

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

LA CULPABILIDAD DOLOSA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA E
INNOVADORA QUE DEBERÍA APLICARSE DENTRO DEL PROCESO
PENAL GUATEMALTECO COMO RESULTANTE DE LAS
CONDICIONES SOCIOCULTURALES DE LOS SINDICADOS

MIGUEL ANGEL OSORIO DEL CID

GUATEMALA, MAYO DE 2009.

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

**LA CULPABILIDAD DOLOSA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA E
INNOVADORA QUE DEBERÍA APLICARSE DENTRO DEL PROCESO
PENAL GUATEMALTECO COMO RESULTANTE DE LAS
CONDICIONES SOCIOCULTURALES DE LOS SINDICADOS**



previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2009.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidente:	Lic. Ronald David Ortiz Orantes
Vocal:	Lic. José Luis Vallecillos Morales
Secretario:	Lic. Héctor Leonel Mazariegos González

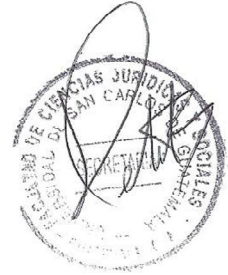
Segunda Fase

Presidente:	Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Vocal:	Lic. Saulo De León Estrada
Secretaria:	Licda. Marisol Morales Chew

RAZÓN:

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

LIC. NERY AUGUSTO FRANCO ESTRADA
ABOGADO Y NOTARIO Col. No. 4757
15 calle 19-09 Zona 7, Casa H 24 Altos del Encinal, Mixco.
Tel. 23833738



Guatemala, mayo 5 de 2008.

Señor Jefe de la Unidad Asesora de Tesis,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala,
Licenciado Marco Tulio Castillo Lufín,
Ciudad.



He revisado el trabajo de tesis denominado "LA CULPABILIDAD DOLOSA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA E INNOVADORA QUE DEBERÍA APLICARSE DENTRO DEL PROCESO PENAL GUATEMALTECO COMO RESULTANTE DE LAS CONDICIONES SOCIOCULTURALES DE LOS SINDICADOS", presentado por el estudiante MIGUEL ANGEL OSORIO DEL CID y al respecto me permito informar:

Que por su relieve jurídico e interpretación, constituye un aporte a la actividad procesal, que en el contexto de su comprensión, deviene comentar, que los distintos momentos de desarrollo permiten conocer la importancia de su incorporación como institución, que seguido del efecto de consideración, presenta así mismo un análisis de consistencia para su aplicación; de esa cuenta, en atención al Artículo 32, correspondiente al Normativo de elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, es un trabajo que satisface los requisitos para ser sometido al examen general público.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Respetuosamente,

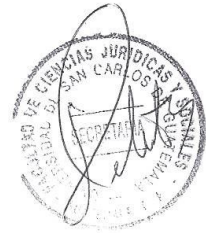

Nery Augusto Franco Estrada
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, treinta de abril de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) NERY AUGUSTO FRANCO ESTRADA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MIGUEL ANGEL OSORIO DEL CID, Intitulado: "LA CULPABILIDAD DOLOSA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA E INNOVADORA QUE DEBERÍA APLICARSE DENTRO DEL PROCESO PENAL GUATEMALTECO COMO RESULTANTE DE LAS CONDICIONES SOCIOCULTURALES DE LOS SINDICADOS".

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 el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO JULIO CASTILLO LUTIÑ
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh





LIC. JOSE LUIS RIVERA CARRILLO
ABOGADO Y NOTARIO, COLEGIADO No. 5,413
13 CALLE 2-70 ZONA 10, EDIFICIO TOPACIO AZUL
OFICINA 407, CIUDAD DE GUATEMALA
TELEFONO 2363-0158

Guatemala 25 de abril del 2008

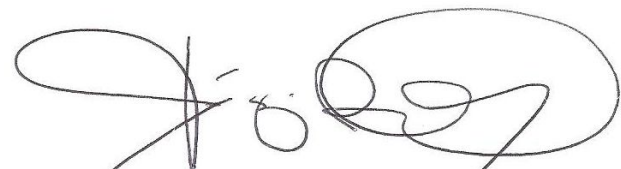
Licenciado
Marco Tulio Castillo Latín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

En mi calidad de asesor, he corregido, sugerido y modificado algunos aspectos en la elaboración del trabajo de tesis denominado "LA CULPABILIDAD DOLOSA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA E INNOVADORA QUE DEBERÍA APLICARSE DENTRO DEL PROCESO PENAL GUATEMALTECO COMO RESULTANTE DE LAS CONDICIONES SOCIOCULTURALES DE LOS SINDICADOS", realizado por el estudiante MIGUEL ANGEL OSORIO DEL CID.

Considero que el trabajo de tesis elaborado, es un tema muy importante para ser integrado dentro de nuestro ordenamiento jurídico; es abundante, enriquecedor, siendo utilizados para su elaboración, las técnicas y métodos de investigación apropiados al mismo, se consultó la bibliografía y legislación adecuada, redactada de manera coherente y clara. Asimismo, considero valiosas las conclusiones y recomendaciones que se aportan, constituyendo una contribución significativa a nuestro derecho procesal penal y administración de justicia en general. En la calidad con que actúo y en atención al artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, otorgo el correspondiente Dictamen Favorable, por estimar que el trabajo de tesis anteriormente relacionado satisface a mi juicio, los requisitos establecidos en nuestra facultad.

Sin otro particular, me suscribo de usted,

Atentamente



José Luis Rivera Carrillo
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintisiete de febrero del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MIGUEL ANGEL OSORIO DEL CID. Titulado LA CULPABILIDAD DOLOSA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA E INNOVADORA QUE DEBERÍA APLICARSE DENTRO DEL PROCESO PENAL GUATEMALTECO COMO RESULTANTE DE LAS CONDICIONES SOCIOCULTURALES DE LOS SINDICADOS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/silh



DEDICATORIA

A DIOS: Generoso, ha colocado personas maravillosas en mi vida para que todos los días me llenen de felicidad, alegría y amor.

A MI MADRE: Pelanchita linda, sin duda la mejor madre de todo el universo, gracias por tu amor, consejos y sobre todo, por ser pilar fundamental de nuestra familia y la razón de mi vida. Sin tu presencia nunca hubiese podido ser nada en este mundo.

A MI PADRE: Viejo querido, el mejor padre de todos, gracias por estar en todo momento con esta familia que te adora, gracias por el apoyo incondicional que siempre me has otorgado, por tus consejos y por estar conmigo en todo momento.

A MIS HERMANOS: Bryan Alejandro que desde el cielo me has guiado, gracias por llenar de alegrías nuestras vidas y enseñarnos que ante todos los problemas que se nos puedan presentar, siempre debemos ser optimistas y sonreír a la vida. Ronald Fernando, a quien siempre lo he visto como el mejor ejemplo a seguir, muchas gracias por su apoyo y por contribuir en la búsqueda de mis triunfos.

A MI SOBRINA: Lisa Camila, has llevado felicidad y mucha alegría a esta familia que definitivamente ha cambiado con tu presencia.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, centro de adquisición de conocimientos y formación profesional.

ÍNDICE

	pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Los condicionamientos socio culturales, como factores de motivabilidad anormal por parte de la normativa penal.....	1
1.1. La culpabilidad socio cultural.....	1
1.2. Bipolarización entre derecho penal y criminología.....	2
1.3. Hacia una propuesta de conciliación: admitir los condicionantes socioculturales del hombre medio al hombre real en Guatemala.....	4
1.4. La imputación personal y la exigencia de normalidad motivacional.....	12
1.5. La motivabilidad de la norma penal en la apreciación del desvalor.....	15
1.6. Los condicionamientos socio culturales como factores de motivación anormal.....	20
1.6.1. Marginalidad y desviación ¿de quién y respecto a qué?..	20
1.6.2. Desigualdad social y sus condicionamientos.....	23
CAPÍTULO II	
2. Etiología del error y conformación del capital simbólico de la personalidad y sus consecuencias desmotivadoras.....	29
2.1. Antecedentes.....	29
2.2. Teorías sociales del consenso, hombre medio y teorías del conflicto, hombre real.....	31
2.3. Etiología del error y conformación del capital simbólico de la personalidad.....	34
2.3.1. Distintas posiciones psicológicas sobre la configuración de la conducta.....	34

	pág.
2.3.2. El proceso de socialización, desde una perspectiva psicosocial.....	38
2.4. La sociedad actual, generadora de desigualdades.....	41
CAPÍTULO III	
3. Principio de culpabilidad y relación con los aspectos cognitivos y motivacionales: paralelismo entre los efectos del error de prohibición y de las carencias en el proceso de socialización.....	45
3.1. La socialización del individuo.....	45
3.2. La teoría de la infracción.....	48
3.3. Teoría clásica.....	48
3.4. Teoría neoclásica y teoría finalista.....	50
3.5. Corrientes actuales.....	51
3.6. Aprendizaje y socialización.....	54
3.7. La sociedad como generadora de delincuencia.....	55
3.7.1. La relativización de los valores.....	57
3.7.2. El principio de subsidiariedad.....	60
3.7.3. La oportunidad a través de la selectividad.....	61
3.7.4. La intervención mínima.....	62
3.7.5. La protección o tutela de los bienes jurídicos.....	64
CAPÍTULO IV	
4. Análisis de los déficits socioculturales y económicos.....	69
4.1. ¿déficits en la asimilación de valores normales o asimilación correcta de valores desviados necesarios en su ámbito?.....	69
4.2. El principio de culpabilidad en concreto.....	70
4.2.1. Fundamentos del juicio de reproche.....	71
4.2.2. Principio de la responsabilidad objetiva.....	72
4.2.3. Proscripción del derecho de autor.....	75
4.3. Cultura inquisitiva guatemalteca.....	79

	pág.
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87

INTRODUCCIÓN

En la actual sociedad, generadora de desigualdades, no parece adecuado medir la capacidad de motivación por la norma jurídica para ser aplicada, en todos los sujetos y al margen de su ubicación social en base a la capacidad al respecto del irreal hombre medio que toma de base la legislación guatemalteca. En tanto esas desigualdades persistan, como mínimo debieran considerarse las condicionantes socioculturales y económicas en el momento de juzgar al individuo concreto, pues se juzga a un sujeto real, no hombre medio de la norma, modelado en virtud de esas condicionantes, que en poco o nada puede parecerse al inexistente hombre ideal o medio. Pero esa consideración no existe, salvo para la individualización de la pena. El objeto de esta investigación es evidenciar esa omisión y criticarla, tema que es abordado en el primer capítulo de la misma.

Por contrario, de lo que acontece, debe producirse fidelidad al principio de igualdad, tratando de desigual forma a los desiguales, en su beneficio y que además esos condicionantes pueden incorporarse a la dogmática penal, en la medida en que, si bien de etiología distinta, producen los mismos efectos desmotivadores que otras figuras sí aceptadas, como el error. La existencia de evidentes contradicciones en el contexto, y la propuesta de posibles alternativas transitorias de solución, serán objeto secundario de estudio dentro del primer capítulo.

La línea a seguir dentro del capítulo segundo, pasa por establecer la responsabilidad penal de quien no comprende la ilicitud del hecho, o quien no es capaz de actuar conforme a esa comprensión, o quien incurre en error. Enfocando, no únicamente el tema desde las causas meramente biológicas, toxicológicas y psicológicas basadas en el error sino a otras de tipo sociológico dejando a un lado la verdad histórica del hecho.

Existe una tensión entre la nueva criminología y la ciencia del derecho penal, ya que aquella parece desentenderse de esa dogmática jurídico penal y de su

construcción de la teoría del delito, pues considera que previo a establecer los elementos que deben concurrir para que una conducta humana, en apariencia tipificada penalmente, sea punible, debemos establecer el por qué tal conducta está tipificada.

Es necesario conciliar las posturas de la nueva criminología y la ciencia del derecho penal. Para ello dentro del tercer capítulo se encuentra como medida transitoria, la aceptación de los factores socioculturales del sujeto concreto, como condicionantes de su posible capacidad de motivación ya que, es sabido que el dolo o intención exige una representación mental de aquello que se desea y un acto volitivo encaminado al logro de lo mentalmente representado o deseado. En definitiva conocimiento y volición en base al mismo, pero la línea mantenida en este aspecto es que, para la nueva criminología el derecho penal importa como causa del delito, como factor de criminalización, y abandona el estudio de los factores de la criminalidad, avanzando desde la teoría de la criminalidad hacia la teoría de la criminalización encaminándose cada vez más a las nuevas corrientes como lo es la culpabilidad enfocada desde el punto de vista doloso o culpabilidad dolosa.

Básicamente la no conciencia de actuar injustamente, el denominado error, o la incomprensión del sistema de valores imperante con la carencia sensible de mecanismos de autocontrol para adecuar la conducta podría eliminar la culpabilidad y es esto a lo que le llamamos culpabilidad dolosa, el cambio de viejas teorías por corrientes prácticas aún no aplicadas pero que merecen la pena ser estudiadas a fin de determinar su posible incursión en el ámbito penal guatemalteco beneficiando no sólo al sindicado sino a la sociedad en la aplicación de justicia y aplicando la celeridad en el proceso y principalmente aplicando justicia en razón de la averiguación de verdad del hecho demostrado en la investigación.

El problema que se plantea en la presente investigación consiste en que el sujeto activo del hecho actúa en desconocimiento pleno de la magnitud de su acción, hecho ocasionado atendiendo a la culpabilidad dolosa, sujetos a los cuales debe dárseles un tratamiento procesal especial que infiera determinadamente en su

juzgamiento y que tome como base las condicionantes socioculturales de su entorno, y que deberían aplicarse en el proceso penal, es sabido que el dolo o intención, exige una representación mental, de aquello que se desea, y un acto volitivo encaminado al logro de lo mentalmente representado o deseado. En definitiva conocimiento y volición en base al mismo, lo cual se encuentra desarrollado en el cuarto capítulo de la tesis.

Básicamente la no conciencia de actuar injustamente, error, o la incomprensión del sistema de valores imperante o la carencia o déficit sensible de mecanismos de autocontrol o frenado para adecuar la conducta, podría eliminar la culpabilidad; y en este punto al respecto, la responsabilidad de quienes por su escaso o diferente proceso de socialización, por sus vivencias y esquemas consecuentemente asumidos, todo ello de etiología social, no efectúan el juicio de desvalor ante una representación mental, que de tenerla otra persona, con otro grado de socialización, etc., sí generaría en ella ese juicio de desvalor, al margen de que a continuación existiese volición o no. Planteándonos la afectación de la carencia de desvalor a su sistema de autocontrol, aún entendiéndolo en perfectas condiciones y la afectación de determinada socialización al propio sistema de autocontrol, en aspectos tales como la capacidad para la frustración, el pensamiento aplicado a algo más que lo inmediato, etc., o a la incomprensión del esquema de valores imperante. Algunas de estas respuestas interesan al aspecto de representación en el dolo.

CAPÍTULO I

1. Los condicionamientos socio culturales, como factores de motivabilidad anormal por parte de la normativa penal

1.1. La culpabilidad socio cultural

Si no es culpable quien no comprende la ilicitud del hecho, o quien no es capaz de actuar conforme a esa comprensión, o quién incurre en error con la ausencia de desvalor respecto de la acción y de motivación por la norma penal, ¿por qué no tratar el tema desde las causas biológicas, tóxicas o psicológicas basadas en el error, a otras de tipo sociológico, que también pueden generar una motivación anormal por parte de la norma? ¿Por qué no aprovechar para incluir el aspecto sociológico en la teoría del delito en ámbitos propios de la culpabilidad?

Al tratar ese tema, se pone en evidencia un cierto enfrentamiento entre el derecho penal y la criminología, su bipolarización, en el sentido de que la actual posición criminológica no considera al delito como una entidad pre-existente al derecho penal, sino definida por los propios sistemas de control, entre los que ese propio derecho se encuentra. Por tal razón, en cuanto no se consideren, por parte del derecho penal, los distintos factores socioculturales y económicos que conviven en nuestra desigual sociedad guatemalteca, el mismo en manos de los que tienen el poder de definición será utilizado como instrumento de salvaguarda de determinados intereses.

Por ello, la consideración de esos diversos factores socioculturales y económicos junto con sus condicionamientos sobre los sujetos, a fin de matizar la imputación personal o culpabilidad, substituyendo a tal efecto la figura del hombre medio por el real, constituiría, además del objeto de la investigación, una propuesta conciliadora, al huir de patrones afines a determinado sector, pero alejados de otros.

1.2. Bipolarización entre derecho penal y criminología

Como primera etapa a recorrer sobre tema central de la tesis es el trasfondo de la bipolarización del derecho penal y la criminología.

Así el derecho penal, entendido en su sentido objetivo, tal como lo determina el tratadista Von Liszt es: "El conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia"¹, y ampliando hoy esa definición centenaria, nos lleva a concluir, según Mir Puig el cual es citado por Bergalli, que por derecho penal en sentido objetivo deberemos entender: "El conjunto de prescripciones, normas, valoraciones y principios, jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica"².

Así, el derecho penal constituye el protector último de aquellos bienes e intereses innegociables para una determinada sociedad, en base a su cultura y consecuente escala de valores. El derecho penal se alza así en la *última ratio* frente a los ataques a esos bienes, o a su simple puesta en peligro o riesgo, y siempre desde el principio de mínima intervención, habida cuenta que no todos los bienes merecen tal tutela.

En definitiva, nos hallamos ante un derecho protector de establecidos ataques, considerados especialmente peligrosos hacia determinados bienes jurídicos, los jurídicopenales. Lo que pone en evidencia el carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal.

Desarrollando esa tarea protectora intentando la disuasión, por la amenaza de la pena, etc., de aquellos comportamientos peligrosos, entendidos tales como aquellos que objetivamente puedan afectar negativamente al bien protegido.

Así la criminología, no entendida en el sentido clásico de búsqueda causal de la criminalidad del delito, como fenómeno individual primero, dentro de la antropología y

¹ Taylor, Walton y Young, **La nueva criminología**, pág. 78.

psicología criminal, y en plano social después, Sociología Criminal, sin perseguir una explicación sociológica de las normas e instituciones penales, centrada en el delito y el delincuente como realidades independientes de aquéllas, sino entendida en el sentido de criminología crítica centrada en el estudio sociológico de las instancias de control penal, normas penales, policía, administración de justicia, prisiones, etc. En definitiva: la criminología entendida como Sociología del derecho penal.

La criminología crítica mantiene: “Que el delito no constituye una realidad natural previa a la norma que lo establece, sino que su existencia depende de una norma surgida en un sistema social determinado, como fruto de unas condiciones sociales específicas”³.

Ello significa que existen los delitos porque las normas los establecen como tales, y esas normas son propuestas por quién tiene poder para definirlos y capacidad para escapar a esa definición. En la medida en que no todos los individuos tienen el mismo poder, el camino a que los mejor ubicados propongan normas con la exclusiva finalidad de proteger sus intereses, sin tener que vulnerarlas para ello justo al contrario de lo que les sucede a los demás, queda abierto.

Se supera, por tanto, la etapa de la sociología de la desviación, que intenta responder a la pregunta ¿por qué determinadas personas se desvían de la conducta normal, incurriendo en casos extremos incluso en delitos?, para entrar en la sociología de la censura, que responde al ¿por qué determinadas conductas son desaprobadas?, y por ende en la sociología del control social, estudio de las instancias de control y su factor criminalizador.

La criminología ha de convertirse en sociología del control social y para ella el derecho penal no es sino uno de esos medios de control. Para la nueva criminología el derecho penal importa como causa del delito, como factor de criminalización, y

² R. Bergalli y otros, **El Pensamiento criminológico, un análisis crítico**, pág. 123.

