal, pues los prisioneros no están ahí para promover la rehabilitación, la elevada tasa de reincidencia representa un éxito.

4.5.1 Crítica al idealismo de izquierda

Esta teoría conceptualiza al Estado como una esencia platónica, como un ámbito de contradicción y lucha, en la que aquel no es responsable de dicha contradicción, así mismo es responsable de los cambios de la sociedad civil. De aquí la extraordinaria indiferencia con la que actúan las instituciones estatales respecto de los problemas que debería combatir.

El idealismo exalta las normas y la cultura de los grupos subordinados. Mas que investigar la forma en que las condiciones materiales adversas generan desorganización sobre los pobres y los desposeídos prefiere inventar un preclaro sujeto histórico, llámese clase obrera campesina, negros, mujeres, homosexuales o minorías étnicas y por último niega que los humanos tengan una realidad corporal que envejece, que difiere en género y que presenta diferencias psicológicas entre las diversas personas.

4.6 La nueva criminología administrativa

Esta teoría sostiene que no hay necesidad de explicar el incremento en la criminalidad: Lo evidente es que dicho incremento existe, más bien se deben encontrar formas de paliar sus efectos. Aquí la cuestión se circunscribe a dar con la forma más eficaz de realizar intervenciones con vistas al control insistiendo en los aspectos: Costo beneficio más técnicos del delito; las oportunidades de transgresión que proporcionan el entorno así como los altos riesgos vinculados a la actividad delictuosa.

Es importante observar que el surgimiento de la criminología administrativa se debió al fracaso de la criminología ortodoxa. El concepto de la prevención de la situación del delito junto a la teoría del albedrío racional, resulta un paradigma innovador de gran importancia.

La nueva criminología administrativa se desarrolló principalmente en Inglaterra en la década de 1980, esta teoría logró reemplazar con éxito el positivismo democrático social como teoría clave de la criminología oficial, sin embargo existen algunas afinidades entre el idealismo de izquierda y la criminología administrativa.

Ambos paradigmas niegan la crisis etiológica y ambos, desde luego, se oponen tanto a la criminología demográfica social del período inmediato posterior a la guerra, como a las prácticas policíacas propugnadas por el neoliberalismo.

4.6.1 Naturaleza humana y orden social

Este paradigma rechaza ambas teorías, niega toda relación con el positivismo social y realiza la búsqueda de las raíces del delito en problemas sociales generales, así como en el neoclasicismo y su énfasis en la discusión y sistema penal.

La teoría de la nueva criminología administrativa hace la principal revisión del neoclasicismo respecto al concepto de responsabilidad limitada que consiste en que los

procesos de toma de decisiones revelan la evidente limitación de la población para adquirir y procesar información. Los criminólogos administrativos sostienen que las actividades de los homicidas, por ejemplo, suelen combinar una perpetración en extremo racional con fines absolutamente incomprensibles. Por último estos criminólogos argumentan que una buena parte del delito, tratándose de vandalismo vulgar, desde hooligans en estudios de foot-ball, violencia doméstica u homicidio las pandillas o maras, presentan características eminentemente racionales en la planeación de sus pasos, objetivos e intencionalidad, hechos que dan fundamento a la teoría finalista del delito que deviene de una causa con finalidad.

4.6.2 Causas del delito según la criminología administrativa

La criminología administrativa plantea que la parte más vulnerable del positivismo democrático social era la idea de que el delito es causado por las condiciones sociales. Por el contrario en la inmensa mayoría de casos, el delito no es causado por condiciones sociales anteriores, por el contrario, es oportunista, pues se comete en situaciones que permiten la posibilidad de delinquir. Toda la criminología anterior se concibe como si estuviera invadida para predisponer a las personas a delinquir sean estos factores sociales, como el positivismo o etiquetas administrativas como las que impone la teoría clasificatoria. La mayor parte de los delitos no sólo son oportunistas, sino que manifiestan un motivo mucho menos evidente de lo que ha sugerido el positivismo en sus aspectos ya sea individualista o social. Debido a esto, es posible interponer barreras estructurales a la comisión de delito; por ejemplo: Instalando alarmas en los autos, cerraduras de seguridad en las casas, barrotes de hierro en tiendas, garitas de seguridad en las colonias de la ciudad, contratando empresas de seguridad, serenazgos, control de seguridad satelital, comité de vecinos para promover la seguridad, etc.

4.6.3 El papel de la policía según la criminología administrativa

Los nuevos criminólogos administrativos reconocen el limitado papel que desempeña la policía en el control de los distintos niveles de criminalidad. No existe certeza de que los rondines contribuyen realmente a reducir los delitos, la importancia de la policía depende en gran medida en la cultura de la denuncia pública.

4.6.4 El papel de la población

La población desempeña un papel de gran importancia en las actividades policíacas. El esclarecimiento del crimen está determinado en gran medida por los testimonios públicos y en medida mucho menor por las investigaciones directas de la policía.

4.6.5 Problemas de causas y desplazamiento

La nueva criminología administrativa limita sus intervenciones a un sólo elemento de la ecuación del delito: No aprueba la intervención de la causalidad. Tal limitación no permite una comprensión completa de los motivos del criminal, no obstante resulta difícil prevenir el delito si no se conocen las fuerzas motrices que subyacen en la comisión del delito por parte de los partícipes. Ello hace difícil entender adecuadamente el papel del desplazamiento que para tal fin se debe valer de la diferentes técnicas de investigación científica de que disponen las diferentes ciencia auxiliares del derecho penal. Jock Young cita en su artículo paradigma, recientes de la criminología a James Q. Wilson criminólogo estadounidense (1975) que se ocupa de la crisis etiológica, declarándose adversario tanto de las ideas en torno al delito, propias del positivismo democrático social, que imperó en la década de 1960 como de la postura de aquellos conservadores que se limitan a proponer más policías, más prisiones y la asignación de más facultades al poder judicial. Wilson destaca las diferencias a la crisis etiológicas en Inglaterra y Estados Unidos de América pues existe una diferencia abismal entre la criminología administrativa inglesa y el realismo de derecha estadounidense.

4.7. Causas del delito

Apunta Young, que Wilson desarrolla su teoría en la vertiente más importante de la criminología. No niega las causas del crimen; más bien se declara determinista por la cantidad de causas que podrían reunirse.

Pese a ello, Wilson no es ecléctico, pues su sistema tiene como fundamento las teorías conductistas modernas del condicionamiento. Esto significa que su respuesta a la crisis etiológica no consiste en romper con la causalidad, como lo han hecho criminólogos administrativos ingleses, sino de contabilización debido a que un transgresor puede cometer los mismos tipos de fraude varias veces. Podría argumentar que, para fines prácticos, resulta adecuado determinar las dimensiones del problema del crimen por el total de delitos registrados por la policía, con base a que dichas cifras comprenden los delitos más graves y que, en su mayoría representan condenas de reclusión. Sin embargo también se incluye un gran número de incidentes, en desarrollar la teoría de la criminología positivista individual. En esencia, esta teoría parte de la premisa de que los cálculos simplistas y hedonistas propuestos por la criminología clásica, donde el agente sopesa las recompensas y castigos del delito, difícilmente impedirá que las personas robasen, ya que el castigo es hasta tal punto incierto. Sin embargo, ésta siniestra posibilidad de una guerra de todos contra todos se matiza con el condicionamiento temprano en la infancia (teoría psicoanalítica sustentada por Freud al aseverar que los cinco primeros años de vida constituyen la base de información de la personalidad del ser humano, cuando las reglas son interiorizadas. "Aquí los realistas de derecha coinciden con el tema de Eysenk (Psicólogo conductista) según el cual la conciencia es un reflejo condicionado. Dicho esto, tal conciencia depende de la influencia y efectividad de los miembros de la familia para condicionar al niño, es decir, la constitución física de la persona y, por ende la sensibilidad para predisponerlo, así como la calidad del condicionamiento que el o ella reciba primordialmente en la dinámica familiar, laboral, educativo, el sistema de

impartición de justicia y la propia cultura con sus principios y valores que inciden decisivamente en el proceso de la formación de la personalidad psicobiosocial.”²²

Hipotéticamente se cree que las tendencias a largo plazo en las de criminalidad pueden atribuirse principalmente a tres factores:

- Primero: Los cambios en la estructura de edad de la población acrecerán o disminuirán la proporción de personas, varones jóvenes- que, en su entorno, manifiesten actitudes temperamentalmente agresivas por tener horizontes limitados para su desarrollo (caso real de los centros urbanos muy acomodados que teniéndolo todo en el orden material poseen una gran carencia de orden existencial, ese vacío espiritual de falta de afecto y reconocimiento familiar; padres que cumplen el rol de proveedores de bienes materiales, no así de valores espirituales y por otro lado está la cara opuesta de la moneda, grandes grupos de adolescente y jóvenes carentes no sólo de los más elementales medios de subsistencia, oportunidad de trabajo y posibilidades de recreación, en síntesis en un total abandono por parte del Estado, sumando a ello la desintegración familiar, el consumo de drogas, la exclusión social etc., condicionante para reclamar reconocimiento social y protección refugiándose en las pandillas juveniles o denominadas maras, que adoptan estereotipos de las subculturas de la sociedad estadounidense, por lo que, bien sea los “niños bien” o los “desposeídos” al no haber metas asertivas, terminan por realizar conductas antijurídicas.

- Segundo: Los cambios en los beneficios apartados por el delito, la accesibilidad y valor de las ocasiones de delinquir, el costo del crimen: el riesgo del castigo, y el costo pueden incidir en las escuelas o el trabajo, modificarán la tasa de comisión de delitos en especial aquellos contra la propiedad.

²² Youg, Jock. **Ob. cit.** Pág. 29.

- Tercero: Los cambios sociales y culturales, el nivel e intensidad de la inversión social (por medio de la familia, escuelas, iglesias, centros ocupacionales y medios de comunicación), en la observancia de un compromiso interiorizado junto con el autocontrol determinará el grado al que las personas proclives aceptarán la gratificación, aceptarán como equitativos los logros de los demás y aceptarán las reglas.

4.7.1 Efectos del delito

Wilson plantea que es muy poco lo que se puede hacer para combatir el delito. Los factores condicionales son muy difíciles de modificar, la proporción de los hombres jóvenes en la población es un elemento permanente con el que la sociedad tiene que aprender a vivir, la incidencia de madres solteras, niños huérfanos, maltratados, abandonados y callejizados es un problema que no puede resolverse de la noche a la mañana con recetas mágicas, es necesario una política de Estado de desarrollo social, seguridad ciudadana y una política criminal que aspire a cumplir al menos con el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala.

4.7.2 El papel de la policía y su efecto sobre el control del delito

En resumen, la actividad policíaca es efectiva no por su efecto directo sobre el control del delito, sino más bien porque propicia la preservación del orden social, cumpliendo con el trabajo policíaco en tres tipos:

1. Reforzamiento de la ley
2. Preservación del orden
3. Servicio público.

El papel del policía se define más por su responsabilidad en la preservación del orden público que por su participación en el cumplimiento de la ley.

4.7.3 El papel de la población

El control informal como el factor más poderoso del control social. El papel de la policía se reduce por así decirlo a poner en acción el sistema de control informal en aquellas áreas donde no se aplica, áreas que ipso facto, se caracterizan por un alto nivel de delincuencia.

El trabajo policiaco directo, en el modo de investigación y dirección ha de dirigirse contra los transgresores reincidentes de alto riesgo. De igual manera, los tribunales y prisiones deberían imponer en las sentencia períodos largos a este reducido grupo de delincuentes con el fin de neutralizarlos; Wilson sostiene es mejor aislar de la sociedad a un reincidente con base a una pena proporcional a sus delitos anteriores que juzgarlo de acuerdo con el último delito cometido. La población de acuerdo a este autor, por su parte juega un papel importante en la formación del control social, de ahí la necesidad del control ciudadano organizado, como las patrullas vecinales y los comités públicos de auto ayuda como los que promueve la municipalidad de Guatemala denominados comités únicos de barrio CUB, los cuales son elegidos democráticamente y con el respaldo legal de la Municipalidad de Guatemala, realizan dentro de sus tareas la organización de la seguridad del vecindario.

4.7.4 Delito, naturaleza y orden social

El principio fundamental del realismo es que la criminología debe ser fiel a la realidad del delito. Esto significa que debe considerar la forma, el contexto social y la conformación del delito, así como la trayectoria en el tiempo y el espacio.

La forma del delito consta de dos binomios, una víctima y un transgresor de la acción y de su reacción al delito y su control, su descomposición brinda cuatro elementos, definitorios del delito; una víctima, un transgresor, el control formal y el control informal.

4.7.5 El contexto social del delito

Es la interacción social inmediata de los cuatro elementos señalados, al igual que el entorno de cada uno de ellos dentro de la estructura social general, planteando que los orígenes sociales inmediatos, del acto desviado deben ubicarse dentro de su contexto social general, y tal análisis debe abarcar tanto a los que actúan como a los que reaccionan. Para Wilson las causas del delito son independientes de la estructura social.

Por otra parte la forma del delito se compone de una serie de relaciones. Cada tipo de transgresión manifiesta una nueva red de relaciones se compara por ejemplo el consumo ilegal de estupefacientes, el robo y la agresión se perciben al estructurar marcadamente diferentes. El tráfico de drogas presenta la conocida estructura piramidal, el robo comprende numerosas víctimas y obstáculos, la agresión puede presentar un caso singular de víctimas. El delito implica tanto la cooperación como la coerción.

