

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS FUNDAMENTOS CRIMINÓGENOS
Y LEGALES DE LA PARAFILIA EN GUATEMALA**

JUAN CARLOS PAZ GRIJALVA

GUATEMALA, JULIO DE 2011

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS FUNDAMENTOS CRIMINÓGENOS
Y LEGALES DE LA PARAFILIA EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Por

JUAN CARLOS PAZ GRIJALVA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales

de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2011

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciriaiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	César Augusto Conde Rada
Vocal:	Licda.	María del Carmen Girón
Secretaria:	Licda.	Rosa Orellana Arévalo

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Leonel López Mayorga
Vocal:	Licda.	Eloisa Mazariegos
Secretario:	Lic.	Luis Yupe Cárcamo

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

DEDICATORIA

A DIOS: Por estar siempre conmigo, y demostrarme tu gran amor e infinita misericordia siempre.

A MI MADRE: Blanca Estela Grijalva Mayorga, por brindarme todo su amor, toda su comprensión, y todo su apoyo, que me permitieron desenvolverme tanto en el ámbito personal como laboral como una persona de bien (Gracias mami).

A MI FAMILIA: Haroldo, Carlos Haroldo, Zoila Estela, por su cariño y apoyo incondicional.

A: Mi novia Sarita Vargas, por su amor y apoyo en todo momento.

A MIS AMIGOS: Por sus consejos, apoyo y experiencias compartidas.

A MI ASESOR: Lic. Otto René Arenas Hernández, por su comprensión y colaboración en el presente trabajo.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala por los conocimientos que hoy me dan la oportunidad de ser un profesional. Y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Del delito.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Definición.....	6
1.3. Análisis doctrinario.....	8
1.4. Tipicidad del delito.....	10
1.5. Imputabilidad del delito.....	13
1.6. El dolo.....	16
1.6.1. Elementos.....	22
1.6.1.1. Elementos intelectuales.....	22
1.6.1.2. Elementos afectivos.....	23

CAPÍTULO II

2. Escuelas del derecho penal.....	27
2.1. Escuela clásica.....	27
2.1.1. Antecedentes.....	27
2.1.2. Postulados de la escuela clásica.....	28
2.1.3. Representantes de la escuela clásica.....	31
2.2. Escuela positiva.....	33
2.2.1. Postulados de la escuela positiva.....	35
2.2.2. Representantes de la escuela positiva.....	39
2.2.3. La aportación de César Lombroso, Rafael Garófalo y Enrico Ferri.....	39
2.3. Escuela social o francesa.....	41
2.4. Escuela sociológica.....	42

	Pág.
2.5. Escuela anómica.....	43
2.6. Escuela ecológica.....	44

CAPÍTULO III

3. La criminalística y la criminología.....	45
3.1. Bosquejo histórico.....	45
3.2. Avances de la criminalística.....	49
3.3. Estado actual de la criminalística.....	53
3.4. Criminología.....	53
3.4.1. Definición.....	53
3.4.2. Etimología de la palabra.....	57
3.4.3. Clases de criminología.....	58
3.4.4. Finalidad de la criminología.....	60

CAPÍTULO IV

4. Delitos de orden sexual.....	63
4.1. Análisis doctrinario.....	63
4.2. Clasificación de los delitos que atentan contra la libertad y la seguridad sexual y contra el pudor.....	66
4.2.1. Disposiciones comunes a los delitos sexuales.....	67
4.2.2. Pena accesorias.....	69
4.2.3. Penas para cómplices.....	70
4.3. La prostitución.....	70
4.4. Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución.....	71
4.5. Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad.....	72
4.6. Trata de personas.....	73
4.7. Violación.....	74

	Pág.
4.7.1. Elementos.....	75
4.7.2. Sujetos del delito.....	76
 CAPÍTULO V 	
5. La parafilia y la pedofilia.....	79
5.1. La parafilia.....	79
5.1.1. Definición.....	79
5.1.2. Origen de las parafilias.....	81
5.1.3. Análisis doctrinario.....	84
5.2. La pedofilia.....	88
5.2.1. Definición.....	88
5.2.2. Antecedentes.....	90
5.2.3. Características.....	91
5.3. La parafilia y la pedofilia en Guatemala.....	94
CONCLUSIONES.....	97
RECOMENDACIONES.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	101

INTRODUCCIÓN

En la sociedad de hoy, uno de los problemas que se está convirtiendo en objeto de análisis para las autoridades se encuentra en el campo de la sexología, que va íntimamente ligada al campo de la salud mental, llevando a preguntar: ¿Qué es lo normal en el comportamiento sexual y qué es lo anormal?, ¿hasta qué punto se torna peligroso el comportamiento sexual en un individuo, que lo lleve a alterar el orden establecido e ir contra de los preceptos morales y atentar contra las leyes que regulan la sociedad.

Hay en el mundo muchas personas acostumbradas a estigmatizar cualquier actividad sexual que se desvía de su propio método, ¿será aberrante o perverso?, no obstante, en el curso de la historia humana, las prácticas sexuales y la ética concerniente a las mismas han variado ampliamente en las diferentes culturas.

El problema se puede definir de la siguiente manera: ¿cuál es la línea que separa el campo de lo legal con lo ilegal? Muchos términos son empleados para describir el comportamiento sexual que difiere de lo normal y altera el orden legal establecido, convirtiéndose en objeto de estudio del derecho penal en conjunto con la criminología, entre las que se encuentran las desviaciones o parafilias, que se caracterizan por una activación sexual ante objetos o situaciones que no forman parte de las pautas habituales de los demás y que puede interferir con la capacidad para una actividad sexual recíproca y afectiva. Esta realidad conlleva a que proponga estudiar criminológicamente de las desviaciones parafilicas de pedofilia y proxenetismo en Guatemala.

La hipótesis de la investigación consiste en la explicación criminológica de las desviaciones parafilicas de pedofilia y proxenetismo en Guatemala, se orientan a explicar la desviación social del sujeto activo, quien al encontrarse disfuncionalmente actuando en la sociedad tiende a llevar a cabo conductas ilícitas para la liberación de ansiedad, hostilidad o culpa, como un mecanismo para sentirse que tiene el dominio

de la situación y no marginado como se encuentra socialmente.

El objetivo de la investigación es: Determinar la explicación criminológica de las desviaciones parafilicas de pedofilia y proxedentismo en Guatemala y la hipótesis planteada es que la población guatemalteca no tiene el habito de denunciar los hechos delictivos contra los menores, tampoco existen programas de prevención que protegan la tanto la integridad como la moralidad de los mismos que los ayuden a crecer en un ambiente más sano y les permitan desarrollarse como personas de bien en la sociedad.

La presente investigación consta de cinco capítulos: El primero trata del delito, sus antecedentes, definición, la tipicidad, imputabilidad y sus elementos; el segundo se refiere a las escuelas del derecho penal, la clásica, la positiva, la social o francesa y otras; el tercero se desarrolla sobre la criminalística y la criminología, se estudia el bosquejo histórico, las bases de la criminalística y las clases de la criminología; en el cuarto se estudian los delitos de orden sexual, la clasificación de los mismos, las penas y se analizan los diferentes delitos de orden sexual; y, el quinto trata de la parafilia y la pedofilia, definición, origen y se hace un análisis jurídico doctrinario y se estudian sus características.

Los métodos de investigación utilizados fueron: comparativo, deductivo, analítico, sintético y dogmático, con los cuales se contó con los elementos lógico-jurídicos para ordenar, sistemática y analizar la información que se obtuvo a través de las técnicas de investigación bibliográfica, documental y de la entrevista.

El trabajo de tesis va dirigido a aquellas instituciones que tienen como fin común la protección y educación de los menores, proponiendo medidas que puedan ayudar a subsanar las constantes violaciones que subren los menores por parte de la población adulta en Guatemala.

CAPÍTULO I

1. Del delito

1.1. Antecedentes

“En Persia, Israel, Grecia y Roma primitiva, se consideró primeramente la valoración objetiva del delito, castigándolo en relación al daño causado; es decir, tomando en cuenta el resultado dañoso producido, juzgando ingenuamente hasta las cosas inanimadas como las piedras, en la edad media todavía se juzgaba a los animales, y cuenta el profesor español Luís Jiménez de Asúa, que hasta hubo un abogado que se especializó en la defensa de las bestias; fue en la culta Roma, donde aparece por vez primera la valoración subjetiva; es decir, juzgando la conducta antijurídica atendiendo a la intención (dolosa o culposa) del agente, como se regula actualmente en las legislaciones penales modernas”.¹

Refiriéndose al delito, en la primigenia Roma se habló de “noxia” o “naxia” que significaba a la infracción penal, los términos de: **flagitum, scelus, facinus, crimen, delictum, Graus** y otros; teniendo mayor aceptación el primero exprofesamente para identificar a las infracciones o delitos revestidos de mayor gravedad y castigados con mayor pena y el segundo, para señalar una infracción leve, con una menor penalidad.

¹ De Mata Vela, José Francisco. **El delito eje fundamental del derecho penal**. Pág. 6.

Actualmente, en el derecho penal moderno y especialmente en el círculo de cultura jurídica se habla de: delito, infracción penal, hechos o actos punibles, conducta delictiva, acto o hecho antijurídico, hechos o actos delictuosos, hechos penal, contravenciones o faltas.

“Es evidente que derecho penal, es el de una típica: a) Conducta lesiva; b) reprobación social; c) pena; consecuentemente, de aplicación desde época remota de la humanidad, aunque en diferentes formas, puesto que se ha necesitado siempre de la imposición de penas cuando existen conductas aun dentro de un derecho penal que pudiéramos llamar rudimentario, a base de usos y pautas de costumbre, desde la sanciones perdidas ya en el tiempo de ojo por ojo y diente por diente, hasta el derecho penal que busca cada vez más hacerse presente en la vida de nuestro tiempo a través de la aplicación de sistemas de computación. A través del tiempo y de la historia se han establecido distintas pausas sobre la tendencia represiva de la comunidad o del Estado sobre las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos.”² Las tendencias más caracterizadas en cuanto a la evolución del derecho penal son las siguientes.

A. Época de la venganza privada: La venganza se ha tomado como el inicio de la retribución penal aunque no es un sistema penal en sí, sino una forma de manifestación individual. La época de la venganza privada es la época bárbara,

² De León Velasco, Héctor Aníbal. **Resúmenes de derecho penal.** Pág. 4.

puesto que se accede al impulso de un instinto de defensa, ante las actividades provocadas por un ataque que se pensaba injusto. Como en tales épocas no estaba organizada jurídicamente la sociedad; es decir, no se encontraba organizado el Estado, los individuos que se sentían ofendidos en sus derechos acudían a una defensa individual; en otras palabras, cada quien se hacía justicia por su propia mano. Aunque ésta no es una verdadera etapa jurídica puesto que tal defensa no estaba integrada a un verdadero sistema de sanciones, vale mencionarla ya que más que todo la idea de la necesidad de la institución de un sistema, como el derecho penal, tiene importancia como antecedente de la imposición de penas. Mas no toda venganza puede estimarse como antecedente de la represión penal moderna, sólo tiene relevancia como equivalente de la pena actual; la actividad vengadora que contaba con el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociendo su derecho a ejercitarla. Una forma de la venganza privada apareció en la llamada Ley del Tali3n, reconociéndose por el grupo o colectividad que el ofendido sólo tenía derecho a una venganza de igual entidad al mal sufrido.

B. La venganza divina: Con la evoluci3n de la organizaci3n social, se sustituye la voluntad individual del vengador, por una voluntad divina a la que corresponde la defensa de los intereses de la comunidad.

Es la 3poca teocrática, en que se justifica toda decisi3n jurídica con base en una

concepción divina, tanto así, que los sacerdotes llegaron a representar la voluntad divina y finalmente a administrar la justicia.

C. La venganza pública: Se deposita en el poder público la representación de la vindicta social respecto de una lesión a un bien jurídico individual. El poder público ejerce la venganza en nombre de la colectividad o de los individuos cuyos bienes jurídicos han sido lesionados o puestos en peligro. Pero representar materialmente una venganza llevó a excesos, por lo que esta etapa se caracteriza por el abuso con que se representó la venganza individual a través del poder público, llevando a la aplicación de penas inhumanas y desproporcionadas, en relación con los hechos, llevando a caracterizar el procedimiento como aquella diversidad de pasos seguidos a efecto de obtener una confesión, y la pena a identificarse con el tormento; es en esta corriente en que se coloca el derecho penal europeo hasta el siglo XVII.