³ Taylor, **Ob; Cit.**, pág. 45.

abandona el estudio de los factores de la criminalidad. Es decir, se progresa de la teoría de la criminalidad a la teoría de la criminalización.

Existe, por tanto, una tensión entre la nueva criminología y la ciencia del derecho penal, ya que aquella parece desentenderse de esa dogmática jurídica penal y de su construcción en la teoría del delito. Ello por considerar que, previo a establecer una estructura penal centrando los elementos que deben concurrir para que una conducta humana en apariencia tipificada penalmente sea punible, debemos establecer el por qué la tal conducta está tipificada. Si lo segundo no tiene más sentido que una defensa partidista de intereses en una sociedad de desiguales tal como la sociedad guatemalteca, ¿para qué afinar tanto en lo primero? Ello sólo tendría un justo sentido en una sociedad que como mínimo tendiese eficazmente a la igualdad; actividad que debería mantenerse permanentemente, pues la realización absoluta, probablemente inalcanzable, requeriría un continuo avance por estadios infinitos.

1.3. Hacia una propuesta de conciliación: admitir los condicionantes socioculturales del hombre medio al hombre real en Guatemala

Es posible la conciliación de las posturas de la nueva criminología y la ciencia del derecho penal. Para empezar siguiendo en parte la tesis de Hassemer: “Cuando hablamos de sistema del hecho punible o de la teoría general del delito, o si se prefiere de la estructura del delito nos estamos refiriendo a una institución jurídico penal no formulada propiamente por el legislador que pretende, a un nivel medio de abstracción entre ley y caso concreto, servir de comunicación entre aquélla y éste”⁴.

La teoría del delito es más bien producto del trabajo teórico jurídico penal que de la práctica; es una recopilación de reglas metódicas, que vinculan al juez en el seguimiento de un orden a la hora de comprobar la punibilidad de una conducta humana. Así, antes de juzgar la totalidad, el penalista está obligado a analizar separada y gradualmente:

⁴ **Ibid**, pág. 65.

- Si ha existido una acción u omisión humana pues de lo contrario faltaría el destinatario de la norma penal,
- Si esa acción u omisión es encuadrable en un tipo penal en cuyo caso y sólo en él adquiere relevancia a nivel penal;
- Si la acción u omisión penalmente relevante está excepcionalmente justificada en cuyo caso dejaría de ser injusta,
- Si esa acción u omisión injusta, esto es antijurídica, puede ser atribuida subjetivamente, y no tan sólo de forma objetiva, a una persona determinada pues de no ser así resultaría, a su vez, injusto gravar a la tal persona con una consecuencia jurídica penal;
- Si excepcionalmente puede o debe dejarse de aplicar la tal pena por absurda, perjudicial, etc.

La teoría del delito ofrece un procedimiento para investigar la punibilidad de un comportamiento humano. La definición según la cual el hecho punible es la acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y punible pretende validez para todas las formas delictivas, expresando que es común a todas ellas. En este sentido y como mantiene Hassemer la teoría del delito está antes que la ley.

Así, nuestro Código Penal en su Artículo 10, y coherentemente con lo anterior, define las infracciones penales como acciones y omisiones dolosas o imprudentes, aspecto de causalidad, penadas por la ley, esconde los elementos de tipicidad, antijuricidad y punibilidad. Estas reflexiones exigen profundizar con algunas ideas acerca de la imputabilidad como capacidad de culpabilidad, de la culpabilidad, dolo e imprudencia, como grados de participación interna, y del conocimiento de la prohibición y exigibilidad del comportamiento como presupuestos de la imputación subjetiva.

Dolo e imprudencia no son suficientes para fundamentar la imputación subjetiva, pues igualmente fundamentales son otros tres presupuestos:

- El agente tiene que ser capaz de comprender la ilicitud del hecho y de dirigir su actuar conforme a esa comprensión; quién por su poca edad o por deficiencias en su capacidad de conocer y dirigir incurre en un hecho punible, no debe recibir reproche.
- El agente debe tener conocimiento de la prohibición; tampoco debe recibir ese reproche quién no podía sospechar que hacía algo prohibido.
- El agente tendrá exigibilidad de una conducta; quién en estado de arrebató o de necesidad, ha reaccionado de un modo comprensible sin que cupiese exigirle conducta distinta que podría bordear la heroicidad o el autocontrol excesivo, e incurriendo en un hecho punible, tampoco debe recibir reproche.

En consecuencia la capacidad de culpabilidad, imputabilidad,, el conocimiento de la prohibición y la exigibilidad de un comportamiento conforme a la norma, son también presupuestos positivos de la imputación subjetiva. Aunque estos tres presupuestos de la imputación subjetiva, igual que el dolo y la imprudencia, son de naturaleza positiva, en la ley se formulan de forma negativa; en ella se habla de incapacidad de culpabilidad como se dijo antes, de error de prohibición y de inexigibilidad del comportamiento conforme a norma.

Efectivamente, al tratar del hombre medio, por cuya capacidad se mide al acusado a la hora de reprocharle su culpabilidad, nos percatamos de que no es real, sino una imagen ideal. El cambio del agente real por el del hombre medio facilita la tarea investigadora y fundamentadora del juez penal, posibilitando el reproche de culpabilidad.

El criterio del hombre medio, en lugar del real, es consecuencia de que con los medios del proceso penal no se pueden comprobar las alternativas a la acción que realmente pudo barajar el acusado. A mayor abundamiento el Derecho Penal da por supuesta la libertad de elección de alternativas salvo que se demuestre lo contrario. “El contenido del reproche no ofrecerá problemas mientras se pueda creer en la existencia de un poder individual para actuar de otro modo. Dicho reproche no es más que la existencia de posibilidades de actuación individual alternativas, que deberían ser aclaradas con los medios probatorios en el proceso. Pero cuando se habla de que las alternativas individuales no se pueden utilizar como criterio por la dificultad de su conocimiento y se cambia a un criterio general, un poder general y no un poder individual, este poder general debe tener una teoría que lo concrete, pues sino ese concepto queda vacío”⁵.

Cuando se elaboran criterios para precisar el concepto de poder general, ello se hace desde el campo próximo de los fines de la pena, que al indicar la misión de ésta, son un medio adecuado para concretar el juicio de culpabilidad.

Este tipo de reproche de culpabilidad, desvía la atención del hecho conocido de que el delito no es nunca obra de un sólo individuo, sino el resultado de un conjunto de factores externos e internos que van desde las relaciones familiares, la adaptación escolar, hasta el nivel de desempleo, por tan solo señalar algunos.

El derecho penal no puede obviar la imputación subjetiva del comportamiento antijurídico, debe hacer responder al sujeto individual de un determinado hecho, cometido por él; y ello a la luz de un reproche formulado de forma general y no individual. Pero, cabe preguntarse además, ¿Si ese hecho es sólo suyo? O ¿Si la sociedad guatemalteca ha influido en la comisión del mismo sobre el agente?

⁵ Ferrajoli, Luigi, **Las reglas del método sociológico**, pág. 211.

En conexión con lo anterior, debe reconocerse que la pena es una amarga necesidad, significando que el fundamento de la actividad jurídico penal no es que una persona sea culpable, sino más bien que se ha producido un conflicto social que no puede tratarse con medios menos intensivos que los del derecho penal.

Ese irreal hombre medio guatemalteco, nace de la mano de la segunda regla de la Psicóloga Emily Durkheim, relativa a: “La distinción entre lo normal y lo patológico”⁶. Dicho autor entiende que el análisis de la realidad social no cabe abordarlo sino desde esa perspectiva normal o media, si bien acepta el distanciamiento entre el tipo medio o abstracto y el individual o real. Así, al distinguir lo normal de lo patológico, expone que: “Llamaremos normales a los hechos que presentan las formas más generales y a los demás los calificaremos de morbosos o patológicos, si se conviene en denominar tipo medio al ser esquemático que se constituiría reuniendo en un mismo todo, en una especie de individualidad abstracta, los caracteres más frecuentes en la especie con sus formas también más comunes, se podría afirmar perfectamente que el tipo normal se confunde con el tipo medio y que toda desviación de este tipo constituye un fenómeno morbooso, es verdad que el tipo medio no podría determinarse con la misma seguridad que un tipo individual, pues sus atributos constitutivos no están absolutamente fijados sino que son susceptibles de variar...”⁷.

El crimen, Durkheim lo considera lógico y fruto natural de la sociedad, si bien desviado respecto a lo normal. Explica el por qué de su existencia, y en esa explicación queda refrendada la posición respecto a los condicionantes socioculturales, y por ende la crítica, en el entorno que nos ocupa, de la figura del hombre medio. Así: “Si hay un hecho cuyo carácter patológico parece incontestable, es el crimen. Así se ha venido considerando por los criminólogos. El crimen, sin embargo, es natural, porque una sociedad sin él es completamente imposible. Para que en una sociedad dada pudieran cesar de cometerse los actos reputados criminales, sería preciso que los sentimientos que ofenden se encontrasen en todas las conciencias individuales y con el grado de

⁶ Durkheim, Emily, **Tratando del crimen de Durkheim**, pág. 114.

⁷ **ibid.**

fuerza necesaria para contener los sentimientos contrarios. Pero una uniformidad tal es radicalmente imposible, pues el medio físico inmediato en el cual está colocado cada uno de nosotros, los antecedentes hereditarios y las influencias sociales de que dependemos, varían de un individuo a otro, y por consiguiente diversifican las conciencias⁸. En definitiva, condicionan.

Tras este apartado, la reflexión puede concluir manteniendo que nos hallamos ante una ocasión pérdida: la del estudio individual del condicionamiento sociológico en los presupuestos de la imputación subjetiva, como desarme de la misma y como causa de replanteamiento social, desde la propia teoría del delito. Cabe aclarar inicialmente que con la expresión condicionamiento no se defiende una postura determinista. Tan sólo, si se quiere, un comportamiento libre pero en base a otros estándares asumidos, posiblemente distintos de los aceptados como normales o generales en Guatemala.

Un presupuesto básico para la culpabilidad era la imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Es decir, el sujeto debe ser capaz de comprender la ilicitud del hecho, un enajenado mental no lo es y asimismo debe ser capaz, en el supuesto de comprender esa ilicitud, de dirigir su actuar, conforme a esa comprensión un cleptómano, por ejemplo, no lo es al fallarle, por la propia enfermedad, los mecanismos de freno o adecuación a la norma.

Se ha comentado también y así lo recoge nuestro Código Penal que quien por su poca edad o por deficiencias en su capacidad de conocer y dirigir, sean de tipo psíquico o por estados de intoxicación, etc. no buscado con ánimo de delinquir incurre en un hecho punible, no debe recibir reproche. Es más, especifica también nuestro texto penal que quienes sufran alteraciones en la percepción desde la niñez, y por ello tengan gravemente alterada la conciencia de la realidad están en un mundo con otros parámetros, tampoco recibirán reproche en caso de incurrir en un hecho antijurídico según como lo establece el cuerpo legal en el Artículo 23.

⁸ **Ibid**, pág. 123.

Otro presupuesto para la imputabilidad subjetiva es el conocimiento de la prohibición; por tanto tampoco debe recibir reproche quién no podía sospechar que hacía algo prohibido, al incurrir en el denominado error de prohibición, invencible. No cabe reproche pues, respecto a quién encamina intencionadamente su acción hacia aquello que erróneamente se ha representado en su mente como justo, aunque en realidad sea un injusto; y ello es así pues ese hecho ilícito no ha sido deseado por el agente.

Pues bien, si no es culpable quien no comprende la ilicitud del hecho, o quien no es capaz de actuar conforme a esa comprensión, o quien incurre en error, ¿por qué no extrapolar el tema desde las causas meramente biológicas, tóxicas, psicológicas o sencillamente basadas en el error, a otras de tipo sociológico? ¿Por qué perder o no aprovechar esta ocasión para incluir el aspecto sociológico en la teoría del delito, en ámbitos propios de la culpabilidad? Y encasillarlo únicamente dentro de la criminología y el derecho penal.

Por ese camino y en el ámbito, por ejemplo, de la culpabilidad dolosa y también en la imprudente, cabe plantear quizás un análisis sociológico del tipo siguiente: La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales y económicos en Guatemala.

Básicamente, pues, la no conciencia de actuar injustamente, la incomprensión del sistema de valores imperante o la carencia y/o déficit sensible de mecanismos de autocontrol y/o freno para adecuar la conducta, podría eliminar la culpabilidad. Alcanzado este punto, ¿qué decir al respecto de quienes por su escaso proceso de socialización, por sus vivencias y esquemas consecuentemente asumidos todo ello de etiología social, no efectúan juicio de desvalor ante una representación mental que de tenerla otra persona, con otro grado de socialización, etc., sí generaría en ella ese juicio de desvalor, al margen de que a continuación existiese volición o no?, ¿Cómo afecta esa carencia de desvalor a su sistema de autocontrol aún entendiéndolo en perfectas condiciones?, ¿Cómo afecta determinada socialización al propio sistema de autocontrol

en aspectos tales como la capacidad para la frustración, el pensamiento aplicado a algo más que lo inmediato, etc., o a la incompreensión del esquema de valores imperante? Algunas de estas respuestas interesan al aspecto de representación en el dolo.

Por tanto y desde el propio corazón de la estructura del delito estadio de la culpabilidad, se acredita que para la existencia de culpa en sentido justo y veraz, sería necesaria la máxima aproximación entre hombre real y hombre medio; y ello como fruto de una sociedad más justa e igualitaria; en caso contrario la falacia del hombre medio es injusta por naturaleza y en consecuencia no es acreedora a erigirse en la vara de medir para la imputación subjetiva de un injusto.

En definitiva, lo que los normales puedan entender como conducta ilícita, en base a las disposiciones legales, puede representarse en la mente de otros de forma distinta, como resultado de su interacción social, de su proceso de aprendizaje, u otros. No existe conducta ilícita imputable a un individuo, sino más bien sociedad causante de que el tal individuo incurra en conductas calificadas como ilícitas por la misma sociedad que les empuja a ellas.

Así debemos exigir al derecho penal que cuando aplique su ingeniería reconozca que ésta sólo será plenamente válida si previamente ha existido un cambio social hacia la igualdad, y por ello, desde el seno de la propia teoría del delito, estadio de culpabilidad debe invocarse por parte de los penalistas un cambio o replanteamiento social encaminado al logro de una sociedad más justa e igualitaria, para dar un verdadero y correcto sentido a ese estadio criticando la figura del hombre ideal medio, que en nuestra sociedad guatemalteca constituye una falacia. Sin ello la propia teoría del delito se asienta en falso, y eso es algo que debe inquietar a la propia dogmática penal actual.

De esta forma pueden conciliarse las posturas de la nueva criminología y la ciencia del derecho penal complementándose en el esfuerzo de transformación social

hacia un sistema más igualitario, exigido por la criminología crítica y consolidador de la racionalidad de la teoría del delito, y por ende de la dogmática penal, y en todo caso, en tanto en cuanto esa desigualdad manifiesta subsista, deberá abogarse en el día a día jurisdiccional por la consideración en el límite analógico a favor del reo, de esos condicionamientos socioculturales en los tribunales, y también porque la dogmática penal los considere no reduciendo la restricción de la imputabilidad, capacidad de imputación subjetiva, a causas psíquicas, ni el error en el dolo al de tipo o de prohibición; deberá existir una apertura a otros aspectos, tales como debidos al proceso de socialización vivido por el sujeto, que vicien también la representación mental de lo querido, disminuyendo la capacidad de autocontrol y/o frenado por ausencia de desvalor, etc. en tal representación.

1.4. La imputación personal y la exigencia de normalidad motivacional

Los dos extremos sobre los que descansa la teoría del delito, son sin duda la antijuricidad y la culpabilidad, en sentido estricto: imputación personal. Se entiende como: “Juicio de desvalor expresivo de la nocividad jurídico penal de un hecho, reproche del hecho, en cuanto el mismo supone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal no justificada por un interés jurídico superior, causa de justificación. Desvalor intersubjetivo y ex ante de una conducta, por su peligrosidad hacia el bien protegido y desvalor objetivo ex post del resultado. El juicio de desvalor, en que consiste la antijuricidad, no implica todavía, esto es por sí mismo, la infracción de una norma primaria, imperativa, por parte de su destinatario concreto. En efecto, en cuanto imperativo dirigido a un sujeto, a todos y cada uno de los sujetos a los que quiere motivar, la norma primaria solo puede ser infringida personalmente por dicho sujeto. El delito ha de ser un hecho penalmente antijurídico, típico y sin causas de justificación, personalmente prohibido a su autor, personalmente imputable; entendiendo por imputación personal que el hecho penalmente antijurídico sea imputable a una infracción personal de la norma primaria por parte de un sujeto penalmente responsable”⁹.

⁹ Durkheim, **Ob; Cit.**, pág. 123.

En definitiva, delito como hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable. Tan sólo en ese supuesto cabe hablar de tal concepto. El principio de imputación personal impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida. Es lo que sucede en el caso de los inimputables.

Este principio puede apoyarse:

- “En la necesidad de que el hecho punible pertenezca a su autor no sólo material y subjetivamente, sino también como producto de una racionalidad normal que permita verlo como obra de un ser suficientemente responsable,
- En el principio de igualdad real de todos los ciudadanos, como garantía de que si la llamada de la norma no puede motivarles con la eficacia normalmente prevista a causa de una inferioridad personal o situacional, no sea lícito castigarles como si no poseyeran esa inferioridad. Lo que amplía el abanico de supuestos al error además de a la inimputabilidad,

Y centrándonos ya en el aspecto personalmente imputable, conlleva:

- La infracción personal de una norma primaria: En la medida en que el derecho penal está constituido por un conjunto de normas dirigidas a motivar al ciudadano en contra del delito; lo intenta en primera instancia a través de las prohibiciones o mandatos en que consisten las normas primarias, las cuales tratan de prevenir la producción de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico penales previstas en los tipos penales y no justificadas. Pero la norma sólo puede intentar legítimamente evitar tales hechos dirigiéndose a la mente de cada uno de sus destinatarios, lo que conocemos en nuestro derecho penal guatemalteco como prevención general, para que evite realizarlos cuando él pueda hacerlo. Si sus condiciones personales y/o o situacionales son normales,

el autor del injusto penal podrá haberlo evitado por lo que infringirá la norma primaria, es acá donde la prevención especial o específica tiene lugar. Pero no será así en caso contrario, ello sucede cuando el sujeto no puede advertir personalmente la peligrosidad objetiva del hecho o es incapaz de evitarlo, y cuando no puede saber su objetiva antijuricidad error de tipo y de prohibición.

- Su atribución a un sujeto penalmente responsable: La responsabilidad penal del autor exige que la capacidad de cumplimiento de la norma primaria exista en un grado tal que pueda considerarse normal. El autor es penalmente responsable cuando realiza el hecho en condiciones psíquicas de normalidad motivacional suficientes para que proceda la imposición de una pena. Falta, en cambio cuando el infractor de la prohibición no puede ser motivado por la norma en tales términos”¹⁰.

Para que sea lícito imputar un hecho prohibido a su autor como sujeto susceptible de ser penado, es preciso que éste haya podido recibir la llamada de la prohibición en unas condiciones mentales normales, ausencia de causas de inimputabilidad, etc. No son pues penalmente responsables los enfermos mentales, los menores de edad penal, los que actúan con miedo insuperable, etc. y ello abre el camino a la propuesta del trabajo investigativo.

Al considerar el tipo doloso, ubicando el dolo que supone el conocimiento de la antijuricidad de la conducta, *dolus malus* entendido como complemento del dolo natural finalista, o intención de realizar el tipo, como un elemento subjetivo del tipo penal y al margen del conocimiento de su antijuricidad, en el estadio de la imputación personal, ésta queda completada, aunque el error de prohibición invencible puede eliminar ese dolo.