4.7.6 Delito y política

Para resolver el problema del crimen requiere soluciones políticas. La protección de las casas mediante chapas de seguridad no contribuye a combatir el delito. La criminología administrativa es eficiente, sólo hasta cierto punto, pues persisten los problemas de desplazamiento delictivo y la demarcación clara en cuanto a la justificación de costos.

Debe tomarse en cuenta que el delito está íntimamente ligado a la estructura social. Si se desea seriamente eliminar o reducir significativamente su incidencia, debe modificarse el sistema social. Sin embargo el precio que se debe pagar puede resultar demasiado alto para siquiera imaginarlo.

Por lo tanto se propone la reconstrucción social, sería ideal que las instituciones políticas fuesen examinadas y renovadas hasta conformarlas de acuerdo con propósito moral común. Pero es menester reconocer que no se dan posibilidades de que esto se realice. Lo más razonable que se puede hacer es fracasar juntos para lograr un modus vivendi que produzca las menores incomodidades y delitos posibles, al costo social mas bajo para todos.

CAPÍTULO V

5. Relación entre psicología y derecho

A manera de introducción en el presente capítulo se partirá de conceptos fundamentales, así como: Derecho es el conjunto de leyes, preceptos y reglas a que están sometidos los hombres en su vida social o bien ciencia que estudia las leyes y su aplicación.

Por su parte psicología: Ciencia que estudia el comportamiento humano en el más vasto sentido, abarca todas las actividades, sentimientos y razones de las personas.

Definidos los términos del derecho y psicología, resulta que el hecho de ser persona conlleva poseer bienes jurídicos, así lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 1. Protección a la persona: El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común. En cuanto a los deberes del Estado en el Artículo 2 establece: "Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la república de Guatemala la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona", derecho individuales que deben ser garantizados y en la legislación internacional de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo 6 que regula: " Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, el reconocimiento de su personalidad jurídica".

Resulta apropiado en este contexto traer a colación la definición de personalidad como "la organización dinámica dentro del individuo, de aquellos sistemas psicofísicos que determinan sus ajustes únicos y su ambiente"²³ así mismo el Código Civil en el Artículo 1: Establece "personalidad. La personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.

²³ Urrea Portillo, Javier. **Tratado de psicología**. Pág. 1.

La psicología y el derecho tienen en común su objeto de intervención que no es otro que la conducta de la persona, por ende son ciencias humanas y sociales. Es manifiesto que fueron los cambios sociales, los que impulsaron modificaciones políticas que se cristalizaron en el estado de derecho.

Para entender los puntos de relación del derecho y la psicología (de las togas negras con batas blancas) se valorarán los aspectos de la conducta humana del primero y los supuestos legales de la segunda.

La psicología ha aportado dos aspectos centrales al derecho: La diferenciación individual y los componentes sociales, un axioma reza “sin represalias a la justicia con una venda sobre los ojos, es necesario que la razón sea su guía” de otro lado, claramente ha sido y es el sostén filosófico del derecho.

En principio fue el derecho natural que fundaba sus razonamientos en la creencia de que la vida social se rige por un orden natural en la que no interviene el hombre. Posteriormente emerge el derecho positivo, lo hecho por el hombre, elaborado mediante la experiencia. Ello da carta a la naturaleza y trascendencia de la psicología, para la aplicación de leyes para explicar la conducta humana.

Todo lo anterior enmarcado en cambios sociales, políticos y económicos que han pasado desde el individualismo a la concepción grupal y social; desde el laissez faire y el darwinismo social hasta el tutelaje institucional.

En síntesis salvadas las dificultades metodológicas, la Psicología y el Derecho son concluyentes y mutuamente enriquecedoras en su objeto común, que es el ser humano. Tanto el juez como el psicólogo desarrollan su función con una secuencia similar: centrar el tema o caso, definirlo, analizar la información referente, realizar una valoración y optar por una decisión e intervención.

La psicología y el derecho parten del individuo, del sujeto único, responsable de sus actos y conductas, de su capacidad para modificarlo, y éste resulta ser, al fin, el nexo de unión de ambos.

Los dos entienden que la estabilidad y el bienestar social tienden a ser alcanzados en cuanto es mayor la adaptación de cada persona; pero no olvidar aquel flujo de esta vinculación es en ambos sentidos, y por esto considerar la intervención como grupal y de entorno para entender la decisión de la acción o conducta individual como elemento del delito.

Para el jurista y psicólogo Muñoz Sabate la psicología puede ayudar al derecho de acuerdo al concepto "La propiedad de una norma jurídica de provocar una reacción de cumplimiento en los destinatarios de la misma, como interna, mejorando la elaboración y redacción legislativa, como externa (desde la función pericial)".²⁴

Es necesario que los juristas deban de conocer los avances de la psicología y sus aportaciones para optimizar la comprensión de los hechos delictivos, las etiologías, motivaciones y refuerzos que los sostienen, para apreciar el valor testifical de un testigo, para captar los detalles del informe psicológico que le eleva el forense, el perito, o el experto.

La psicología ha de aportar conocimientos a quien incide en la práctica judicial (jueces fiscales, abogados, policías, etc.) participando en la elección de los mismos, mejorando su clima laboral analizando su rol etc.

La concatenación entre psicología y derecho se da en las siguientes aseveraciones:

- La psicología para el derecho es fundamentalmente una psicología probatoria.
- Los actos procesales están saturados de contenidos psicológicos, por lo que la intervención psicológica puede ser altamente relevante en ellos (por ejemplo,

²⁴ Urrea Portillo, Javier. Ob. Cit. Pág.2.

procesos de valoración y toma de decisiones del juez, relativos a la prueba y la sentencia).

- La psicología forense definida como ciencia que enseña la aplicación de todas las ramas y saberes de la psicología ante las preguntas de la justicia, y coopera en todo momento con la administración de la justicia actuando en el foro (tribunal) mejorando el ejercicio de derecho.
- Para Jiménez Asúa: Hallar el tipo delictivo definido en la ley, es fácil, pero declarar el estado peligroso de ese hombre es arduo y extremo.
- Los tribunales, están preparados para escuchar y aceptar a la psicología, cuando los psicólogos, están preparados para actuar ante los tribunales.

5.1 Funciones generales del psicólogo forense

El Consejo Americano de Psicología Forense en 1987 enumeró, las funciones principales del psicólogo forense:

- 5.1.1 Responder a todas las consultas y enseñan a abogados, estudiantes de leyes y procuradores.
- 5.1.2 Responder a todas las consultas de los juristas.
- 5.1.3 Servir a los amicus curiae (amigos de la curia o tribunal)
- 5.1.4 Servir a todas las consultas de la justicia criminal y los sistemas correccionales.
- 5.1.5 Servir a las consultas al sistema de salud mental
- 5.1.6 Servir a todas las consultas y enseñan al personal auxiliar de la ley, de la policía.
- 5.1.7 El psicólogo forense tiene que diagnosticar, pronosticar y tratar a la población criminal.
- 3.3.1 El psicólogo forense tiene que diagnosticar, pronosticar y hacer recomendaciones a todo aquello que tenga que ver con el estado mental del sujeto.

- 3.3.2 Analizar todos aquellos problemas y dar las recomendaciones pertinentes en lo que la responsabilidad de salud mental, y seguridad del sujeto se refiere.
- 4.0.7 A conducción y realización de estudios y análisis para proveer a los abogados de todos los datos necesarios psicológicamente en el proceso.
- 4.0.7 Servir como experto en todos los casos psicológicos civiles y criminales que la administración de justicia solicite.
- 4.0.7 Evaluar y tratar a cualquier personal de la administración de justicia que tenga que ver con el proceso.
- 5.1.13 Servir como maestros especializados en cualquier tribunal judicial o administrativo.
- 5.1.14 Mediar ante diferentes servicios judiciales en conflictos psicológicos que surjan en campo legal.
- 5.1.15 Investigar la ciencia de la conducta para entender los comportamientos legales del sujeto.
- 4.0.15 Formar en los programas de policía a todos aquellos sujetos que tengan que ver con los procesos legales.
- 4.0.15 Enseñar y supervisar a otros psicólogos forenses.

Las actuaciones del psicólogo forense están referidas a la exploración, la evaluación y el diagnóstico de las relaciones y pautas de interacción, factores de personalidad, inteligencia, aptitudes, actividades y otros elementos de esta especialidad de las personas implicadas en los procesos judiciales de quienes se solicita el correspondiente informe psicológico por los responsables de los órganos jurisdiccionales competentes, así como la elaboración con los restantes miembros de los equipos técnicos, para el desarrollo de las funciones inherentes al trabajo del psicólogo forense.

El psicólogo forense en su qué hacer profesional, es el trabajador que, con título universitario superior en psicología o especialidad en esta materia bajo la dependencia funcional del órgano jurisdiccional competente al que está adscrito, desempeñará funciones de asesoramiento técnico en los tribunales, juzgados, fiscalías de quienes se

solicite el correspondiente informe psicológico, por los responsables de los órganos citados, así como la colaboración con los restantes miembros, de los equipos técnicos para el desarrollo de las citadas funciones. En el ordenamiento jurídico guatemalteco, Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la Republica de Guatemala en el Artículo 225 establece lo referente a la peritación que podrá ordenar el Ministerio Público o el tribunal de justicia y el Artículo 226 regula sobre la calidad de los peritos y sobre el requisito de ser titulados en la materia a que pertenezca el punto sobre el cual deba pronunciarse.

En la actualidad el psicólogo forense desarrolla en el ámbito del derecho las funciones :

- Derecho penal: Informe sobre capacidad cognitiva y volitiva del acusado, e implicación en el proceso delincencial
- Derecho civil: Informe sobre los desajustes psíquicos, trastornos o secuelas para determinar la incapacidad de la persona para el ejercicio de sus derechos civiles.
- Derecho laboral: Valoración de incapacidades psíquicas, trastornos o secuelas.

5.2 El testimonio

La psicología de testimonios es uno de los primeros campos de la psicología aplicada al ámbito jurídico. Tiene su explicación en la psicología experimental y la social. El objeto de la psicología del testimonio es el estudio de la exactitud y credibilidad del testigo junto a éste análisis en el que se estudia la memoria, la capacidad perceptiva, los interferencias emocionales, el deterioro determinado por el tiempo, secuela de algunas enfermedades neurológicas, la edad etc; del testigo cabe apreciar su influencia sobre el juez, el policía y jurado, lo cual dependerá del status de quien realiza el testimonio, las creencias de quien lo escucha.

Los estudios más recientes se refieren a: Diferencias en el testimonio por razones de sexo y edad, con relación a la capacidad de exactitud testimonial, influencia del estrés,

sesgo en la formación de las preguntas en el momento de la declaración, testimonio de niños, aprendizaje para mejorar capacidad del testimonio, de la policía aspectos más reseñables en la identificación, sentidos físicos más utilizados en el recuerdo, diferenciación de testimonios ciertos y autos generados, proceso de estimación ante un testimonio y unas formas más positivas de tomar la declaración.

En el testimonio puede darse un sesgo por fallas en la memoria del testigo o bien por la forma de formular las preguntas, sean hechas por la policía ante el fiscal o en la sala de justicia, con la intoxicación ante la formulación de hipótesis de los abogados, o el deterioro del recuerdo por el mero paso del tiempo. Cabe también apreciar desde una labor forense el testimonio del falso testigo (falso testimonio), es decir, aquel testigo que miente.

Otro ámbito de utilización del testimonio es el auto testimonio realizado en la confesión de culpabilidad, lo que conlleva serios peligros para la validez de la testificación, esto puede llegar a extremos tan paradójicos como la negación de hechos tan evidentes o la auto culpación por delitos no realizados

Dentro del apoyo testifical a la policía, suele darse dos tipos distintos de requerimientos, uno hace referencia a la descripción de las características físicas del presente autor. Se basa en sistemas de recuerdo desde la perspectiva del detalle a la gestual del rostro, o sea el aporte la psicología de la gestual o de la forma, que se realiza mediante ensayo y error, verbalizando las características, del pelo, los ojos, la boca, color, cicatrices, que el oficial de policía o con ayuda del dibujo mecánico o robot se vea plasmado lo más cercano a la realidad.

Otro sistema es la rueda de detenidos, en la misma, múltiples aspectos pueden conducir a errores fatales, tales como recuerdos distorsionados haber visto a una persona en otro lugar pero adjudicarle a él, los hechos del delito

5.3 El costo psíquico del delito

El miedo al delito conlleva un costo personal y social. Repercute en el ser humano, modificando usos y costumbres, estilos de vida y hábitos. Genera indefensión, impotencia, ansiedad, angustia.

El miedo al delito es multicausal y oscila dependiendo de muchos factores tales como sexo, edad autoimagen, lugar de residencia, victimizaciones sufridas por el sujeto, mensaje de los medios de comunicación.

Los robos con violencia o intimidación, los atracos con alto índice de agresividad, la violaciones y abusos deshonestos son los que crean agresividad, un mayor temor social, quedando mucho por investigar en este campo

5.4 Evaluación y elaboración de informes psicológicos forenses

Resulta fácil encontrar en el Código Penal el Artículo aplicable a una conducta tipificada como delito o falta. Mucho más complejo es entender las razones que han motivado a efectuarla y, aún más, la posibilidad de su reincidencia.

Al definir a la Psicología Forense como la ciencia aplicada al estudio de la relación entre conductas y valores humanos y procedimientos y filosofía legal, junto a la práctica profesional en el sistema jurídico, se justifica la labor del psicólogo forense.