D. Período humanitario: La excesiva crueldad de la época de la venganza pública dio como resultado un movimiento a favor de la humanización, no sólo de las penas sino del procedimiento penal. Como es imaginable, en la época de la venganza pública se iniciaron las torturas, los calabozos, y en fin toda clase de tormentos, toda vez que la finalidad era castigar y obtener confesiones. La etapa humanitaria del derecho penal comienza con la publicación del libro "Dei delitti e delle pene" de César Bonesana, Marqués de Beccaria, publicado en 1764; este

documento, de singular importancia en la historia jurídico penal, es unánimemente reconocido por los penalistas del mundo como el punto de arranque indiscutible de una nueva era de derecho penal, en la que se propone la eliminación de suplicios y crueldades. Los puntos más importantes expuestos en la obra de Beccaria, son los siguientes:

- La justicia humana y la divina son autónomas;
- Las penas deben ser únicamente establecidas en las leyes;
- Deben ser proporcionadas al delito y lo más mínimas posibles;
- Los jueces no debe interpreta la ley, sólo aplicarla;
- El fin de la pena, ejemplarizar
- La pena de muerte debe ser proscrita por injusta.

Se considera a Beccaria como iniciador de la Escuela Clásica y apóstol del derecho penal, del cual inauguró su etapa humanista y hasta cierto punto romántico, dada la época en que le tocó desempeñarse.

E. Etapa científica: Es la etapa del estudio del derecho penal como una verdadera disciplina jurídica. Se inicia con la obra de Beccaria y culmina con la de Francisco Carrara, principal exponente de la llamada Escuela Clásica del Derecho Penal.

1.2. Definición

“Delito, acción u omisión penada por la ley. El concepto está sometido por completo al principio de legalidad, de tal forma que el principio acuñado por los juristas romanos **nullum crimen sine lege**, es su regla básica.”³

Por esto resulta irrelevante el intento de averiguar una noción sustancial de delito, como pueda ser en otras épocas el delito natural, pues delito es sólo aquello castigado por la ley. Por otro lado, también resulta evidente que la ley penal no puede ser arbitraria y castigar respondiendo al criterio exclusivo de poner a prueba a los ciudadanos, sino que pretende la defensa de bienes jurídicos concretos. Los delitos se clasifican en delitos graves y menos graves, en atención a la pena que se impone, utilizándose por tanto un principio más cuantitativo (gravedad de la pena que señala cada código), que cualitativo.

“Desde una perspectiva más técnica se define el delito como acción u omisión típica, antijurídica, culpable y penada por la ley. La acción es un hecho previsto en la ley penal y dependiente de la voluntad humana. La acción delictiva puede consistir en un acto en sentido estricto, cuando hay una realización de un movimiento corporal; en una omisión pura o propia si se trata de un no hacer algo, o una combinación de ambas posibilidades, llamada comisión por omisión u omisión impropia. La acción

³ Microsoft Corporation. **Diccionario encarta 2004**.

debe depender de la voluntad de una persona, por lo que se excluyen de las tipificaciones delictivas supuestos tales como los movimientos reflejos, los estados de inconsciencia como el sueño, la narcosis, el sonambulismo, la embriaguez letárgica o los estados hipnóticos, o cuando hay una violencia irresistible que impulsa al actor a ejecutar actos donde la voluntad se halla sometida, anulada o dirigida.”⁴

Se entiende por delito, la acción ejercida por el sujeto activo que ocasiona la violación de las normas que protegen el bien jurídicamente tutelado, cuando se dañan gravemente los intereses que el Estado protege y que van contra la sociedad causando grave daño al bien jurídico tutelado.

Hernán Hurtado Aguilar, define como delito: “Una acción o una omisión antijurídica y culpable que señala la ley... Tal definición comprende la tesis de que el derecho penal descansa en el binomio: delito y pena.”⁵

Para Rafael Carrara, el delito: “Es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso.”⁶

De lo anterior se puede establecer que el delito, en el fondo, es una infracción

⁴ **Ibid.**

⁵ Hurtado Aguilar, Hernán. **Derecho procesal penal práctico guatemalteco.** Pág. 21.

⁶ Puig Peña, Federico. **Derecho penal.** Pág.239.

a las normas jurídicas promulgadas por el Estado con facultad del **ius puniendi**, para la mejor convivencia social; es la antijuridicidad, es el hecho de quebrantar la norma estipulada vulnerando el bien jurídico tutelado, y causando un daño ya sea material, ya sea personal o un daño a la sociedad. En este sentido el daño puede ser grave o leve, derivándose de ello el delito y la falta, respectivamente.

En la comisión del delito intervienen dos sujetos procesales, el sujeto activo y el sujeto pasivo. El primero es el sujeto que provoca la antijuridicidad; es decir, el quebrantamiento de la norma jurídica, llamado autor; mientras que el segundo es el que recibe el agravio o se le provoca el daño, llamado agraviado u ofendido, que en este caso puede ser una persona en lo particular o la sociedad en general.

José Francisco De Mata Vela, manifiesta: “La doctrina generalmente se refiere a dos clases de sujetos: el primero que es, quien realiza o comete el delito y que recibe el nombre de sujeto activo, ofensor, agente o delincuente; el segundo que es, quien sufre las consecuencias del mismo y que recibe el nombre de sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato”.⁷

1.3. Análisis doctrinario

El delito como razón de la existencia de toda actividad punitiva del Estado, al igual

⁷ De Mata Vela, José Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 71

que el mismo derecho penal, ha recibido diversas denominaciones a través de la historia atendiendo a que siempre ha sido una valoración jurídica, sujeto a las mutaciones que necesariamente conlleva la evolución de la sociedad.

La conducta debe ser contraria a lo que el derecho demanda y encontrarse recogida por la ley. La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad imperante en el Código Penal.

El legislador debe valerse de la abstracción y del lenguaje para definir el tipo, por lo que siempre se distingue la tensión entre el casuismo exagerado y la vaguedad que no permite definir los límites de cada supuesto. De entre los elementos del tipo se pueden distinguir:

- Los descriptivos, integrados por los de carácter objetivo (procedentes de la realidad perceptible, como por ejemplo matar); y,
- Los subjetivos (integrantes del mundo psíquico, como tener la finalidad de algo o actuar contra la voluntad de alguien); son elementos normativos que exigen valoraciones, como los calificativos: ajeno, inmoral, peligroso, y los elementos negativos del tipo que lo excluyen por implicar la ausencia de los fundamentos de la antijuridicidad. Las causas de exclusión de la antijuridicidad son la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber (de tal forma que tanto el deber deriva del ordenamiento jurídico, como su cumplimiento

se ajusta al mismo) o el ejercicio legítimo de un derecho, el oficio (la profesión médica por ejemplo) o el cargo, y la obediencia debida.

“La culpabilidad es otro elemento del delito, de tal forma que se puede afirmar que no hay pena sin culpa (**nullum crimen sine culpa**). Con carácter general, existe culpabilidad cuando existía la opción de haber actuado de forma diferente a como se hizo, lo cual supone situar en el fundamento de la misma a la libertad que exige la imputabilidad, definida en concreto como la capacidad de actuar de forma culpable.

Así, una persona es imputable cuando por sus caracteres biopsíquicos y de acuerdo con la legislación vigente es capaz de ser responsable de sus actos. Las formas, que se excluyen a sí mismas, son el dolo y la culpa. El dolo caracteriza a quien actúa sabiendo lo que hace y con intención, mientras que la culpa se produce cuando quien actúa omite la diligencia debida”⁸.

1.4. Tipicidad del delito

Este es el elemento esencial para poder catalogar criminalmente el hecho antijurídico cometido por el sujeto activo, es la enmarcación de la conducta antijurídica violatoria de las normas de convivencia social, es la adecuación del hecho cometido y la forma en que se cometió para catalogar su responsabilidad.

⁸ **Ibid.** Pág, 72.

Francisco de Mata Vela, manifiesta: “La tipicidad como electo positivo característico del delito, y el tipo como especie de la infracción penal, son la versión española más generalizada de los términos alemanes “**tatbestand**” y “**deliktijos**” que los autores italianos han denominado “Fattispecie” o simplemente “**fatto**” y que los tratadistas hispanoamericanos (argentinos y chilenos principalmente) conocen como “encuadrabilidad”, “delito-tipo”, en nuestro país generalmente se habla de tipicidad cuando se refiere al elemento del delito, y tipificar cuando se trata de adecuar la conducta humana a la norma legal”.⁹

“La voz tipicidad, íntimamente ligada a la de tipo, siendo aquélla consecuencia de ésta, puede definirse como el conjunto de las características del delito, en virtud de las cuales venimos en conocimiento de cuáles son las conductas antijurídicas que deben tomarse en consideración a efectos penales.

La tipicidad como tal, es una descripción descargada de todo elemento valorativo, amparando, como consecuencia del principio de legalidad, una determinación previa legal de los casos en que se puede y se debe aplicar la pena, supuesta, claro está la culpabilidad. Cuando sea una conducta determinada, que como tal es antijurídica o por decirlo de otro modo, contraria a la ley, el legislador, para sancionar esa conducta, puede optar por tres caminos o bien declarar que toda conducta antijurídica es punible”.¹⁰

⁹ De Mata Vela, José Francisco, **Ob. Cit.** Pág.41.

¹⁰ Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico espasa.** Pág. 963.

“Se entiende por derecho penal la rama del derecho que estudia el fenómeno criminal: el delito, el delincuente y la pena. Por lo mismo, podría denominarse, quizá con más propiedad, derecho delictual o derecho criminal. No obstante, el apelativo citado ha adquirido raigambre y no tiene interés su modificación”.¹¹

El derecho penal conlleva la sanción impuesta, corporal o pecuniaria, contra el sujeto activo que ha participado en un hecho delictivo, el cual se encuentra perfectamente encuadrado como delito en el Código Penal, si el hecho no se encuentra tipificado, no existe delito. El delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico, añadiéndose la exigencia de que sea punible, en otras palabras se entiende como delito la conducta activa u omisiva imputable al ser humano.

En tal sentido, cuando el legislador encuentra elementos de juicio producidos por una conducta que perjudique a la sociedad, a sus bienes a su territorio, a la comunidad o a sus componentes, procede a analizar la conducta del ser humano, y si se dan los elementos necesarios para creer que puede constituir delito, lo tipifica, y es así como nace la figura delictiva.

Por ejemplo: para llegar a conclusiones sobre la creación del delito de propaganda electoral anticipada, es necesario adentrarse en la doctrina y entender por delito la

¹¹ **Ibid.** Pág. 323.

acción ejercida por el sujeto activo que ocasiona la violación de las normas que protegen el bien jurídicamente tutelado, cuando se dañan gravemente los intereses que el Estado protege y que van contra la sociedad causando grave daño al bien jurídico tutelado.

En este caso todo delito debe ser contrario a la ley, es el quebrantamiento de la norma, es la violación de lo estipulado en el ordenamiento penal.

Por lo tanto la antijuricidad es lo contrario a derecho, es la enmarcación de la conducta fuera de los cánones legales.

1.5. Imputabilidad del delito

Es la atribución que se hace de una conducta antijurídica a persona determinada, es el señalamiento de un hecho concreto por el cometimiento de un acto ilícito y que se encuentra tipificado para ser perseguido penalmente.

De León Velasco indica: "Imputar significa poner a cargo, atribuir a alguna persona una conducta delictiva. El problema de la atribuibilidad o imputación del acto, la imputación objetiva como suele llamarse, pertenece a la teoría de la acción, en ella ha quedado resuelto, pues si no existe conexión alguna entre el sujeto y el acto

realizado, si no hay un acto humano, no hay resonancia jurídica”.¹²

Como elementos básicos de la imputabilidad se requiere:

- Que haya una persona como causa de un hecho catalogado como delito.
- Que la persona tenga la capacidad de comprender y valorar la norma jurídica.
- Que el hecho cometido esté tipificado como delito.

En este sentido, para que se de la imputabilidad del delito, es necesario que exista una persona que cometió el hecho delictivo, para que el mismo le sea imputado, aquí es donde la ley persigue al actor del delito, ya que su conducta encuadra en una figura delictiva previamente señalada en la ley, y esa conducta debe ser castigada por expreso señalamiento legal.

Asimismo, es necesario que el sujeto activo de la acción ilícita tenga capacidad para ser juzgado; es decir, que el sujeto que cometió el hecho delictivo, tenga capacidad para comprender que la acción cometida es perseguible penalmente, y que dicha acción lleva aparejada una pena, en este caso el Artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial indica que contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia desuso, costumbre o práctica en contrario.

¹² De León Velasco, Héctor Aníbal. **Ob. Cit.** Pág. 91.

Si la persona que cometió el hecho delictivo carece de la capacidad, por ser menor de diez y ocho años o ser declarado interdicto, conforme lo estipula el Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala, así como 8 y 9 del Código Civil, para responder por sus actos se aplica la inimputabilidad, establecida en el Artículo 23 del Código Penal, el cual establece que es inimputable:

- El menor de edad.
- Quien en el momento de la acción u omisión, posea, a cusa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente.