Entre las doctrinas formuladas para explicar la naturaleza del dolo se debate si, para que aquél exista, basta el conocimiento, teoría de la representación, o se precisa

¹⁰ Taylor, **Ob; Cit.**, pág. 45.

conocimiento y voluntad, teoría de la voluntad. “El dolo como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito”¹¹.

En definitiva en el dolo además del elemento volitivo que se concreta en la voluntad de ejecutar el hecho, concurre un elemento intelectual, anterior a aquél, constituido por la representación mental o el conocimiento del propio hecho; y es en dicha representación en donde puede jugar el error. Como mantiene Mir Puig, el dolo es la voluntad consciente resultante de sumar el conocimiento de la conducta típica a la voluntariedad básica de todo comportamiento humano, y que dicho dolo implica querer en el sentido, por lo menos, de aceptar. El dolo exige conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido. Esta peligrosidad concreta y típicamente relevante es la base objetiva a que debe referirse la representación intelectual necesaria para el dolo y ese resultado debe quererarse o como mínimo aceptarse en el dolo eventual pues, en caso contrario, estaríamos frente a la culpa consciente.

1.5. La motivabilidad de la norma penal en la apreciación del desvalor

Al tratar anteriormente el aspecto personalmente imputable, se ha evidenciado que ello comportaba:

- La infracción personal de una norma primaria. Pero la norma sólo puede intentar legítimamente evitar tales hechos dirigiéndose a la mente de cada uno de sus destinatarios para que evite realizarlos cuando él pueda hacerlo. Si sus condiciones personales y/o situacionales son normales, el autor del injusto penal podrá haberlo evitado, por lo que infringirá la norma primaria. Pero no será así en caso contrario, ello sucede cuando el sujeto no puede advertir personalmente la peligrosidad objetiva del hecho o es incapaz de evitarlo, y cuando no puede saber su objetiva antijuricidad error de tipo y de prohibición invencible en tipos dolosos, que eliminaba el dolo.

¹¹ Jakobs, Günter, **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**, pág. 278.

- Su atribución a un sujeto penalmente responsable, no inculpable; y a su vez esto último requería una normalidad motivacional en el sujeto, por lo cual quedaban descartados al efecto los enfermos mentales, los menores de edad penal, los que actúan con miedo insuperable, etc.

La imputación personal se basa en que el sujeto es motivable mediante normas prohibitivas. El inculpable no es motivable con la misma intensidad. Por eso su acto sigue siendo antijurídico, pero no se impone la pena. En el inculpable concurren condiciones personales o situaciones que disminuyen, por debajo del límite de lo normal, las posibilidades de que dispone el sujeto a priori para atender la llamada normativa. Por ello y en aras a la ya mencionada exigencia de igualdad real de todos los ciudadanos, deben tratarse de desigual forma a estos sujetos que reciben también desigualmente la llamada de la norma, por lo que puede establecerse la ecuación: a distinta motivabilidad, distinto trato legal. Nadie duda en negar la condición de imputable a determinados sujetos, locos, niños, etc. Pero el problema real no es conocer quien es inimputable para el derecho, sino lo contrario, quién es imputable y por qué.

La respuesta más simple y en el fondo más exacta, es la de que para el derecho es imputable básicamente quien no sea un enfermo mental, un niño o un sujeto sin instrucción y esto es lo más exacto porque los elementos positivos de la imputabilidad como capacidad de culpabilidad en sentido estricto, o sea, aquellos que permitirían constatar su existencia por sí misma y no por exclusión de las causas de inimputabilidad, se dan las más de las veces por supuestos. Esos elementos son el pleno y libre albedrío, sin condicionantes importantes y ¿por qué no socioculturales?, tal y como son acá en cada una de las regiones de nuestro país, para lograr la capacidad de decidir libremente entre lo lícito y el injusto penal, además de poder conocer éstos; capacidad en suma de darle desvalor al hecho y en base a ello abstenerse de ejecutarlo, aunque la prevención general negativa se logre, por lo

general, en base al miedo al castigo asociado, sería inadecuado no contemplar este aspecto más dignificador.

Los condicionamientos socioculturales, dominantes o marginales, también tienen que ver en gran medida, y en primer lugar, con el desvalor o no, que el sujeto activo de un injusto penal, aprecie en su representación mental exigida por el dolo aún estando en plenas condiciones de salud psíquica, pues no olvidemos que la norma primaria va dirigida a él, de forma que él pueda cumplirla; si sus condiciones personales y/o situacionales, de todo tipo, son normales, el autor del injusto penal podrá haberlo evitado por lo que infringirá la norma primaria. Pero no será así en caso contrario. La ausencia de desvalor personal puede generar los mismos efectos que la incompreensión del ilícito por error de prohibición o la imposibilidad de adecuar su conducta a esa comprensión, en base a hábitos adquiridos y considerados normales por el sujeto aún en el caso de que tal comprensión fuese correcta. Recordemos también, al efecto, el Artículo 23 del Código Penal preocupado en relación a las primeras eximentes con los dos aspectos citados, si bien debe recordarse que esas eximentes son actualmente tan sólo de etiología psiquico biológica.

Y también esos condicionamientos socioculturales tendrán que ver, en segundo lugar, con el desvalor o no que la sociedad aprecie en una conducta dada. Lo que siendo objeto de estudio por parte la sociología de la censura, conecta con el impulso que la política criminal genere para la tipificación o no de dichas conductas. En relación con el desvalor personal que el sujeto activo de un injusto penal, aprecie en su representación mental, se entiende que cuando la ausencia de desvalor se deba a creencias distintas, de raíz étnica, etc., o a discrepancias objetivas respecto a la norma por causas fundadas en el ejercicio de derechos constitucionales, objetores en base a libertad ideológica, etc., estas situaciones cabrían dentro del error de prohibición, sin necesidad de abrazar atenuantes, etc. via estado de necesidad por conflicto de intereses, que evidentemente favorecerían más al reo en caso de que existiendo una muy fuerte y fundada creencia o discrepancia, se generase un peligro mínimo.

La concepción normativa de la imputación personal hace que en definitiva ésta dependa de tres presupuestos: libertad consciente de elección o determinación, imputabilidad o sujeto penalmente responsable, conocimiento de la antijuricidad, y por último exigibilidad de una conducta adecuada a la norma. Si estos presupuestos se cumplen, el sujeto es objeto de un juicio de reproche, por no haber adaptado su comportamiento a lo que el derecho y la sociedad podían esperar de él. Ese reproche, salvo excepciones legales, supondrá la imposición de una pena.

Ello no es obstáculo para sostener que, en la medida en que el hombre real no coincide necesariamente con el ideal o normal, las situaciones que puedan ser establecidas o vividas como anormales por el segundo pueden a su vez resultar normales al primero y viceversa. Así la falta de apego a la vida en general, incluyendo la propia, puede generar conductas, que sin ser percibidas como heroicas por ese sujeto, sí lo sean para los restantes, y, a su vez, el espíritu pendenciero de un hombre real, puede colocarle en situaciones anormales para él, que requerirían un gran autocontrol ante un comentario determinado, por ejemplo, para no desplegar su fuerza, a las que no llegaría quién no tuviese aquella nota en su carácter.

Por otro lado, para llegar a la afirmación del conocimiento del derecho, el sistema penal toma también como pauta el llamado conocimiento del hombre medio rasando en ese nivel a todos, a pesar de que el reo diste mucho de ese hombre medio ideal. El sistema como ya dije no es el correcto, pues habría que demostrar el conocimiento de ese hombre en concreto. Pero se mantiene que ello parece o es indemostrable. ¿Por qué?

Bien que se desciende al hombre concreto, aunque quizás en ámbitos de otros conocimientos, en supuestos de imprudencias profesionales; también se desciende al hombre concreto a los efectos de conocer su capacidad para realizar la conducta debida en las omisiones; etc., supuestos en que debe conocerse y analizarse al sujeto en cuestión.

La excusa debe, pues, rechazarse y por ello, como mínimo, el progreso del derecho penal en esta materia hay que buscarlo en la apertura del ámbito de eficacia legal del error y en la real valoración de la personalidad del autor. Ello encajaría con el proceso individual de socialización.

Existe también un sector doctrinal, que en absoluto considera los tales condicionamientos socioculturales ni aspecto subjetivista alguno. Así, Jakobs mantiene, entre otras, estas posiciones funcionalistas: “La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto a lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Son muchos los que piensan que este programa de una teoría normativa del derecho penal se expone a tres objeciones: 1, se dice que falta un punto de partida crítico hacia el sistema social; 2, se dice que falta lo ontológico o la estructura lógico material y 3, se dice que falta el sujeto. Las tres objeciones se formulan con razón; y ciertamente se hacen patentes. En consecuencia, lo subjetivo solo tiene relevancia secundaria, pues se unificará con la socialización. Una objeción muy común es que el funcionalismo se quita la máscara, mostrando su verdadera faz: se dice que pretende estabilizar la sociedad, sin aludir para nada al sujeto libre; se dice que pretende estabilizar normas, sin determinar si son normas que hacen posible la libertad o normas que aterrorizan, y así es. El derecho penal reacciona frente a una perturbación social; ésta no puede, precisamente al ser una perturbación social, disolverse de modo adecuado en los conceptos de un sujeto aislado con sus facultades. Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sujeto. La persona es el sujeto mediado por lo social. Pero al no ser la mediación social única, por las desiguales ubicaciones de los sujetos en la estructura, no cabe la exigencia de personas similares en socialización y por tanto cercanas al patrón medio, sino que subjetivismos distintos con socializaciones diferentes dan personas con escalas de valores varias; seres reales dispersos respecto al patrón medio”¹², sic (error textual).

¹² Jakobs, Günter, **Ob; Cit.**, pág.78.

Lo importante es el cumplimiento de la norma, para reafirmarla como necesidad social, y poco importa el resto. Por lo tanto, con la medida de la culpabilidad no se mide un sujeto, sino una persona, precisamente el individuo más general que cabe imaginar, hombre medio, aquélla cuyo rol consiste en respetar el derecho. Ahí se confirma esa posición.

1.6. Los condicionamientos socio culturales como factores de motivación anormal

Según Becker: “Es un hecho interesante que la mayor parte de la investigación y la especulación científica sobre la desviación se dedican a las personas que quebrantan las reglas, más que a aquellos que las crean y las imponen. Si queremos lograr una total comprensión de la conducta desviada, debemos llegar a un equilibrio entre estos dos focos de interpretación posibles. Debemos concebir a la desviación, y a los extraños y marginales que personifican esta concepción abstracta, como una consecuencia de un proceso de interacción entre personas, algunas de las cuales, en servicio de sus intereses, crean e imponen reglas que afectan a otros que, en servicio de sus propios intereses, han cometido actos que se califican como desviados”¹³.

1.6.1 Marginalidad y desviación ¿de quién y respecto a qué?

Becker efectúa unas aproximaciones que esencialmente versan sobre la propia concepción del marginal, entendiendo por marginal a quién se desvía de las reglas del grupo; el grado exacto en que determinado sujeto se encuentra marginado varía en cada caso. Ante quién viola las leyes de tránsito o se excede en la bebida durante una fiesta, solemos pensar que no es tan diferente a nosotros, la mayoría, y tratamos tolerantemente esa infracción. En cambio consideramos al ladrón como alguien más diferente a nosotros y le castigamos severamente y ya los crímenes como la violación o el asesinato, hacen que consideremos a su autor, como un verdadero extraño. De la misma manera, no todos los transgresores piensan que han sido injustamente

¹³ Becker, Howard S., **Los extraños, sociología de la desviación**, pág. 231.

castigados: así quien menos se desvía, quebrantamiento de normas de tráfico, etc., generalmente aprueba las reglas que ha quebrantado. En el otro extremo, el de mayor desviación como adicción a las drogas, etc., los desviados desarrollan amplias ideologías que explican por qué ellos tienen razón y por qué aquellos que los critican y castigan están equivocados.

Lo que todo el mundo desea saber sobre aquellos que se desvían es: ¿Por qué lo hacen? ¿Cómo podemos explicar sus transgresiones? ¿Qué hay en ellos que los lleva a hacer esas cosas prohibidas?

La investigación científica, al efecto, ha tratado de encontrar respuestas a estas preguntas, pero al hacerlo ha aceptado la premisa, dada por el sentido común, de que hay algo intrínsecamente desviado, cualitativamente diferente, en los actos que quebrantan, o parecen quebrantar las reglas sociales. También ha aceptado el supuesto, dado asimismo por el sentido común de que el acto desviado ocurre porque la persona que lo realiza presenta ciertas características que hacen necesaria o inevitable su acción. Los científicos no ponen habitualmente en tela de juicio el rótulo, desviado cuando se aplica a ciertas acciones o personas en particular, sino que lo toman como algo dado. Al hacerlo, están aceptando los valores del grupo que actúa como juez.

Pero es evidente también que diferentes grupos consideran diferentes cosas como desviadas. Esto nos debiera poner sobre aviso con respecto a la posibilidad de que la persona que juzga a un acto como desviado, el proceso por el cual se llega al juicio y la situación en la cual este juicio se realiza, puedan intervenir todos íntimamente en el fenómeno de la desviación.

Como Becker indica anteriormente que desde la concepción sociológica se define la desviación como la infracción de alguna regla previamente acordada y que, por tanto, se continúa preguntando, desde esa concepción, quienes infringen las reglas e investigando los factores en sus personalidades y en las situaciones de sus vidas que

puedan explicar sus infracciones. Criticando esa concepción pues manifiesta que ésta ignora el hecho fundamental de la desviación, es decir, que es creada por la propia sociedad y esta creación social no la considera el autor citado como la clásica desigual ubicación social del individuo y los condicionamientos socioculturales consecuentes, sino en el sentido de que los grupos sociales crean la desviación al hacer las reglas cuya infracción constituye la desviación, y al aplicar dichas reglas a ciertas personas en particular y calificarlas de marginales.

Desde este punto de vista, la desviación no es una cualidad del acto cometido por la persona, sino una consecuencia de la aplicación que los otros hacen de las reglas. El desviado es una persona a la que se ha podido aplicar con éxito dicha calificación; la conducta desviada es la así llamada por la gente. Se ha utilizado el término marginales para aquellas personas juzgadas como desviadas por los demás, y por lo tanto fuera del círculo de los miembros normales del grupo. Ello no obstante, los marginales pueden ser, desde el punto de vista de la persona desviada, aquellas personas que hacen las leyes de cuyo quebrantamiento se le ha encontrado culpable. ¿De quién son las reglas?

Becker es explícito al respecto al señalar que: "Las reglas sociales son creaciones de grupos sociales específicos. Las sociedades modernas no son organizaciones simples en las cuales todos están de acuerdo sobre cuales son las reglas y cómo deben ser aplicadas en situaciones específicas. Están en cambio altamente diferenciadas según los límites entre clases sociales, grupos étnicos, ocupacionales y culturales. Estos grupos no comparten necesariamente y efectivamente, a menudo no comparten las mismas reglas. Los problemas que los mismos enfrentan al tratar con su medio, la historia y las tradiciones que traen consigo, todas llevan al desarrollo de diferentes conjuntos de reglas. En tanto que las reglas de los diferentes grupos entren en conflicto y se contradigan entre sí, habrá desacuerdo sobre el tipo de valores y conducta que resulta correcta en cualquier situación dada"¹⁴.

¹⁴ Becker, Howard S., **Ob; Cit.**, pág. 76.

Lo verdaderamente importante para el estudio de la conducta catalogada como desviada es que los puntos de vista de las personas que incurren en esa conducta, serán muy probablemente muy diferentes de los de quienes les condenan. En esta situación, una persona puede sentir que se le está juzgando de acuerdo con reglas en cuya creación él no ha intervenido y las cuales no acepta, al tratarse de reglas que le son impuestas por personas extrañas.

Las diferencias en la capacidad de crear reglas y aplicarlas a otros son esencialmente diferencias de poder, ya sea legal o extralegal. Aquellos grupos cuya mejor posición social les da armas y poder, son los que tienen mayores posibilidades de imponer sus reglas.

Además de reconocer que la desviación es creada por las reacciones de la gente frente a tipos particulares de comportamientos al catalogar esas conductas como desviadas, debemos también tener presente que las reglas creadas y mantenidas por esta calificación no son universalmente aceptadas. Son, en cambio, motivo de conflicto y desacuerdo, parte del proceso político de la sociedad.

1.6.2. Desigualdad social y sus condicionamientos

Por la distinta capacidad de motivación y su necesaria consideración en aras del principio de igualdad, el camino hacia la igualdad social en Guatemala no es fácil. Una de las vergüenzas, quizás la mayor de nuestro país es que haya pobres, desiguales sociales. Conviene que existan pobres, como de igual manera que haya delincuentes, y por eso los hay. Porque quienes mandan los necesitan, pues ello crea un dinamismo social que obliga a la gente a obedecer a lo que sea para no caer en esa miseria, y ésta es en primer lugar y entre otras posibles la causa de que ese camino hacia la igualdad no sea fácil.

El camino hacia la igualdad social es calificado como utópico por muchos, pero hay que recordar que esa utopía consta como mandato constitucional en nuestro país.

Así la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 4º, establece: “Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”.

Partiendo, de la realidad, o sea de una sociedad de desiguales del todo distinta a la esperada por los firmantes del Contrato Social expuesto por Rousseau, habrá de convenirse que dichos desiguales sociales, lo serán en gran medida, por los condicionamientos socio culturales, igualmente desiguales, a que han sido sometidos.

Sin embargo, como mínimo, y como ya se ha indicado anteriormente en el tema que nos ocupa, en base a la exigencia del principio de igualdad real de todos los ciudadanos, deben tratarse de desigual forma, a efectos de reproche, a aquellos sujetos que reciben también desigualmente la llamada de la norma, distinta motivabilidad o motivación anormal.

Evidentemente que la llamada de la norma, puede motivar a adecuar la conducta a la misma, únicamente por el miedo al castigo asociado a la vulneración de la tal norma. Es perfectamente posible pues que un ciudadano para el que el bien jurídico penal protegido por la norma no merezca esa protección y en consecuencia no desvalore las conductas que lo puedan poner en peligro, no las desarrolle, únicamente, por el miedo al posible castigo.

Sin embargo, para la teoría de la sociedad consensuada, en contraposición con la conflictual en que unos tratan de imponerse a los restantes, en la que tiene cabida válida la figura del hombre medio, es evidente que la primera de las motivaciones la del desvalor que para el sujeto tienen las conductas atentatorias al bien jurídico es la

coherente. No en vano existe consenso en relación a la necesidad de protección del bien determinado.

Por todos, o por la casi totalidad, es percibido como tal bien. Parece, pues, que es jugar con dos barajas, el alinearse con la teoría del consenso, de la no desigualdad, a los efectos de la construcción teórica, del hombre medio, etc., cuando la realidad evidencía que nos hallamos ante una sociedad conflictual, para utilizar cuando convenga, argumentos propios de la realidad que se está negando.

Si se esta en el consenso, por el hombre medio, entonces se esta por el dolor de contricción, motivación por el desvalor del ataque al bien jurídico protegido, y estar por el hombre medio, es estar por el consenso, ignorando la realidad y teorizando al margen de ella, pues hacerlo contemplándola sería muy difícil o inconveniente ¿cómo construir una teoría general que sirva a cada caso concreto, y por ende distinto? Y dado que esa realidad no parece que de momento vaya a cambiar a pesar incluso de que nuestra Constitución obliga a ello, o seguimos conformándonos con una teoría útil para algunos pero basada en la irrealidad, o intentamos como solución transitoria y a la espera de mejores tiempos que parte de esa realidad penetre en la teoría dogmática, acercando así ésta algo a esa realidad, aunque sea disfrazado de elemento manejado ya por la citada teoría.