La preparación académica del psicólogo forense requiere de una formación teórico-práctica en el manejo de métodos, técnicas y test psicológicos como auxiliares para el trabajo psicodiagnóstico, debe hacer uso de la observación y entrevista psicológica centrada en el sujeto y el objeto a investigar, así como el auxilio de alguna de las pruebas mas utilizadas en psicología forense tales como: Los tests Weschlen, Raven Bender, Benton, Luria, Test de Barcelona, MMPI, 16PF, Corman, Rorchard, TAT, CAT,

Bell, etc, que debido al protocolo de cada test, requería de un estudio que rebasa el propósito de la presente investigación.

Actualmente se valora la evaluación de contextos: La observación directa del ambiente del evaluado, para elaborar un informe se integran resultados coherentes pues para efecto de trabajo del psicólogo forense, sólo tiene valor aquello que queda plasmado por escrito y firmado. El informe se convierte en prueba estática con los riesgos que le son inherentes. Es un documento personal para quien lo redacta, pero escrito para quien lo solicita, por lo que ha de dar respuesta a los que se demanda y ha de ser elaborado sabiendo que puede llegar a otras manos.

El informe psicológico- forense consta de distintos puntos:

- Carátula de identificación.
- Exposición de lo realizado.
- Es positivo anotar toda intervención y las fechas en que se realizó.
- La exposición sirve de constancia del trabajo realizado y de explicación y cotejo para quienes nos lo demandan.
- Debe contener: Aspectos familiares, sociales, personales.
- Debe contener: Características psicológicas, valoración (diagnóstico) y orientación.
- Debe llevar las formalidades de un informe pericial.
- La utilización del DSM-V resulta de mucha utilidad para jueces pues describen o encuadran con precisión las características de las diferentes enfermedades mentales, facilitando comprensión del cuadro clínico del sujeto evaluado.
- El informe debe ir fechado, sellado, firmado y consignado el número de colegiado profesional.

5.5 La predicción de la peligrosidad

Al psicólogo forense en ocasiones se le encarga elaborar un pronóstico que intente preestablecer la peligrosidad y futura conducta violenta del sujeto encausado, en relación al tipo de medida de seguridad.

Es fundamental que en los juzgados se adopten criterio y las clasificaciones gnoseológicas, internacionales recientes y científicamente aceptadas como por ejemplo (Diagnostico Salud Mental.)

La predicción en estos casos tiene mucho que ver con el diagnóstico clínico, pero no se puede tampoco reducir a éste, pues la determinación de un rasgo patológico no se puede basar únicamente en un dictamen de este tipo.

Se requiere el concurso de técnicas longitudinales y de valoración situacional para poder emitir opiniones fundadas, como en todos los exámenes negativos de las distintas áreas que integran la personalidad del sujeto. Dicha evaluación ha de contener efectos axiológicos e irrefutables que permitan una clara y discriminada valoración.

El psicólogo forense debe asumir un modelo de vida y de trabajo dentro del contexto de la ética profesional pues un diagnóstico, o un juicio de valor puede marcar la vida de una persona.

Las funciones que debe desarrollar el psicólogo forense para el logro de la seguridad jurídica son:

1. Proporcionar a quien demanda su intervención las características y las limitaciones de la psicología forense.
2. Deberá incidir sobre legisladores y operadores de justicia a fin de traducir, reinterpretar y sobre todo redefinir conductas, tales como trastornos mentales transitorios, ofuscación, alteración, que no son coincidentales en la terminología científica.
3. Colaboración en la formación y elaboración de los proyectos, aportando los conocimientos sobre el ser humano lo que permitirá una mayor adaptación a los intereses de éstos y adecuarlos a las motivaciones, es decir, enunciar la ley

desde el hombre para el hombre. Así mismo llenarla de contenido psicoeducativo.

4. Ampliar la participación en el campo preventivo, tanto individual y primario como en la función de agente activo para la optimización del sistema de justicia.
5. Actuar en procesos de negociación interpersonal y grupal mediando entre ellos, elaborando estrategias para reducir costos emocionales, aportando sistemas de deliberación y debate, proporcionando capacidades de autorresponsabilización y decisión en el campo del menor, la juventud, la familia, la escuela o en el trabajo. Asumiendo el papel de agente de cambio o realidad, equilibrio y objetividad.
6. Desarrollando el trabajo con la policía y dentro de la psicología policial dotando a los agentes de las habilidades y actividades, necesarias para mejorar las relaciones con la comunidad.
7. Formar parte del equipo multidisciplinario en el trabajo de investigación criminal a cargo de los fiscales del Ministerio Público.
8. Elaborar estrategias para la rehabilitación del delincuente
9. Incidir en la rehabilitación y resocialización de la víctima minimizando en lo posible los daños que se le hayan ocasionado, los miembros aprendidos, los traumas psicológicos y sus secuelas.
10. Dar respuesta clara, concreta y ética a la demanda judicial y social.
11. Esforzarse por lograr un alto grado de cualificación técnica y responsabilidad personal.
12. Armonizar las perspectivas de la psicología forense y el derecho.

5.6 Psicología forense en los juzgados de familia

Los cambios sociales y la necesidad de contar por parte del juez para mejor proveer, apunta a la ampliación de los equipos profesionales de la administración de justicia que tenga jurisdicción y competencia sobre derecho de familia; pues además de la trabajadora social, el trabajo del psicólogo forense coadyuvaría en la toma de

decisiones del Juez de Familia para emitir sentencia sobre separación o divorcio, patria potestad, custodia de menores, adopciones y problemas de abuso y maltrato infantil.

Para tal efecto es menester disponer de servicios de mediación familiar, en este caso existe un trabajo práctico y documentado en el Bufete Popular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, la presentación del proyecto elaborarlo en el año de 2003 por el autor de la presente tesis y la trabajadora social Ileana Josefina Castillo Barrios de Palomo, para lo cual se presentó la propuesta a la autoridad del bufete referido y se creó la Oficina de Mediación y Violencia Familiar, como un trabajo de práctica en la carrera de Abogado y Notario que tuvo la participación de los responsables en doble calidad como estudiantes de derecho y como profesionales de Psicología y Trabajo Social, trabajo que incidió en resultados positivos del proceso de desjudicialización no sólo de casos de violencia intrafamiliar sino conflictos derivados y relacionados con la propiedad privada, en el campo laboral. El proyecto a criterio objetivo, debe dársele apoyo y seguimiento por parte de las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Por otra parte en relación a lo que se debe hacer en el campo del derecho de familia el autor Serafín Martín Corrol psicólogo forense del equipo psicosocial del país Vasco, licenciado en derecho y criminología en su artículo propone, la creación de lugares especiales de encuentro”, para el ejercicio del programa de visitas especiales entre menores y los progenitores no custodios, también surge la figura de custodia compartida y más flexibilidad proponen mecanismos para evitar la presencia reiterada de los menores en el juzgado, medidas para facilitar el cumplimiento y desarrollo de los regimenes de visitas y medidas preventivas en los casos de malos tratos y abusos sexuales.

Los criterios para adoptar decisiones en situaciones de separación, anulación del matrimonio o el divorcio, patria potestad, guarda y custodia no deben basarse sobre el criterio o principios de culpabilidad o inocencia y buena o mala fe dentro de la

subsistencia conyugal, sino toda medida o decisión del juez debe prioritariamente darse en beneficio del menor.

En la práctica judicial de hoy en día el psicólogo y la trabajadora social debe ser reconocidos en los procedimientos del derecho de familia y de protección del menor.

Para el logro de una mejor administración de justicia en derecho de familia en beneficio del menor es conveniente tomar en cuenta los siguientes componentes:

5.6.1 Requerimientos para la valoración del testimonio de menores cuando se supone la existencia de maltrato o abusos de orden físico, psicológico, económico o sexual, cuya finalidad puede ser un cambio de guarda y custodia de los menores y sobre el régimen de visitas con el progenitor no custodio, en los juicios de separación o divorcio.

5.6.2 Valoración de familias en el que el custodio solicita ya sea que otro progenitor guía ejerza la custodia por la carencia de autoridad y falta de capacidad normativa con el hijo e hija menor de edad, porque alguno de ellos ha sido agredido por el menor o porque ambos delegan las funciones de custodia.

5.6.2 Peticiones de valoración sobre el régimen de visitas en situaciones especiales, como cuando el progenitor no custodio, se halla en prisión, se requiere de desplazamientos complicados del menor y que el ambiente propio de los centros carcelarios, se requiera el acompañamiento de un agente social.

5.6.2 Construcción y valoración de la intensidad de psicopatologías o disfunciones, desempleo, actividad económica en que se dedique quien tenga la responsabilidad de guarda y custodia.

5.6.5 Evaluación de los centros o instituciones oficiales o privados que se dediquen a guarda y custodia, debiendo tener su previsión constante del ambiente psicopedagógico y afectivo en función del bienestar del menor.

4.5.5 Observancia, conocimiento y el estricto cumplimiento de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia Decreto Número 27-2003, del Congreso de la Republica de Guatemala que contiene la parte sustantiva y adjetiva en relación a la protección del menor y adolescente y entre su considerándos que mejor ilustrando dicho propósito están los siguientes:

4.5.5 Considerando: que es deber del Estado garantizar y mantener a los habitantes de la nación en el pleno goce de sus derechos y de sus libertades, siendo su obligación proteger la salud física, mental y moral de la niñez y la adolescencia, así como regular la conducta de adolescente que violan la ley.

4.5.5 Considerando que es necesario promover el desarrollo integral de la niñez y adolescencia guatemalteca, especialmente de aquellos con sus necesidades parciales o totales insatisfechas, así como adecuar nuestra realidad jurídica al desarrollo de la doctrina y normativa internacional sobre la materia.

El Artículo 1 de la citada ley, regula sobre el objeto de la ley. La presente ley es un instrumento jurídico de integración familiar y promoción social, y que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los Derechos Humanos. En el artículo 6 establece: Lo relativo a la tutelaridad. El derecho de la niñez y adolescencia es un derecho tutelar de los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles una protección jurídica preferente. Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de carácter irrenunciable.

El Estado deberá velar porque los niños, niñas y adolescentes reciban entre otros:

- a) Protección y socorro en caso de desastres.
- b) Atención especializada en los servicios públicos o de naturaleza pública.
- c) Formulación y ejecución de políticas públicas específicas.
- d) Asignación específica de recursos públicos en los áreas relacionadas con la protección a la niñez y adolescencia.

Para lograr dicho objetivo se están promoviendo acciones una realizada en forma pragmática y sistemática de monitoreo y supervisión de hogares a cargo de la defensoría de la niñez y la juventud de la Procuraduría de los Derechos Humanos con fundamento en el Artículo 92 inciso “c” de dicha ley que establece: “la defensa de los derechos de la niñez tendrá las siguientes funciones... d) ”supervisar instituciones gubernamentales y no gubernamentales que atiendan niños, niñas y adolescentes, para verificar las condiciones en que se encuadran a efecto de que se adoptan las medidas pertinentes en la protección de niños, niñas y adolescentes así como darle seguimiento al cumplimiento de las recomendaciones formuladas”.

Por su parte la Sala de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia del Organismo Judicial viene realizando la supervisión de hogares conformados por equipos de trabajo interinstitucionales, jueces y oficiales de familia, Secretaria de Bienestar social de la Presidencia, Secretaria de Obras Sociales de la Señora del Presidente, Comisión Presidencial de Derechos Humanos COPREH, Comisión Nacional de Reducción de Desastres CONRED, Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Comisión del Menor y la Familia del Congreso de la República de Guatemala, Ministerio de Salud y Asistencia Social, Defensoría de la Niñez y la Juventud de la Procuraduría de los Derechos Humanos, Ministerio de Educación, cuyas instituciones lo conforman equipos multiprofesionales: abogados, jueces, psicólogos, trabajadores sociales, médicos, técnicos salubristas en salud ambiental y alimentaría, expertos en seguridad y evacuación, y prevención de desastres, el trabajo de supervisión conlleva la verificación del funcionamiento de los centros para menores, estableciendo si están establecidos

conforme la ley y si los menores son enviados por orden de órgano jurisdiccional competente.

Sin embargo existe actualmente un vacío legal para la autorización de dichos centros al no existir institución responsable de dicha autorización y regulación; razón por la cual la Sala de Apelaciones de Niñez y Adolescencia del Organismo Judicial, presentó en el mes de marzo de 2006 la iniciativa de ley ante la Comisión del Menor y la Familia del Congreso de la República.

En síntesis se puede aseverar que el papel del psicólogo forense en el más amplio ámbito jurídico del derecho de familia y protección del menor y el adolescente demanda la ingente necesidad del trabajo del profesional de la psicología forense como parte de un equipo multiprofesional; fiscales, abogados, jueces, trabajador social, orientación escolar, psicólogo social, el psicopedagogo, el terapeuta del habla, terapeuta ocupacional y recreativo y educador especial.

CAPÍTULO VI

6. Relación entre la psicología forense y la ley

6.1 Psicología y ley

Si se hace un acercamiento sistemático de los primeros tratados de psicología jurídica que denotan la forma de cómo determinados tópicos o hechos históricos fueron descubriendo y aceptando los hallazgos de las ciencias sociales, en particular la ciencia que preocupa para propósitos del presente estudio, la psicología forense y su relación con la ley.