Es importante diferenciar lo que es la inimputación, la justificación y la inculpabilidad, pues si bien en todos existen las causas que eximen de la responsabilidad penal, los mismos son diferentes en el fondo.

Los Artículos 23 y 24 del Código Penal, estipulan que: Es inimputable la persona que carece de capacidad para comprender el acto llevado a cabo. Es causa de justificación la persona que sí tiene capacidad para comprender el hecho ilícito pero que por legítima defensa de su vida, sus bienes o defensa de otras personas o sus bienes actúa en determinada circunstancia cometiendo el ilícito, asimismo es causa

de justificación quien haya cometido el ilícito obligado por la necesidad de salvarse o salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro.

Por su parte el Artículo 25 del mismo cuerpo legal, establece: Es causa de inculpabilidad cuando el sujeto activo sí tiene capacidad pero por causas exteriores comete el acto delictuoso, ya por miedo invencible, ya por fuerza exterior, por error u obediencia debida.

Por otra parte, la inimputabilidad del delito es la atribución que se hace de una conducta antijurídica a persona determinada, es el señalamiento de un hecho concreto por la consumación de un acto ilícito y que se encuentra tipificado para ser perseguido penalmente.

1.6. El dolo

Para Cabanellas dolo es: “Engaño, fraude, simulación”.¹³

Para Escriche: “Es toda especie de astucia, trampa, maquinación o artificio que se emplea para engañar a otro; o el propósito de dañar a otra persona injustamente”.¹⁴

¹³ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 742.

¹⁴ **Ibid.**

Continua exponiendo Cabanellas, que: “El dolo es la voluntad de delinquir, donde dolo e intención criminal resultan sinónimos”.¹⁵

En consecuencia, el dolo es la voluntad que tiene la persona de cometer el hecho delictivo; es la intención ya planificada para cometer el ilícito, a sabiendas que el hecho que se propone cometer o ha cometido está calificado en la ley como delito y a sabiendas que el mismo es penado por la ley penal.

Carrara, define el dolo de la siguiente manera: “La intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley”.¹⁶

Como se puede apreciar el dolo es la intención, es la voluntad, es la consciencia que se tiene para cometer un hecho antijurídico.

El ordenamiento penal, en su Artículo 11, estipula: “El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo presenta como posible y ejecuta el acto”.

Por lo tanto, en el dolo se prevé la comisión del ilícito, cuando el autor del delito se lo presenta a sabiendas que el mismo constituye una violación a la ley; o bien, cuando el mismo se presenta la consumación del delito y lo ejecuta, aunque el resultado

¹⁵ **Ibid.**

¹⁶ Carrara, francesco. **Derecho penal.** Pág. 108

sea otro y no el previsto.

El elemento principal del dolo, es la voluntad, es la consciencia que se toma de que el hecho cometido constituye una trasgresión a la norma penal.

Luis Jiménez de Asúa define el dolo de la siguiente manera: “Cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”.¹⁷

En el delito doloso el sujeto activo, sabe que el hecho que comete está penado por la ley, que el ilícito cometido conlleva a la persecución penal por parte del Ministerio Público, y que puede ser condenado por el hecho cometido; sin embargo, realiza la acción.

Hernán Hurtado Aguilar manifiesta, refiriéndose al delito doloso: “El agente ha querido el resultado o asume el riesgo de producirlo. En este orden de cosas, se podría decir que el delito es doloso cuando el agente realiza un acto antijurídico, con consciencia, voluntad y representación del resultado, que se quiere o se espera”.¹⁸

¹⁷ Jiménez de Asúa, Luis. **Lecciones de derecho penal**. Pág. 243.

¹⁸ Hurtado Aguilar, Hernán. **Derecho penal compendiado**. Pág. 22.

En el ordenamiento penal en el dolo se exige que el agente haya previsto el resultado de una acción antijurídica o que se haya representado ese resultado como posible; aun cuando lo persiguiera en forma determinada y precisa. Es decir, se prevé la consecuencia dañosa y antijurídica y no obstante se realiza el delito o bien, no se persigue un resultado dañoso determinado, pero el autor sabe que podría acontecer y ejecuta el acto.

Así, se puede decir que hay dolo cuando el agente realiza un hecho a sabiendas de que es punible, queriendo sus consecuencias o, simplemente, contemplando su factibilidad.

“Para que el delito pueda calificarse como doloso, el resultado debe ser querido o previsto. Para la configuración del dolo eventual además de la previsión, se requiere que el agente entienda la posibilidad del resultado dañoso. Existiría dolo eventual si el agente quiere producir cierto resultado, mas sabe que, con éste o en vez de el, puede sobrevenir otro; es decir, tiene clara consciencia de la antijuridicidad del acto”.¹⁹

Hernán Hurtado Aguilar, hace una clasificación de las distintas clases de dolo:

“Dolo determinado o directo: El agente llega al fin propuesto, con la práctica del

¹⁹ **Ibid.**

hecho.

Dolo indeterminado o indirecto: a) El resultado no está ligado íntimamente a la intención del agente; o, b) quiere el resultado sin fijación o en forma alternativa, pero los efectos sobrepasan los límites de una previsión concreta; el agente actúa previniendo diversas consecuencias, dispuesto a aceptar la que ocurra.

Dolo antecedente: La intención del agente es previa a la acción criminal. El agente realiza su acción, con la intención, desde un principio, de practicar o de realizar el delito. Ejemplo: un delito de estafa, en el que se prepara el medio engañoso para la obtención de la cosa.

Dolo concomitante: El que se da al mismo tiempo de la acción criminal. Ejemplo: una persona es agredida en la vía pública y ante el acometimiento a su vez ataca al agresor.

Dolo subsecuente: El que aparece después de la acción o determinante. Por ejemplo: en la apropiación indebida, el propósito criminal aparece hasta que se tiene el objeto en la mano.

Dolo premeditado: También llamado reflexivo, se da cuando el agente fríamente y por un período apreciable de tiempo, medita su acción, calculando las circunstancias y detalles de su acción.

Dolo de ímpetu: A la inversa del anterior, es aquél en el que la “cogitatio” y la acción son inmediatas. Por ejemplo: en los crímenes pasionales.

Dolo genérico: Se da cuando el agente no se propone la obtención de un resultado preciso. Por ejemplo: el lanzar una bofetada a la deriva para lavar la ofensa.

Dolo específico: Al contrario del anterior, se pretende un fin determinado y concreto. Por ejemplo: con arma blanca se desea la amputación del apéndice del cuerpo humano.

Dolo de lesión: Se da cuando el agente se propone causar daño a otra persona. por ejemplo: en la ocultación de un gravamen de un bien inmueble.

Dolo de peligro: Si el agente, sin intención de causar un daño a alguien, con su conducta crea una situación determinada de riesgo de un bien jurídico. Por ejemplo: contagio venéreo.

Dolo eventual: Cuando el agente tiene consciencia de que puede producir un resultado dañoso y corre el riesgo. Se hace necesario establecer la diferencia entre el dolo eventual y el dolo indirecto. En el dolo eventual, el agente asume el riesgo de producir el resultado y en el dolo indirecto el resultado no refleja fielmente su intención.”²⁰

José Francisco de Mata Vela, al referirse al dolo, manifiesta: “El dolo: marcando el límite máximo de la culpabilidad, se convierte en su forma más grave y se ha definido así: “Consciencia y voluntad de cometer un hecho ilícito” (Jiménez de Asúa). “Voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso” (Cuello Calón); es decir, que el dolo es el propósito o la intención deliberada de causar daño, de lesionar o poner en peligro un bien jurídico tutelado. Rodríguez Devesa dice que actúa dolosamente el que sabe lo que hace y quiere hacerlo; asignándole

²⁰ **Ibid.**

al “saber” un elemento intelectual, intencional y cognoscitivo; y al “querer” un elemento volitivo o emocional”.²¹

1.6.1. Elementos

Muchos autores manifiestan que los elementos del dolo son emocionales o afectivos e intelectuales.

La descripción de los elementos hace la distinción entre uno y otro y se describen de la siguiente manera.

1.6.1.1. Elementos intelectuales

Hay que explorar en primer lugar si el dolo supone en el agente la consciencia de tipo, la consciencia de la antijuricidad o la consciencia de otro concepto más eficaz para la conducta de los hombres. Se sabe que el tipo no es otra cosa que la descripción que ha hecho no la norma, sino la ley, partiendo del supuesto de que la vida real va a presentar casos que precisan punición. Ahora bien, cuando se dice que el homicidio es matar a un hombre; que el robo es el apoderamiento de una cosa perteneciente a otro, ¿es preciso que el sujeto, para que obre con dolo, tenga consciencia de que hay un Artículo en el Código que define como delito ese acto,

²¹ De Mata Vela, José Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 59.

tipificando el hecho?.

En este elemento no se supone que se conozca por el agente la descripción típica del mismo modo que la sabe el técnico; mejor dicho: la representación del agente debe ser de la situación real correspondiente a la descripción típica, y no debe exigirse que conozca los elementos de tipo legal, pues ello presupondría un estudio jurídico.

Entonces el elemento intelectual es el hecho por el cual el sujeto activo comete un hecho delictuoso a sabiendas que el mismo está penado por la ley; es decir, que tiene consciencia del hecho que está cometiendo, pero no es necesario que el sujeto activo conozca jurídicamente su descripción señalada en la ley, la pena asignada al mismo y sus consecuencias doctrinarias y legales. El sujeto activo comete el ilícito sabiendo que el hecho está señalado como delito, pero no tiene mayores conocimientos del mismo.

1.6.1.2. Elementos afectivos

Deben unirse la teoría de la voluntad y de la representación para que el elemento afectivo del dolo quede perfecto. La voluntad sola no basta, debiéndose distinguir claramente la mera voluntad del dolo propiamente dicho.

Del mismo modo deben separarse deseo e intención. Se puede tener afán de que una persona muera y aunque se obtenga el resultado, puede no ser éste doloso.

Un sujeto incita a otro a que se guarezca bajo un árbol un día de tormenta, a fin de que la chispa eléctrica le fulmine. Si el rayo lo mata, no podría ciertamente, tipificar un homicidio doloso. En suma: el deseo no puede identificarse con el dolo.

En la intención el sujeto supone hacerle daño a otro y efectivamente produce el daño, por lo que la intención que lo llevó a cometer el delito sí puede considerarse como dolo, porque antes de cometer el mismo se lo representó y lo ejecutó; asimismo habrá dolo en el hecho de que el sujeto se representa cometer un delito, pero se comete otro mayor, en este caso habrá dolo pues el agente tuvo la intención de cometer un hecho ilícito aunque al final se haya provocado otro mayor.

La intencionalidad es una de las características esenciales del dolo, pues con ésta el sujeto activo ha supuesto la consumación del delito, se lo ha representado, lo ha previsto y lo ejecuta; es decir, que antes de cometer el delito, el sujeto activo ya se lo ha imaginado, aunque el resultado de la acción sea la consumación de otro delito diferente del que se había imaginado el sujeto activo de la acción delictiva.

Asimismo, el dolo es la intención de cometer el ilícito, es la conciencia que tiene el imputado de saber que el hecho que va a cometer está establecido en la ley y que

constituye una ilegalidad, es la voluntad de la persona de saber que el hecho es perseguible por la ley y que el mismo lleva consigo la persecución penal, y a sabiendas del mismo el sujeto activo lo ejecuta.

El delito, en el sistema penal es de importancia, en virtud que por medio de él se tipifican las conductas que violentan el rumbo que ha tomado la sociedad; es decir, que el delito previene que el sujeto activo cometa los hechos que hacen que el grupo social se desarrolle en forma normal.

CAPÍTULO II

2. Escuelas del derecho penal

Antes del advenimiento del positivismo, apenas si se investigaba la filosofía del derecho de penar; por hoy, la inquietud, la meditación y la sensibilidad del estudioso tratan de analizar la legitimidad del derecho de penar, la naturaleza del delito, las condiciones que influyeron en su comisión y el fin de la sanción.

2.1. Escuela clásica

2.1.1. Antecedentes

Quizá lo más importante desde el punto de vista histórico, es que la escuela clásica no existió como tal, sino que es un invento de Enrico Ferri, que principió a denominar clásicos a los juristas prepositivos y posteriores a Beccaria.

“Efectivamente, nunca hubo reuniones de la escuela clásica, ni tuvieron sede, local o revista, no existía un caposcuola (jefe o cabeza), y los principales representantes de esta escuela ignoran que posteriormente se les consideraría como tales.

La elección de los representantes de la escuela clásica es un poco caprichosa, pues

se aglutinan lo mismo el espiritualismo de Rossi, Mainiani y Pessina que el naturalismo de Romagnosi, Carmingnani y Mancini, que aquellos que se oponían al positivismo”.²⁴

La escuela clásica fue la reacción contra la barbarie y la injusticia que el derecho penal representaba, procuró la humanización por medio del respeto a la ley, del reconocimiento a las garantías individuales y de la limitación al poder absoluto del Estado.