Si la llamada de la norma consiste, como hemos dicho, en que el ciudadano estime que el bien jurídico penal protegido por la misma es digno de tal protección, pues se adhiere al valor de ese bien, y que, en consecuencia, desvalore aquellas conductas que puedan ponerlo en peligro, y que, motivado por ello, se abstenga de realizarlas cumpliendo así con la norma primaria, entonces el esquema es este: esa llamada, motiva al cumplimiento, por la apreciación de desvalor en la conducta atentatoria al bien y la apreciación de ese desvalor activa los mecanismos de autocontrol y/o frenado, evitándose con ello tal conducta.

Por su parte, el error de prohibición, desconocimiento de la antijuricidad del hecho elimina el desvalor de la conducta y, con ello, no se activan los mecanismos de autocontrol y/o frenado, por lo que tal conducta se desarrolla bajo el influjo de ese error, considerándola lícita. Recordemos, al respecto, lo anteriormente expuesto: “Para que el sujeto pueda ser motivado por una norma penal que protege un bien jurídico penal determinado, es preciso que dicho sujeto pueda saber que se encuentra frente a un tal bien protegido por el derecho. Si el sujeto no puede saber que su acción va a lesionar un bien amparado por el derecho, antijuricidad, y así desvalorarla ¿Cómo podrá sentirse motivado a evitar dicha acción por la norma penal sino puede ser motivado por ella? Y si la norma no puede motivarlo no tiene sentido que lo intente prohibiéndole el hecho”¹⁵.

Se está refiriendo al error de prohibición directo y/o indirecto, aunque este último según los finalistas y la teoría de los elementos negativos del tipo se reconduce a error de tipo y/o natural pasando de la culpabilidad al injusto, a diferencia del primero, que sigue en la culpabilidad, y en línea con la teoría de la culpabilidad, pues el error de prohibición al afectar al dolo ubicado en la culpabilidad pero no al típico, no elimina el total dolo y sólo modula la culpabilidad, en contraposición, a su vez, a la teoría del dolo propia del causalismo, pues el error de prohibición, directo o no, excluye el dolo si es invencible, que considera ambos errores de prohibición en el terreno de la culpabilidad.

En definitiva, si sólo la apreciación por parte del sujeto, del desvalor en su conducta activa los mecanismos de autocontrol y/o frenado para evitar aquella, sin desvalor ni motivación, no cabe autocontrol ni por tanto el reproche que existe cuando aquel se puede y debe dar. Esa falta de apreciación del desvalor o de motivación es por tanto el punto central de la cuestión. Si la conducta representada mentalmente y querida y/o aceptada en el tipo doloso directo o eventual no es desvalorada por el sujeto, no cabe reproche si la realiza.

¹⁵Becker, Howard S., **Ob; Cit.**, pág. 77.

Esa falta de apreciación del desvalor motivación anormal o no motivación se produce cuando existe error de prohibición creencia en la licitud del hecho o incluso ni siquiera planteamiento sobre la licitud o ilicitud del mismo, con tratamiento distinto según sea vencible o no.

CAPÍTULO II

2. Etiología del error y conformación del capital simbólico de la personalidad y sus consecuencias desmotivadoras.

2.1. Antecedentes

Como se ha indicado, el derecho penal otorga poca relevancia a los condicionamientos socioculturales como determinantes de una anormal motivación por la norma a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el error. Es conveniente efectuar un estudio del error, el cual permita reivindicar el trato parejo al de los condicionantes socioculturales y económicos, una vez acreditada la capacidad desmotivadora de ambos. Por tanto, el presente capítulo contempla al error, su etiología y sus consecuencias desmotivación por la norma, en el sujeto que lo sufre, y en analizar, asimismo, la etiología de los filtros generados en la mente del individuo, resultantes de los particulares condicionamientos socioculturales y económicos a que se ha visto sometido y sus posibles consecuencias desmotivadoras, lo que comportará estudiar la socialización. Todo ello desde una perspectiva jurídica y fundamentalmente psicosocial.

El proceso de socialización podría deformar la representación mental necesaria para el dolo y con ello, en algunos casos, podría desaparecer igualmente éste y, con él, la imputación personal en infracciones dolosas. Ello significa que el sujeto tiene una representación mental de aquello que desea y, tras valorarlo, efectúa un libre acto volitivo para conseguirlo, desarrollando la consiguiente conducta, y si se siente motivado normalmente por la posible norma primaria que prohíbe dicha conducta, entonces será acreedor al reproche penal, y no lo será en caso contrario.

La citada representación mental del sujeto, su representación mental y su valoración viene configurada, en gran medida, por los condicionamientos socioculturales y económicos, a los que aquél se ha visto sometido.

Es de recordar, que la motivabilidad anormal debida a los condicionamientos socioculturales huyendo de la ficción hombre medio, era totalmente irreal, insinuando además posibles soluciones transitorias, en tanto exista la actual desigualdad social. En relación al error, recordemos la definición en términos acuñados por Rodríguez Ramos: "Ignorancia o presencia de falsa información, o también ignorancia o falsa apreciación de una situación, según Bustos Ramirez.

Se ha distinguido con Quintero Olivares entre error e ignorancia: el primero es un conocimiento deformado de la realidad o de su significación social o jurídica, mientras que ignorancia es la ausencia total de conocimiento perceptivo o valorativo sobre algo. A su vez, Muñoz Conde mantiene que el error es la falsa representación o la suposición equivocada de la realidad, o simplemente la ignorancia. Ello nos lleva a diferenciar entre dos clases de error: de tipo y de prohibición"¹⁶.

Por su naturaleza, el error es un estado de conciencia o situación personal en la que se encuentra quién lo padece, es decir, es algo en sí mismo subjetivo.

No obstante, su valoración jurídica, que permitirá establecer su existencia o el grado de sensibilidad del mismo, se hace sobre bases objetivas que deberán apoyarse evidentemente en el grado de facultades intelectivas, perceptivas y valorativas del sujeto y en las circunstancias concurrentes en el hecho. Dichas facultades están moldeadas por los condicionamientos socioculturales y económicos.

¹⁶ Becker, Howard S., **Ob; Cit.**, pág. 87.

2.2. Teorías sociales del consenso, hombre medio y teorías del conflicto, hombre real

Es evidente el rechazo al irreal hombre medio y por ende a la culpabilidad normativa, en el seno de una sociedad generadora de desigualdad como la guatemalteca. Ese hombre medio sólo puede parecer algo admisible en el seno de una teoría social del consenso.

Ante la inexistencia de un hombre medio, debe plantearse la búsqueda del hombre, esto es: por qué piensa lo que piensa, por qué valora lo que valora, por qué siente lo que siente, por qué procesa como procesa, por qué se motiva por que se motiva, por qué actúa como actúa, etc.

El funcionalismo estructural de Talcott Parsons, es la mejor expresión del consenso, con su teoría de la acción social y la integración del sistema social, de la conducta desviada y el control social, de los mecanismos de control social, de los sistemas de creencias, y del sistema social e institucionalización de ideologías.

En la citada concepción psicopatológica de la desviación, el paradigma es que el desviado debe ser curado, pues desde el momento en que tiene en su interior el daño de la anormalidad psíquica, todas sus acciones no pueden ser juzgadas, según su responsabilidad como justas o injustas, pues toda su actividad estará marcada por una alteración imprevisible e irracional. Ello nos lleva a comentar la concepción sociológica de la desviación, la cual no significa ya excepcionalidad o inadecuación, sino todo eso y algo más: un juicio moral. Desviación indica la indeseabilidad social, la oposición de hecho al código moral y a las convenciones dominantes.

Por todo lo indicado, puede mantenerse que una definición sociológica del comportamiento desviado puede ser el comportamiento que no satisface las expectativas sociales, o el modo de conducta que no corresponde a los valores y las normas sociales vigentes. Todo ello queda referido pues a unos ámbitos temporal y

geográficos dados. Por ello la definición de la desviación reflejará la estructura cultural en que se manifieste. De ahí también la territorialidad del derecho penal, como sancionador de las desviaciones constitutivas de delito, y su aplicación en el tiempo irretroactividad.

Se han intentado muchas definiciones del comportamiento desviado desde la óptica sociológica que han ido marcando su evolución. Pueden agruparse en cuatro categorías:

- Las que consideran la desviación como una anomalía estadística.
- Aquellas que la entienden como una violación de las reglas normativas, las intenciones o expectativas del sistema social.
- Las que la entienden como determinante de las normas cuya violación se reconoce como comportamiento desviado, se crean normas para frenar esas conductas la norma como represora de la desviación previa, y
- Las que ven la desviación únicamente como un problema de definición, alguien con poder para ello, define las normas y éstas crean la desviación en la medida en que otros no pueden o quieren cumplirlas la norma como creadora de la desviación.

Esas varias definiciones sus características y efectos se acentúan en todas las propuestas que se originan en el funcionalismo, y evidencian la visión de la sociedad como un permanente proceso de integración. Cuando se habla de la sociología de la integración y del comportamiento desviado, se está realizando un encaramiento al tema de la desviación desde el prisma de la sociología, optando por una de las dos orientaciones en torno a las cuales se han agrupado los estudios sobre la cuestión.

Ambas orientaciones se diferencian básicamente por el distinto énfasis en los mecanismos que aseguran la estabilidad y el equilibrio del sistema considerado, y de

los procesos que promueven el cambio social. Así la teoría de la integración da relevancia a las funciones de perpetuación y de persistencia que tienen la culturización, la educación, la conformidad a las normas, la combinación armoniosa de las expectativas de rol, en una sociedad cuyo elemento constitutivo se supone es el consenso en torno a los valores y no en torno a la norma, una sociedad guatemalteca igualitaria.

Por su parte la teoría del conflicto, demuestra mayor interés hacia los mecanismos de la dinámica social, poniendo de manifiesto la función de continua renovación que tienen los conflictos, que así resultan considerados como elementos básicos para el mantenimiento de un sistema social, en la medida en que promueven una continua adaptación institucional de este sistema a las nuevas situaciones.

En términos positivos, no existe norma en relación con la cual quepa medir tales desvíos de la racionalidad. Así, su caracterización debe ser puramente negativa; hay dos términos al efecto: error e ignorancia. O el actor desconocía ciertos hechos relevantes para su acción y hubiera actuado de forma distinta de haberlos conocido, o basaba su acción en consideraciones que un conocimiento más amplio hubiese demostrado erróneas. Desde el punto de vista positivista el actor no los entendió o entendió mal, luego lo único que puede hacer el investigador social es ponerse detrás de la experiencia subjetiva del actor. Existe una transición entre la teoría positivista y la voluntarista de la acción. La primera es la que trata al conocimiento empírico científicamente válido como único modo significativo, para el actor, de orientación subjetiva en su situación. En cambio, una teoría voluntarista de la acción es la que mantiene que ese conocimiento científicamente válido no agota a los elementos subjetivos significativos de la acción. Entraña elementos de carácter normativo. El sistema voluntarista no niega importancia a los elementos condicionales, causa efecto, únicos del positivismo, sino que los considera interdependientes de los normativos.

2.3. Etiología del error y conformación del capital simbólico de la personalidad

Cuando no existe conocimiento de la antijuricidad nos hallamos ante el error de prohibición. Pero, ¿Cómo se adquiere, en general, el conocimiento? ¿Cuáles pueden ser las variables que desvíen el conocimiento de un sujeto del conocimiento calificado como standard? En esa desviación puede hallarse la etiología del error.

La representación mental, sólo es posible dentro de la realidad psíquica de cada individuo. Dicha realidad es lo captado del mundo que lo rodea.

Para ello, es necesario establecer la evolución de las distintas posiciones psicológicas, en base al origen de los factores que configuran la conducta.

2.3.1. Distintas posiciones psicológicas sobre la configuración de la conducta

Según la perspectiva total, la conformación de la psique es exclusiva de la persona, personalista, sin que deban contemplarse otras fuentes de carácter social reales tales como la pobreza, etc., ni cultural tales como valores. Cualquier problema tiene una causa biolo/patológica. Es una posición en extremo positivista, pero que configura el concepto de inimputabilidad en el derecho penal.

Existe una segunda perspectiva, la exógena total; la más simple y significativa es denominada conductismo, según la cual se actúa por imitación del modelo aprendido, sin elementos culturales y se responsabiliza de las desviaciones a los que han conducido al sujeto. El sujeto no participa, creando, sino tan sólo respondiendo a estímulos externos. Nace en blanco y aprende por imitación, bajo estímulos. Se centra esta posición en el estudio de la conducta.

Hay una tercera posición, la mixta, más adecuada por conciliadora. Se trata del socioconstruccionismo, la cual mantiene que el ser es un ser subjetivo y/o interpretativo; interpreta la realidad y a si mismo, y lo hace en base a una materia

prima, que es la cultura que le envuelve. Es una posición que supera el proceso de la información, aspecto cognitivo, en que se estudia la mente, para centrarse en la interpretación que el sujeto efectúa de la realidad. La llegada de la cultura con sus valores a la persona, se denomina socialización. Pero lo importante aquí no será el acto, sino el significado que para el sujeto tiene ese acto realizado por él.

Existe aquí una influencia externa y una actuación del individuo interpretando aquélla. La resultante individual es fruto de la interacción de una cultura envolvente y de la experiencia psicológica del sujeto. Esta posición se aleja del positivismo en el sentido de que a mismas causas no resultan mismos efectos, y ello es así pues cada individuo percibe pero no interpreta igualmente, pues su bagaje es diferente al de otros, y por ello la resultante causa y efecto será distinta para cada cual, en función precisamente de su bagaje, y no fija como para el positivismo.

En general, todos los individuos insertos en una cultura determinada piensan igual, pero en concreto no es así y cada cual es peculiar en sus detalles, fruto de diferentes interpretaciones. Así, es evidente que la misma realidad puede ser interpretada de formas distintas por diferentes personas, no ya por error de procesamiento, sino por condicionantes internos, filtros, del procesamiento; Una persona descodifica el mensaje oral, gestual y/o escrito que recibe, pero una vez filtrado por su matriz ideológica, bagaje, ello puede llevarle a entenderlo de forma distinta a como lo entendería otra persona.

En el seno del socioconstruccionismo las cuestiones básicas son:

- Sujetos con peculiaridades subjetivas, pero característicos de la cultura general.
- No sólo importa lo que una persona piensa del acto que realiza, sino las posibilidades de pensar, fertilidad de pensamiento, para plantearse distintas alternativas entre las que elegir la que presidirá su acto. A esa

fertilidad se le denomina capital simbólico de la persona, y el sistema sociocultural reparte capitales simbólicos distintos a las personas, en función del estrato social en que se hallan ubicadas; si a eso unimos que a menor capital simbólico, menor libertad de elección al no poder descubrir tantas alternativas, la conclusión está clara de nuevo: la ficción del hombre medio y la culpabilidad normativa no son viables.

Bajo estas concepciones lo que resulta relevante de la realidad social no es tanto su dimensión objetiva sino cómo esa realidad es entendida, interpretada, por los individuos. Unas interpretaciones delimitadas a dos bandas: de un lado por los márgenes que permiten las propias condiciones sociales y, por otro, por el universo de interpretaciones que sobre esas condiciones sociales posibilita el contexto cultural del lugar y momento concretos.

De ahí que lo más importante es el papel que juegan los parámetros socioculturales. En efecto, pues el reconocimiento de que la realidad, para los humanos, es una realidad vivida subjetivamente, interpretada simbólicamente a partir de, y en las interacciones sociales, así como que la propia vivencia psicológica de uno mismo, está en función de cómo uno está interpretando lo que es, lo que le sucede, lo que siente, pone al contexto sociocultural en una posición protagonista.

Así es, de una parte el contexto sociocultural aporta los elementos con los que los individuos configuran su forma de interpretar, lo cual por si solo permite hablar de una construcción sociocultural de la persona. No sólo por aportar la materia prima de los modos de interpretar, sino porque esos mismos parámetros socioculturales están posibilitando y caracterizando toda interacción social en la que los individuos se desenvuelven. Es por ello que se hace necesario asumir que la actividad humana, en sus distintas expresiones, es difícilmente comprensible sin atender a ese universo cultural que está otorgándole sentido. De ahí la apuesta por una psicología sociocultural dedicada al estudio de los parámetros socioculturales, de los sistemas simbólicos, de las construcciones conceptuales, de las interpretaciones que cada sociedad se

autoproporciona para comprenderse a sí misma; dedicada al estudio del sistema de creencias y valores vigentes en una cultura y a su dinámica en el sentido del mantenimiento o la transformación que de los mismos vaya produciéndose; dedicada, en definitiva y fundamentalmente, al estudio de la incidencia de todo ello en la experiencia psicológica de las personas que viven en un determinado contexto sociocultural. Con lo cual cada contexto marca diferencias diluyéndose así el concepto de hombre medio.

Todo lo cual permite preguntarse, si en todo este universo de diversas interpretaciones individuales de la realidad, afectadas por los distintos condicionamientos socioculturales, ¿cómo no van a surgir diferencias, errores, motivaciones distintas?, si ese es, precisamente, su caldo de cultivo.

Cabe señalar también que el lenguaje oral, escrito y gestual, es el mecanismo por el que se adquiere la cultura. Si la motivación por la norma se intenta mediante el proceso de socialización, internalización de la cultura, y el lenguaje es el mecanismo para ello, su importancia en el conjunto es vital; por ello conviene profundizar este tema.

Las definiciones básicas de diccionario asocian discurso con serie de palabras o frases empleadas para manifestar lo que se piensa o siente. El lenguaje es, pues, un código de manifestación de un pensamiento que exige ser comprendido o interpretado. Si entendemos por discurso la manifestación del pensar, la comunicación de una intención a otros, de una forma directa o inmediata a través de intercambios interactivos conversación o de una forma indirecta y mediada a través de textos escritos, etc., la cuestión que se plantea es la del acceso a la matriz intencional generadora del discurso, que es la única que garantiza, en último término su comprensión, lo que el emisor quería decir. Tanto el proceso de producción como el de comprensión del discurso implican la referencia a estructuras de conocimientos gramaticales y extragramaticales que se sitúan en la interfaz entre la actividad cognitiva inteligente y la actividad lingüística propiamente dicha.

El hombre medio, que todo lo interpreta de forma normal y/o standard, es de nuevo pura ficción; los errores en las interpretaciones o las matizaciones distintas se hallan a la orden del día y si la motivación proviene del resultado de la interpretación y ésta puede ser distinta entre individuos con afectaciones socioculturales distintas, ¿Por qué, en base al principio de igualdad, no tratar a los desigualmente motivados, considerando las distintas interpretaciones?

Con tanta fuente de distorsión, obviamente el éxito en la comunicación resulta muy complicado; y ello sin haber mencionado las influencias del lenguaje corporal, el estado anímico y de sensibilidad, los posibles prejuicios genéricos, etc. Y en este contexto, hablar de un hombre medio, con nivel de interpretación, de los mensajes, normal, no parece adecuado, y de evidenciarlo se trata.

2.3.2. El proceso de socialización, desde una perspectiva psicosocial

Los psicólogos sociales estudian de qué manera los pensamientos, sentimientos y acciones de la gente, son influenciados por otras personas. La respuesta de un ratón consistente en girar a la izquierda en un laberinto en forma de T puede analizarse en función de la cantidad de ensayos previos reforzados que efectuó como parte de la psicología del aprendizaje, por la necesidad en función de la acción, psicología de la motivación o de las propiedades físicas, por la rama del laberinto en comparación con la rama izquierda, psicología de la percepción. Si todas las variaciones mencionadas refuerzo, privación y estímulo físico se mantienen constantes, y nos dedicamos a observar los giros a la izquierda en el laberinto en forma de T que efectúa el ratón cuando hay otro en la rama derecha del laberinto, nos habremos convertido en psicólogos sociales.