Con criterio didáctico y cronológico se describirán sucintamente tres momentos históricos:

6.1.1 En 1908 Munstemberg, mostró la imperiosa necesidad que tiene la ley positiva de conocer y aplicar los hallazgos de la psicología científica, especialmente en el campo del testimonio presencial, el cual es parte importante dentro del proceso penal oral, es uno de los primeros testimonios, en que se muestra que el juez tenga en cuenta la psicología de los sentidos como ejemplo, se cita el siguiente relato: “los periodistas se sentaron inmediatamente delante del estrado, en el que uno escribió que los oyentes, estaban tan sorprendidos por mi alocución y que éste fue acogido con un completo silencio, otro, que yo era constantemente interrumpido por vivos aplausos, y que al final de mí estos continuaron por varios minutos. El primero escribió que yo no deje de sonreír durante el discurso de mi contradictor y el segundo notó que mi rostro se conservó serio, sin una sonrisa. Según uno, me puse colorado, según otro, blanco como la pared. El primero comentó que mi adversario no dejó de pasear por el escenario durante mi discurso y el otro permaneció siempre sentado a mi lado y que me daba paternalmente golpecitos en la espalda”. El aporte de la anterior descripción conlleva implícita la necesidad del

manejo de la escena en la etapa del juicio oral, que requiere del abogado fiscal o del abogado defensor el manejo de la técnica de la oratoria forense, el uso adecuado del vocabulario técnico jurídico, del lenguaje de la expresión corporal, del énfasis y emotividad del lenguaje oral, evitando el lenguaje plano y carente de matices emotivos sin que implique caer en la farsa y la demagogia; puesto que la objetividad no implica que necesariamente sea un discurso mecánico, robotizado que en lugar de provocar en el juez, en el público y los casos que haya jurado, una actitud de atención e interés o que resulte un estímulo al sueño o indiferencia, como más de las veces sucede en los debates en los juicios orales en el ambiente del tribunal, está impregnado de rutina y falta de interés .

El autor citado reconoce la necesidad de que la ley positiva se fundamente o tenga en cuenta los hallazgos de las ciencias sociales, admitiendo, que los test psicológicos son instrumentos científicos.

Sin duda, puede afirmarse que en el trasfondo existe una concepción positivista de la ley, aquella que no se funda en la ideología liberal, sino en la naturaleza de la realidad social.

Esta concepción de la ley en función de la realidad social valida la estructura en la formación de abogados y notarios de la facultad de ciencias jurídicas y sociales, descartando la postura de algunos profesionales que abogan porque se supriman los cursos académicos de formación social, lo que conlleva a adiestrar o instrumentalizar en forma mecánica y sin lógica jurídica y contexto socio-económico coyuntural en abogados y notarios “artesanos del derecho”; sin embargo es menester que se actualicen y se adecuen los contenidos pragmáticos de los cursos del área social, así como la selección de profesionales responsables de impartirlos, que tengan como visión y misión el eje conductor que es la ley, de tal manera que formen una unidad en función de la formación académica – científica, técnica, teórico-práctica en el campo jurídico dentro del contexto de la realidad guatemalteca, sólo de esta manera puede

coadyuvarse a que el estudiante sea un ente crítico, analítico y objetivo que supere la concepción memorística de repetidor de leyes y conceptos como si fuesen versículos de la Biblia, o la repetición memorística de un poema. Por el contrario se requiere de interpretación y análisis.

1.1.2 Un segundo e importante momento histórico tienen lugar en 1962, con el juez Bazelon (España) quien admite la cualificación del psicólogo para diagnosticar en temas de enfermedad mental, mediante estudios comparativos y representativos, admitiendo que los diagnósticos de psicología forense pueden con alguna probabilidad, ser mejores que los psiquiatras.

Pero la intención de la psicología forense no se limita únicamente en establecer las relaciones entre psicología y la ley. La pretensión de los psicólogos es, dentro de unos límites convertir a la psicología en el fundamento de la ley positiva y de sus aplicaciones concretas: Fundamento racional de su formulación auxiliar indispensable en su ejecución y parámetro calculador de sus logros.

1.1.2 Ante la postura de los tribunales de justicia, unos que se apoyan y asumen una decisión puramente legal y otros que optan por una decisión apartándose de su obligación de tomar decisiones puramente legales y sustentar consideraciones psicológicas y sociológicas, ha devenido en críticas ante ambas posturas en uno y otro sentido; por lo que el psicólogo, en sus relaciones con la ley positiva debe restringir su actuar profesional al rol de experto que aconseja a la parte jurídica en temas de conducta humana. En consecuencia el jurista debe tener y basarse en la ley y el psicólogo se circunscribe a ofrecer datos que le son requeridos en función de una conducta humana, no plantea mayores problemas, ni epistemológicos ni de competencia. Cuando por el contrario la psicología o cualquier otra ciencia social pretende convertirse en árbitro, las relaciones entre psicología y ley se hacen difíciles.

6.2 Consideraciones epistemológicas

Los tratados de psicología no suelen aproximarse demasiado a los fundamentos de las relaciones entre psicología y la ley. Suelen no obstante, comenzar haciendo afirmaciones básicas: La psicología y la ley han de relacionarse porque ambas tratan de la conducta humana.

Para los clásicos, la conducta humana no es más que un objeto material susceptible de ser estudiado desde distintas perspectivas, y éstas son las diferencias sustantivas de los saberes científicos.

Si la psicología y la ley se relacionan entre si porque ambas se ocupan de la conducta humana, ambas tienen el mismo modo de entenderlo, aunque una la psicología, estudie sus generalidades y otra, la ley, las suponga.

La psicología y la ley han de relacionarse necesariamente porque ambas tratan de la acción humana como elemento de la teoría del delito.

La ley y la psicología son semejantes porque tratan de la conducta humana, y se preocupan de controlarla. Con más precisión, la ley y la psicología tienen un punto de vista común: puesto que les preocupa la comprensión, la predicción, y la regulación del comportamiento humano. Cada ley y cada institución o tipo penal se apoyan en una presunción acerca de la naturaleza del hombre.

De lo contrario se deduce que las ciencias sociales, como cualquier otra ciencia de la naturaleza, la biología, la bioquímica, la cibernética, la genética etc, buscan el descubrimiento de las leyes que le permitan controlar el comportamiento de los seres que estudian y no existe un control de verdad si se ignoran las leyes, o los procesos. Si se descubre que la mera familiaridad con las personas, objeto o artificios, producen la querencia o codependencia, es necesario que el psicólogo utilice los modificadores de conducta a fin de cambiar actitudes y prejuicios.

La ley positiva, en cambio no predice sino que describe, prevé y trata de fomentar o de prohibir positivamente, pero no explícitamente en función de las leyes de la naturaleza, sino su función del poder coercitivo que posee, y en función de lo que considera bueno o malo para la convivencia social entre las personas.

6.3 Validez circunstancial del valor justicia

Mucho de justificación tiene la concepción del derecho natural que sostiene que el fundamento último de la ley se halla inscrito y es innato a la naturaleza de la vida humana, principios que con honda sabiduría contempla la carta magna al regular lo relativo a los derechos individuales. Uno de los valores innatos, externos y consustanciales es el de justicia, valor que por principio sostiene la ley positiva.

Se puede entender que los valores de vida confortable, dignidad humana, paz, igualdad, equidad libertad etc., estén inscritos en la naturaleza misma de una inscripción semejante a la de los primeros principios del razonar que son el fundamento último de la deducción lógica pero que últimamente la psicología se ha adentrado en estudios sobre la psicología de las emociones la que no responde al razonamiento lógico, sino que explican las motivaciones internas como motor que mueve el accionar inconsciente del ser humano sea este propósito asertivo en el caso de la creatividad para descubrir cosas nuevas en beneficio de la humanidad o por el contrario concebir, planificar, y ejecutar acciones calificadas como antijurídicas por la ley positiva, mismas que pueden estar determinadas por la ideología dominante del sistema político de que se trate, en la época medieval fue la herejía y la hechicería, en la pos-guerra fue el calificativo de comunista, en la guerra interna de los 36 años en Guatemala, fue el subversivo o guerrillero y desde el 11 de septiembre de 2001 con la destrucción de las torres en Estados Unidos de América, toda acción contra el imperio será considerado una acción terrorista, lo que genera una psicosis de guerra y de inestabilidad social generalizada, propia de una paranoia que trae como consecuencia, en extremar las

medidas de seguridad nacional que mantienen en vigilia permanente a los aparatos de seguridad del Estado.

6.4 Interacción entre el ser y el deber ser

Una de las diferencias esenciales entre ambas disciplinas es que la ley indica lo que se debe de hacer y la psicología descubre las leyes del ser, las leyes de conducta, las leyes positivas, aunque no se cumplan, “siguen teniendo su valor, mientras las leyes psicológicas se invalidan cuando no se halla su cumplimiento real.”²⁵

Aún admitiendo la trascendencia de los valores fundamentales e incluso entre ellos el valor de justicia, es conveniente explicar la jerarquía entre ellos dentro de la mente del legislador. El valor justicia, fundamento de la ley positiva es un valor de coexistencia entre personas. Como se experimenta, se siente, se concibe, la justicia y la injusticia o la impunidad en una sociedad es problema de las ciencias sociales.

En los estudios de psicología legal parece adecuado recurrir a los aportes de Freud que pone de manifiesto el poder dentro del Estado; el complejo de Edipo freudiano que acude la figura de la mitología griega para explicar la conducta humana, en el que las bajas pasiones de envidia, agresividad y maldad poliforma se atribuyen al hijo y no al padre, a pesar que en la obra de Sófocles hay indicios de manifestar de cómo el padre, Layo es quien envidia al hijo y le provoca hasta situaciones límites, tal el caso de la relación padre e hijo e hijas, adolescentes cuando cuestionan los valores impuestos y como consecuencia terminan en una crisis de comunicación que más de las veces provoca acciones antijurídicas por la imposición de autoridad en forma irracional; por lo que Freud debió también de hablar de complejo de Layo que representa al padre, al superior, a la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de sus deberes.

²⁵ Garrido Martín, Eugenio. **Manual de psicología jurídica**. Pág.17

En el campo de la psicología y su relación con la ley, el mejor ejemplo de la ciencia de la conducta es el tratamiento que ésta da a la percepción y la vivencia distributiva tanto en la teoría de la equidad como en la percepción del mundo justo.

En la formulación de la teoría de la equidad se establece que el que más aporta no sólo se lleva la mayor parte en el reparto de los beneficios, sino que además, trata de imponer unas normas de consenso (ley positiva) que favorezca esta situación de privilegio. En la teoría del mundo justo se ratifica esta situación de reparto desigual, pero con un convencimiento más medular: Que cada uno tiene lo que se merece. Quien tiene miseria o es víctima por algo será, y quien ve la cara positiva de la suerte, aunque ésta se deba alcanzar es porque también se lo ha merecido e incluso quien está hundido nadie le echa la mano.

Situación semejante se encuentra en la expuesta por la psicología diferencial. La teoría del ser, la psicología, descubre lo que son coincidencias. La teoría del ser, la psicología, descubre lo que es coincidente con el deber ser, con la ley positiva hecha a modo y medida de quien detenta el poder, puesto que el poder no se delega, se ejerce. El que más tiene debe seguir teniéndolo y mandar sobre los demás.

Este determinismo ideológico de que las cosas son de esa manera y no de otra, es lo que hace muchas veces apartarse de las normas positivas que resultan desiguales y poco equitativas que rompen con el estado de derecho que no está fundamentado en la justicia, este caso lo podemos observar, cuando no se confía en el sistema de justicia y quienes la imparten y toman la aplicación de la ley por sus propias manos.

Esta misma concepción de justicia como equidad es la influencia mayor que la ley positiva, emitida por quien está en el poder para favorecer sus privilegios, ha ejercido sobre la psicología. La ley positiva por si misma, por el hecho de ser promulgada, termina cambiando la creencia de los subordinados hasta el punto que pasado el tiempo, la gente mantiene como naturales y obvias creencias y aptitudes que años atrás no pareciera como naturales. Pongamos como ejemplo el aborto, el divorcio o las

relaciones prematrimoniales, el reconocimiento del matrimonio legal de los homosexuales en algunas sociedades europeas y hacia futuro el controvertido tema de actualidad de criminalizar la inmigración ilegal o la situación de “mojados” en los Estados Unidos de América.

En conclusión se puede afirmar que las relaciones mutuas entre psicología y la ley quedó ampliamente expuesto en el presente capítulo. El legislador no debe pretender ser irracional pues lo sería por ejemplo, si tratase de encarcelar o dictar medidas de seguridad a un recién nacido por haber causado, al nacer, la muerte de su madre.

El ejemplo es extremo pero el extremismo es un recurso de la hermenéutica, puesto que la capacidad, la culpabilidad y la imputabilidad están preestablecidas en el Código Penal, lo mismo se podría decir de la actual situación de la ley contra la criminalidad que en lugar de tener un mejor control del mismo como medio persuasivo, resulta que trastorna. El Artículo 28 del Código Penal guatemalteco al disponer la rebaja de las penas, será esto una situación fortuita, una mera coincidencia, la intervención de una mano mágica o bien hubo una manifiesta intencionalidad de quienes detentan el poder para conservar sus privilegios; lo anterior será objeto de otro tipo de investigación que no está previsto en ésta tesis.