2.1.2. Postulados de la escuela clásica

Los postulados aceptados por la generalidad de la escuela clásica son los siguientes:

A. Encuentra su base filosófica en el derecho natural. Existen tres formas de jusnaturalismo:

- Teológico, que se desprende de una ley eterna de carácter divino, lo justo sobre la tierra es una derivación de lo justo en la mente divina, está apoyado en la voluntad de Dios.

²⁴ Martínez Solórzano, Edna Rossana. **Apuntes de criminología y criminalística**. Pág. 63.

- Racional, así como existe lo racional lógico, hay lo racional para la vida social; las formas de la justicia en la concepción racionalista no se dejan a la inclinación voluntaria de los sujetos ni a su inclinación racional y permanentemente válida, así, los principios del derecho natural son tan justos desde un punto de vista racional, como los principios matemáticos son verdaderos.

- Realista, para el cual lo justo es lo que los hombres sienten y quieren como tal; lo importante es el sentimiento de justicia.

“El jusnaturalismo de la escuela clásica es por lo general racionalista; desprecia todo el elemento o dato social del derecho y lo reduce a un sistema de normas que la razón construye sin tomar en cuenta la realidad.

B. Respeto absoluto al principio de legalidad, se parte de los principios *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine crimen* (no debe aplicarse pena que no esté en la ley, no hay delito sin ley que lo contemple, no debe aplicarse pena si no se ha cometido un delito).

C. El delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico. El punto cardinal de la justicia penal es el delito, hecho objetivo y no el delincuente, hecho subjetivo. El delito no es una acción, sino una infracción.

D. Libre albedrío. El sujeto de la ley penal es el hombre capaz de querer como ser consciente, inteligente y libre”²².

Se presupone que todos los hombres tienen capacidad para elegir entre el bien y el mal, el hombre puede libremente realizar la acción prohibida o respetar la prohibición

E. La pena sólo puede aplicarse a los individuos moralmente responsables. La responsabilidad es de carácter moral, consecuencia del libre albedrío.

F. Quedan excluidos del derecho, y por lo tanto de la pena, aquellos que carecen de libre albedrío, como los niños y los locos.

G. La pena es retribución, es el mal que se da al delincuente por el mal que éste hizo a la sociedad.

H. La pena debe ser proporcional al delito cometido y al daño causado; es decir, la retribución debe ser exacta; a los delitos más graves penas mayores, mientras mayor sea el daño, más cantidad de pena debe darse al delincuente.

I. Las penas son sanciones aflictivas, determinadas, ciertas, ejemplares, proporcionales, deben reunir los requisitos de publicidad, certeza, prontitud, fraccionabilidad y reparabilidad, y en su ejecución deben ser correctivas,

²² **Ibid.** Pág. 63.

inmutables e improrrogables.

- J. La finalidad de la pena es restablecer el orden social externo que ha sido roto por el delincuente. El delito, al romper el orden jurídico ofende a la sociedad, crea un estado de inseguridad y requiere de la pena, que regresa las cosas a su cauce.
- K. El derecho de castigar pertenece al Estado a título de tutela jurídica. El Estado tiene el monopolio de la pena, pero respetando los derechos del hombre, que ha nacido libre e igual en derechos.
- L. El derecho penal es garantía de libertad, ya que asegura la seguridad jurídica ante la autoridad.
- M. Se considera que el método debe ser lógico–abstracto, silogístico y deductivo. Debe partirse de un principio general y sacar de él las consecuencias lógicas. Para elaborar el derecho penal debe utilizarse el método deductivo, partiendo de principios generales, los cuales son aceptados a priori.

2.1.3. Representantes de la escuela clásica

“Para muchos autores la escuela clásica principia con Beccaria, el Divino Marqués, el que sienta los principios unificadores de esta gran corriente, otros iniciadores

Bentham en su Teoría de las Penas y de las Recompensas (1840) y Giandomenico Romagnosi en su Genesi del Diritto Penale (1837).

El primer gran clásico reconocido por todos es Pellegrino Rossi (1787-1848), profesor de Bolonia, Ginebra y París, que escribe sus obras en el exilio (Traité Droit Penal; 1824), y muere asesinado por sus ideas políticas.

Otro representante ilustre es Giovanni Crignani (1768–1847), profesor de Pisa, que en su obra Elementa Iuris Criminales hace de la utilidad social o necesidad de conservación del orden social, la fuente, y de la ley moral el límite; el objeto de la imputación civil al castigar al delincuente no es el de tomar venganza del delito cometido, sino el de esforzarse para que en el porvenir no se realicen otros delitos semejantes”.²⁵

Así, el derecho de castigar no se basa en la justicia moral, sino en la política, que es una necesidad explicable como necesidad de hecho.

Antonio Rosmini, con su Filosofía del Diritto (1839) sienta las bases filosóficas de la escuela clásica. Para este autor el fundamento de derecho de castigar es un eterno principio de justicia, la capacidad de juzgar pertenece al superior, pero el hombre como ser inteligente puede juzgar al igual.

²⁵ **Ibid.**

Habla de las gradaciones infinitas de la culpabilidad y de la gran dificultad para juzgarla. Responsabilidad penal, para Rosmini, es la cantidad de pena ejemplar que el autor de un delito debe esperar de la sociedad.

El máximo escritor clásico es, sin lugar a dudas, Francisco Carrara (1805-1888), maestro en Pisa, que con su Programa di Dirritto Criminali, lleva al derecho penal a su verdadera esencia jurídica, y se ha dicho que cuando se hace referencia a la escuela clásica, son las doctrinas de Carrara las que se someten a examen.

Otros autores dieron brillo a la escuela clásica italiana, Brusa, Tolomeo y Pessina; pero no debe pensarse que es sólo en Italia donde florece el clasicismo, pues hay notables representantes en otros países, como por ejemplo: Mittermayer, Bener, Halschner y Bisrkmyes en Alemania, Ortolan y Tissot en Francia.

2.2. Escuela positiva

Al contrario de la escuela clásica la escuela positiva tuvo una existencia real, como un grupo de hombres (médicos, juristas, sociólogos, etc), que se agrupan en un haz compacto frente a los demás, a otros intelectuales y a otras ideas. Intelectuales que hacen de Lombroso un jefe y de sus conocimientos e instrucciones una doctrina.

Para Enrico Ferri: “La escuela positiva consiste en lo siguiente: estudia el delito,

primero en su génesis natural, y después en sus efectos jurídicos, para adaptar jurídicamente a las varias causas que lo producen los diversos remedios, que por consiguiente serán más eficaces”.²⁶

Por otra parte, el genial italiano agrega: “La Escuela Criminal Positiva no consiste únicamente como todavía parecía cómodo creer a muchos críticos, en el estudio antropológico del criminal, pues constituye una renovación completa, un cambio radical de métodos científicos en el estudio de la patología social criminal, y de los que hay de más eficaz entre los remedios sociales y jurídicos que nos ofrece. La ciencia de los delitos y de las penas era una exposición doctrinal de silogismos, dados a luz por la fuerza exclusiva de la fantasía lógica, nuestra escuela ha hecho de ello una ciencia de observación positiva, que, fundándose en la antropología, la psicología y la estadística criminal, así como sobre el derecho penal, los estudios penitenciarios, llega a ser la ciencia sintética que yo mismo la llamo sociología criminal, y así esta ciencia, aplicando el método positivo al estudio del delito del delincuente y del medio, no hace otra cosa que llevar a la ciencia criminal clásica, el soplo vivificador de las últimas conquistas hechas por la ciencia del hombre y de la sociedad, renovada por las doctrinas evolucionistas”.²⁷

La escuela positiva nace como una reacción a los excesos jurídicos de la escuela

²⁶ Martínez Solórzano, Edna Rossana. **Ob. Cit.** Pág. 68.

²⁷ **Ibid.**

clásica, a sus excesos formalistas, al abuso de la dogmática, al olvido del hombre delincuente y a su creencia de haber agotado la problemática jurídico-penal.

La escuela positiva ha tenido una vida fecunda y agitada, llena de aciertos y también de errores (reconocidos muchos por los propios positivistas); con multitudes de partidarios y también de enemigos, su combatividad ha sido ampliamente reconocida.

2.2.1. Postulados de la escuela positiva

Los postulados fundamentales de la escuela positiva son:

- A. En principio encuentra su base filosófica en Comte y la científica en Darwin; sin embargo, esto será explícitamente negado por Ferri, pero lo que importa, ante todo, poner de relieve de esto: Que la escuela criminal positiva no recoge ni plasma ningún sistema filosófico o social, ni la filosofía positiva (Comte, Spencer, Ardigó, etc), el hecho decisivo es que la escuela criminal positiva se caracteriza especialmente por el método científico.

- B. Algunos positivistas extremistas negaron el principio de legalidad, básicamente en su aspecto de nulla poena sine crimen, al proponer medidas de seguridad sin delito. En otro caso, se pidió la desaparición de códigos, leyes y jueces y su

substitución por antropólogos y médicos. Se debe aclarar que estas exageraciones no son compartidas por la mayoría de positivistas, pero que sirvieron de base para muchos de los furiosos ataques contra la escuela positiva.

C. El delito es un hecho de la naturaleza y como tal debe estudiarse. No estudiarlo como un ente abstracto, ni jurídico, sino como ente real, actual, existente.

“La criminalidad no es solamente la lesión de bienes o intereses, o una mera desobediencia a la ley sino una acción excepcional de agresión a condiciones fundamentales de la vida social.

El delito abstracto no existe, es un hecho humano resultado de factores intrínsecos y extrínsecos, es la expresión de una antisocialidad subjetiva, contra la cual debe actuarse”.²⁸

Esta es la innovación, no tanto en las particulares conclusiones como en los métodos de estudio: hasta ahora en todos los tratados de derecho criminal la génesis natural del delito ha sido completamente descuidada; se considera el delito ejecutado como dato inicial y sobre esto se constituyen las teorías jurídicas, ilusionándose con fáciles remedios, sin estudiar las causas del mal.

²⁸ Martínez Solórzano, Edna Rossana. **Ob. Cit.** Pág. 69.

D. Determinismo. El libre albedrío no existe. Así tan claro, así de tajante. La escuela positiva es netamente determinista, es decir: una serie de circunstancias físicas o de circunstancias sociales llevará al hombre a delinquir. Si estas circunstancias no se dan, el hombre no delinquirá.

El hombre no es tan libre como él cree, su conducta, que aparentemente puede ser independiente, está en realidad manejada por toda una serie de circunstancias. La psicología positiva justifica que el pretendido libre albedrío es una pura ilusión subjetiva.

E. La responsabilidad moral es substituida por la responsabilidad social. El hombre es responsable socialmente por el solo hecho de vivir en sociedad, y lo será mientras viva en ella.

F. Si no hay responsabilidad moral, nadie queda excluido del derecho, todos son responsables en cuanto vivan en sociedad, la colectividad, por medio del Estado, tiene la facultad y la obligación de defenderse del sujeto peligroso.

G. El concepto de pena es substituido por el de sanción, con un contenido de tratamiento para educar y adaptar al delincuente.

H. La sanción es proporcional a la peligrosidad del delincuente. Es más importante

la clasificación de los delincuentes que la clasificación de delitos, por esto son más importantes de las medidas de seguridad.

- I. Las sanciones no son aflictivas, ni tienen por fin hacer sufrir al reo, son tratamientos que deben durar en tanto dure la peligrosidad del delincuente, y por esto son de duración indeterminada.

- J. La misión de la ley penal es combatir la criminalidad considerada como fenómeno social, y no establecer el orden jurídico.

- K. El derecho a imponer sanciones pertenece al Estado a título de defensa social. La defensa social excluye toda idea de venganza o retribución, y repudia como insuficientes las ideas abstractas de conservación del orden o mantenimiento de la justicia.

- L. Más importantes que las penas son los substitutivos penales. Las penas han demostrado durante siglos su ineficacia, ya que la delincuencia no aumenta o disminuye en forma proporcional a las penas impuestas.

- M. Se aceptan tipos criminales. Algunos criminales, por sus anomalías orgánicas y psíquicas hereditarias o adquiridas, constituyen una clase especial, una variedad de la especie humana.

N. La legislación penal debe estar basada en los estudios antropológicos y sociológicos. Es menester primero estudiar las causas que producen el delito y después construir las teorías jurídicas sobre el mismo.

O. El método es inductivo-experimental. Se parte de la observación de los datos particulares y de ellos se llega a una proposición general que comprende todos los fenómenos que estén relacionados o sean semejantes.

2.2.2. Representantes de la escuela positiva

Los máximos exponentes de la escuela positiva fueron César Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo.