Al estudiar la agresión, un conductista puede centrarse en las experiencias de aprendizaje que refuerzan el comportamiento agresivo, mientras que un cognitivo averiguaría como percibe, interpreta y elabora la gente conductas del tipo de la agresión. Los psicólogos sociales orientados hacia la teoría del campo tal vez se

preocuparán por la interacción entre las características y rasgos de una persona y las de la situación que desencadena su comportamiento agresivo.

Los partidarios de la teoría del intercambio social podrían centrarse en las retribuciones sociales que obtiene la gente mediante la agresión. Los interaccionistas simbólicos examinarían los significados sociales que los individuos atribuyen a sus actos al rivalizar entre sí, y cómo proceden luego a formular sus respectivos cursos de acción. Los etnometodólogos, por su parte, pueden pasar revista a los métodos que emplean para alcanzar sus interpretaciones de la agresión y aplicar determinadas reglas o actos de agresión concretos. Todo lo cual lleva a centrarnos con mayor ahínco, en ese proceso de socialización.

La socialización realiza dos aportes fundamentales para la vida humana: en primer lugar, suministra las bases para la participación eficaz en la sociedad; en segundo lugar, la socialización torna posible a la sociedad, a falta de aquella, ésta no podría perpetuarse más allá de una generación y no existiría cultura. En síntesis, individuo y sociedad son mutuamente dependientes en este singular proceso de amalgama psíquica por lo cual los sentires e ideas de la cultura se articulan de algún modo a las capacidades y necesidades del organismo.

No obstante la socialización humana presupone la existencia de una adecuada dotación genética, que permita la captación y aprendizaje y de un ambiente apto, sin aislamiento, que permita la relación.

La conformidad con estas demandas tienen por lo general consecuencias favorables, en tanto que su transgresión ocasiona resultados molestos. Estos requerimientos sociales son normas, vale decir, patrones de conducta compartidos por los miembros de un grupo social, a los que se prevé que ellos han de ajustarse, y que son puestos en vigencia mediante sanciones positivas y negativas. Las normas nos suministran perfiles y pautas orientadoras que nos dicen qué acciones son apropiadas en determinadas circunstancias.

Puede decirse en base a ello, que cada vez que el grupo censura una acción realza con ello la vigencia de la norma, de forma que algo de desviación es necesaria, precisamente para que la norma actúe y con ello no pierda vigor, defendiéndose así el propio marco de interpretación de la realidad. De hecho este entendimiento de la norma y la sanción asociada a su vulneración así ha sido ya entendida por determinados penalistas, dando juego a la función de la pena como simple mantenimiento de la vigencia de los valores.

El orden social parece un fruto más o menos espontáneo del hecho de que obedecemos las normas, aprendidas, de nuestro grupo o sociedad. Según este punto de vista, la cohesión y la integración sociales son el resultado de una socialización adecuada, pues si aprendemos las normas de conducta pertinentes, nuestras actividades se combinarán sin tropiezos con las de otras personas. Además, esta concepción sostiene que el control social se logra o sea, que subordinamos nuestros intereses a los del conjunto más amplio a raíz de que internalizamos las normas vigentes en nuestra sociedad.

Desde este ángulo, la tarea de la ciencia consiste en revelar las regularidades del comportamiento de las personas que, en su conjunto, producen el orden social, esto es, los aspectos relativamente estables, recurrentes y pautados de la interacción humana. Así pues, en vez de preguntarnos cómo puede instaurarse el orden social, debemos preguntarnos de que manera ha sido posible alcanzar ese sentido del orden. Los etnometodólogos plantean un interrogante fundamental y perturbador: ¿De qué manera las personas crean y mantienen entre sí el presupuesto de que la sociedad es real? La etnometodología además se pregunta: ¿Hay algo más en la sociedad, que la creencia de las personas de que está allí fuera? Desde esta perspectiva, la cuestión del orden social se centra en averiguar cómo la gente llega a concordar acerca de su impresión común de que existen cosas tales como la sociedad o las normas. Lo real pues según esta tendencia no es la sociedad sino los métodos que emplea la gente para construir entre sí, mantener y alterar un sentido de orden. El orden no es

mantenido por alguna sociedad que esté allí fuera, sino que deriva de la capacidad de las personas para convencerse mutuamente de que allí fuera existe realmente una sociedad.

En general, se sostiene que tanto las personas de alta posición social como las de baja menor escala social muestran un grado de conformismo menor que las de status intermedio. Una única desviación o apartamiento de la norma ponga en peligro la posición de una persona de alto status, y por su parte, los de bajo status tienen poco que perder con su inconformismo. La situación es distinta para las personas de status intermedio, ya que carecen del crédito que se les otorga a las de alto status y, a su vez, hay en su caso amplias posibilidades de movilidad descendente. Siendo el miedo a ese posible descenso un óptimo acicate al conformismo.

2.4. La sociedad actual, generadora de desigualdades

“En realidad, esas modernas exigencias de igualdad y bienestar del mundo moderno han comportado una merma de la propia libertad e igualdad. Así, el autor analiza los efectos perversos que han experimentado los anhelos de progreso y racionalidad albergados por las últimas generaciones. La realización de la libertad humana, objetivo primordial de la modernidad como proyecto común, ha encontrado dificultades insospechadas, paradójicamente creadas por sus propias exigencias de igualdad, bienestar universal y prosperidad para todos”¹⁷. Salvador Giner, en la obra citada, pone en evidencia la existencia, en el mundo actual, de determinismos no tan sólo naturales, sino también, y muy en especial, sociales.

La igualdad esta dotada de una estructura social, que permite la creación y recreación constante de diferencias. He aquí su paradoja. La igualdad estimula asociaciones, movimientos, agrupaciones de toda clase y, naturalmente, fomenta la creación de individuos distintos. Es decir, es una igualdad que genera desigualdades fluidas, congruentes con la democracia, sin facilitar el bloqueo de la sociedad por parte

¹⁷ Giner, Salvador, El destino de la libertad, pág. 41.

de jerarquías y corporaciones a las que sea fácil agruparse para la reproducción del privilegio y la usurpación del poder. A la mayoría le cuesta entender que libertad e igualdad sean procesos antagónicos.

Esa contradicción, expresada de la manera más simple, es la siguiente: el ejercicio de la libertad entraña casi siempre la apropiación de espacios, recursos, posiciones sociales codiciadas y bienes escasos. Ello, a su vez, no sólo genera diferencias, sino también desigualdades, las cuales, dada la naturaleza humana, tienden a consolidarse, es decir, sus beneficiarios tienden a consolidarlas por todos los medios a su alcance. Por su parte, la puesta en práctica de la igualdad política y económica conlleva la imposición de límites muy rigurosos a aquella conducta que conduzca a la creación de bienes diferenciadores y asimetrías sociales que la lesionen, es decir, obliga a restringir libertades.

Ello debiera limarse en el camino hacia una sociedad más igualitaria, potenciando más la vocación de servicio que la de poder. En una palabra, la abundancia generada por la obsesión maximizadora y el crecimiento institucionalizado ha creado escasez: de espacios, de tiempo y de trabajo.

La modernidad ha introducido un aparente relativismo en el pensamiento y en la manera de concebir el mundo por parte de los individuos. El ser humano, diferencia de las sociedades tradicionales o pre modernas, se caracteriza por poder elegir su propio proyecto de vida. Si bien es cierto que las diferentes formas de vida enriquecen las peculiaridades de la colectividad, en la práctica estas diferencias se disuelven rápidamente: el liberalismo económico homogeneiza las culturas. El denominado pensamiento único, divulgado a todo el mundo, gracias al poder de los medios de comunicación de masas.

La modernidad fomenta la autonomía del individuo para decidir cual será su propia hoja de vida. Pero al mismo tiempo esta libertad de construcción del

denominado proyecto del ser, o en otras palabras, proyecto del guatemalteco medio, se ve fuertemente influida por los efectos normalizadores del capitalismo mercantilista.

CAPÍTULO III

3. Principio de culpabilidad y relación con los aspectos cognitivos y motivacionales: paralelismo entre los efectos del error de prohibición y de las carencias en el proceso de socialización.

3.1. La socialización del individuo

Para comprender la evolución del tratamiento del error de prohibición en derecho penal, deben tenerse muy en cuenta las premisas sistemáticas que determinan la discusión. A grandes rasgos, la concepción dominante en la ciencia penal y en la jurisprudencia responde a una estructura neoclásica del delito. Ésta se caracteriza por una noción objetiva del injusto y por el confinamiento de todos los elementos del delito de naturaleza subjetiva en la culpabilidad, lugar sistemático donde se constata y valoran dichos aspectos. El elemento central de la culpabilidad es el dolo, entendido como el conjunto de relaciones psíquicas entre el autor y el hecho antijurídico que permiten reprochar al sujeto la conducta realizada. Consecuencia de esta sistemática es que cualquier defecto cognitivo referido a algún elemento del injusto que pudiese resultar relevante para la responsabilidad penal debería eliminar el dolo. En caso de que se considere que el sujeto ha actuado sin dolo a causa de un error no disculpable, queda únicamente la posibilidad de castigar por imprudencia.

En definitiva, estas premisas conducen a una homogeneización de todos los problemas. La doctrina del error no es sino la teoría del dolo planteada negativamente, en la que el problema fundamental se reduce a establecer qué clase de errores excluye la culpabilidad dolosa y cuáles no surten tal efecto, siendo, por tanto, irrelevantes. Se trata pues de determinar si el desconocimiento de la significación antijurídica del hecho se encuadra en una u otra clase de error.

Asimismo, resulta de gran importancia para la discusión los parámetros legales vigentes en este momento en Guatemala. Básicamente, la problemática del error esta determinada por la ignorancia de la norma jurídico penal, si alguien, en la comisión de una acción punible, no conoce la existencia de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal o que elevan la punibilidad, no le será imputada esta circunstancia. En relación con lo expuesto, se entiende que tales circunstancias pertenecientes al supuesto de hecho constituyen el objeto de referencia del dolo. Por consiguiente, el desconocimiento de las mismas provoca la exclusión de la culpabilidad dolosa. Hasta aquí el acuerdo podría ser general. Pero no es tan fácil determinar en absoluto la determinación de cuáles son dichos elementos, si con ellos se agota todo el contenido del dolo y si es, por tanto, irrelevante cualquier error que tuviera otros objetos de referencia. Por otro lado, debe referirse al tratamiento de estos errores que excluyen al dolo.

Es sabido que el dolo o intención, exige una representación mental, de aquello que se desea, y un acto volitivo encaminado al logro de lo mentalmente representado o deseado. En definitiva conocimiento y volición en base al mismo.

Básicamente la no conciencia de actuar injustamente, error, o la incomprensión del sistema de valores imperante o la carencia sensible de mecanismos de autocontrol y frenado para adecuar la conducta, podría eliminar la culpabilidad; y en este punto al respecto, la responsabilidad de quienes por su escaso y diferente proceso de socialización, por sus vivencias y esquemas consecuentemente asumidos, todo ello de etiología social, no efectúan el juicio de desvalor ante una representación mental, que de tenerla otra persona, con otro grado de socialización, etc., sí generaría en ella ese juicio de desvalor, al margen de que a continuación existiese volición o no. Planteándonos la afectación de la carencia de desvalor a su sistema de autocontrol, aún entendiéndolo en perfectas condiciones y la afectación de determinada socialización al propio sistema de autocontrol, en aspectos tales como la capacidad para la frustración, el pensamiento aplicado a algo más que lo inmediato, etc., o a la incomprensión del esquema de valores

imperante. Algunas de estas respuestas interesan al aspecto de representación en el dolo.

La corriente moderna y la línea en este aspecto es que para la nueva criminología, el derecho penal importa como causa del delito, como factor de criminalización, y abandona el estudio de los factores de la criminalidad. Se avanza desde la teoría de la criminalidad hacia la teoría de la criminalización.

Se parte de la idea, que en la actual sociedad, generadora de desigualdades, no parece adecuado medir la capacidad de motivación por la norma, en todos los sujetos y al margen de su ubicación social en base a la capacidad al respecto del irreal hombre medio, que toma de base la legislación guatemalteca. En tanto esas desigualdades persistan, como mínimo debieran considerarse las condicionantes socioculturales y económicas en el momento de juzgar al individuo concreto, pues se juzga a un sujeto real, no hombre medio de la norma, modelado en virtud de esas condicionantes, que en poco o nada puede parecerse al inexistente hombre ideal o medio. Pero esa consideración no existe, salvo para la individualización de la pena. El objeto de esta investigación es evidenciar esa omisión y criticarla.

Por contrario, de lo que acontece, debe producirse fidelidad al principio de igualdad, tratando de desigual forma a los desiguales, en su beneficio y que además esos condicionantes pueden incorporarse a la dogmática penal, en la medida en que, si bien de etiología distinta, producen los mismos efectos desmotivadores que otras figuras sí aceptadas, como el error. La existencia de evidentes contradicciones en el contexto, y la propuesta de posibles alternativas transitorias de solución, serán objeto secundario de estudio.

La línea a seguir pasa por establecer la responsabilidad penal de quien no comprende la ilicitud del hecho, o quien no es capaz de actuar conforme a esa comprensión, o quien incurre en error. Enfocando, no únicamente el tema desde las

causas meramente biolo/tóxico/psicológicas basadas en el error sino a otras de tipo sociológico.

3.2. La teoría de la infracción

El término teoría es utilizado por los juristas con mucha frecuencia y de manera diversa. A pesar de que algunas veces se tiene la impresión de que es empleado pensando que sirve para designar un proceso de explicación de la realidad, es de reconocer que se trata, muchas veces, de una idea o de un conjunto de ideas sistematizadas que tienen la finalidad de mejor interpretar y aplicar el derecho. Labor que resulta indispensable para lograr una mayor seguridad jurídica. Un ejemplo por excelencia de teoría jurídica es la denominada teoría del delito. De la manera como es presentada, frecuentemente, aparece como la descripción de la infracción penal. Descripción que sería general y aplicable a todo derecho positivo. Dentro de esta teoría del delito se plantean otras teorías o subteorías. Por ejemplo, la teoría de la culpabilidad, del dolo, de la acción finalista, de la culpabilidad y la culpabilidad dolosa.

Hoy en día, se tiende a elaborar teorías parciales referentes a las diversas clases de delitos, dolosos, culposos, de omisión o de comisión. De esta manera, se abandona la pretensión a concebir una teoría general concerniente a toda forma de infracción. Este hecho constituye un avance hacia el abandono de criterios demasiado abstractos con los que se trataba de comprender regulaciones diferentes y, a veces, hasta incompatibles.

3.3. Teoría clásica

La expresión teoría del delito encubre una problemática bastante compleja y diversa. En tanto la sistematización conceptual de las nociones básicas de derecho penal crea las condiciones legales para imponer una pena, la teoría del delito es el resultado de una larga evolución teórica. Puede considerarse que sus inicios datan de fines del siglo XIX. “Los juristas, bajo la influencia de las ideas científicas

predominantes entonces, se esforzaron en descubrir los elementos naturales de la infracción. Las nociones utilizadas procedían de la física o de la biología. Los trabajos pioneros, son sin duda, los de Franz von Liszt. Apoyándose en las ideas de Ihering, von Liszt distinguió las nociones de culpabilidad y de antijuricidad. Luego, Ernst von Beling propuso un tercer elemento: la tipicidad. Desde entonces, la infracción es concebida como una acción humana, controlada por la voluntad, típica, ilícita y culpable. Mediante la expresión típica, se hace referencia a la conformidad de la acción con el tipo legal, descripción de dicha acción en la norma penal: Tatbestand. Este último aporte fue, en su época, considerado como un descubrimiento revolucionario. A la culpabilidad, aspecto subjetivo del comportamiento, suceso físico exterior, se le concibió como la relación psicológica existente entre el autor y su acción. 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, por violar el derecho positivo”¹⁸.

Conforme al sistema conceptual del positivismo jurídico, la descripción naturalista del delito ocupó el centro de las investigaciones de los juristas. Su esquema, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad ha sobrevivido hasta ahora con ciertas modificaciones en cuanto al contenido de las nociones empleadas. Se puede decir que esta concepción clásica del delito proviene de la idea del positivismo jurídico que se caracteriza, respecto al análisis de los problemas jurídicos, por la utilización exclusiva de nociones jurídicas. La concepción fue cuestionada a fines del siglo pasado e inicios del presente. Poco a poco fue abandonada. Esto se debió, en primer lugar, a las críticas formuladas contra sus fundamentos filosóficos. Estas objeciones estaban inspiradas en la llamada teoría neokantiana del conocimiento, cuya idea básica era la separación radical de la realidad y del mundo normativo.

La primera conclusión extraída a partir de este criterio fue la constatación de que no se podía, de un análisis empírico de la realidad, establecer una medida normativa idónea para apreciar axiológicamente dicha realidad. La noción de infracción fue, de

¹⁸ Becker, Howard S., **Ob; Cit.**, pág. 126.

esta manera, analizada en consideración a los fines axiológicos del derecho penal. Fines que no están plenamente previstos en la ley, contrariamente a lo que pensaban los partidarios del positivismo jurídico.

3.4. Teoría neoclásica y teoría finalista

La teoría clásica fue progresivamente substituida por una corriente de pensamiento a la que se llamó neoclásica o teleológica. Esta nueva concepción se fundó en tres descubrimientos esenciales. Primero, en el dominio de la tipicidad, la determinación de los elementos normativos del tipo legal. Segundo, la constatación de los elementos subjetivos de la antijuricidad, violación de bienes jurídicos y violación de normas. Tercero, el reconocimiento del carácter normativo de la culpabilidad. Esta fue definida como un reproche formulado a quien libremente actúa contra el orden jurídico.

Los defectos de esta concepción fueron criticados por los sostenedores de la teoría finalista. A la distinción radical entre el mundo normativo y la realidad concreta defendida por el neokantismo, Hans Welzel opone dos ideas básicas: primero, la de las estructuras lógico-objetivas previas a toda regulación jurídica y, segundo, la de la naturaleza de las cosas. Según Welzel, el comportamiento humano debe ser tomado en cuenta por el legislador al elaborar las normas legales. La idea clave de esta concepción es la referente a la acción humana. Esta es caracterizada esencialmente por su estructura finalista. Esto significa que su autor tiene la capacidad de proponerse diferentes objetivos y de orientar su comportamiento en relación con ellos. La capacidad del autor está en relación con sus posibilidades de prever las consecuencias de sus actos y con el conocimiento que tiene de la causalidad.

Los criterios de Welzel implican variaciones esenciales en la sistemática de los elementos de la infracción. La tipicidad no puede ser más concebida como la descripción objetiva del acto incriminado. Debe también comprender su finalidad para llegar a integrar sus aspectos esenciales. Por esto, resulta indispensable prever junto al tipo legal objetivo un tipo legal subjetivo.

Así, en los delitos dolosos, la finalidad de la acción, la intención o dolo y los otros elementos de naturaleza subjetiva, por ejemplo, el móvil con que actúa el agente, devienen partes integrantes de la tipicidad.

Las modificaciones en el dominio de los delitos culposos han sido igualmente importantes. La nueva estructura de la tipicidad hace necesario que se distinga claramente entre las infracciones dolosas y las culposas. La naturaleza ilícita de estas últimas no puede ser reducida al hecho de causar un resultado perjudicial para un tercero. Para completar este vacío, los finalistas colocan en primer plano la violación del deber general de no dañar los intereses jurídicos de los demás.