Este trabajo que conlleva cumplir con uno de los objetivos del plan de investigación de la presente tesis, tiene la pretensión de constituir un trabajo pionero que dé respuesta específica desde la investigación sistemática a este reto. Si todo o en parte de lo expuesto sobre la incidencia de la psicología forense para coadyuvar en la investigación criminal, logra eco en los juristas guatemaltecos, el esfuerzo teórico-jurídico se vera compensado en función de la administración de la justicia en el foro jurídico guatemalteco.

Recapitulando lo expuesto sobre la teoría del delito y psicología forense en la incidencia para investigación criminal se dan los siguientes aportes desde la concepción del psicoanálisis.

El psicoanálisis concibe el concepto del delito como la personalidad anímica del hombre no ofrece, según el psicoanálisis, naturaleza homogénea. El yo consciente no es más que una pequeña porción del vasto fin anímico. En “la conducta humana afloran motivos provenientes del inconsciente, que es el alma humana territorio de mucho mayor anchura y profundidad”.²⁶

En el aparato anímico del hombre tres elementos se manifiestan el yo, el súper yo, el id o ello. El yo es lo natural que tiende a dejarse invadir por las tendencias antisociales del ello. La educación, la vida social, dotan de una parte más cultivada y superior; es el súper yo que por paradoja procede en última instancia, del fondo sádico del instinto, con poderes inhibitorios y reformadores de las tendencias del ello. Es más o menos la conciencia que, como se sabe, no se identifica para el psicoanálisis con la conciencia. La personalidad anímica vive en constante tensión, normalmente, de la permanencia o ruptura del equilibrio de estos tres elementos depende que el hombre no delinca o que perpetre un crimen. Mejor dicho; en el triunfo o fracaso del papel del súper yo (las normas sociales, la ley positiva) que es la porción anímica socialmente adaptada, radica el fenómeno de la delincuencia, aunque a veces el delincuente posee un súper yo criminal, como el caso de habituales y profesionales del delito.

6.5 Etiología del crimen según el psicoanálisis

El psicoanálisis esclarece el fenómeno anímico con ayuda de los llamados complejos, que nacen en la vida anímica infantil, y que su titular, la mayor parte de las veces, inconscientemente, remite a la conciencia en formas compensatorias de variada especie. Entre los complejos de la psicología freudiana tenemos: El complejo de Edipo, el odio al padre (la autoridad), y el amor a la madre. Parricidio e incesto son los crímenes primitivos de la humanidad. El complejo de Electra, atracción afectiva de la niña a su padre, el complejo de Caín que rigen los odios fraternales.

²⁶ Jiménez de Asúa, Luís. **Criminología y Psicoanálisis**. Pág. 18

Otros de orden psicosexual como el complejo de castración que puede significar el sentimiento de la niña que cree que le amputaron el miembro viril que para Freud simboliza la envidia del pene.

Este simbolismo para explicar la conducta humana ha sido mejor expuesta por los literatos que por los técnicos tal el caso del sentimiento de culpabilidad que ha sido captado por los grandes escritores acerca de los hondos secretos del espíritu. En los Hermanos Karamazof, de Dostoievsky, hay una revelación genial de la Universidad del parricidio, así mismo la obra de la literatura rusa crimen y castigo es una de las primeras obras de incursión de la psicología en la explicación del delito; de esta manera el acervo cultural del abogado lo significa como una profesión polifacética e interesante.

En verdad, ni aún el psicoanálisis ha logrado despejar definitivamente la génesis del delito por lo que se puede concebir, que ni aun el psicoanálisis ha logrado dar respuesta definitivamente el origen del delito.

En los últimos trabajos de este autor destacan la regresión oral en su material criminológico y creen que "las bases universales de las inclinaciones delictivas las constituyen la inestabilidad del equilibrio psicológico entre restricciones y satisfacciones sociales. Alexander y Healy consideran de gran importancia la existencia de un motivo de prestigio interior la criminalidad, especialmente el hurto y el robo, constituyen por tanto una tentativa para recuperar la pérdida auto-estimación por medio de una pseudo-masculinidad, aunque al mismo tiempo ofrece medios de subsistencia y evita el sistemático esfuerzo implícito en el trabajo. Otra opinión expuesta sobre la índole biológica del delito habla también de criminosis y trata de separar al delincuente del neurótico, en una síntesis de su pensamiento se dice la criminosis o crimen social es la antítesis de la neurosis que es un conflicto privado, pero ambas pueden funcionar a expensas de la sociedad; haciendo la separación del crimen instintivo basadas en zonas biológicas de origen crimen oral, crimen anal, crimen uretral y somático como opuesto al crimen social basado en resultantes o condicionantes de orden socio-político económico.

También el psicoanálisis incursiona en la clasificación del delincuente, misma que va a depender del autor que la proponga y que a criterio y propósito del presente estudio se seleccionó la siguiente clasificación de delincuentes:

1. “El delincuente tipo pre-social: Comprende individuos inmaduros y fácilmente sugestionables que vacilan en depender tanto de los ideales de la mayoría como de la minoría de la sociedad. Son encarcelados por pequeños delitos y en la prisión se caracterizan por su actitud sumisa y obediente. Tratan de conseguir los favores de las autoridades aun traicionando a sus compañeros y generalmente son recomendados para la libertad condicional. Sin embargo aunque parecen haberse corregido, no bien dejan de estar bajo la vigilancia reinciden en sus delitos.”²⁷

Estos individuos tienen el componente de la personalidad del súper yo infantil y un yo débil para controlar las tendencias del ello, ante las que sucumben muy a menudo. Investigando los patrones de crianza que dan origen a ese tipo de organización de la personalidad se destacan dos: Uno en que el padre es un hombre débil de carácter y no tiene gravitación alguna en el hogar, y la madre es una mujer enérgica y dominante a cuyo cargo está la disciplina. El resultado parece ser el fracaso de la identificación paterna y la persistencia emocional en una etapa infantil. El otro es aquel en que el padre es un hombre fuerte y agresivo mientras que la madre es una débil y tímida mujer que mimó demasiado a su hijo. En este caso el gran temor al padre y la afectiva desaprobación de toda manifestación de agresividad masculina por parte de la madre, hacen que la identificación con el padre sea muy pequeña o nula.

En su lugar una persona con suficiente energía como para inspirar su respeto y que demostrase que le comprende, podría combinando ambas actitudes, obtener resultados satisfactorios. El conflicto con el padre le coloca en la situación de no ceder jamás ante

²⁷ Jiménez Asúa, Luis. **Ob. Cit.** Pág.22

él, pero también le crea, como si fuera por contraste, la imagen de padre ideal que si en realidad se aproxima a ella puede obtener su más completa alianza.

4. El delincuente tipo asocial: Está constituido por criminales que no sostiene firmemente ningún ideal. No actúan más que por su propio beneficio y sin interesarle las opiniones ajenas. Consideran que si tienen alguna imagen como guía es la del negociante perfecto. Cometan los delitos más diversos, incluso asesinatos. Constituyen el verdadero “profesional” del delito.

Este tipo de delincuente parece coincidir con el criminal genuino, es decir el hipotético criminal que satisface sus instintos sin freno alguno. Sin embargo no es posible concebir a un individuo viviendo así en nuestra cultura. Poseen un súper yo muy fuerte, puesto que son capaces de calcular hábilmente lo que más les conviene y modificar o inhibir las tendencias del ello de acuerdo con la realidad. El verdadero factor determinante de su conducta es una preponderancia de la libido narcisista. Estudiando la historia de estos individuos generalmente se descubre una cierta inadecuación personal que ellos interpretan como una lesión a su yo y es lo que origina su permanente agresividad. En otros casos se ve en un nivel profundo que lo que les ha llevado a esa seguridad pasiva y femenina, frente al padre o figuras sustitutivas.

Aunque este tipo de criminal parezca pertenecer al tipo libidinoso erótico descrito por Freud, SandFord considera que no deben equipararse, pues este incluye algunos tipos del delincuente compulsivos.

- c. El delincuente tipo antisocial. Está representado por individuos que tienen ideales firmemente establecidos pero son los de una minoría disidente. No experimentan culpa por sus delitos. Su delito típico es el robo con armas y nunca se deja arrestar sin defenderse. Están siempre dispuestos a luchar contra la autoridad y son

capaces de hacer cualquier sacrificio y aceptan todo castigo en defensa de sus ideales.

Es el tipo que más se aproxima al delincuente normal, sin embargo en el antisocial parece que lo que es criminal no es el súper yo sino el ideal del yo. El estudio de estos delincuentes demuestra que aparte de los ideales existe en su personalidad y como si fuera un cuerpo extraño, un súper yo no criminal. No debe suponerse que nunca han tenido otros ideales que los criminales, ni que a muy temprana edad dejaron de conseguir una absoluta separación del padre. No hay duda alguna que en estos casos también se produce la introyección de padre, pero por lo general de uno brutal que el individuo intenta apaciguar durante un tiempo. Y sólo cuando el prototipo del súper yo le desilusiona y además encuentra apoyo en otros individuos antisociales, puede desarrollar una permanente actividad de desafío en su contra.

A pesar de que con frecuencia constituye el penado más recalcitrante, es el que tiene mejores perspectivas de reforma. El castigo provoca su rebelión y un cierto desprecio narcisista interior han sido los mimos de la etapa oral del desarrollo psicosexual de su personalidad. No habiendo sido puesto en su lugar por su madre, creen que por miedo a la agresión pueden conseguir siempre lo que desean.

Aunque algunos casos podrían ser tratados satisfactoriamente, en la gran mayoría constituyen lo que por lo general la gente denomina "criminal empedernido" que sólo pueden ser influidos por el castigo.

El propósito de haber presentado las descripciones de las características de los tres tipos de delincuentes, es resaltar los factores dinámicos, vinculados con la criminalidad. Cada tipo ofrece en esencia un molde más o menos estable de estos factores, pero los individuos que pertenezcan al mismo tipo pueden exhibirlos en distinta forma y tener también otros rasgos que permitan diferenciarlos entre sí.

Además la declaración de que un delincuente pertenece a un tipo determinado significa que predominan las características correspondientes al mismo y no que las posea con exclusión total de la de los otros.

CAPÍTULO VII

7. Análisis situacional de las instituciones del Estado responsables por que impere la legalidad y la justicia en Guatemala.

El análisis de las actuaciones de las instituciones del Estado responsables de auxiliar a los tribunales del Organismo Judicial para impartir justicia, como lo son la Policía Nacional Civil y el Ministerio Público, se sustenta en la investigación hemerográfica nacional e informes circunstanciados del Procurador de los Derechos Humanos de año 2005, presentado al Congreso de la República en el mes de enero del año en curso; informe de muertes violentas de niñez adolescencia y juventud, propuestas para su prevención. Procurador de los Derechos Humanos año 2004, ley marco de los Acuerdos de Paz Decreto 52-2005 del Congreso de la República, Informe No. 1 sobre seguridad y justicia en tiempos de paz.

Cumplimiento e institucionalización de los compromisos contraídos por el Estado en los Acuerdos de Paz presentado por el Procurador de los Derechos Humanos Dr. Sergio Fernando Morales Alvarado en el hotel Marriot de Guatemala con fecha 19 de abril de 2006, así como la iniciativa de Ley sobre la Creación del Instituto de Ciencias Forenses y su análisis iniciativa de Ley número 3284 que al momento de la elaboración de la presente investigación se encuentra en la fase pendiente de aprobación por artículos en el pleno del organismo legislativo. El material descrito con anterioridad permite fundamentar los propósitos y la justificación contenida en el plan de investigación que delimita el problema objeto del estudio. El abordamiento teórico metodológico, parte del enfoque que va del método deductivo-inductivo y del análisis y síntesis tal como quedó enunciado en la justificación, el ordenamiento jurídico guatemalteco en nuestra Carta Magna establece que el Estado está organizado para proteger y velar por la legitimidad, vida e integridad de sus habitantes para garantizar los derechos individuales y sociales. Este principio constitucional con categoría de ley se ve vulnerado tanto por personas individuales sean éstas particulares, empleados, o

funcionarios públicos como quedará plasmado más adelante producto del análisis de la información recabada.

Delimitando las investigaciones del Estado que por mandato legal tienen la responsabilidad de auxiliar a los órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia, se hará énfasis en el papel desempeñado por la Policía Nacional Civil y el Ministerio Público cuya función está establecida en el Decreto numero 135-97 el Artículo 1 define al Ministerio Público como una institución autónoma encargada de la investigación de los delitos de acción pública además vela por el estricto cumplimiento de las leyes del país en el ejercicio de esa función, el Ministerio Público perseguirá los delitos de acción pública y a requerimiento de instancia de parte. En lo referente a los delitos de acción pública se circunscribirá a delitos contra la vida, el homicidio y asesinato en los diferentes grupos etarios y sexo tanto femenino, como masculino ocurridos en el año 2005 y lo que abarca el período de enero a abril del año 2006.

Al analizar el papel del Ministerio Público a través de los fiscales a nivel general sin temor a equívocos por los datos que se consignan de acuerdo a la información hemorográfica y a la investigación realizada por la Procuraduría de los Derechos Humanos, se puede calificar el trabajo de las fiscalías en el campo de persecución e investigación criminal como poco satisfactoria calificándola como muy deficiente de acuerdo a los resultados obtenidos producto de dichas investigaciones.