La creación de la escuela positiva se debe a César Lombroso. La desarrollan Rafael Garófalo y Enrique Ferri. El pensamiento de estos tres autores conforma los postulados fundamentales de la escuela.

2.2.3. La aportación de César Lombroso, Rafael Garófalo y Enrico Ferri

Las aportaciones más destacadas de César Lombroso a la génesis de la escuela positiva son la aplicación del método inductivo experimental al estudio de la delincuencia y su concepción del criminal nato. Aparte de ellas, la verdadera

significación de Lombroso está en la historia de la criminología, disciplina de la que puede considerarse fundador.

“Entre los discípulos de la creciente fama de Lombroso, agrupa en torno a su cátedra, a Rafael Garófalo, quien aporta a la escuela su profundo conocimiento del derecho, que sirve para plasmar en fórmulas jurídicas, asequibles a teóricos y prácticos, las nuevas ideas. Este conocimiento jurídico faltaba, en el período de iniciación de la tendencia positiva, no sólo a Lombroso sino también a Ferri que, más tarde realizara una grandiosa elaboración jurídica, era entonces mero filósofo del derecho.

Otro de los discípulos de la cátedra de Lombroso es Enrico Ferri, llegado a ella en el mismo año que Garófalo. Ha sido el sistematizador, animador, defensor, divulgador y realizador de la escuela. La primera aportación que hace el patrimonio ideológico del positivismo criminológico es su conocida tesis sobre la negación del libre albedrío. La expone en su libro *La teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío*, enfrentándose así a los clásicos en uno de sus más firmes postulados. Su significación fue tanta que el propio Carrara le refutó personalmente en una apostilla, añadida a la recensión que de la obra hizo Lombroso el *Archivio Giuridico*²³.

²³ **Ibid.** Pág. 69.

2.3. Escuela social o francesa

“El creador fue el profesor de medicina forense de la Universidad de León, Dr. Alejandro Lacassagne, quien en 1885 al celebrarse el Primer Congreso Nacional de Antropología adoptó una actitud de fuerte oposición a las teorías de Lombroso, después de atacar duramente la tesis atávica formuló su doctrina en los siguientes términos: Lo importante es el medio social. Permítaseme una comparación tomada de la teoría moderna, el ambiente social es el medio en que se cultiva la delincuencia, el microbio es el elemento delictivo que carece de importancia hasta el día que encuentra cultivo favorable a su multiplicación; creemos que el delincuente con sus características antropométricas y las demás sólo tiene una importancia muy secundaria; además todas esas características se pueden encontrar en personas absolutamente honestas.

Al Dr. Lacassagne se le atribuyen las siguientes frases de contenido terminante: Todas las sociedades tienen los delincuentes que se merecen; todo el mundo es culpable, excepto el delincuente.

Manouvrier, antropólogo y profesor de la Universidad de París es otra personalidad importante en esta escuela. Fue contrincante poderoso de la escuela italiana o positiva y se pronunció de la siguiente manera “La delincuencia no es un fenómeno antropológico sino social; el crimen no es otra cosa que falta de previsión y de

generación de la sociedad”.²⁹

Y como tercera personalidad de esta escuela está al sociólogo Gabriel Tarde, quien afirma: “La delincuencia está gobernada por la imitación, del mismo modo que sucede con otros hechos sociales”.

2.4. Escuela sociológica

El pensamiento científico de la escuela sociológica iniciado por Enrico Ferri, fue inmediatamente respaldado por tratadistas como Von Lizst, Simona, Von Hamel, etc, el que se puede resumir de la siguiente manera: “Cada delito es el producto de factores individuales, más factores sociales, más factores físicos, o lo que es lo mismo: delito es igual a factor individual más factor ambiental”.³⁰

La crítica que se le puede hacer a esta posición es que la fórmula puede hacer o resultar verdadera si se interpreta exactamente; es decir, si se subraya la importancia del vocablo cada, se llega a la conclusión de que dicha fórmula es exclusivamente cierta, y que además es aplicable a cualquier delito.

Sin embargo, la crítica más fundada que se puede hacer a esta teoría es la siguiente: Esta fórmula tiene el raro mérito de que no sólo es aplicable a los delitos,

²⁹ Arango Escobar, Julio Eduardo. **Filosofía del derecho y de los derechos humanos**. Pág. 54.

³⁰ **Ibid.**

sino también a todos los actos humanos.

2.5. Escuela anómica

Su fundamento teórico está basado en la anomia, situación en la cual el desarrollo social desborda al control institucional. El presupuesto operando está fundamentado en la desigualdad material y una mayor división del trabajo. Sigue la responsabilidad en el campo individual pero aparece la tendencia a socializarla.

La finalidad del sistema jurídico está basado en el hallazgo del nivel natural en la meritocracia. El enfoque es sociológico y se dirige a la contracultura, pero no a la cultura. Sólo el proletario aparece representado en las estadísticas de criminalidad. Desde luego la escuela anómica no hace caso omiso de la motivación en el delincuente; pero, en verdad, tampoco hace este aspecto su principal punto de meditación, puesto que la motivación importante no está en el individuo sino en la sociedad.

Al centrar el foco eruptivo de la delincuencia en la sociedad y no en el individuo, la mediación punitiva en sí pierde importancia, pues resulta de poca utilidad en el tratamiento de la delincuencia mantenida erróneamente dentro de rigurosos esquemas individuales. Empieza otro tipo de cuestionamiento en derredor de la facultad punitiva. El principal aporte fue el punto de vista de la víctima de las peores

críticas y rechazos: interpretación de la delincuencia proletaria, estadísticamente muy representada en las cifras policiales de criminalidad.

2.6. Escuela ecológica

Su fundamento teórico es que la formación de la sociedad es orgánica y no contractual. El presupuesto operando está basado en la desigualdad material y muy grande división del trabajo. Su responsabilidad deja de ser individual y se convierte en social y grupal. El hallazgo del equilibrio biótico-social es la finalidad del sistema jurídico.

El principal aporte de esta escuela ecológica, con sede en Chicago y producto de las inmigraciones incontroladas de europeos, es la interpretación de la delincuencia de la mafia.

Las escuelas penales han aportado medios suficientes para el estudio de la víctima y el victimario; aunque en algunos puntos de vista no se ponen de acuerdo, cada una ha dado lo mejor de sus teorías, las que ha tomado el jurista moderno para hacer los análisis correspondientes y llegar a conclusiones más exactas.

CAPÍTULO III

3. La criminalística y la criminología

Es la disciplina que aplicando conocimiento, método y técnica a su objeto de estudio que son las evidencias físicas, descubre y verifica el hecho presuntamente punible, el autor o autores, para aportar la prueba al órgano jurisdiccional.

3.1. Bosquejo histórico

Como todas las ciencias, la criminalística ha tenido desarrollo histórico el que parte desde la investigación empírica como consecuencia del atraso de las ciencias, hasta la científica de nuestros días.

Existen en ese proceso histórico de desarrollo ciencias y disciplinas que precediendo a la criminalística fueron la savia que alimentó su nacimiento; como también las que de manera determinante la colocan en el sitio de ciencia.

“Como precursora de la criminalística se registra a la factiloscopía, B.C. Bridges dice que algunos pasos prácticos de la identificación mediante impresiones dactilares se acreditan a los chinos quienes la utilizaban en sus negocios. Desde que el occidente pasaba por el período de la edad oscura Kia Kung Yen, historiador chino, cita en sus

escritos en el año 650 el método que consistía en la elaboración de placas de madera donde se escribían los términos del contrato a celebrarse. A esas placas se les hacían pequeñas muescas a los lados en sitios iguales para que al ser emparejadas su igualdad demostrara que eran genuinas y su identidad la misma”.²⁹

El libro de Leyes Chino de Yung Hwui del mismo período establecía que: “Para divorciarse de la esposa, el esposo debía dar un documento que contemplara siete causales y todas las letras tenían que ser escritas con su propia mano debiendo estar estampado el documento con sus huellas dactilares”.³⁰

En 1575, surge la ciencia precursora de la criminalística, la medicina legal, que es iniciada por el italiano Paolo Sacias a partir de 1651.

“En 1665, Marcelo Malpighi estudia los relieves papilares de las yemas de los dedos. Actualmente, una parte de la piel humana lleva el nombre de Capa de Malpighi (Malpighi Layer). El doctor Bucher realiza estudios sobre balística en 1573, disciplina a la que posteriormente se daría el nombre de balística forense.

La policía francesa en 1809, incorpora a su seno al célebre delincuente de la época Eugene Francois Vidocq que funda la sureté. Este período se conoce como fase equívoca para la investigación policíaca; sin embargo, hay quienes piensan que

²⁹ Arango Escobar, Julio Eduardo. **Metodología de la investigación y derechos humanos**. Pág. 15.

³⁰ **Ibid.**

Vidocq ha sido el mejor policía del mundo ya que muchos de sus sistemas de investigación fueron tomados por sus predecesores y difundidos a otros países. A su retiro Vidocq fundó su buró de investigaciones.

Johannes Evangelist Purkinge en 1823, presentó un ensayo como tesis para obtener el grado de doctor en medicina en la Universidad de Breslau y en él describe los tipos de huellas dactilares, clasificándolas en nueve grupos principales²⁴.

Ese mismo año Hushke, describió los relieves triangulares (deltas) de los dibujos papilares de los dedos y Alix da publicidad a un artículo sobre dibujos papilares.

Henry Goddar en 1835, da su aporte a la balística cuando en una bala extraída del cuerpo de la víctima observa una protuberancia. Se dedica a la búsqueda del asesino y en una vivienda del sospechoso encuentra un molde para hacer balas de plomo. El molde tenía un defecto pues se podía observar una hendidura descubriendo que la protuberancia de la bala se ajustaba a la hendidura.

Williaman Herschel en 1858 en la India, adopta el uso de las impresiones dactilares. Adin Pinkerton en Chicago en 1866, pone en práctica la fotografía criminal, que posteriormente se denomina fotografía judicial y actualmente fotografía forense.

²⁴ **Ibid.** Pág. 15.

Alfonso Bertillón en 1882, crea en París el servicio de identificación judicial, usando su método antropométrico basado en las características óseas, métricas y cromáticas en personas mayores de 21 años en once pares del cuerpo. A este sistema le sucedió la dactiloscopía.

En esa misma época, Bertillón publica una tesis sobre el retrato hablado (portrait parlé) que viene a ser otra de las disciplinas precursoras de la criminalística, consiste en una descripción minuciosa de ciertos caracteres cromáticos y morfológicos del individuo.

En 1885, en Inglaterra Sir Francis Gaiton crea los fundamentos para resolver el problema de la clasificación de las impresiones dactilares.

Henry Faulds también inglés, hace descubrimientos en el campo de la dactiloscopía precisando los tipos: arco, presilla y verticiclo en los dibujos de las yemas de los dedos.

En Italia en 1840, Orfila crea la toxicología continuándola Ogier en 1872. Juan Vucetich en Argentina en 1892, es contratado para organizar el gabinete de identificación antropométrico, utilizando la antropometría y las huellas digitales.

El aporte de las disciplinas que se han citado como precursoras de la criminalística

hace que la investigación policíaca se practique en lo sucesivo con orientación científica; pero siempre en forma empírica, pues originalmente se hacía uso de la intuición y sentido común no siendo satisfactorio del todo el producto de la investigación.

“Las investigaciones empíricas adquirieron un nombre propio cuando el Doctor en Derecho Hans Gross la bautiza como criminalística en su obra El Manual del Juez.

El Dr. Gross, nació en Graz, Austria en el año de 1847 y fue Juez de Instrucción en Stejermrk y profesor de derecho penal en la Universidad de Graz. La elaboración de su Manual le llevó veinte años de trabajo y experiencia dando las pautas a seguir en la instrucción de una averiguación técnica y con él creó la criminalística que se componía de las materias siguientes: antropometría, argot criminal, contabilidad, criptografía, dibujo forense, documentoscopia, explosivos, fotografías, grafología, hechos de tránsito ferroviario, hematología, incendios, medicina legal, química legal e interrogatorio”.³¹

3.2. Avances de la criminalística

La obra del Dr. Gross, despertó el interés de los especialistas y como resultado de su estudio hicieron aportes a la criminalística. La denominaban criminalística y la

³¹ Arango Escobar, Julio Eduardo. **Ob. Cit.** Pág. 18.

consideraban disciplina jurídico penal, después Alongoi, de Benito, Ferri, Lombroso, Nicéforo, Ottolenghi, Roumangñac la llamaron policía judicial, científica, o simplemente policía científica.

La difusión de la obra, sus observaciones y contribución de los estudiosos, impulsaron su conocimiento especializado y quienes pretendían un puesto policíaco debían realizar estudios para obtenerlo.