Los partidarios de la concepción finalista logran, de esta manera, eliminar de la noción de culpabilidad los elementos psicológicos que habían sido conservados según la concepción neokantiana y cuyo origen se encuentra en las tesis positivistas. La culpabilidad es, como consecuencia, concebida como un juicio de reproche formulado contra el autor del acto típico. Además, el finalismo obligó a explicar, separadamente, las infracciones de omisión; pues, su naturaleza especial exigía un análisis específico. Así, se afirma la diferencia substancial que existe entre los delitos de comisión y los de omisión. Éstas constituyen siempre la no realización de un comportamiento exigido por el orden jurídico. La naturaleza normativa del comportamiento omisivo impone la revisión de cada uno de los elementos del delito. Los descubrimientos del finalismo permitieron, de alguna manera, la rectificación global de las imprecisiones y contradicciones propias a la concepción neoclásica.

3.5. Corrientes actuales

En los últimos años del derecho penal, se percibe una renovación de la teoría del delito. La confrontación radical y estéril de las concepciones mencionadas van en camino a ser superadas. A partir de la convicción de que ninguna de ellas tomada unilateralmente es suficiente para fundamentar todos los aspectos de la teoría del delito, se buscan nuevas perspectivas que tengan en cuenta los aportes positivos de

ambas corrientes. En esta dirección, han desempeñado un papel decisivo, primero, los partidarios de la teoría de la acción social y, segundo, los autores que, como Roxin, tratan de renovar la noción del delito recurriendo a criterios que presuntamente se encuentran en la base de todo sistema penal racional y liberal. Esta nueva orientación se inspira en los progresos incontestables efectuados en el dominio de la política criminal y de la criminología.

La recepción de las ideas alemanas ha tenido lugar mediante los libros o artículos traducidos al español. Uno de los principales agentes de esta labor de difusión fue Jiménez de Asúa. Junto a este autor, es de mencionar a Sebastián Soler como introductor de las ideas penales en América Latina. Entre las obras alemanas traducidas al español que fueron ampliamente difundidas, destacan las de Edmund Mezger, Reinhart Maurach y Welzel.

En Guatemala y si nos limitamos a las obras más frecuentemente consultadas, podemos constatar que las explicaciones teóricas siguen, en relación a la teoría del delito, sobre todo las concepciones afiliadas al movimiento neoclásico. Así, por ejemplo: "En nuestro medio de cultura jurídica, el criterio que mayor trascendencia ha tenido para la definición del delito, por considerarse el más aceptable dentro del campo penal, aún en nuestros días, ha sido el aportado por el movimiento técnico-jurídico, en la primera mitad del presente siglo"¹⁹. Sin aceptar las tesis fundamentales de la teoría finalista, adoptamos la sistemática de análisis planteada por sus defensores.

Por otro lado, para llegar a la afirmación del conocimiento del derecho, el sistema penal toma también como pauta el llamado conocimiento del hombre medio rasando en ese nivel a todos, a pesar de que el reo diste mucho de ese hombre medio ideal. El sistema no es el correcto, pues habría que demostrar el conocimiento de ese hombre en concreto. Pero se mantiene que ello parece o es indemostrable.

¹⁹ De Mata Vela y De León Velazco, **Curso de derecho penal guatemalteco**, pág 134.

Se descende al hombre concreto, aunque quizás en ámbitos de otros conocimientos, en supuestos de imprudencias profesionales; también se descende al hombre concreto a los efectos de conocer su capacidad para realizar la conducta debida en las omisiones; etc., supuestos en que debe conocerse y analizarse al sujeto en cuestión. La excusa debe, pues, rechazarse y por ello, como mínimo, el progreso del Derecho Penal en esta materia hay que buscarlo en el ensanchamiento del ámbito de eficacia legal del error y en la real valoración de la personalidad del autor. Ello encajaría con lo establecido anteriormente, un proceso individual de socialización.

Así, y cambiando al terreno del dolo natural finalista dado que por ejemplo los elementos que integran la situación típica, pueden hallarse representados por elementos descriptivos y normativos, cuyo conocimiento presenta mayores dificultades que el de los descriptivos, deberá defenderse que el conocimiento de un elemento normativo variará según la apreciación de cada individuo, o de cada grupo social y una vez aquí se cuestionará el grado de conocimiento exigible para el dolo típico, nos preocupamos, como es lógico, del hombre real analizando su nivel y tipo de socialización, no del ideal. Lo que puede abrir el camino al error de prohibición.

Las facultades humanas, intelectivas y volitivas, están también condicionadas por una serie de factores socioculturales, al margen de los psíquicos tradicionales. Por ello, no puede caerse en el simplismo de considerarse la capacidad de culpabilidad imputabilidad como un problema de facultades intelectivas y volitivas del sujeto. La convivencia somete al hombre a un proceso de interacción y comunicación que permiten conocer las normas que rigen la convivencia en el grupo a que se pertenece y adecuar la conducta a dichas normas. Este proceso se llama motivación. La imputabilidad es capacidad de motivación individual, la capacidad para motivarse por los mandatos normativos. El problema surge en la sociedad desigual generadora de subgrupos, en cuyo caso habrá que plantearse la motivación y el valor.

Si es el valor dominante se vulneran las denominadas normas de conducta del subgrupo, lo que acarrea la réplica grupal;

3.6. Aprendizaje y socialización

Para la Sociología, socialización es el aprendizaje social en la capacidad de pensar, sentir y obrar. Las Instituciones, relaciones formalizadas, familia, escuela, trabajo, etc., en tanto que vehículo de la cultura, socializan y también regulan, entendiéndose aquí por regularización aquel proceso mediante el cual, lo aprendido se asume y comparte y es por tanto lo que define a la normalidad. Ser normal es actuar como todos, compartiendo las formas de pensar, sin distinguirse con excepciones o anormalidades respecto al patrón establecido. Los grupos sociales, relaciones no formalizadas, grupo de amigos, club deportivo, etc., también ejercen, aparte de su función específica, la socializadora y reguladora. Mas adelante, en este trabajo de investigación se profundizará más en el proceso socializador, incluso desde perspectivas psicosociales.

En segundo lugar, cuando se habla de perspectiva sociológica para el estudio de la delincuencia, no nos referimos al estudio del delito como acto individual, estudio de su autor, pues esto sería psicología, ni tampoco nos referimos al estudio del delito como resultado de la trama legal de la sociedad, pues eso ¿qué es delito, quién es imputable, etc.? Sería derecho penal. La perspectiva sociológica da a entender que la delincuencia es un hecho que se da en la sociedad, es un hecho social, y por tanto tiene un triple eje de análisis: ¿Cómo la sociedad guatemalteca genera la delincuencia?, ¿Cómo la delincuencia repercute en la vida de los guatemaltecos? y ¿Cuál y cómo es el mundo de la delincuencia, subcultura y organización?

Según estas direcciones, el fenómeno criminal surge de las definiciones políticojurídicas de una sociedad dada, que se plasman en unos sistemas concretos de control. Por tanto cada sociedad se organiza en base a los fines que pretende lograr, lo que implica una actividad política, y en función de esos fines perseguidos por el Estado, se definen como delictivas aquellas conductas que obstaculizarían el logro de los mismos. Por tanto los delitos aparecen como fruto de esas definiciones y en su virtud, los delincuentes también. Entendemos pues que debe tenderse hacia un tipo de

sociedad y la criminología crítica debe ayudar a ello en que el sistema de definiciones no responda a intereses de un sector, sino que en base al verdadero sentir democrático, respondan en primer lugar al bienestar de todos los individuos y entonces a nivel criminológico, lo importante no es ya ver por qué un sujeto se desvía, sino por qué existe, una definición dada de delito, y en caso de que esa definición no obedezca a intereses reales y generales, variarla, y hacerla respetar de la mano del derecho penal si obedece a tales intereses. Todas estas teorías novedosas reconocen en sus planteamientos un origen común marxista, aunque en sus interpretaciones se formulen reflexiones en torno a criterios distintos con los que afrontar la cuestión criminal.

3.7. La sociedad como generadora de delincuencia

Centrándonos en cómo la sociedad genera la delincuencia, partamos de que algunas conductas se separan del estándar social. Se trata de las desviaciones y, aquellas que transgreden no sólo los estándares sino las normas penales, constituyen los delitos.

¿Cómo la sociedad genera esas desviaciones? Analicemos las distintas teorías al respecto, aunque en realidad, debería estudiarse tanto aquellos comportamientos que se separan de la norma, cómo la génesis de la misma; de quién, cómo, por qué la genera; al respecto existen dos grandes corrientes: la consensual, la norma nace del acuerdo entre todos y la conflictual, la norma la impone quién tiene el poder. Las teorías a tratar nos muestran la relatividad de los valores y consecuentemente la generación de la desviación.

En relación el error, por naturaleza, es un estado de conciencia o situación personal en la que se encuentra quién lo padece, es decir, es algo en sí mismo subjetivo. No obstante, la valoración jurídica que permitirá establecer su existencia o el grado de sensibilidad del mismo, se hace sobre bases objetivas que evidentemente deberán apoyarse en el grado de facultades intelectivas, perceptivas y valorativas del

sujeto, moldeadas por los condicionamientos socioculturales y económicos, y las circunstancias concurrentes en el hecho.

Desde hace algún tiempo se convierte en un principio básico de la moderna dogmática jurídico-penal el que el conocimiento de la ilicitud o antijuricidad del hecho es elemento imprescindible y, al mismo tiempo, presupuesto de la imposición de una pena, y que, por tanto, el desconocimiento o ignorancia sobre este extremo, según sea vencible o invencible, evitable o inevitable, es relevante en orden a atenuar o excluir la culpabilidad.

Estos errores se producen en la fase de ideación y resolución, lo que los distingue claramente de aquellos que aparecen en la fase de ejecución (error en el golpe, etc.).

Decisiones que, por tanto, deberán contemplar los condicionantes socio-culturales.

Cabe añadir, que la criminología ha basculado desde el estudio de las causas de la criminalidad (biológicas, sociológicas, etc.), al estudio de la prevención y de la intervención. Entendiendo por prevención a la real, etiológica de las causas, no a la sintomatológica, neutralización del delincuente; y entendiendo a su vez por intervención la apertura de cauces de conciliación víctima-delincuente, mediante programas al efecto, sustitutivos en gran número de casos de la privación de libertad, que por sus malos resultados para la sociedad, deviene inútil.

En relación con el delincuente, debe entenderse asimismo, que cualquier explicación científica del comportamiento del hombre, o de cualquier hecho histórico del cual sea protagonista, tal como el delito, ha de ser sutil, compleja y diferenciadora. Cabe señalar que el comportamiento criminal, por otro lado, no se puede comprender como una decisión aislada, instantánea, sino como resultado final de un proceso previo de socialización y aprendizaje. Porque el hombre no nace con un catálogo o repertorio innato de respuestas, sino que las aprende mediante complejos mecanismos de

comunicación e interacción, en el marco que el mismo sujeto redefine y reinterpreta mediante determinadas operaciones o procesos cognoscitivos.

Por último, en lo relativo a la víctima, cabe considerar que el actual redescubrimiento de la víctima, tímido, tardío y algo desorganizado, expresa la imperiosa necesidad de verificar, de acuerdo con los conocimientos científicos actuales, la función real que cumple la víctima del delito en los diversos momentos del hecho criminal, deliberación, decisión, etc.

El crimen elige también su víctima adecuada, en base a circunstancias personales, situacionales, objetivas, etc. El nuevo enfoque crítico e interaccionista aporta una imagen mucho más verosímil y dinámica de la víctima, de su comportamiento y de las relaciones con los otros agentes y protagonistas del hecho delictivo, de la correlación de fuerzas que convergen en el escenario criminal.

3.7.1. La relativización de los valores

La conducta desviada se aprende con el contacto con otras personas, que se da en los procesos de comunicación que hay en los grupos primarios insertos en esos ambientes.

Lo que se aprende es doble: las técnicas, cómo robar, etc., y sobre todo las orientaciones, justificación o permiso, consciente o no, para delinquir es válido robar a los ricos pues ellos son los causantes de mi situación marginal, etc. Lo que sin duda puede afectar a la capacidad de desvalorar y de motivación que hemos venido tratando.

Esas orientaciones están lógicamente conectadas con las interpretaciones desfavorables respecto a la ley, se pasa de la ley; y por ello cuando en una persona las orientaciones desfavorables a la ley superan a las favorables, se llega a la delincuencia por falta de desvalor en el sujeto respecto a las conductas desviadas. Así

asociación diferencial significa asociación para lo desfavorable a la ley. El tema puede ligarse con el de las subculturas y contraculturas; y esto no debe extrañar por el cúmulo de aspectos negativos que soportan esos desiguales sociales:

- Marginalidad respecto a la gente normal. Están separados y solos.
- Marginalidad laboral. Inserciones frágiles o inestables.
- Marginalidad en el habitat. Habitan zonas semiurbanizadas o barrios antiguos pero depreciados.
- Nula inserción más desconocimiento/desconfianza respecto del sistema político imperante y los recursos que puede brindar a sus aspiraciones.
- Recelo respecto a esa estructura política, pues de ella les llega la posible reacción a su conducta.
- Marginalidad escolar. Fracaso al no existir sistema pedagógico capaz de neutralizar las anteriores marginalidades, por las dificultades familiares, etc.
- Necesidad de autoorganización del tiempo y del espacio (pues nadie se los organiza).

En definitiva, lo único que separa al normal del desviado es que han aprendido comportamientos distintos, al haber sufrido procesos de socialización diferentes; uno a favor de las normas que le protegen y otro en contra de esas mismas normas que a él le perjudican. La elección del sistema de socialización no es libre, sino que viene establecida por la desigual ubicación en la estructura social, de la cual los peor situados no son generalmente culpables, sino víctimas de los mejor ubicados. Por lo cual es evidente que debido a esas influencias socio-culturales distintas, lo desvalorado por unos, será distinto a lo desvalorado por otros y por ello su motivabilidad por la norma, también.

Ello pasa por el logro de una sociedad realmente equitativa y no sólo igualitaria a nivel de declaración formal, lo que deberá conseguirse a través de un estudio crítico de la actual situación y en especial de los aparatos de control, que intentan superar el derecho penal, pero no en el deseable sentido de liberarlo de su esclavismo a determinados condicionantes históricos, intereses de la clase dominante, sino en el de subordinarlo aún más a las superiores exigencias de control de ese mismo sector dominante, incluso recortando garantías legales y constitucionales de ese derecho, en lugar de ampliarlas.

El control social no es ya una variable dependiente sino independiente dentro del problema. Se llega a demostrar cómo ese control social puede de por sí producir la desviación y ser por tanto anterior a la misma.

Así el interaccionismo llega a explicar, tal como ya se indicó, el cómo la desviación nace por la definición de conductas que efectúa quién tiene poder para ello, y evidentemente si se haya en situación de poder definir, también podrá escapar a la definición. Por su lado, el fenómeno del etiquetamiento llega a generar la desviación secundaria y con ello el fenómeno de profecía que se cumple así misma, ya también mencionada, pero esta teoría no llega a explicar la desviación primaria, la inicial, tras la que se adjudica la etiqueta.

Por esta senda, las teorías del conflicto social, que no aceptan la tesis de sociedad consensuada, mantienen que impone la ley quien tiene poder para ello y lo hace de forma que les sea más difícil cumplirla a quienes no ostentan ese poder, con lo que el enunciado todos iguales ante la ley queda en entredicho, dado que la verdadera igualdad debe referirse a un desigual trato para los desiguales; y ello es así, pues las normas obedecen a las necesidades de ese grupo dominante.

En este contexto queda evidenciado el abuso que, en base a lo citado, pueden efectuar los aparatos de control en manos de la clase dominante, y es por ello que el

enfoque criminológico desemboca en su postura crítica o de cuestionamiento de la estructura social y de sus aparatos de control.

3.7.2. El principio de subsidiariedad

Parafraseando los postulados de la Conferencia de la Línea de Acción del Plan Pastoral Diocesano, para el curso 2003-2004, el hombre es un ser social; la sociedad debe estar organizada, poniéndose al servicio del ser humano, y de ahí nace la necesidad del Estado y del poder civil. Pero la socialización encierra también un peligro: una intervención demasiado fuerte del Estado puede amenazar la libertad y la iniciativa personal de los ciudadanos.

“Dios no ha querido retener para Él, solo el ejercicio de todos los poderes”, dice el Catecismo no. 1884 de Diócesis. Si Dios actúa así, ¿cómo es posible que una persona, un partido, el Estado, pretendan asumir todo el poder en la sociedad?, por eso todo poder, incluso el poder del Estado, debe tener sus límites. Sólo debe intervenir cuando sea necesario, y sólo para ayudar y apoyar a los ciudadanos.

La sociedad no es el Estado, confundir Estado y sociedad ha generado tragedias dictatoriales de todo signo a lo largo del siglo XX, la sociedad la construyen los ciudadanos, y no el Estado. Así surge el principio de subsidiariedad, según el cual “una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándole de sus competencias, sino que más bien debe sostenerle en caso de necesidad y ayudarle a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común” según Juan Pablo II, encíclica “Centessimus Annus” 48; Pío XI, encíclica “Quadragesimo Anno”. Esto quiere decir que en la escala social, cada organismo debe respetar la autonomía del organismo inferior. Es preferible que actúe la estructura inferior, que es la que conoce mejor la situación y es más cercana a los ciudadanos.

Las afirmaciones que resumen los principales fundamentos de las salidas alternativas al proceso penal son las siguientes:

- El carácter selectivo del sistema penal, la necesidad de racionalizar la persecución penal pública, frente a los escasos recursos disponibles y las características de *última ratio* y subsidiariedad del mismo, demuestran la conveniencia de buscar mecanismos de selección que permitan ofrecer alternativas diferentes a la persecución penal, en un conjunto de casos definidos hoy día como penales.
- Las razones de conveniencia social, indican que debe prescindirse al máximo la respuesta penal tradicional respecto de personas que cuentan con altas posibilidades de reinserción, refiriéndose a otro tipo de alternativas que eviten al máximo su contacto con las expresiones mas violentas del sistema.
- La satisfacción real de los intereses de la víctima por parte del sistema penal supone, más allá de un discurso legislativo, el establecimiento de ciertos mecanismos procesales concretos que incentiven su reparación.

3.7.3. La oportunidad a través de la selectividad

El hecho que el sistema nacional y, en general, cualquier otro, operen de una manera selectiva pareciera no ser criticable en sí mismo, ya que la justicia criminal, en cuanto su sistema estatal, dispone de recursos escasos para la persecución penal, siendo imposible en la práctica que pueda investigar y sancionar todos los delitos que conoce. Lo que sí resulta criticable es el hecho de que la selectividad se maneje sin transparencia, obedeciendo a criterios establecidos o a razones públicas preexistentes, es decir, al margen de mandatos legales y públicos que la encaucen y de presupuestos valorativos que la fundamenten. En definitiva, es criticable que la selectividad quede abandonada al criterio de los operadores del sistema, sin ninguna racionalidad y sin ningún presupuesto de valor que la fundamente.

Frente a esta situación, se suele fundamentar la introducción de salidas alternativas al proceso penal, argumentando que estas serían la solución que permitiría regular con transparencia la necesaria selectividad del sistema y focalizar la actuación de este en la criminalidad más relevante o dañina.

La argumentación parte de la constatación de un hecho, la selectividad, para concluir en la necesidad de regular normativamente tal situación, lo que se hace, con la introducción de salidas alternativas al proceso.