Lo anterior ha quedado registrado en los medios de comunicación televisiva, radial y escrita; hecho significativo que ha sido reconocido por el actual Fiscal General del Ministerio Público Licenciado Juan Luis Florido en el siguiente sentido, "que el problema mas álgido con que cuenta el sistema de justicia en Guatemala, es la deficiente investigación criminal que realiza el Ministerio Público a través de las fiscalías respectivas"; siendo uno de los factores de dicho problema el déficit en el número de fiscales con que cuenta la institución sumando un total de 170, agregado a esto en la mayoría de los casos, así como la falta de profesionalización y especialización en materia de investigación criminal, todo ello en concordancia con la gran cantidad de

hechos delictivos de homicidios que rebasan la capacidad de atención de la institución responsable de la investigación y persecución penal.

La cultura de violencia e irrespeto por la vida en la sociedad guatemalteca ha llegado a extremos tan alarmantes que geográficamente abarca todo el territorio nacional, siendo común la noticia diaria en periódicos, radioperiódicos, telenoticiarios, relaciones públicas de la Policía Nacional Civil del acaecimiento de hechos violentos de asesinatos en los que se incluyen niños, mujeres y ancianos y en el caso particular de asesinatos de mujeres reportados por la Asociación de Familiares Sobrevivientes de la Violencia y según investigaciones realizadas reportó 1874 mujeres asesinadas durante el período comprendido de enero de 2000 a julio de 2005, asimismo la Defensoría de la Mujer de la Procuraduría de los Derechos Humanos de acuerdo a sus registros e informes de la Policía Nacional Civil del período de enero 2006 al 25 de abril del mismo año llevan registrados 190 asesinatos de mujeres, lo que equivale a un promedio de 47 mujeres asesinadas cada mes, lo que supera mas de una mujer asesinada al día, que por su alta incidencia criminal se puede calificar de un problemas social de femenicidio.

En lo referente a las actuaciones del Estado a través de sus órganos, instituciones, funcionarios y empleados públicos, el Procurador de los Derechos Humanos por mandato constitucional establecido en el Artículo 274 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en su calidad de comisionado del Congreso de la República debe velar por la defensa de los derechos humanos y lo faculta para supervisar la administración pública y en cumplimiento de dicha disposición legal rinde informe sobre la observación de los derechos humanos al Congreso de la República y en el resumen ejecutivo del informe anual circunstanciado 2005 del Procurador de los Derechos Humanos, señala el problema de la violencia e inseguridad que vive la sociedad guatemalteca.

El informe sobre los derechos humanos el Procurador, doctor Sergio Fernando Alvarado Morales lo enfocó en dos dimensiones “Il luces y Sombras. I. Luces. La elaboración de la situación de los derechos humanos en Guatemala parte del

reconocimiento que desde la firma de los Acuerdos de Paz en diciembre de 1996 el país ha mejorado si comparamos la situación de hoy con la de los difíciles y traumáticos años del conflicto armado interno.

La evaluación de los derechos humanos en el 2005. Durante el año que comprende este informe hubo pasos adicionales en la dirección correcta, cuya justa evaluación debe haberse considerado también las sombras que en materia de derechos humanos envolvieron al país en este período, se trata de avances que sientan bases para el sucesivo mejoramiento de la situación de áreas críticas.

Por su trascendencia en el camino hacia el fortalecimiento del Estado en la observancia, vigencia y promoción de los derechos humanos, el principal acierto fue la aprobación legislativa del acuerdo que hizo posible el establecimiento en el país de una oficina permanente de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ACNDH, cuya misión principal es justamente, prestar asesoría al Estado para elevar su capacidad de respetar y hacer respetar las garantías individuales y los derechos económicos, sociales y culturales de las y los guatemaltecos.

Otro acierto fue la localización del Archivo de la Policía Nacional dicha documentación permitirá el hallazgo de miles de casos de graves abusos de poder por parte de la Policía Nacional Civil durante los períodos más negros de la historia de Guatemala, circunstancia que demanda una obligada investigación en materia de Derechos Humanos.

El material archivado es de tal importancia que el Procurador de los Derechos Humanos Doctor Sergio Fernando Morales Alvarado tomó la iniciativa de gestionar ante el honorable Congreso de la República a través de la Comisión de Derechos Humanos, sea declarado patrimonio histórico nacional el archivo de la Policía Nacional, cuyo efecto sean la reafirmación de responsabilidades institucionales para la preservación, ordenamiento, dotación de recursos humanos y financieros de manera que se garantice

a las y las guatemaltecos el derecho perpetuo de acceso a la información que el archivo contiene.

La seguridad es un derecho humano garantizado por la Constitución Política de la República de Guatemala que es incesantemente violado, pues cerca de 25 mil hechos delictivos han acaecido en Guatemala durante los primeros diez meses de 2005 (datos de la Policía Nacional Civil que comprenden de enero a octubre de 2005).

El ataque cada vez más explosivo y sangriento de la criminalidad y otras formas de violencia destrozan el derecho a la seguridad personal y colectiva y en parte la responsabilidad de ello corresponde al Estado por acción u omisión. Por acción, cuando sus agentes resultan involucrados, en crímenes aprovechándose de la autoridad de que están investidos y por omisión cuando la autoridad deja de hacer aquello a lo que está obligado o lo que hace resulta insuficiente para prevenir los delitos o sancionar a los autores de los hechos criminales.

Más adelante se señala en el informe en referencia que “el derecho a la seguridad ciudadana en un estado democrático de derecho consiste en el conjunto de garantías que debe brindar a los ciudadanos para el libre ejercicio de todos sus derechos. Es por ello un derecho fundamental para todos, por lo que el objetivo último de las políticas de seguridad desarrollados por el Estado no es proteger a una parte de la sociedad a costa de la marginación y criminalización de otra, sino el de la inclusión de la totalidad de las personas. La seguridad ciudadana contiene una dimensión objetiva, los hechos de violencia conocida que involucra a víctimas y victimarios, y una dimensión subjetiva: las vivencias y sentimientos, personales, que configuran las percepciones y representaciones de la seguridad ciudadana”.²⁸

²⁸ Procurador de los Derechos Humanos. **Informe circunstanciado** 2005. Pág.20.

Para explicar las causas que incrementan la delincuencia urbana citando el informe, el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (UNHABITAT) estableció las siguientes:

1. Causas sociales: Son las que nacen del desempleo o la marginación prolongada, el abandono escolar o el analfabetismo y las modificaciones estructurales de la familia, por lo que la violencia intrafamiliar es también causa de violencia en las calles.
2. Causas institucionales: Las que originan en la inadecuación del sistema de justicia penal (policía, justicia, cárceles), la delincuencia urbana y su crecimiento. “la justicia es lenta, inadaptada a la resolución de conflictos urbanos sobrecargada y arcaica en su modo de trabajo, sus procedimientos y su lenguaje son inaccesibles a la mayoría.
3. Causas ligadas al entorno: Urbanización incontrolada, carencia de servicios urbanos, ausencia de concepto de seguridad en las políticas urbanas, surgimiento masivo de espacios, semipúblicos e ilegalidad de los barrios transformados en zonas bajo control de pequeñas mafias locales.

En efecto en el país son las zonas urbanas las más afectadas por la violencia en todas sus manifestaciones; así el departamento de Guatemala el más urbanizado del territorio nacional, concentra el 55 por ciento del total de hechos delictivos y de estos, el 14 por ciento son homicidios. En términos de hechos de violencia, en gravedad, la ciudad de Guatemala le siguen, Escuintla, Petén y Quetzaltenango.

Si los promedios regionales son preocupantes, más aún los de Guatemala según información de la Policía Nacional Civil a partir del 2002 el país registra muertes violentas por encima del promedio latinoamericano, y las cifras han crecido sostenidamente año con año hasta alcanzar un promedio anual de 40 homicidios por cada cien mil personas en 2004. De acuerdo con los estándares fijados por la

Organización Mundial de la Salud (OMS) se considera epidemia una tasa de homicidios superior a 10 muertos por cada 100 mil habitantes.

Un análisis más detallado revela que en Izabal y Escuintla la tasa de homicidios se duplica en relación al promedio nacional y suceden 84 y 88 muertes violentas por cada cien mil habitantes, respectivamente, lo que constituye una epidemia de grandes dimensiones.

Lo más sintomático y preocupante es, que los rostros de la violencia en Guatemala son casi siempre jóvenes tanto en su carácter de víctimas como de victimarios. Durante 2004 se registraron 2 mil 452 denuncias de hechos delictivos contra menores de edad, y entre enero y octubre de 2005 se produjo la muerte intencional y violenta de 327 menores de edad. En el mismo período, el 60 por ciento de las víctimas de homicidio tenía menos de 20 años. Para lograr eficacia en el combate a los centros del poder de la criminalidad es necesario aumentar la capacidad de investigación de la Policía Nacional Civil, el Ministerio Público y sobre todo aprobar y poner en funcionamiento la inteligencia civil del Ministerio de Gobernación y la Comisión para la Investigación de los Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad, CICIAS.

Además de lo antes expuesto el citado informe refiere que si bien las muertes violentas de mujeres en 2004 representaron el 11 por ciento del total de homicidas del país, en los últimos tres años ese fenómeno se ha incrementado en 56 por ciento. Desde enero 2002 hasta octubre 2005 se ha reportado la muerte violenta de 1598 mujeres. Y mientras a los hombres se les quita la vida utilizando armas de fuego, en su mayoría a las mujeres se les aplican formas torturantes de violencia con armas blancas, objetos conducentes o estrangulamientos y así el victimario deja constancia de su superioridad física y del poder que ha ejercido sobre su víctima. Siempre sobre la situación del problema de seguridad resulta muy ilustrativo el Informe Seguridad y Justicia en Tiempos de Paz, del Procurador de los Derechos Humanos que revelan con detalle lo que se ha dejado de cumplir y que como consecuencia agudizan la problemática de seguridad y justicia para la ciudadanía guatemalteca, entre algunos de

los rubros tratados en dicho informe tenemos “Armas y municiones, según la Organización de las Naciones Unidas (ONU) Guatemala es el país más armado de la región Centroamericana, con por lo menos 1.5 millones de armas ilegales. El departamento de Armas y Municiones (DECAM) informa que Guatemala permitió, entre enero de 2003 y junio de 2005 el ingreso de 84 millones 671 mil 100 municiones de calibres variados, que satisfacen la demanda de 222,304 clientes con armas de fuego defensivas legalmente registradas”.²⁹

Existen en el país 80 empresas de Compraventa de Armas y Municiones, entre enero y mayo de 2005, el DECAM legalizó 6,492 armas de fuego y durante 2004 registró 22,385 en total, la Policía Nacional Civil cuenta con 20,000 funcionarios; y la seguridad privada asciende a 35,000 en empresas legales y mas de 50,000 en otras que operan irregularmente o sin control de la autoridad competente”. Lo anterior repercute en la economía nacional cuyo destino final es la población misma.

En relación a la Policía Nacional Civil como auxiliar en la investigación criminal, la viabilidad en el cumplimiento de los compromisos relacionados con la policía, se perfila en el Acuerdo de Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática, requería como elemento fundante una depuración de la Policía Nacional la cual por razones de experiencia adquirida y de minimización de costos no se dió en el momento en que se creaba e integraba la institución. En tal sentido el “reciclaje” de elementos policiales pertenecientes a la antigua Policía Nacional Civil, la Guarda de Hacienda y la Policía Militar Ambulante fue aproximadamente del 60 % pudiéndose adicionar que también el ingreso de elementos que pertenecieron a las fuerzas insurgentes del conflicto armado interno, con relación a la Academia de la Policía Nacional Civil, después del colapso sufrido en mayo de 2002 por falta de recursos e instalaciones deficientes, no ha logrado una recuperación significativa y su formación todavía se caracteriza por ser de corte autoritario. Hay en este sentido, un divorcio total entre los contenidos teóricos que forman la gravedad del problema presupuestario, dado que los recursos son extremadamente limitados y a pesar de los avances

²⁹ Procurador de las Derechos Humanos. **Seguridad y Justicia**. Pág. 36.

indicados, las debilidades siguen siendo estructurales y profundas, lo que convierte a la institución en blanco permeable para el crimen organizado y la corrupción.

En este sentido, el Procurador de los Derechos Humanos resalta “el hecho de que a finales de 2004 fue entregado al Ministerio de Gobernación un listado de más de 16,600 agentes policíacos señalados de responsabilidad en crímenes o actores de corrupción sin que al momento se conozcan resultados positivos de las investigaciones internas. En el segundo semestre de 2005 el Procurador de Derechos Humanos entregó a las autoridades de gobernación un nuevo informe sobre denuncias prestadas contra elementos de seguridad, en el que se establece que entre enero y junio del mismo año se abrieron 217 expedientes por este tipo de denuncias, dentro de las cuales se señalaba a 387 personas incluyendo policías y guardias penitenciarios”³⁰.

Lo paradójico de este asunto radica que se hace necesario investigar a quienes tienen el deber de investigar, por lo que la ciudadanía sea escéptica y pierda la confianza y la credibilidad en las instituciones del Estado encargadas de auxiliar a los órganos jurisdiccionales en la investigación criminal.