Los avances de la ciencia fueron a la vez importantes para la criminalística porque toma de ella muchos postulados para su definitivo desarrollo, por ejemplo: Juan Vucetich en 1896 hace que la Policía de Río de Plata, Argentina, abandone el Método Bertillón y reduce a cuatro los tipos fundamentales de dactiloscopia, determinados por la ausencia o presencia de los deltas.

El profesor Salvatore Ottolenghi presenta un programa para el curso de policía científica que se aplica en la Facultad de Medicina en Siena, Italia desde de 1915. La enseñanza se difunde por medio de revistas y monografías, puntualizando la necesidad de crear cuerpos de investigación.

Ottolenghi y Alongó fundan la revista *Policía Científica*; Ferri, Lombroso y Alongó invocan para Italia una policía judicial científica; y Alfredo Nicéforo en la escuela positiva en Roma, 1930, con su monografía de estudio y enseñanza de la

criminología sitúa a la policía judicial científica en el cuadro general de la criminología, desde entonces la confusión existente entre criminología y criminalística.

“En los países latinoamericanos involucrados en el estudio de métodos de investigación criminal iniciada por Vucetich, se empiezan a crear los institutos de policía y laboratorios de criminalística, pues a partir de 1904 el sistema dactiloscópico Vucetich había sido aceptado universalmente.

El profesor Carlos Roumngác en México, 1904, escribía los Fundamentos de Antropología Criminal con base en estudios realizados en la cárcel de Belén y en 1907, pone en práctica el servicio de identificación en la Inspección General de la Policía e identifica reclusos en la cárcel de Coyoacán utilizando la dactiloscopia”²⁵.

En España en 1908, Bernardo Constancio de Quiroz clasifica en tres fases la formación y evolución de la policía científica:

- I. Fase equivocada: Cuando se recluta al famoso delincuente Vidocq como jefe de investigaciones y el personal se integra con delincuentes por considerar que conocían no sólo las artes, sino también el bajo mundo y a los delincuentes.

²⁵ **Ibid.**

- II. Fase empírica: Fracasada la fase equívoca se lucha contra la delincuencia en forma empírica; o sea, valiéndose los agentes de facultades naturales, vulgares o excepcionales.

- III. Fase científica: Se da cuando a aquellas facultades naturales se implementan métodos de investigación técnica basados en la observación razonada y en el experimento químico, etc.

Rudolper Archivald Reuss de nacionalidad alemana, profesor de ciencias policiales en la Universidad de Lausana, Suiza en 1911, hace estudios sobre policía científica y propone una tesis.

En 1915 muere el gran criminalista Gross causando consternación mundial En México, en 1920, el profesor Benjamín Martínez funda el gabinete de identificación y el laboratorio de criminalista.

En 1923, Carlos Roumgñac, Benjamín Martínez y Fernando Beltrán crean la escuela de policía para enseñar criminalística. Esta escuela se llamó primero Escuela Técnica Policiaca, después Escuela Científica de Policía y por último Escuela Técnica Policial.

Años más tarde todas las denominaciones de policía técnica judicial, judicial científica y policiología se reacomodan en la criminalística, pues: “La experiencia dice Simonin ha demostrado que el estudio de los hechos criminales manifiestamente importantes para la justicia y el descubrimiento de falsos documentos, sobrepasa las responsabilidades de las investigaciones policíacas. Especialistas, biólogos, físicos y químicos deben intervenir, ello encierra la necesidad de lograr laboratorios de criminalística que dispongan de buen instrumental científico y especialistas competentes”.³²

3.3. Estado actual de la criminalística

Los autores coinciden en señalar que la criminalística sólo ha existido en una época, que se inicia en la científica y se queda en ella y que a la postre ha terminado con la equivocación y el empirismo de la investigación policíaca.

3.4. Criminología

3.4.1. Definición

Es la disciplina que se ocupa del estudio del fenómeno criminal con el fin de conocer sus causas y formas de manifestación. Su campo de acción se encuentra en tres

³² **Ibid.**

ramas: en la administración de justicia, en el campo penitenciario y en la prevención del delito.

La criminología: Estudia el porque del delito y profundiza su estudio.

Tomando en cuenta que no existe un acuerdo definitivo sobre la definición de la criminología, se expondrán algunas de las definiciones de los tratadistas más importantes, habiéndolas dividido según el estudio del delito, del delincuente o tomándolo como un fenómeno individual y social, dependiendo del criterio y la escuela del derecho penal a la que pertenezcan los autores.

Rafael Garófalo

Define a la criminología de la siguiente manera: “Ciencia del delito tomando en cuenta el delito social o natural, que es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales, según la medida en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad”.³²

Quintiliano Saldaña

En su obra Nueva Criminología de 1929 definió a la criminología como: “Ciencia del

³² Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Pág. 19.

crimen o estudio científico de la criminalidad, sus causas y medios para combatirla”.³³

Bonger

“Entendemos por criminología la ciencia que tiene por objeto el estudio del fenómeno llamado criminalidad en toda su extensión; junto a esta ciencia teórica y fundada en sus conclusiones, encontramos lo que conocemos con el nombre de criminología práctica o aplicada”.³⁴

Tabio

La define de la siguiente manera: “La criminología es una ciencia de contenido variado como ninguna y cree firmemente que en esta ciencia causal explicativa está el refugio y la esperanza de los que nos preocupamos de veras por ese fenómeno humano que se llama delito, esta ciencia supone y significa el tratado de los crímenes, es decir, el estudio del crimen desde un ángulo panorámico más amplio”.³⁵

³³ **Ibid.**

³⁴ Bonger, W.A. **Introducción a la criminología.** Pág. 39.

³⁵ Tabio, Evelio. **Contenido de la criminología.** Pág. 19.

Don Constancio Bernardo De Quirós

Define a la criminología como: “La ciencia que se ocupa de estudiar al delincuente en todos su aspectos; expresando que son tres grandes ciencias las constitutivas: la ciencia del delito, o sea el derecho penal; la ciencia del delincuente, llamada criminología; y la ciencia de la pena, penología.”³⁶

Abrahamsen

La criminología es: “La investigación que a través de la etiología del delito, y la filosofía del delito, busca tratar o curar al delincuente y prevenir las conductas delictivas”.³⁷

Eugenio Cuello Calón

“La criminología es el conjunto de conocimientos relativos al delito como fenómeno individual y social”.³⁸

3.4.2. Etimología de la palabra

La palabra criminología deriva del latín crimen-criminis, y del griego logos-tratado,

³⁶ **Ibid.**

³⁷ **Ibid.**

³⁸ Cuello Calón, Eugenio. **Ob. Cit.** Pág 22.

considerando el concepto crimen como conducta antisocial, y no como delito, delito grave o delito de lesa humanidad, la criminología puede mantener su original denominación. Se conserva pues la denominación tradicional de la materia, reconociendo que quizá podría encontrarse un nombre mejor. Lo mismo ha sucedido en muchos casos, en aras de la claridad, así, a la histeria se le sigue llamando en esta forma, a pensar de que el útero (listero) no intervenga en esta dolencia, la denominación de derecho internacional continúa vigente, no obstante que nación es un término sociológico y no jurídico.

El término criminología es un vocablo convencional; si se recuerda el derecho romano, distinguía entre delitos y crímenes; la diferencia es la siguiente: los crímenes eran perseguidos por el Estado, mientras que los delitos eran perseguidos por los particulares. En un principio los crímenes quedaban reducidos a unos cuantos: traición a la patria, parricidio, sacrilegio, estupro e incesto. Es decir, se identifica como crimen los delitos muy graves, y así es como la palabra crimen se va a aplicar generalmente a homicidio y aún más justamente al homicidio calificado.

Sucede que lo primero que se estudió en el siglo pasado para formar la ciencia fueron los criminales, delincuentes generalmente homicidas y por lo tanto se fue pensando no en estudiar al raterillo común y corriente, sino en estudiar a los grandes asesinos.

El antropólogo francés Pablo Topinard (1830-1911) fue el primero en utilizar el vocablo criminología; sin embargo, quien acuñó el término para que llegara a ser verdaderamente internacional y aceptado por todos fue el jurista italiano Rafael Garófalo, quien junto con sus compatriotas César Lombroso y Enrico Ferri pueden considerarse los tres grandes que fundan la criminología, llamándoseles por esto Evangelistas de esta ciencia.

No es pues la criminología el estudio de los criminales tomando como criminal al asesino, sino que es el estudio de los criminales tomando como tales a todos aquellos que cometen alguna conducta antisocial.

Se debe entender que los términos crimen, criminalidad y criminal son convencionales, y no conllevan en forma alguna un sentido despectivo, etiquetados o estigmatizastes, sino que sirven para diferenciar al simple antisocial y a sus conductas, del delincuente, del delito y de la delincuencia, términos que tienen una fuerte implicación jurídica.

3.4.3. Clases de criminología

Criminología científica

Conjunto de conocimientos, teorías, resultados y métodos que se refieren a la criminalidad como fenómeno individual y social; al delincuente, a la víctima, a la sociedad en parte, y en cierta medida al sistema penal.

La criminología trata de explicar la conducta antisocial (crimen), el sujeto que la comete (criminal), el que la padece (víctima), al conjunto de conductas antisociales (criminalidad) y a la reacción social que éstas provocan.

Criminología aplicada

Está constituida por las aportaciones de la criminología científica y de la empírica, creada por aquellos que forman parte del sistema penal.

La criminología aplicada tiene una mayor extensión, y rebasa los límites del sistema penal, pudiendo apropiarse de los diversos mecanismos de reacción y de control social.

Es indudable que la criminología aplicada alcanza su más alto nivel en el momento en que pasa a integrar, junto con otras disciplinas, la política criminal.

Criminología académica

Es esencial aunque no exclusivamente descriptiva y está constituida por la sistematización, a efectos de enseñanza o diseminación del conocimiento, de la criminología en general.

Esta es una obra de la criminología académica, ya que pretende sistematizar la historia, las teorías, los conceptos y los métodos criminológicos, con finalidad didáctica.

Criminología analítica

Su finalidad es determinar si las otras criminologías y la política criminal cumplen su cometido.

Esta clase de criminología, que se distingue de la crítica en cuanto que descomposición y recomposición no significan demolición, ejerce una función de supervisión, y su existencia se halla justificada por razones científicas y políticas a fin de evitar las frecuentes y desmedidas pretensiones de la criminología científica, la conocida insuficiencia de la aplicada, la frecuente superficialidad de la académica y los errores de la política criminal.

3.4.4. Finalidad de la criminología

La criminología es una ciencia de aplicación práctica. Busca antes que nada el conocer las conductas antisociales y sus factores causales para evitarlos, para

combatirlos, no se completa en la comprensión de las conductas antisociales mismas, sino que trata de prevenirlas, no busca la represión, sino la prevención.

Si a pesar de todos los cuidados preventivos las conductas antisociales llegan a realizarse, entonces la criminología se aplica en aquella rama, una de las más útiles que es la criminología clínica; la aplicación de los conocimientos para conocer el por qué del crimen, pero el porqué de un crimen en particular, por qué Juan mató a Pedro.

Buscar las causas por las cuales un individuo ha cometido un hecho antisocial; si este hecho antisocial es un delito, para que el juez pueda juzgar efectivamente, porque juzgar no es nada más que aplicar un Artículo del Código y la pena que éste señala, ya que juzgar significa mucho más que eso, por esto se debe tener tanto respeto a la función del juez; y posteriormente es necesario poder curar, poder socializar, poder integrar socialmente al sujeto que ha cometido ese hecho antisocial, siempre con la mira de la prevención; es decir, para prevenir que ese sujeto no reincida. No cabe duda de que, como dice Veiga de Carvalho, la criminología clínica informa en el proceso, esclarece en el juicio y colabora con la ciencia penitenciaria en el cumplimiento de la sanción ordenada; indudablemente el criminólogo estudia los problemas y propone soluciones, aunque no siempre sea escuchado, ya que la decisión y ejecución de los planes preventivos está a cargo de organismos por lo general de carácter oficial, y en todo el mundo es conocido el

divorcio entre técnicos y los decididores, separación que en algunos campos tiende a agravarse, aunque en otros se han logrado avances satisfactorios.

Lo que más importa señalar en este capítulo es el particular cuidado que debe ponerse al haber ciencia criminológica, de no perder de vista la finalidad preventiva y de bien común, pues de lo contrario puede caerse en la criminología de gabinete, de teoría brillante, pero de utilidad nula.

CAPÍTULO IV

4. Delitos de orden sexual

4.1. Análisis doctrinario

“En los delitos contra la honestidad de la persona. Este término de honestidad ha sido modificado por el de libertad sexual, ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado. El término honestidad hacía referencia a la moralidad sexual, recogándose bajo el mismo los delitos de violación y abusos deshonestos, escándalo público, estupro y rapto, hoy, tras la reforma (junio 1989), bajo la denominación de delitos contra la libertad sexual se recogen los siguientes: violación y agresiones sexuales, exhibicionismo y provocación sexual, estupro y rapto”.³⁹

“Pudor: Sinónimo de honestidad, castidad, decencia, moderación, en las personas dichos y hechos, pudor, recato, decoro, en la excepción menos usual, modestia y también cortesía”.⁴¹

“El pudor individual: es un sentimiento adquirido en el curso de la vida humana y que puede desaparecer total o parcialmente después de formado, consistente en la ocultación y vergüenza de los órganos sexuales, de sus atributos, y en general, de

³⁹ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 536.