Esta argumentación se dirige en la línea correcta y constituye un buen argumento a favor de la introducción de salidas de alternativas al proceso penal, aunque se cree que el fundamento puede ser complementado con una proposición adicional que permita darle un carácter universal a la argumentación y consistencia doctrinaria con los valores que inspiran al sistema. Así, como elemento adicional, es posible afirmar que la selectividad, lejos de ser criticable en un sistema de enjuiciamiento criminal moderno, resulta deseable y conveniente, en cuanto ella permite sacar casos fuera de su ámbito para encontrar soluciones o alternativas en otras áreas menos represivas y violentas con que cuentan los sistemas jurídicos. Por lo mismo, es posible señalar que la introducción de salidas alternativas al proceso, resulta indispensable para asegurar el carácter del sistema subsidiario del sistema penal y el principio de *última ratio*, que regula la intervención punitiva del Estado, así como su oportunidad.

3.7.4. La intervención mínima

La participación del Estado en la solución de un conflicto será de acuerdo a su gravedad; ésto plantea que de acuerdo con la intensidad con la que se ha lesionado o ha puesto en peligro un bien jurídico, es lo que hay que tener en cuenta para dotar una mayor o menor gravedad a la imposición de la pena y la necesaria intervención del poder estatal.

Lo anterior nos indica, que sólo deben ser sancionados penalmente aquellas conductas que supongan un daño o un peligro para un determinado bien jurídico, al que el legislador hace merecedor de la especial y máxima protección, suponiendo su instrumento a través del derecho penal.

Ahora bien, al hablar de lesión a los bienes jurídicos, no se alude a la noción naturalista de la causa de un daño a determinado objeto de la acción, si no a un concepto de valoración, entendido como contradicción con los intereses que la norma jurídica penal protege, o a la posibilidad de que ello se presente como una amenaza o puesta en peligro de la tutelaridad de la ley.

En la actualidad, no parece ser objeto de discusión, el hecho de que una de las características centrales que permite definir y comprender el funcionamiento de los sistemas penales contemporáneos, es su carácter selectivo. Así, lo demuestran múltiples estudios criminológicos realizados en otros países. Un elemento presente en los diversos sistemas penales, es la existencia de ciertos mecanismos, formales e informales, de selección de los casos, en que se desechan algunos y otros llegan hasta sus instancias finales.

Al respecto, resulta común observar en la literatura comparada la manera en la que los autores, de distintas tradiciones académicas, condicionan el funcionamiento del sistema de justicia criminal a través de la figura de un embudo, en la que la parte ancha corresponde al total de delitos cometidos y la parte angosta al número final de casos que llegan a las instancias finales del proceso penal, con una inmensa cantidad de escalas intermedias en donde se van descartando casos por las más diversas razones.

La selectividad, presente en los sistemas penales, se explica por la imposibilidad material que tienen los mismos, derivada de la existencia de recursos humanos y materiales limitados, de investigar y sancionar todos los delitos que se cometen, e incluso solo de los que llegan a su conocimiento.

Esto mismo lleva a que los distintos sistemas, ya sea a través de los instrumentos formalizados en la ley, en algunos casos, o a través de otros creados informalmente por los propios operadores del sistema, desarrollen diversos mecanismos que tienden a dar curso a esa selectividad necesaria para el funcionamiento del mismo, es decir a través del conocimiento cotidiano y no de la implementación de mecanismos reconocidos legalmente para ello.

3.7.5. La protección o tutela de los bienes jurídicos

En Guatemala, se utiliza el derecho, como un instrumento de protección de los bienes jurídicos. Es así, como se hace uso del derecho penal, que constituye todo un sistema de protección garantizador de la sociedad frente al ataque a determinados bienes jurídicos.

La sociedad es titular de varios intereses y utiliza diversos sistemas para la protección de los mismos; cuando usa el derecho como instrumento de protección, estos intereses son los que pasan a ser bienes jurídicos.

El derecho penal, es un sistema de proyección a las garantías frente a los ataques de la sociedad, se considera el momento histórico de los bienes jurídicos a proteger, a través del tiempo en que se cometa un delito y también, en que modo se va hacer valer el derecho de la persona impulsada. El Derecho Penal en cada estado acaba siendo retrato del mismo, de sus valores e intereses temporales.

La mejor forma de plasmarlos como un sistema de valores e intereses, es constitucionalmente, en una inmejorable referencia para encontrar el significado de los elementos necesarios para la interpretación de estos bienes protegidos, ya que dichas normas tienden a ser bien redactadas y entendibles.

La introducción de salidas alternativas en el proceso penal, está constituida por la idea de la necesidad que tiene el sistema penal, por razones de principios y

utilitarias, de dar satisfacción concreta de los intereses de la víctima. Hoy día, resulta casi un lugar común en la literatura especializada, plantear la afirmación crítica de que la víctima es la gran olvidada del sistema penal. Dicha cuestión se explica por razones históricas derivadas del surgimiento del derecho penal moderno, que es un derecho de carácter eminentemente público, y del consiguiente fenómeno, descrito muy lucidamente por autores como Maier o Christi, de la expropiación del conflicto penal, realizado por el mismo “Estado al asumir el monopolio en la persecución penal y transformar a esta en una actividad pública”²⁰.

No obstante, esta orientación tradicional, acerca del rol de la víctima que ha primado en la estructuración de los sistemas penales modernos, existe un movimiento importante desarrollado en las últimas décadas que, desde distintas perspectivas, ha puesto como foco principal de estudio y atención del sistema a la víctima del delito. Uno de los principales planteamientos de este movimiento es el de considerar la satisfacción de la víctima como uno de los fines primordiales del sistema penal y, además, reconocer a esta como actor central del mismo.

El carácter marginal que tuvo este movimiento en una primera etapa, se ha transformado, en un sólido consenso entre los especialistas y quienes tienen a su cargo el diseño de las políticas en materia de justicia criminal, acerca de la necesidad que tiene el sistema, desde la perspectiva de los principios que los orientan, de establecer mecanismos sustantivos y procesales que ofrezcan la posibilidad de satisfacer en forma real y concreta a los intereses de la víctima en el transcurso del proceso.

Al momento de incorporarse al sistema de justicia penal, la satisfacción de la víctima dentro de sus finalidades, es posible concluir que la introducción de salidas alternativas al proceso penal resulta indispensable, toda vez que estas constituyen mecanismos que de manera efectiva permiten crear un ámbito de solución de conflictos en el que la reparación de la voluntad de las víctimas cumplen un rol decisivo,

²⁰ Binder Barzizza, Alberto, **Derecho procesal penal, introducción al derecho procesal penal**, pág. 133.

cumpléndose además con las finalidades del proceso protegiendo además bienes jurídicos importantes para la población.

Por otra parte, la regulación de salidas alternativas al proceso penal, se puede justificar no sólo en atención a razones de principios, las que por sí solas serían suficientes para fundamentar la introducción de algunos mecanismos, sino que también desde una perspectiva de su utilidad, ya que constituyen una manera de fomentar la participación activa de la víctima en el proceso, participación que resulta indispensable para el éxito del mismo y mantener un estado de derecho.

En el funcionamiento concreto de un proceso penal, el rol de la víctima es trascendental y su ausencia, normalmente, derivará en el no inicio del caso o en su archivo en una etapa temprana por falta de antecedentes probatorios. Basta señalar como ejemplo, que estudios empíricos realizados en nuestro país como en diversos sistemas comparados, dan cuenta que el inicio del procedimiento penal depende, en un alto porcentaje, de la víctima o de una persona vinculada a ella, de manera que el sistema sin su colaboración, muestra una escasa o casi nula capacidad para conocer de la comisión de un delito e iniciar una investigación de manera autónoma. Así, indican estudios comparados acerca de la producción de las pruebas de cargo y la colaboración de la víctima en ello, indicando que en un porcentaje mayoritario la prueba es acompañada o producida gracias a la colaboración de la víctima, titular del bien jurídico tutelado.

Extrañamente, en los sistemas procesales penales de orientación más tradicional, el agraviado, como se le denomina por el Código Procesal Penal, no ha sido objeto de preocupación, siendo, por el contrario, sometidas en su desarrollo a lo que se denomina victimización secundaria, es decir, a un proceso que se traduce en una nueva victimización, ya no por el delito cometido (primera victimización), sino que por los múltiples perjuicios e inconvenientes que por regla general les causa su intervención en el proceso penal (segunda victimización), ante cualquiera de las autoridades de la persecución penal e incluso de sus abogados. En virtud de este proceso de

victimización secundaria, la percepción de las víctimas acerca del sistema tiende a ser negativa y se manifiesta en una desconfianza respecto de su funcionamiento que se traduce en una escasa disposición a colaborar con el mismo, por la escasa manifestación estatal en la protección de sus bienes. Este círculo vicioso culmina con una menor eficiencia del sistema, dado que no cuenta con la colaboración activa de su principal fuente de información, el agraviado.

Las razones expuestas, han llevado a que los sistemas de enjuiciamiento criminal moderno contemplen una serie de derechos y mecanismos a favor de las víctimas como forma de incentivar por su participación en el proceso, que, como hemos visto, resulta indispensable para su desarrollo. Dentro de estos derechos y mecanismos, la introducción de salidas alternativas que giran en torno a la reparación de la víctima se transforma en una herramienta de gran utilidad porque constituyen un incentivo para que la víctima se involucre en el proceso, debido a que él puede obtener algo.

CAPÍTULO IV

4. Análisis de los déficits socioculturales y económicos

4.1. ¿déficits en la asimilación de valores normales o asimilación correcta de valores desviados necesarios en su ámbito?

El dolo y la culpa no son formas de culpabilidad sino de conducta por lo cual considero como premisa fundamental, que el derecho disciplinario se soporta sobre dos pilares esenciales y necesarios en su construcción: La volición o intención, seguida de la conducta, activa u omisiva.

Los hechos relevantes al derecho sólo son los acciones humanas voluntarias, esto es, las que pueden ser denominadas conductas.

Todas las conductas definidas disciplinariamente como faltas, tienen una exigencia normativa en punto de ser adecuadas típicamente, referida a una de las formas estructurales de conducta, dolo o culpa, en aras de garantizar el principio de libertad, autonomía y autodeterminación de la persona humana destinataria de la ley.

La forma de conducta, dolosa o culposa es presupuesto de los juicios de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad; no existiendo conducta, carece de todo sentido indagar por una pretendida tipicidad, ilicitud sustancial o culpabilidad.

La presencia del dolo no nos lleva necesariamente a estructurar el reproche de la culpabilidad, lo cual demuestra que son momentos diferentes y que el dolo y la culpa son formas de conducta, y no formas de culpabilidad, pues esta se mide en términos de intensidad. Se debe establecer como criterio para determinar la gravedad de la falta el grado de culpabilidad, la intensidad del reproche en sede de culpabilidad, pues en la

tipicidad ya tuvo que ser definida la clase de conducta, y no podría hacerse un nuevo juicio sobre ello.

4.2. El principio de culpabilidad en concreto

Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y solo son sancionables las faltas a título de dolo o culpa.

La delincuencia y la violencia han aumentado de forma significativa en los últimos años, al extremo que se reconocen como un serio problema económico y social, especialmente en las áreas urbanas. Con frecuencia se citan como causas fundamentales de este incremento la rápida urbanización, la persistencia de la pobreza y extrema pobreza, falta de educación, desintegración familiar y la desigualdad, la naturaleza más organizada de la delincuencia, la aparición del tráfico y uso ilegal de drogas, y el más reciente fenómeno de las pandillas juveniles o maras, lo que amenaza la gobernabilidad. La Policía Nacional Civil, institución principalmente encargada de velar por la seguridad ciudadana, está inmersa en una crisis de deterioro institucional. Es de conocimiento público que la fuerza policial esta siendo señalada por altos índices de corrupción, negligencia y violación de derechos humanos lo que permite un accionar más libre de la criminalidad común y especialmente del crimen organizado. Se aprecia también la falta de coordinación entre los operadores del sector justicia, especialmente entre los encargados de la investigación, la Policía Nacional Civil y el Ministerio Público, lo que agrava la debilidad e ineficiencia, teniendo un efecto negativo en la percepción ciudadana y causando que ésta busque la aplicación de justicia por mano propia, como es el caso de agresiones colectivas o ejecuciones sumarias extrajudiciales. Adicionalmente, el sistema penitenciario se encuentra prácticamente colapsado. Los esfuerzos que se han hecho por fortalecer las instituciones del sector de seguridad no han dado los resultados deseados, a pesar de la magnitud de los recursos asignados. Además, no se ha desarrollado un programa integral y sostenible.

4.2.1. Fundamentos del juicio de reproche

Si la culpabilidad constituye un juicio de reproche que se ejecuta a quien realiza una conducta típica dolosa o culposa, con ilicitud sustancial, estando en condición de actuar de manera diversa conforme a derecho, exigibilidad de otra conducta, su sustento se encuentra soportado en la libertad del individuo, lo cual ha tratado de ser explicado desde dos paradigmas: El libre albedrío y el determinismo.

Para el libre albedrío, las personas son absolutamente libres y deciden sin injerencia de ninguna clase la comisión de la falta disciplinaria, es decir, en este paradigma no hay factores exógenos al individuo que deban tenerse en cuenta al momento de estructurar el juicio de reproche que integra la culpabilidad, pues el acaecer disciplinario susceptible de sanción es producto exclusivamente de factores endógenos.

Así pues, en oposición al libre albedrío, se formula el paradigma del determinismo, en virtud del cual, se plantea que el sujeto no solo no es absolutamente libre en su decidir, sino que por el contrario, se encuentra totalmente determinado por las circunstancias sociales, políticas, económicas, geográficas, etc., que lo rodean, es decir, su decisión es producto de factores exógenos que lo determinan a comportarse de una u otra forma; a manera de metáfora, el hombre en este paradigma aparece inmerso en un mar que lo conduce con sus olas y que le imposibilita totalmente hacer su voluntad libre.

Entonces, compete al ente investigador verificar la presencia, no de posibilidad, sino de certeza acerca de la libertad de opción y escogencia en el individuo al momento de realizar la falta, correspondiéndole evaluar tanto los factores endogenos como los factores exógenos que han tenido injerencia en la decisión del disciplinado de adelantar conducta típica y antijurídica tal y como se menciona en capítulos anteriores, el juicio de reproche; con fundamento en esto, se podrá efectuar el juicio de reproche que

constituye la culpabilidad, el cual carece de formas, y únicamente es medible en términos de intensidades proporcionales al grado de libertad del sujeto.

4.2.2. Principio de la responsabilidad objetiva

En desarrollo del principio de culpabilidad, tiene que proscribirse la responsabilidad objetiva o por la simple causa del resultado sin importar la voluntad del agente.

Dentro de esta esfera, la acusación y la defensa se exteriorizan como una tarea necesaria para el descubrimiento integral de la verdad, proveniente de la prueba producida por quien cumple el deber legal de investigar una conducta presuntamente transgresora de la ley y de quien se defiende de tales pretensiones.

La ley procesal penal establece el principio de inmediación de la prueba, es decir, que exige la concentración del tribunal de sentencia, los individuos de prueba, los sujetos procesales, atendiendo los medios de prueba existentes que pueden ser propuesto y utilizados en el juicio oral, observándose las garantías establecidas para la declaración de los procesados durante el juicio.

El juicio oral, tiene como pieza esencial la acusación y la defensa del acusado, pues la validez de la sentencia presupone un debate confrontativo, contradictorio y público dentro del cual, el grado de certeza debe producirse con estricta observancia de los principios que rigen el debido proceso.

La presencia de las partes y sus defensores en el juicio oral, constituye una manifestación de principio de publicidad, mientras que la prueba inmediata se compadece con el principio de inmediación, en términos generales, publicidad, oralidad y contradicción son correlativos y responden a una regulación procesal penal de un sistema acusatorio, donde el debate constituye una garantía para el imputado en el ejercicio de su defensa, pues la continuación del juicio esta condicionado a la presencia

física del acusado, excepto en determinados delitos. El debate se plasma en la audiencia y se reduce a las manifestaciones y alegaciones de las partes, precedidas de la prueba con la intervención directa de los jueces que emitirán el fallo, todo lo cual produce a la deliberación sobre la base de las pruebas y argumentaciones.

Una de las consecuencias que se derivan del sistema de enjuiciar acusatorio, es la correlación que debe existir entre la imputación y la sentencia, por tal razón el órgano judicial viene obligado a consignar en su resolución todo el relato fáctico que haya sido resultado de las pruebas practicadas en el plenario, debiendo así mismo reflejar aquellas circunstancias tanto atenuantes como agravantes que fueron debatidas y finalmente hacer pronunciamiento expreso en cuanto a la responsabilidad civil.

Como consecuencia de lo anterior, la parte acusadora, no puede luego del debate, modificar su acusación en el sentido que lleve implícito una modificación sustancial del hecho imputado, sobre la base de la regla de no colocar al acusado en estado de indefensión, de aquí que el tribunal en su sentencia no pueda tener por acreditados unos hechos distintos a los que fueron objeto de la acusación. Esta situación que tradicionalmente rige el principio acusatorio, consideramos se vulnera tanto en la norma procesal guatemalteca en el Artículo 373, al permitir la ampliación de la acusación y la inclusión de nuevos hechos o circunstancias que no hayan sido previamente mencionadas por la parte acusadora y si bien establece la obligación de recibir nueva declaración del imputado sobre estos hechos, y el derecho a la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas, merma la posibilidad de una correcta garantía del acusado a su defensa y facilita la no existencia de una correcta transparencia de la fase sumarial, dando lugar a que la parte acusadora, reserve para el acto del plenario sorpresas que redundarían en una manifiesta indefensión.

De igual manera ocurre con el Artículo 365 del Código de Costa Rica, que faculta al tribunal a conceder una calificación jurídica diferente a la de la acusación o a aplicar penas más graves o distintas a las solicitadas, sin sujetarse a formalidad alguna, lo que vulnera el principio de la adecuada defensa del acusado.

En Cuba, no es posible dada la clara formulación del Artículo 349 de la ley, que quien acuse introduzca nuevos hechos o circunstancias en su imputación, y al órgano jurisdiccional le viene expresamente prohibido a tenor de lo establecido en el Artículo 357, alejarse de esta imputación, máxime cuando lleve consigo una agravación, salvo los casos en que haya hecho uso de la fórmula que autoriza el Artículo 350, que aunque tiene sus defensores y detractores, parte del hecho originalmente imputado, conocido plenamente de antemano por el acusado y del cual se viene defendiendo desde antes del inicio del juicio oral, pudiendo sólo invocarse luego de practicadas todas las pruebas en el plenario, lo que lleva a concluir que amén de alejarse su aplicación de un cabal cumplimiento del principio de enjuiciar acusatorio, no trae consigo sorpresa ni indefensión para quien está siendo juzgado.

No obstante cuando la aplicación de este precepto es derivada de una retirada de la acusación, ello sí invade, a nuestro criterio, sustancialmente, las facultades de una de las partes en el proceso, convirtiéndose quien debe velar por la equidad en el acto, en sostenedor de la imputación., aspecto que consideramos debe ser modificado por la trascendencia que tiene en la impartición de justicia.

Con respecto a las garantías procesales: “Actualmente el concepto de garantías tiene otra significación propiamente procesal. Las garantías son medios técnicos-jurídicos orientados a proteger las disposiciones constitucionales cuando éstas son infringidas, reintegrando el orden jurídico”²¹ es así como los principios procesales que se encuentran resguardados en la Constitución Política de la República de Guatemala y enunciados anteriormente se encuentran en una escala de líneas directrices obligatorias para todos los jueces al momento de aplicar la ley penal y protegidos adicionalmente por las garantías contempladas en el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Penal que velan por su cumplimiento dentro del proceso penal.