En lo referente al Ministerio Público señala “La modernización del Ministerio Público continúa pendiente. Contrario a lo sucedido en el organismo judicial, el Ministerio Público aún no ha logrado la aprobación de, una ley que establezca la carrera fiscal y que regule el acceso, nombramiento, evaluación y régimen disciplinario y demás aspectos relativos al desempeño del personal fiscal de apoyo y administrativo. La Ley Orgánica del Ministerio Público es escueta y probablemente ineficiente para regular la administración del recurso humano a cuyo cargo se encuentran las tareas de la persecución penal del Estado de Guatemala. “Un avance significativo del Ministerio Público es el Plan de Política de Persecución Penal dado a conocer en mayo de 2005 el cual tiene la finalidad de organizar y definir los principales pilares políticos sobre los que debe ser desarrollada la actividad de persecución penal por parte de los distintos órganos del Ministerio Público que en ella intervienen a efecto que los objetivos político

³⁰ Procurador de los Derechos Humanos. **Ob. Cit.** Pág. 37.

criminales formulados por el Estado de Guatemala, sean alcanzados. El documento constituye el marco conceptual filosófico y empírico sobre el cual el Ministerio Público tomará decisiones estratégicas en su tarea de persecución penal. La implementación del Plan de Política de Persecución Penal se ha desarrollado, entre otros mecanismos, mediante la emisión de instrucciones generales dirigidas a los agentes y auxiliares fiscales, con el objeto de desarrollar criterios técnicos para la aplicación práctica de figuras procesales. Entre las instrucciones emitidas se aborda; la utilización de los mecanismos simplificadores del proceso común, la oralización en la etapa preparatoria, la utilización de la desestimación, la utilización del archivo, la aplicación de la clausura provisional; y las instrucciones generales han sido acompañada de un ciclo de divulgación y monitoreo para su aplicación.

“Un tema de especial relevancia es el tratamiento a la víctima dentro del sistema de justicia. Aun con la creación de la Oficina de Atención a la Víctima en el Ministerio Público y la Policía Nacional Civil, las entidades encargadas del proceso continúan realizando acciones de victimización secundaria, que redundan en la marginación de la víctima. Si bien el sistema acusatorio otorga al Estado facultades para representar y defender a la víctima, en el caso guatemalteco, el Estado no tiene plena capacidad para representar adecuadamente los intereses de la víctima pero sobre todo de brindarle atención y respuestas mínimas. El Estado todavía no contempla una política integral de atención a la víctima que pueda hacerse de todos los efectos del delito, tanto materiales, psicológicos y sociales. Por otra parte las instituciones carecen de personal capacitado en temas victimológicos y operan con una lógica ajena a los intereses, necesidades y expectativas de la víctima. Falta asegurar que las instituciones del sector justicia garanticen a la víctima el acceso a la justicia mediante la información y orientación adecuada desde el momento de presentar la denuncia y durante el proceso, la garantía de protección contra represalias y el acompañamiento jurídico psicológico y social”.

Sigue exponiendo en el informe, que un problema íntimamente relacionado con la víctima es la debilidad del sistema de protección de testigos y sujetos procesales. Las víctimas y testigos que colaboran con la justicia quedan expuestos a represalias, siendo

ésta una de las principales causas y efectos de la impunidad. Se debe en consecuencia, a que fortalecen los mecanismos de protección a testigos y aseguran la efectividad de las medidas de seguridad a su favor.

Otro aspecto que está íntimamente relacionado con el objetivo del presente trabajo de investigación formulado en el proyecto de tesis es lo relativo a lo señalado en el informe antes citado es el aspecto medular de la modernización institucional que no ha sido abordado pero que se considera indispensable como mecanismo para garantizar el derecho a un juicio justo, es el fortalecimiento a la investigación criminal.

Actualmente el vacío es compartido entre el Ministerio Público, Policía Nacional Civil y el Servicio Médico Forense del Organismo Judicial puesto que presenta deficiencias por falta de una adecuada coordinación técnica y asignación de recursos. Para la superación de esta problemática existen varias propuestas, siendo una de las más relevantes la iniciativa de ley 3284 del Congreso de la República, que contiene la Ley de Creación del Instituto Nacional Autónomo de Ciencias Forenses, la cual fue aprobada en segunda lectura en diciembre de 2005

Tal como está enunciado el título de la presente tesis referente el aporte de la psicología forense a la investigación criminal se hará un breve esbozo de la iniciativa de ley.

Para implementar objetivamente la investigación penal el fiscal del Ministerio Público podrá ordenar la peritación fundamentado en el Artículo 225 del Código Procesal Penal Decreto 51-92, procediendo a dicha peritación a petición de parte o de oficio, la cual servirá para obtener valorar o explicar un elemento de prueba en el cual fuere necesario o conveniente poseer conocimientos en alguna ciencia, arte, técnica u oficio. Dicho porcentaje de acuerdo al Artículo 226 del referido Código deberá ser realizado por profesionales, titulados en la materia a que pertenezca el punto sobre el cual han de pronunciarse, siempre que la profesión o técnica estén reglamentadas.

Tal como quedó señalado la persecución penal a cargo de Ministerio Público actualmente carece de profesionalismo y objetividad en la mayoría de casos en el proceso de la investigación criminal; vacío que vendría a ser satisfecho con la aprobación de la Ley de Creación del Instituto Nacional Autónomo de Ciencias Forenses que incluye la psicología.

La justificación de la iniciativa de ley está expuesta en el siguiente sentido: "La prueba pericial se ha convertido en los últimos años en medio de prueba decisivo para el esclarecimiento de los casos penales. En indudable que a la evidencia física se le atribuye mayor valor en los procedimientos judiciales, así como la capacidad tecnológica de los laboratorios forenses para analizar la prueba de ello derivado de que la responsabilidad del experto forense ha adquirido una enorme importancia en el esclarecimiento criminal".³¹

En Guatemala, actualmente la situación en materia de investigación criminalística se encuentra entre las más descuidadas de las instituciones del Estado, lo que produce dispersión de recursos, funciones, así como una descoordinación en el trabajo técnico científico.

En efecto al entrar en vigor el Código Procesal Penal la investigación penal dejó de ser una función de los tribunales de justicia como ocurría en el sistema anterior y pasó a ser atribución exclusiva del Ministerio Público al que específicamente le corresponde la dirección de la investigación en los delitos de acción pública.

Hasta la fecha sigue funcionando el servicio médico forense. Como dependencia de la presidencia del Organismo Judicial a la vez que la Ley Orgánica del Ministerio Público creó la Dirección de Investigaciones Criminalísticas (DICRI), además la Policía Nacional Civil cuenta con laboratorios criminalísticos encargados de realizar los peritajes en la materia. Esta dispersión de funciones contribuye a las descoordinación

³¹ Organismo Judicial. Iniciativa de Ley Decreto 3284. Guatemala mayo 2005. (Actualmente en el Congreso de la República de Guatemala)

entre las instituciones que se suma a la falta de cobertura territorial integral a nivel nacional.

Las limitaciones de la investigación forense es una de las causas de los altos niveles de impunidad en el país en los delitos como homicidios y asesinatos los que dependen en gran medida de la prueba pericial por falta de laboratorios y entre otros servicios de investigación criminalística, principalmente en el interior del país incidiendo en la casi inexistencia de dictámenes criminalísticos y de aportación legal de evidencias recolectadas en la escena del crimen.

Con base en lo anterior, la necesidad de unificar el servicio forense en una sola institución ha sido destacada por los especialistas nacionales y extranjeros que han evaluado la situación actual y en especial se ha señalado que todos los servicios periciales existentes en Guatemala son dependientes de otro órgano, tanto administrativa como presupuestariamente y no tienen autonomía funcional. Aunando lo anterior, en ninguno de ellos existe una asignación presupuestaria propia de los servicios forenses, lo que ha provocado peritos mal remunerados, un deficiente equipamiento y la falta de controles de calidad necesarios para una excelencia en el servicio. Por lo mismo se ha destacado que se hace necesario la actualización y especialización del personal involucrado con la investigación criminalística y medicina legal, así como la creación de instancias específicas para este efecto.

De lo anterior se hace necesario organizar una institución pública en materia de servicios de ciencias forenses, que pueda concentrar las funciones que actualmente se encuentra dispersa en las distintas instituciones.

Los principios en que se sustenta la iniciativa de ley son: Autonomía, objetividad, profesionalismo, respecto a la dignidad humana, unidad y concentración, coordinación interinstitucional, transparencia de las técnicas aplicadas, actualización técnica y gratuidad del servicio.

El Artículo 1. De la iniciativa de Ley Número 3284. Establece la creación del instituto como un órgano auxiliar de la administración de justicia, con autonomía funcional y financiera, con competencia en el ámbito nacional, para la práctica de los peritajes científicos.

El Artículo 2. Regula acerca de los fines que permite garantizar la prestación del servicio de investigación científica de forma independiente a través de un dictamen técnico científicos.

En cuanto a las leyes especiales:

El Artículo 169 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia Decreto 27-2003 del Congreso de la República en las disposiciones adjetivas regula las funciones del Ministerio Público con relación al proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, a través de sus fiscales especializados:

a) velar por el cumplimiento de la presente ley

b) Iniciar la investigación y persecución penal del adolescente conforme al procedimiento establecido en esta ley practicando todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo, la autoría o participación del adolescente o en su caso de personas adultas y verificar el daño causado.

c) Brindar orientación legal y psicológica cuando sea necesario a la víctima del delito y mantener una comunicación constante y directa con la misma, notificándole todas las diligencias que realice.

Otra institución que auxilia en la persecución penal está regulado en el Artículo 170 de la citada ley, a través de la Unidad de Niñez y Adolescencia de la Policía Nacional Civil, la que se encargará de auxiliar al Ministerio Público y a los Tribunales de Adolescentes en conflicto con la ley penal en el descubrimiento y la verificación

científica de las transgresiones y de sus presuntos responsables. La Policía Nacional Civil debe someter su actuación a los principios rectores de derechos y garantías reconocidas por esta ley, respetando la dignidad, identidad, edad y sexo del adolescente. Queda prohibido el uso de medidas o actos denigrantes o humillantes, así como realizar cualquier tipo de interrogatorio, durante la aprehensión detención e investigación. Al confrontar la observancia de la ley, se ha documentado por diferentes instituciones como Casa Alianza el abuso de autoridad cometido por agentes de la Policía Nacional Civil al violar la ley en su trato con niños y adolescentes que va desde violaciones sexuales, malos tratos y hasta asesinatos.

En relación a los derechos y garantías fundamentales en el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal el Artículo 144. “Establece el principio de justicia especializada, tanto en el proceso como en la ejecución, estará a cargo de órganos especializados en materia de derechos humanos. El personal que trabaja en los distintos órganos deberá tener una formación especializada en derecho sociología, psicología criminología y ciencias del comportamiento en todos los casos orientada a la adolescencia en conflicto con la ley. El adolescente tiene derecho durante el desarrollo del proceso y la ejecución de la sanción a recibir atención y orientación por parte de un equipo profesional multidisciplinario sobre aspectos legales, sociales, psicológicos, educativos y de salud. Por la importancia del rol profesional que debe desarrollar el psicólogo en dicho proceso, es condición **sine qua non**, que se garantice una sólida formación académica teórica práctica sobre derechos humanos, psicopedagogía, psicología educativa, psicología social y criminología que garantice que su intervención profesional como terapeutas y peritos que respondan a criterios de objetividad y rigurosidad científica, razón por la cual el personal aspirante a trabajar en el organismo judicial debe llenar el perfil profesionografico, ético y moral.

En relación a la idoneidad de la sanción en el debate Artículo 220 de la ley referida...En este mismo acto, el juez deberá establecer la finalidad de la sanción el tiempo de duración y las condiciones en que debe cumplirla para el efecto se asistirá de un psicólogo y un pedagogo.

La ley reafirma en el Artículo 259 literal e) último párrafo respecto a la autoridad competente en reinserción y resocialización. “garantizar que el personal encargado de la ejecución de las sanciones y en contacto directo con los adolescentes, sea competente y suficiente, el cual estará integrado por especialistas profesionales en los campos de educación, salud trabajo social, psicología, psiquiatría y derecho con formación especializada en derechos humanos de la niñez y adolescencia para lo cual se promoverá su formación y capacitación continua.

Por último en relación al rol del psicólogo y otros profesionistas en el artículo 263 establece que para el efecto del adolescente cuando éste, esté próximo a egresar del centro de detención deberá ser preparado para la salida con la asistencia de especialista en trabajo social, psicología y psiquiatría así mismo con la colaboración de los padres o familiares si es posible.

Por lo expuesto con anterioridad se puede inferir que además de las instituciones del Estado responsables de la persecución penal que auxilian a los tribunales de justicia, no sólo en el proceso penal y en la investigación criminal, también se debe contar con un equipo multidisciplinario para el tratamiento integral del referido proceso.

Como parte final del presente capítulo se hará un somero análisis hemerográfico, señalados en los medios de comunicación escrita que incursionan el campo de la investigación periodística al tratar temas de interés nacional, lo cual ayuda a formar en el lector de diferentes estratos sociales, opinión pública que hace luces sobre la problemática del país.