⁴¹ **Ibid.**

todo lo que represente una actividad lúbrica, no es sino a través de la censura, de la educación y de la imitación como en los niños se va formando el sentimiento de vergüenza acerca de lo sexual”.⁴²

El Código Penal y la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, regulan delitos que denominan contra el pudor, pero no son del tipo individual el bien jurídico objeto de la protección, sino un pudor sexual colectivo.

La libertad y la seguridad de las personas representan una garantía individual que otorga la Constitución Política de la República de Guatemala. En base a esta regulación constitucional, y como bien jurídico tutelado por el Estado, el Código Penal guatemalteco regula en el título III los delitos contra la libertad y seguridad sexual y contra el pudor; los mismos, mediante reforma de ley, pasaron a ser regulados en la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Tata de Personas..

Guillermo Monzón Paz señala que: “Los actos sexuales, principalmente en el caso de la mujer, deben ser consensuales y voluntarios, por lo que cualquier atentado que se produzca mediante fuerza física, psicológica, engaño o abuso de confianza y/o inexperiencia en la víctima, para obtener una relación sexual, constituye un ataque contra la libertad sexual”.⁴³

⁴² Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.** Pág. 289.

⁴³ Monzón Paz, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco.** Pág. 49.

El derogado Código Penal guatemalteco, vigente de 1936 a 1973, regulaba los delitos sexuales de conformidad con los lineamientos de la Escuela Clásica, el título respectivo los denominaba Delitos contra la Honestidad y de Contagio Venéreo, e incorporaba dentro de éste a los delitos de violación, adulterio, abusos deshonestos, estupro, corrupción de menores y contagio venéreo. Como puede observarse, no incluía los delitos que atentan contra el pudor, como el proxenetismo y la rufianería.

La clasificación del Código Penal derogado carecía de precisión técnica e inducía fácilmente a error en cuanto a la naturaleza jurídica de estos delitos se refiere, pues incorporaba los delitos de adulterio y contagio venéreo dentro de los delitos contra la honestidad por el hecho de que se originaban de la relación sexual, lo cual no coincidía con el bien jurídico tutelado. “No es la honestidad como sinónimo de vida arreglada en el aspecto sexual la que se ataca en estos tipos delictivos, pues en unos casos se coacciona la libertad sexual en forma de violencia o engaño, en otras es la forma pública de perpetración o manifestación, y en otras, los atentados al pudor o intervención de terceros”.⁴⁴

En virtud de la confusión a que daba lugar el Código Penal derogado, y siguiendo los lineamientos de la Escuela Positiva, el Código Penal vigente incorporó el delito de adulterio dentro del título de los que atentan contra el orden jurídico familiar, en vista de atacar el rompimiento de vínculos civiles y no de tipo sexual como lo contemplaba

⁴⁴ **Ibid.**

el Código Penal derogado.

Además, incorporó el delito de contagio venéreo dentro de los que atentan contra la vida y la integridad de las personas, en el capítulo de lesiones.

Asimismo, regula los delitos que se refieren al consentimiento de la víctima en la realización de los actos sexuales dentro del título de delitos contra la libertad y seguridad sexual y contra el pudor, encontrando así su verdadera naturaleza jurídica.

4.2. Clasificación de los delitos que atentan contra la libertad y la seguridad sexual y contra el pudor

Conforme la legislación guatemalteca, los delitos de carácter sexual que incluye el Código Penal son:

- A. Violación (Artículo 173 del Código Penal).
- B. Agresión sexual (Artículo 173 Bis del Código Penal)
- C. Exhibicionismo sexual (Artículo 188 del Código Penal).
- D. Ingreso a espectáculos y distribución de material pornográfico a personas menores de edad (Artículo 189 del Código Penal)
- E. Violación a la intimidad sexual (Artículo 190 del Código Penal)

- F. Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución (Artículo 191 del Código Penal).
- G. Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución agravada (Artículo 192 del Código Penal)
- H. Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad (Artículo 193 del Código Penal)
- I. Producción de pornografía de personas menores de edad (Artículo 194 del Código Penal).
- J. Ehibiciones obscenas (Artículo 195 del Código penal)

4.2.1. Disposiciones comunes a los delitos sexuales

Régimen de la acción penal

Doctrinariamente, los delitos por su forma de persecución pueden ser: delitos de acción pública, de acción privada y de acción mixta.

Los de acción pública son los que persigue el Estado, en virtud de la denuncia del agraviado, de cualquier ciudadano o de la intervención del Ministerio Público. En los delitos de acción privada, es el sujeto pasivo del delito el único que puede perseguir y sancionar el delito a través de la querrela. En los de acción mixta, su naturaleza jurídica es de acción privada pero el ejercicio procesal es público; basta la simple

denuncia de la ofendida y/o de su representante legal para que se inicie el proceso respectivo, sin necesidad de formalizar la acusación; también puede seguirse sin su intervención. Es aquí donde puede iniciarse proceso por los delitos de violación, estupro, abusos deshonestos o rapto.

Excepcionalmente, los delitos de acción mixta pueden convertirse en delitos de acción pública, si se dan los siguientes supuestos:

- Si la agraviada carece, por su edad, de capacidad de ejercicio para acusar, o no tiene representante legal.
- Si el delito es cometido por su representante legal, padre, madre o tutor.
- En caso de violación o abuso deshonesto violento, si la víctima es menor de 15 años o se encuentra en situación de trastorno mental (Artículo 197 del Código Penal).

Perdón de la parte ofendida o su representante legal

La ley regula el perdón de la ofendida como causal de extinción de la responsabilidad penal y de la pena, en los casos que la misma lo permite expresamente. El perdón de la parte ofendida opera en los delitos de violación,

estupro, abusos deshonestos y rapto.

El perdón puede ser expreso o presunto. El primero consiste en otorgar el perdón expreso de la ofendida o de su representante legal, pudiendo el juez rechazar su eficacia, ordenando la continuación del proceso o el cumplimiento de la condena, con la intervención o solicitud del Ministerio Público, además la víctima debe ser mayor de doce años (Artículos 106 y 200 del Código Penal).

4.2.2. Penas accesorias

A los responsables de los delitos a que se refiere el Título III del Libro II del Código Penal se les impondrá además de las penas previstas en cada delito, las siguientes:

- “1. Si el autor es persona extranjera se le impondrá la pena de expulsión del territorio nacional, la que se ejecutará inmediatamente después que haya cumplido la pena principal.
2. Si el delito es cometido por una persona jurídica, además de las sanciones aplicables a los autores y cómplices, se ordenará la cancelación de la patente de comercio, así como la prohibición para ejercer actividades comerciales por un período equivalente al doble de la pena de prisión impuesta.
3. Si el autor comete el delito en abuso del ejercicio de su profesión, se le impondrá la inhabilitación especial de prohibición de ejercicio de su profesión o actividad por

un período equivalente al doble de la pena de prisión impuesta.

4. Conjuntamente con la pena principal, se impondrá la de inhabilitación especial cuando el hecho delictuoso se cometiere con abuso del ejercicio o con infracción de los deberes inherentes a una profesión o actividad”.

4.2.3. Penas para cómplices

Los ascendientes, tutores, protutores, albaceas, maestros o cualesquiera otras personas que, con abuso de autoridad o de confianza, cooperen como cómplices a la perpetración de los delitos de violación, estupro, abusos deshonestos, raptos, corrupción de menores o delitos contra el pudor, serán sancionados con las penas que corresponden a los autores.

Asimismo, el inciso 5º. del Artículo 56 del Código Penal, y el inciso 3º. del Artículo 274 del Código Civil, estipulan que el juez, dentro del proceso, debe ordenar la pérdida de la patria potestad, tutela o protutela, en el caso de que el actor sea el padre o encargado de la custodia de la menor.

4.3. La prostitución

La prostitución es el comercio sexual por precio. Es corrupción o deshonor de la mujer. Degradación de cualquier índole.

El ejercicio de la prostitución está íntimamente ligado al delito de proxenetismo, teniendo los siguientes aspectos:

- La prostitución considerada en sí misma no es una infracción al orden social; no es un delito, tampoco constituye una perturbación de tipo sexual; su ejercicio, es o ha de ser motivo de medidas preventivas y profilácticas.
- Si bien en sí misma no es un delito, su ejercicio y explotación trae como frecuencia aparejados hechos delictivos como el proxenetismo, el rufianismo y la trata de mujeres, así como eventualmente la corrupción de menores.

4.4. Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución

“Artículo 191 del Código Penal. (Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución). La explotación de una persona mayor de edad, a través de la promoción, facilitación o favorecimiento de su prostitución, será sancionada con prisión de cinco a diez años, y con multa de cincuenta mil a cien mil quetzales”.

“Artículo 192. (Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución agravada). Las penas señaladas en el Artículo anterior se aumentarán en una tercera parte en los casos siguientes:

- a. Si durante su explotación sexual la persona hubiere estado embarazada.

- b. Cuando el autor fuere pariente de la víctima, responsable de su educación, guarda, custodia, cuidado, tutela, o sea el conyugue, ex conyugue, conviviente o ex conviviente de la víctima o uno de sus padres.
- c. Cuando mediare violencia o abuso de autoridad”.

Elementos

- a) El sujeto activo del delito puede ser cualquiera, así como el sujeto pasivo, no importa el sexo pues así lo indica expresamente la ley, de manera que puede darse la prostitución masculina.
- b) El hecho material del delito es facilitar o promover la prostitución, generalmente obligando a una mujer al ejercicio de la prostitución, el elemento interno del delito será el ánimo de lucro, la satisfacción de deseos ajenos o el aprovechamiento propio de alguna manera u otra.

4.5. Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad

“Artículo 193. **Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad.** Quien para sí mismo o para terceras personas, a cambio de cualquier acto sexual con una persona menor de edad, brinde o prometa a ésta o a tercera persona un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza, independientemente que

logre el beneficio, será sancionado con prisión de cinco a ocho años, sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos”.

Elementos: La materialidad se da cuando la persona vive a expensas de quien realiza el acto de prostitución. El delito existe concurriendo el consentimiento del pasivo. También es elemento importante que el activo participe de los beneficios que produzca al pasivo el ejercicio de la prostitución.

El elemento interno, está constituido por la voluntad de vivir de los beneficios de la prostitución, a expensas de las personas que la practiquen.

4.6. Trata de personas

“Artículo 202 Ter. Trata de personas. Constituye delito de trata de personas la captación, el transporte, basado, retención, acogida o recepción de una o más personas con fines de explotación.

Quien cometa este delito será sancionado con prisión de ocho a dieciocho años y multa de trescientos mil a quinientos mil quetzales.

En ningún caso se tendrá en cuenta el consentimiento prestado por la víctima de trata de personas o por su representa legal.

Para los fines del delito de trata de personas, se entenderá como fin de explotación: la prostitución ajena, cualquier otra forma de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, cualquier tipo de explotación laboral, la mendicidad, cualquier forma de esclavitud, la servidumbre, la venta de personas, la extracción y tráfico de órganos y tejidos humanos, el reclutamiento de personas menores de edad para grupos delictivos organizados, adopción irregular, trámite irregular de adopción, pornografía, embarazo forzado o matrimonio forzado o servil”.

4.7. Violación

Se deriva de la palabra violencia, que significa situación o estado contrario o naturaleza o índole. Ejecución forzosa de algo, con independencia de su legalidad o ilicitud.

Es tener acceso carnal con mujer privada de sentido, empleando fuerza o grave intimidación o, en todo caso, si es menor de 12 años, en que carece de discernimiento para consentir un acto de tal trascendencia para ella.

Desde el punto de vista legal, la violación se integra: yaciendo con mujer en cualquiera de los siguientes casos: 1) Usando de violencia suficiente para conseguir su propósito, 2) aprovechando las circunstancias, provocadas o no por el agente, de encontrarse la mujer privada de razón o de sentido o incapacidad para resistir, 3) en

todo caso si la mujer fuere menor de doce años.

El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual contra la que el hecho impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación por medio de la fuerza material en el cuerpo de la ofendida.

En la legislación guatemalteca están claramente definidas dos modalidades de violación; la común, o sea la ejecutada en todo caso mediante violencia, y la denominada doctrinalmente violación presunta o delito equiparado a la violación, consistente en el acceso carnal con personas incapacitadas para resistir el acto por enfermedades de la mente o en el cuerpo, por su edad, o por semejantes condiciones de indefensión.