²¹ García Laguardia, Jorge Mario, **La defensa de la constitución**, pág. 24.

4.2.3. Proscripción del derecho de autor

En un Estado social de derecho, en el que se ha de garantizar la existencia de la diversidad, del pluralismo y la disidencia, como Guatemala, dentro de la mayor amplitud democrática, no puede ser objeto de juicio de reproche disciplinario lo que las personas son por peligrosas, inmorales o enfermas que parezcan; debe sancionarse lo que las personas hacen, en cuanto se trate de conductas que sean vulnerantes de bienes jurídicos importantes, derecho de acto.

Que será lo más adecuado a derecho, cuando el Ministerio Público investiga y el Juez sanciona frente a una situación en la que hay inexigibilidad de otra conducta, aunque no haya causal de exclusión de responsabilidad. Cuando se investiga y sanciona por una conducta típica, dolosa o culposa, e ilícita, formal y sustancial, que no merece juicio de reproche por presentarse una causal de exclusión de responsabilidad.

Una conducta determinada por insuperable coacción ajena. O tal vez cuando se investiga y sanciona por un resultado imputable físicamente, pero en el cual no hubo conducta, hecho humano voluntario, un resultado doloso producido por caso fortuito.

La criminología crítica, según Taylor, mantiene que: “El delito no constituye una realidad natural previa a la norma que lo establece, sino que su existencia depende de una norma surgida en un sistema social determinado, como fruto de unas condiciones sociales específicas. Ello significa, en definitiva, que concurren delitos porque existen normas que como tales los establecen; y esas normas son propuestas por quién tiene poder para definirlos y capacidad para escapar a esa definición. En la medida en que no todos los individuos tienen el mismo poder, la senda a que los mejor ubicados propongan normas con la exclusiva finalidad de proteger sus intereses, sin tener que vulnerarlas para ello, justo al contrario de lo que les sucede a los demás, queda abierta”²².

²² Taylor, y Young, **Ob; Cit.**, pág. 78.

Recordemos al efecto una posición extendida y definida por Chambliss citado por Sartori: "El derecho penal es en primer lugar y básicamente un reflejo de los intereses de las clases dominantes. Aquellos que controlan los recursos económicos y políticos de una sociedad verán, más frecuentemente que otros, representados sus intereses e ideologías en el Derecho. Nada es inherentemente delictivo, sólo es la respuesta lo que lo hace delictivo. Si queremos explicar el delito debemos, en primer lugar, entender las fuerzas sociales que originan que algunos actos sean definidos como delitos mientras que otros no"²³.

También el psicólogo Trasler afirmaba que: "No es obvio que el comportamiento delictivo constituya un campo viable al discurso científico. Repetidos intentos de mostrar a los delincuentes como una clase que puede ser claramente distinguible por su inteligencia, emotividad, extraversión, físico y origen social, han tenido escaso éxito. Lo que es y lo que no es delito es definido por las leyes del Estado vigentes en cada momento; consiguientemente, el significado de categorías tales como delincuente y delito varía sustancialmente entre una sociedad y otra"²⁴.

El fenómeno criminal surge de las definiciones político-jurídicas de una sociedad dada, que se plasman en unos sistemas concretos de control.

Por tanto cada sociedad se organiza en base a los fines que pretende lograr, lo que implica una actividad política, y en función de esos fines perseguidos por el Estado, se definen como delictivas aquellas conductas que obstaculizarían el logro de los mismos. Por tanto los delitos aparecen como fruto de esas definiciones y en su virtud, los delincuentes también.

Entendemos pues que debe tenderse hacia un tipo de sociedad y la criminología crítica debe ayudar a ello en que el sistema de definiciones no responda a intereses de un sector, sino explica Bonger que: "En base al verdadero sentir democrático, respondan

²³ Sartori, Giovanni, Homo videns, **La sociedad teledirigida**, pág. 210.

²⁴ Trasler, G., **The explanation of criminality**, pág. 123.

en primer lugar al bienestar de todos los individuos y entonces a nivel criminológico, lo importante no es ya ver por qué un sujeto se desvía, sino por qué existe, como ya se ha indicado, una definición dada de delito, y en caso de que esa definición no obedezca a intereses reales y generales, variarla, y hacerla respetar de la mano del derecho penal si obedece a tales intereses. Todas estas teorías novedosas reconocen en sus planteamientos un origen común marxista, aunque en sus interpretaciones se formulen reflexiones en torno a criterios distintos con los que afrontar la cuestión criminal. Por tanto, será conveniente presentar una rápida visión del pensamiento marxista al efecto:

Es obligado iniciar la cuestión, indicando que Marx dedicó escasas páginas al delito, y en ocasiones de forma incluso irónica en contraposición a la perspectiva apocalíptica de Engels, según la cual la desmoralización engendrada por el capitalismo hace surgir el espectro del desorden.

Esas páginas escasas de Marx pueden interpretarse superficialmente como una explicación de su funcionalidad para sustentar las relaciones sociales capitalistas y, en especial, del papel que desempeña en la extensión y el mantenimiento de la división del trabajo y las estructuras ocupacionales de las sociedades caracterizadas por un capitalismo temprano²⁵.

La teoría sobre la plusvalía titulada "Concepción apologística de la productividad de todas las profesiones", en el cual Marx plantea el delito en los siguientes términos: "Un filósofo produce ideas, un poeta poemas, un sacerdote sermones, un profesor compendios, etc., el criminal no sólo produce delitos, sino también la legislación en lo criminal, y con ello al mismo tiempo, al profesor que diserta acerca de la legislación y, además de ello, el inevitable compendio en el cual el mismo profesor lanza sus disertaciones al mercado general como mercancías. Esto trae aparejado el aumento de la riqueza nacional, muy aparte del disfrute personal que el manuscrito del compendio otorga a quién le dió origen"²⁶.

²⁵ Bonger, W., *Criminality and economic conditions*, pág. 238.

Los criminólogos han interpretado erróneamente este pasaje de Marx, sosteniendo que para éste el delito desempeñaba una función innovadora, en especial en la profundización de la división del trabajo. Continúan citando los autores: "Marx sigue planteando el tema en tono irónico: "lo que es más, el criminal produce todo el conjunto de la policía y la justicia criminal, los alguaciles, jueces, verdugos, jurados, etc.; y todos estas distintas ramas de negocios, que constituyen, a la vez, muchas categorías de la división social del trabajo, desarrollan distintas capacidades del espíritu humano, crean nuevas necesidades y nuevas maneras de satisfacerlas. La tortura por sí sola engendró los más ingeniosos inventos mecánicos y empleó a muchos honrados artesanos en la producción de sus instrumentos", y añaden: "El criminal produce una impresión, en parte moral y en parte trágica, según sea el caso, y de esta manera presta un "servicio" al despertar los sentimientos morales y estéticos del público. No sólo produce compendios sobre la legislación en lo criminal, no sólo códigos penales, y junto con ellos legisladores en ese terreno, sino también artes, bellas letras, novelas e inclusive tragedias... el delincuente rompe la monotonía y la seguridad cotidiana de la vida burguesa. De esta manera le impide estancarse y engendra esa inquieta tensión y agilidad sin las cuales hasta el acicate de la competencia se embotaría. De tal manera estimula las fuerzas productivas"²⁷.

En el apartado antes citado parecería casi que la guerra contra el delito desempeñase una función crucial en la generación de contradicciones y problemas en la estructura social: "se pueden mostrar en detalle los efectos del criminal sobre el desarrollo de la capacidad productiva. ¿Las cerraduras hubiesen llegado alguna vez a su actual grado de excelencia, si no hubiesen existido ladrones? ¿La fabricación de billetes de banco habría llegado a su perfección actual si no hubiese habido falsificadores? ¿El microscopio se habría abierto paso en la esfera del comercio común, a no ser por los fraudes comerciales? ¿Acaso la química práctica no debe tanto a la adulteración de las mercancías y a los esfuerzos por descubrirla, como al honesto celo por la producción? El crimen, gracias a sus métodos permanentemente renovados de ataque contra la

²⁶ Taylor, y Young, **Ob; Cit.** pág. 120.

²⁷ **Ibid**, pág.125.

propiedad, procrea constantemente nuevos métodos de defensa, con lo cual es tan productivo como las huelgas para la invención de máquinas²⁸.

El hecho de que un entorno socio-cultural y económico alejado del que conocemos como normal puede afectar notablemente a la capacidad de motivación del sujeto por la norma penal, alejándola de la media, que es por la que se rige la aplicación del derecho punitivo.

Esa afectación en la capacidad de motivación se deriva de la atribución de un desvalor menor a la conducta infractora, lo que disminuye la capacidad de control y de sometimiento a norma.

En consecuencia la figura del hombre medio, como barómetro de la capacidad de motivación, y de culpa, en el estadio de la culpabilidad de la teoría del delito, resulta, además de injusta, inútil por irreal.

4.3. Cultura inquisitiva guatemalteca

El reconocimiento y respeto a esta situación jurídica en la que se encuentra el imputado constituye la base y fundamento del sistema jurídico-penal adoptado por los Estados de Derecho que reconocen el derecho a la libertad individual.

De su esencia misma derivan también el fundamento, la finalidad y la naturaleza de la coerción personal del imputado: si éste es inocente hasta que la sentencia firme lo declare culpable, invirtiendo así su estado, su libertad solo puede ser limitada a título de cautela y no de pena anticipada a dicha decisión jurisdiccional, cuando se tenga alto grado de probabilidad sobre su culpabilidad y ello sea indispensable para asegurar la efectiva actuación de la ley penal y procesal.

²⁸ Bergalli, Roberto; Bustos, De Sola y otros, **El pensamiento criminológico I y II**, pág. 228.

La presunción de inocencia no se ha consolidado en el panorama doctrinal y en la práctica jurídico-política de una forma pacífica. Ha tenido que librar una dura batalla en nuestro país, debido a injerencias externas al poder judicial. Ha soportado amplias objeciones. Ha debido depurar polémicamente sus fundamentos.

Como es bien conocido, las principales objeciones doctrinales a la presunción de inocencia nacen en torno a la escuela positivista italiana de Derecho Penal, y especialmente en el pensamiento de Bettioli y Manzini. En el fondo, las objeciones a la presunción de inocencia eran fundamentalmente de corte ideológico y en menor medida de carácter técnico.

Desde las posiciones críticas, la presunción, de inocencia era una verdadera degeneración, un fruto del individualismo introducido en el mundo jurídico por la Escuela Clásica, una incongruencia jurídica alimentada por el pensamiento revolucionario francés. Hasta un concepto demagógico e impreciso que necesitaba importantes retoques y matizaciones.

No podía negarse, y nadie negaba, que un imputado no debía ser considerado culpable antes de la sentencia irrevocable de condena, hasta que hubiere sido considerada la causa como juzgada. Pero considerarlo inocente, cuando precisamente se procedía contra él como inculcado de un delito, era, para quienes lo criticaban, un contrasentido jurídico, una real y propia incongruencia, una inversión del sentido lógico y jurídico.

En el terreno doctrinal, la presunción de inocencia ha ido aclarando progresivamente mejor sus contornos, ha perfilado más nítidamente su función, ha dado mayor consistencia a su estructura jurídica.

De todas las líneas que han confluído doctrinalmente en la construcción de la presunción de inocencia, quizás convenga resaltar tres aclaraciones fundamentales:

- La presunción de inocencia no es una verdadera y propia presunción en sentido técnico-jurídico. No es ni por su estructura ni por el modo como opera. La presunción se configura, más bien, como una verdad interina o verdad provisional.
- Se trata de un derecho fundamental, reconocido y protegido crecientemente en el ámbito de las Constituciones, con un campo de operatividad universal y un alcance ilimitado. El derecho fundamental a la presunción de inocencia está llamado, pues, a desplegar su contenido en el orden legislativo, en la actividad administrativa, en la actuación procesal y jurisdiccional, y también en situaciones extraprocesales, como son, por ejemplo, las actividades informativas. El derecho a la presunción de inocencia necesita su protección en todas las circunstancias y en todos los momentos sociales y jurídicos.
- La presunción de inocencia se puede caracterizar, como un derecho subjetivo público de naturaleza extrapatrimonial, y en consecuencia, como un derecho indisponible en su totalidad. La posibilidad de renunciar voluntariamente a alguno de los derechos menores que integran su contenido -por ejemplo, acusándose públicamente de un delito, es decir, acusándose informativamente- ha de interpretarse siempre de forma restrictiva.

La presunción de inocencia, salvaguarda el honor de toda persona acusada en los dos niveles diferentes a los que se manifiesta el mismo.

Se salvaguarda el honor en un sentido esencial, que tanto tiene que ver con dignidad de la persona y que jamás puede perderse, cualesquiera que sean los actos que el sujeto haya cometido. Y se salvaguarda el honor en sentido existencial porque,

hasta el momento en que quede probado su comportamiento antiético, la verdad de su vida es la inocencia.

CONCLUSIONES

1. Tan sólo cabe reprochar penalmente una conducta a quien siendo capaz de comprender su ilicitud tenga conocimiento de su prohibición y posea también la capacidad de dirigir su actuar conforme a ese conocimiento. No cabe por tanto reprochar penalmente las conductas infractoras de quienes sean inimputables, ni de quienes incurran en error.
2. Los diferentes entornos socioculturales existentes, son fruto de las desigualdades de la actual sociedad, y que tales desigualdades existen a pesar de las cuotas elevadas de libertad individual alcanzadas. Se ha indicado, asimismo, cómo las estrategias encaminadas al mantenimiento del actual estado de cosas, no excluyen la posibilidad de cambios sociales, cuando surgen las oportunidades para ello.
3. Los condicionamientos socioculturales y económicos pueden afectar seriamente a la motivación del sujeto por la norma, razón por la cual deben ser tenidos en cuenta, a efectos de determinar la culpabilidad de aquél. Esos condicionamientos generan determinados filtros en la mente de los sujetos, que ocasionan algunas carencias de desvalor respecto a conductas contrarias a norma, y la consiguiente falta de motivación por la misma. Lo mismo sucede, por ejemplo con el error, que sí es tenido en cuenta en la determinación de la imputación personal, por lo que, a mismos efectos, deben corresponder iguales consideraciones.
4. No es válido acudir, como patrón de capacidad de motivación a la del hombre medio, mientras éste sea tan alejado al real, en una sociedad generadora de desigualdades, a pesar de sus aparentes elevadas cuotas de libertad e igualdad personales.

RECOMENDACIONES

1. Cuando el Ministerio Público como institución encargada de ejercer la persecución penal, formula sus planteamientos procesales ante los jueces contralores de la investigación, estos deben tomar en cuenta las condiciones socioculturales de los imputados, para que de esa forma las resoluciones o sentencias emitidas en los casos concretos, sean más justas.
2. Al momento de que el ente investigador, solicite la aplicación de alguna de las medidas desjudicializadoras que contempla nuestro ordenamiento jurídico, se contemple que las reglas de abstención en el caso de los criterios de oportunidad y las sentencias en el procedimiento abreviado, tengan pronunciamientos apegados a la realidad del imputado, que en muchos casos realiza diversas acciones, desconociendo que están tipificadas como delitos, en contra del ordenamiento jurídicos y con una pena.
3. Si dentro de la etapa preparatoria e intermedia del proceso penal, no se logra favorecer al imputado con alguna medida desjudicializadora, y debe determinarse su culpabilidad o onocencia por medio de un debate oral y público ante un tribunal de sentencia, los jueces al momento de realizar la deliberación con base a los elementos de prueba diligenciados, consideren y tomen en cuenta, principalmente la condición sociocultural del imputado, que como se ha puesto de manifiesto, no actuó con dolo.
4. De ser requeridos los servicios de los defensores del instituto de la defensa pública penal, los mismos hagan énfasis durento todo el proceso, la posición desigual del imputado resultante de su condición sociocultural, proponiendo como elemento de convicción, estudios profesionales para demostrarlo.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS Pellecer, Cesar. **Derecho procesal penal guatemalteco**, Tomo I, 2ª ed. (s. l. i.), Magna Tierra Editores. 1997.
- BERGALLI, Roberto; Bustos, De Sola y otros: **El pensamiento criminológico I y II**. Ed. Península, Barcelona, 1983.
- BERTOLINO, Pedro. **El funcionamiento del derecho procesal penal**. Buenos Aires, Argentina. Depalma, 1985.
- BINDER Barzizza, Alberto. **Derecho procesal penal, introducción al derecho procesal penal**, Buenos Aires, Argentina, (s.e.), 1993.
- BONGER, W.. **Criminality and economic conditions**. Little Brown and Co., Boston, 1916.
- BORJA Osorio, Guillermo. **Derecho procesal penal**, México, Editorial Carica, (s.f.)
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliastas, 1,979.
- CHOW, Napoléon. **Técnicas de investigación social**. Costa Rica, C.A. Ed. Universitaria Centroamericana, 1,976.
- FERRAJOLI, Luigui. **Derecho y razón, teoría del garantismo penal**, Costa Rica, Ed. Universitaria Centroamericana, 1976.
- FRIAS C, Jorge, **Problemas de culpabilidad en el código penal venezolano**. Caracas, Venezuela, Ed. Principios, 1988.
- GARCIA D., Miguel, **El error de prohibición: pasado, presente y futuro**. Libro homenaje al Profesor Don Ángel Torío López. Granada, España, Ed. Comares, 1999.
- MALDONADO Aguirre, Alejandro. **El control constitucional**. Guatemala, Guatemala, Publicación de la Corte de Constitucionalidad. (s.f.).
- MINISTERIO Público de la República de Guatemala. **Manual del fiscal**. Guatemala, Guatemala. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. 2,001.
- MONTERROSO. Javier y Ramirez, Luis. **Mecanismos alternativos al proceso penal**. Guatemala, Guatemala. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. 2,004.

- MUÑOZ C., Francisco, **El error en el derecho penal**. Valencia, España, Ed. Tirant lo Blanch, 1989.
- OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1981.
- PEÑARANDA, Enrique, **Concurso de leyes, error y participación en el delito**. Madrid, España, Ed. Cívitas, S.A., 1991.
- PINTO Acevedo, Mynor. **La jurisdicción constitucional en Guatemala**. Guatemala, Guatemala. Publicación de la Corte de Constitucionalidad. (s.f.).
- Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Madrid, España, Ed. Espasa Calpe, S.A., 1990.
- SAENZ Juárez, Luis Felipe. **Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala**. Guatemala, Guatemala. Publicación de la Corte de Constitucionalidad. (s.f.).
- SARTORI, Giovanni, Homo videns. **La sociedad teledirigida. Traducido al español por Ana Díaz Soler**. Madrid, Ed. Santillana S.A., 1998.
- SIERRA González, José Arturo. **Derecho constitucional guatemalteco**. Guatemala, Guatemala. Publicación de la Corte de Constitucionalidad. (s.f.).
- TAYLOR, Ian; Walton, Paul y Young Jock. **La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada**. Amorrortu Editores, (traducción: Adolfo Crosa) Buenos Aires, 1975. Apartado dedicado a "el delito y el control social en Marx, Engels y Bonger".
- TRASLER, G.. **The explanation of criminality**. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1962.
- VÁZQUEZ Smerilli, Gabriela. **La reparación del daño producido por un delito: "hacia una justicia reparadora"**. Primera ed., Guatemala, Guatemala, Ed. Siglo Veintiuno, 2001.
- ZÚÑIGA Dieguez, Guillermo A. **Técnicas de estudio e investigación bibliográfica**. Guatemala: Ed. Oscar de León Palacios, 1991.
- VISANI, Eunice, **El error de prohibición en la teoría del delito**. Caracas, Venezuela, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1979.

Legislación:

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

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

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 51-92, **Guatemala**, 1992.

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