Siempre dentro del campo de la garantías individuales destaca el derecho a la seguridad como una responsabilidad del Estado a través de los órganos correspondientes, sin embargo sobre éste tópico no existe una política de Estado de seguridad ciudadana, más bien se le da un tratamiento coyuntural cortoplacista y con un gran despliegue publicitario, tal como se destaca en el titular del periódico Prensa

Libre en donde se enuncia: “Plan de Seguridad. Vigilaran zonas de turismo en el asueto. El Artículo de los periodistas Lorena Seijo, Irvin Escobar y Claudia Munaiz, resultaron que la atención de seguridad durante el asueto de semana santa sería cubierto por Policías Nacionales Civiles y Policías Militares distribuidos por todo el país para la seguridad de los turistas, que los descansos serían suspendidos; dicho plan tenia proyectado cubrir de 750 a 800 mil turistas nacionales, para tal efecto se desplazarían 3900 efectivos del ejercito de 19 a 21 mil Policías Nacionales Civiles, 200 salvavidas en las playas, 7 campamentos con 20 policías militares y 4 de la Policía Nacional Civil, tres guardacostas en el atlántico y 3 en el pacífico con 18 efectivos, 2 aviones en contingencia, en cuanto al plan policial 19 mil policías, 50 agentes del grupo especial en Puerto de San José e Iztapa 50 efectivos del movimiento de intervención rápida en Las Lisas y Monterrico 210 del personal administrativo repartidos entre Champerico, Ocos, Panajachel y Antigua, 126 operativos móviles en todo el país. Al observar el plan de seguridad en el ámbito nacional refleja planificación y prevención sin embargo como quedó dicho, es cortoplacista y coyuntural que resuelve momentáneamente la seguridad ciudadana, por consiguiente no responde a un plan de seguridad ciudadana, tampoco a un plan de seguridad como política de Estado, con el agravante siguiente, que al publicitarse la ubicación geográfica de las fuerzas públicas encargadas del orden, deviene que los grupos delincuenciales se desplazan hacia lugares desprotegidos y vulnerables del país, en síntesis existe responsabilidad del Estado en materia de seguridad ciudadana.”³²

Otro noticia relacionada con la seguridad, administración de justicia y la tipificación del delito como medio persuasivo, es relatado por la periodista Sonia Pérez del Diario Prensa Libre, referente a la aprobación de la Ley Contra el Crimen Organizado por parte del Congreso de la República entre otros aspectos señala “abogados critican rebaja de penas en ley. Abogados consultores rechazaron los cambios a la Ley Contra el Crimen Organizado, la cual en lugar de apoyar al combate del crimen minimizó las penas a delitos considerados de alto impacto son rebajadas. Calvin Galindo, fiscal contra la corrupción dijo que la intención era crear una ley que atacara la criminalidad

³² Despliegue de fuerzas, Pág. 2,3 Prensa Libre (Guatemala), Año 55, No. 18036 (5 de Abril de 2006).

que se desborda el crimen organizado se va perfeccionando y tenemos que ir adelante para combatirlo cambiar el sentido de la ley no ayuda dijo.

Álvaro Castellanos, decano de la facultad de derecho de la universidad Rafael Landívar, comentó que en lugar de promover un concurso real de delitos, parecía un concurso ideal para cometer delitos, se está violentando el espíritu de la propuesta, se trataba de combatir el crimen que ataca la estabilidad del Estado, se trataba de introducir un nuevo delito que tenía una naturaleza especial.

Alfredo Balsells, catedrático universitario expresó que es fundamental para el Derecho Penal una tipificación exacta del delito pues debe marcar una figura o una conducta “es importante que las penas sean claras. No podemos ir a lo que el legislador pretendía hacer sino exactamente a lo que hizo parece que ahora la conspiración es atenuante de los delitos cometidos, indicó Balsells”.³³

Parafraseando al catedrático universitario de derecho, lo importante radica en lo que los legisladores exactamente hicieron, es decir, rebajar las penas en 28 Artículos del Código Penal, y a criterio del autor de la presente tesis, el Organismo Legislativo como parte del Estado es responsable de sus actuaciones que en este caso va en detrimento de mejorar el estado de derecho en Guatemala, aunque el legislador Oliverio García Rodas "adujo que leyó la iniciativa 200 veces y no había ningún problema"³⁴

A manera de cierre sobre la ley contra el crimen, la periodista Jennifer Paredes Díaz, en el diario Prensa Libre, refiere en el reportaje periodístico “veto, sectores preocupados por manejo de agentes encubiertos señalando crisis nacional en la ley contra el crimen: el veto presidencial a la ley contra el crimen no contempla como erróneos los artículos que otorgan discrecionalidad al Ministerio Público para utilizar agentes encubiertos sin control de jueces..

³³ Enmienda a medias, Pág. 2 Prensa Libre (Guatemala), Año 55, No. 18031, (31 de Marzo de 2006).

³⁴ Ley iniciativa 200 veces, Pág. 4 el Periódico (Guatemala), Año 10, No. 3355 (4 de Abril de 2006).

Para las organizaciones como fundación Myrna Mack, ese texto deja abierta la posibilidad de investigaciones secretas, debían tener un control judicial.

La Procuraduría de los Derechos Humanos (PDH) es de la opinión que las averiguaciones deben estar sujetas a un control judicial, porque de lo contrario, le otorgan un poder absoluto al investigador y se puede caer en abusos, extorsiones y persecuciones innecesarias.”³⁵

El comentario que cabe hacer es que en este sentido se viola el debido proceso, dejando un amplio margen para que la institución del Ministerio Público a través de sus agentes fiscales se amparen en dicho mandato legal y se conviertan en una fuerza legal paralela sin que intervenga el juez contralor de la investigación como lo establecido en el Código Procesal Penal.

El diario La Hora de fecha 24 de marzo del 2006 en la página 7, el periodista Edgar Aragón escribe un Artículo cuyo título dice: Casi 14 mil quejas de violencia familiar en el Ministerio Público. Un total de 13 mil 703 quejas por violencia familiar contra mujeres y niños recibió hasta septiembre de 2005 el Ministerio Público según el informe de Estados Unidos sobre Derechos Humanos en Guatemala. Esta es otra vertiente del gran caudal de conducta ilícita que ayuda a abordar la cultura de violencia por la que atraviesa la sociedad guatemalteca, en la que requiere una intervención más que punitiva, una acción preventiva y educativa.

El editorial del Diario la Hora escrito por su director Oscar Clemente Marroquín lo titulado "la seguridad no se logra por decreto, y hace referencia a la celebre disposición en los anales de la historia legislativa del país, la decisión en tiempos de Justo Rufino Barrios de declarar ladinos por decreto a los indígenas de San Pedro San Marcos, y desde entonces el caso se utiliza para demostrar cuanto abusamos de la legislación

³⁵ Señalan discrecionalidad en ley contra el crimen, Pág. 8. Prensa Libre (Guatemala), Año 55, No.18057 (28 de Abril de 2006).

para querer mediante la emisión de leyes acomodar nuestra realidad social a fantásticas aspiraciones.

Ahora cuando se está discutiendo un paquete llamado de leyes de seguridad ciudadana, resultado del agobio que sufrimos los guatemaltecos por el crecimiento no sólo del crimen organizado sino de la impunidad que le hace florecer tenemos que entender que la seguridad como la condición racial se logra por decreto. Las leyes en el caso de la seguridad pueden convertirse en un instrumento para ayudar a las autoridades si es que se tiene un plan y si se tiene la voluntad política de entrarle de manera frontal a las distintas formas del crimen, pero es un espejismo supone que basta con la aprobación de la normativa para devolverle la paz a la población. De lo expuesto con anterioridad se deduce que se deben tomar otros factores concomitantes de carácter estructural como lo son la activación de la economía y la productividad, la confianza en los funcionarios públicos que administran el erario nacional, la transparencia en los negocios del gobierno, la generación de empleos, la inversión en educación y salud, el compromiso del Estado de cumplir con el sistema de seguridad social que en ley está establecido”.³⁶

Resumiendo se puede aseverar que la investigación criminal a cargo de Ministerio Público, la Policía Nacional Civil es deficiente, lo que incide en la aplicación de justicia por parte de los órganos jurisdiccionales cuyos factores fueron expuestos en el desarrollo de la presente investigación de tipo bibliográfica y hemerográfica, que por su magnitud e importancia no agota el tema más bien abre el camino a nuevas y futuras investigaciones en el campo del derecho penal.

³⁶ La seguridad no se logra por decreto, Pág. 2 La Hora (Guatemala) Época 4 No. 28,168 (29 de Marzo de 2006).

CONCLUSIONES

3. La teoría del delito es una parte del derecho penal que se ocupa de explicar y señalar cuales son las características o elementos esenciales de cualquier delito, por consiguiente constituye una metodología o un sistema metodológico que permite determinar con criterio técnico y científico si en un determinado hecho se cometió o no un delito.
4. Para conceptualizar el delito y sus elementos es necesario conocer acerca de la acción y la omisión, entendiéndose por acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana, pues sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo siempre una finalidad. La acción sin embargo tiene un aspecto negativo, constituido por la falta de acción u omisión, misma que puede producir resultados socialmente nocivos que constituyen en esencia los delitos de omisión.
5. El estudio de la teoría del delito establece que el interés no es tan sólo de carácter doctrinario o filosófico si no que tiene una finalidad eminentemente práctica, puesto que es de gran utilidad para todos aquellos que intervienen en el proceso penal para dilucidar si se encuentran ante un hecho constitutivo de delito o no, coadyuvando a tal propósito la psicología forense.
6. La teoría finalista del delito conceptúa a la acción humana no sólo como un proceso causal de la voluntad sino por esencia es un ejercicio de una actividad final. Está en capacidad de prever las consecuencias de su comportamiento y conducir este proceso, según un plan o una meta.
7. En el proceso de la teoría finalista del delito, la acción está compuesta de tres momentos a saber: la anticipación mental de la meta, el segundo momento; la

acción de los medios necesarios para la realización de la misma y un tercer momento; la realización de la acción o acto voluntario en el mundo real.

RECOMENDACIONES

0. Que el Ministerio Público a través de las fiscalías garantice la persecución penal de oficio en delitos contra la vida, realizando una investigación criminal científica, objetiva, autónoma, imparcial eficiente y eficaz para sustentar la acusación en el proceso penal, siendo ésta pronta y cumplida.
0. Que se institucionalice el Instituto de Ciencias Forenses que coadyuve en la investigación criminal, como un ente coordinador, autónomo y altamente tecnificado.
0. Que se hace necesario que el Congreso de la República contemple en la agenda legislativa lo relativo a una ley que establezca la Política Criminal de Estado y la organización del sistema carcelario con criterio integral de carácter rehabilitativo.
0. Que el Estado promueva una política de seguridad ciudadana que sistematice los procedimientos de prevención y control de la criminalidad que impera en Guatemala, evitando el tratamiento casuístico y coyuntural.
0. Que las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Guatemala le den seguimiento a efecto que siga funcionando la Oficina Mediación y Violencia Intrafamiliar que fue instalada en el año 2003 en el Bufete Popular, cuyos resultados positivos se encuentran circunstanciados en el informe anual de actividades realizadas.

ANEXOS

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo. **Metodología de la investigación criminal y derechos humanos**. 5ª ed.; Guatemala: Ed. Piedra Santa, 2000.
- BACIGUALPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. 2ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Hamunrabi, 1989.
- DIÉGUEZ, Margarita. **Psicología forense experimental**. Valencia, España: Ed. Promolibro, 1993.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor y DE MATA VELA, Francisco. **Derecho penal guatemalteco**. 12 ed.; Guatemala: Ed. Llerena, 2000.
- ESBEC RODRÍGUEZ, Enrique. **Psicología forense y tratado jurídico legal de la discapacidad**. Madrid, España: Ed. Edisofer, 2000.
- GARRIDO MARTÍN, Eugenio. **Manual de psicología jurídica**. 2ª ed.; Barcelona, España: Ed. Paidos, 1994.
- GONZÁLES COUHAPÉ - CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. 2ª. ed.; Guatemala: Ed. Fundación Mirna Mack, 2003.
- JÁUREGUI, Hugo Roberto. **Apuntes de teoría del delito**. 2ª. ed.; Guatemala: Ed. Ingrafic, 2003.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Criminología y psicoanálisis**. 4ª. ed.; Barcelona, España: Ed. Paidos, 1998.
- MAGUIRRE, Mikey. **Manual de criminología**. 2ª. ed.; México: Ed. Porrúa, 1999.
- MORALES ALVARADO, Sergio Fernando. **Garantías individuales**. 3ª. ed.; Guatemala: Ed. Serviprensa, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 2ª. ed.; Bogota Colombia: Ed. Tamis, 2004.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de derecho penal mexicano**. 5ª. ed.; México: Ed. Porrúa, 1990.

PROCURADURÍA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe circunstanciado 2005.**
Guatemala, Enero 2006.

PROCURADURÍA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe muertes violenta de niñez,
Adolescencia y juventud y propuestas para su prevención.** Guatemala,
2004.

PROCURADURÍA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe seguridad y justicia en
tiempos de paz.** Guatemala, 2006.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. **Criminología.** 13^a. ed.; México: Ed. Porrúa, 1996.

RODRÍGUEZ SUTIL, Carlos. **Evaluación, sicopatología y tratamiento en
psicología.** 3^a. ed.; Madrid España: Fundación Universidad Empresa, 2000.

SOBRAL, Jorge. **Manual de psicología jurídica.** 2^a. ed.; Barcelona: Ed. Pardos, 1994.

URRÚA PORTILLO Javier. **Tratado de psicología forense.** 3^a. ed.; México: Ed. Siglo
Veintiuno, 2000.

VELA TREVIÑO, Sergio. **Culpabilidad e inculpabilidad.** 5^a. ed.; México: Ed. Trillas,
1990.

YOUG, Jock. **Manual de criminología.** 2a. ed; Buenos Aires, Argentina: Ed. Plaza,
2000.

ZÚÑIGA DIÉGUEZ, Guillermina. **Técnicas de investigación en ciencias sociales.**
Guatemala: Ed. Oscar de León Palacios, 1986.

Legislación.

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

Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1986.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1989.

Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala. 1992.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto 40-94 del Congreso de la República de Guatemala. 1994.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala. 2003