4.7.1. Elementos

Acción de yacer con mujer: yacer consiste en una relación sexual usando violencia, independientemente de su pleno agotamiento físico o que el acto haya sido interrumpido; con independencia, el momento consumativo entonces es el de la penetración viril, no importando incluso que después de ella la mujer se abandone.

La acción deber ser violenta: el elemento fundamental del delito es la violencia,

pudiendo ser física o moral. La violencia física es la fuerza material que se emplea para cometer el hecho. La violencia moral, consiste en la intimidación, o sea causar o imponer miedo en el ánimo de una persona o causarle una perturbación angustiosa por un riesgo o mal que realmente amenace o se finja. En la violación puede consistir en constreñimientos psicológicos, de tal manera que por el temor que causan impiden la resistencia de la víctima.

4.7.2. Sujetos del delito

Sujeto activo, es siempre un hombre, pero no se descarta la posibilidad de que una mujer pueda actuar como tal (Artículo 36 del Código Penal).

Sujeto pasivo, conforme a la tendencia de la ley penal guatemalteca, tendrá que ser siempre una mujer, no importando que sea mayor o menor de edad, casada, soltera, viuda o prostituta.

El Código Penal en sus Artículos 173 al 174, establece claramente lo siguiente:

“Artículo 173: (Violación) Comete delito de violación quien yaciere con mujer en cualquiera de los casos siguientes: usando violencia, aprovechando las circunstancias, si la mujer fuere menor de 12 años”.

“Artículo 174. (Agravación de la pena). La pena a imponer por los delitos enunciados en los artículos anteriores, se aumentará en dos terceras partes en los siguientes casos:

1º. Cuando la conducta se cometa por la acción conjunta de dos o más personas.

2º. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por ser adulto mayor, padecer de enfermedad, estar en situación de discapacidad física o mental, o por encontrarse privada de libertad.

3º. Cuando el autor actuare con uso de armas o de sustancias alcohólicas, narcóticas o estupefacientes o de otros instrumentos o sustancias que lesionen gravemente la salud de la persona ofendida o alteren su capacidad volitiva.

4º. Cuando se cometa en contra de una mujer en estado de embarazo o cuando se produzca dicho estado como consecuencia del delito.

5º. Cuando el autor fuere pariente de la víctima, o responsable de su educación, guarda, custodia, cuidado, tutela, o sea el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente de la víctima o de uno de sus parientes dentro de los grados de ley.

6º. Cuando a consecuencia de la conducta, el autor produjere contagio de cualquier

enfermedad de transmisión sexual a la víctima.

7°. Cuando el autor fuere un funcionario o empleado público o un profesional en el ejercicio de sus funciones”.

En este capítulo se analizó todo lo relacionado a la tipificación de los delitos y las penas, específicamente en lo que se refiere a los delitos de violación, la prostitución la trata de personas y la facilitación o promoción para la prostitución; mismos que en estos tiempos se han incrementado debido a muchas situaciones. Y por lo mismo es importante su estudio.

CAPÍTULO V

5. La parafilia y la pedofilia

La parafilia es la realización de hechos sexuales diferentes a las relaciones comunes, en las cuales puede tener presencia el sadismo, el masoquismo o el sadomasoquismo; entre estas relaciones se encuentra la pedofilia que es la relación sexual de un menor con un adulto, hecho provocado e inducido por el adulto.

5.1. La parafilia

5.1.1. Definición

“Parafilia se deriva del griego **para**, que significa ‘al margen de’, y **filia**, *que significa* ‘amor’. Es un patrón de comportamiento sexual en el que la fuente predominante de placer no se encuentra en la cópula, sino en alguna otra cosa o actividad que lo acompaña. Suelen, aunque no necesariamente, suceder principalmente porque la persona que las practica ya ha tenido una cantidad muy elevada de placer sexual, que llega un momento en que lo poco no la satisface y quiere más y más de aquella actividad para sentir el orgasmo o excitarse.

Las consideraciones acerca del comportamiento considerado parafilico dependen de las convenciones sociales imperantes en un momento y lugar determinados. Ciertas prácticas sexuales, como el sexo oral o la masturbación, fueron consideradas parafilias hasta mediados del siglo XX, aunque hoy en día se consideran prácticas

no parafilicas (siempre que la actividad del sujeto no se limite únicamente a ellas). Por ello resulta imposible elaborar un catálogo definitivo de las parafilias".⁴⁵

Las definiciones más usuales recogen comportamientos como el sadismo, el masoquismo, el exhibicionismo, el voyeurismo, la zoofilia, la coprofilia, la necrofilia, el fetichismo y el frotismo.

De acuerdo a la definición del diccionario de la Real Academia Española (RAE), parafilia es una desviación sexual. Se trata de un comportamiento donde la fuente del placer no se encuentra en la cópula, sino en otra actividad.

Tomando como referencia la primera definición se tiene que existen algunas parafilias que se pueden encontrar dentro de la sexualidad normal si se les practica esporádicamente o como juego amoroso que precede a la cópula normal.

Las parafilias son un deseo incontrolable, impulsivo y compulsivo de realizar el acto o de fantasearlo. De hecho, los individuos que la practican pueden parecer exteriormente tan normales como cualquier otra persona.

Se llama **parafilia** a lo que en la ley se denomina **perversiones**. Algunos psicoanalistas y psiquiatras aún la denominan así.

En sexología se evita estigmatizar imponiendo sobre tópicos tan controvertidos como la sexualidad humana un etiquetaje discriminatorio.

⁴⁵ <http://vekquin.com/articles/fetishism-psychology.html> (Guatemala 22 de noviembre de 2010).

Parafilia proviene del griego **para** = junto a; **filein** = amar.

La etimología alude a un amor paralelo a la forma convencional. En efecto: el sexo convencional es heterosexual, coital, con finalidad declarada procreativa y en general con el hombre en posición del misionero (encima de la mujer).

Es de imaginar que una actividad constreñida así no corresponde con la intimidad sexual de las parejas actuales, según lo demostró, ya en 1948, el pionero sexólogo americano Alfred Kinsey en su encuesta a miles de norteamericanos.

Formas de estimulación diversa, y no sólo en el fore-play (o inicio de la relación sexual), sino como finalidad en sí misma, representan un porcentaje nada desdeñable de la conducta sexual de la población.

5.1.2. Origen de las parafilias

Diferentes teorías se han postulado respecto a las posibles causas de la parafilia; especialmente, porque se han registrado todo tipo de parafilias, algunas hasta por objetos y circunstancias claramente no sexuales.

“El sexólogo Magnus Hirschfeld considera que la atracción sexual siempre se desarrolla con base a diferentes estímulos individuales del medio. En este sentido todo ser humano tiene **parafilias** o **fetiches** normales y saludables como sería un hombre que siente preferencia hacia las rubias por sobre las pelirrojas o hacia las delgadas por sobre las gordas, y viceversa. Estos patrones sexuales pueden incluir

no sólo aspectos físicos sino objetos ropa, lencería, uniformes, etc. Para Hirschfeld el fetiche se torna patológico cuando se sobrevalora uno de estos objetos individuales como, por ejemplo, los zapatos”.⁴⁶

El psicoanalista Donald Winnicott consideraba el origen de los fetiches y parafilias en el objeto transicional. La tenencia de un objeto transicional es normal y sana en casi todos los seres humanos durante su niñez, pero en algunos casos se torna sexual.

En todo caso la teoría del psicoanálisis considera que cualquier trauma infantil puede producir un impacto en el inconsciente que posteriormente se traduciría en una práctica neurótica o perversa; es la proyección de la libido.

Para algunos conductistas las parafilias y fetichismos son producto del condicionamiento clásico, cuando una persona está expuesta a una práctica sexual específica asociándola a un objeto, sujeto o circunstancia de forma tal que la gratificación sexual se asocia a este condicionamiento. Es decir, de forma similar a como Pavlov logra que un perro asocie el sonido de una campana con alimento y esto hace que el perro salive, un fetichista es alguien que está condicionado para creer que un látigo en la espalda produce placer sexual.

La teoría de que las parafilias surgen por abusos sexuales no está del todo probada y se considera coloquial. La idea de que todos los pedófilos fueron abusados cuando niños no está del todo comprobada, aunque se han encontrado correlaciones entre

⁴⁶ Chalkley, Powell. **La descripción de cuarenta y ocho casos clínicos de fetichismo sexual**. Pág. 292.

personas que sufrieron abuso sexual y luego repitieron este abuso en otros, aún así ni todos los abusadores fueron abusados ni todos los abusados se vuelven abusadores. No obstante, en efecto, el psicoanálisis postula que los traumas infantiles pueden generar conductas patológicas posteriores, como la compulsión de repetición que podría explicar algunas parafilias. Algunos psicoanalistas incluso postularon teorías respecto a la correlación entre estímulos sexuales tanto placenteros como traumáticos en determinadas etapas del desarrollo psicosexual con ciertas parafilias; por ejemplo, el sadomasoquismo estaría en relación con la fase anal, ya que el sadomasoquismo encuentra placer en el control y la fase anal es aquella donde el niño obtiene goce erótico al lograr controlar su dolor.

Las parafilias describen un conjunto de conductas y tendencias (comunes o no) en la actividad sexual del ser humano.

Las parafilias son entonces, un patrón de comportamiento sexual en el que el placer no se encuentra en el acto copulativo propiamente, sino en alguna otra actividad.

Son consideradas por psicólogos como parte integral de la psique normal, inofensivas, excepto cuando están enfocadas a un objeto potencialmente peligroso, dañino para la misma persona o su pareja; o bien, cuando impiden el funcionamiento sexual correcto y cómodo para los participantes del acto. Por lo general estas conductas parafilicas se instauran y refuerzan durante la etapa de la pubertad.

Hasta el día de hoy no se han podido relacionar las parafilias con alteraciones físicas

o mentales.

Dentro de las más comunes se encuentran:

- Sadismo
- Masoquismo
- Exhibicionismo
- Fetichismo
- Voyeurismo
- Transvestismo
- Zoofilia
- Ninfomanía
- Pedofilia
- Necrofilia
- Morfofilia

5.1.3. Análisis doctrinario

Las parafilias son consideradas inocuas e inofensivas, excepto cuando están dirigidas a un objeto potencialmente peligroso o dañino para cualquiera de las personas que forman parte del acto sexual (como en el caso de la pedofilia). Cabe destacar que el parámetro para considerar si una conducta sexual es parafilica varía a lo largo de la historia y según la región. De esta forma, ciertas prácticas como la masturbación y el sexo oral fueron consideradas parafilicas hasta mediados del siglo

XX, aunque en la actualidad no son tomadas en cuenta como desviaciones (excepto que la actividad sexual del sujeto se limite a ellas).

Los expertos no han podido encontrar ninguna alteración orgánica o psicológica que explique el origen de una parafilia. En cuanto a su tratamiento, existen técnicas conductuales y psicoanalíticas, aunque, por lo general, muestran una pobre eficacia.

Entre las parafilias más usuales, puede mencionarse a la altocalcifilia (excitación por los zapatos con tacones altos), la asfixiofilia (estrangulación erótica), el bestialismo (actos sexuales que involucran a los animales), la coprofilia (estimulación sexual mediante el uso de palabras soeces), el fetichismo (deseo a partir del uso de objetos o partes del cuerpo en la relación sexual), el masoquismo (placer ligado a la propia humillación o sufrimiento físico), la pedofilia (atracción hacia personas menores de edad), la podofilia (excitación por los pies) y el sadismo (placer erótico al provocar dolor o humillación a la pareja).

Es una recurrente e intensa aparición de fantasías sexuales o conductas que engloban a objetos o animales, niños o adultos que no dan su consentimiento o de producir dolor y sufrimiento a las parejas o a sí mismo. O sea que la imaginación o los actos inusuales o extravagantes son necesarios, reiterados y a veces excluyentes, para conseguir la excitación sexual. También son llamadas desviaciones o variaciones y hoy se trata de evitar la palabra perversiones.

Las parafilias, desviaciones sexuales o perversiones se definen como un patrón de

conductas sexuales en las que la fuente predominante de placer sexual no es a través de la cópula heterosexual. Esta es una definición que se aceptó hasta hace algunos años, pero como a la homosexualidad se le definió como una preferencia sexual en lugar de una parafilia, dejó de estar vigente.

Actualmente las parafilias se entienden como las conductas sexuales eróticas que no son comprendidas por la mayoría de las personas.

Se encuentra que hay parafilias que castiga la sociedad como delitos y existen otras parafilias que aunque no son aceptadas tampoco se les considera un delito. Desde el punto de vista de la psiquiatría y del psicoanálisis las parafilias son consideradas perversiones.

Las parafilias incluyen algunas de estas posibilidades:

- Objetos humanos;
- Infligir sufrimiento o humillación a sí mismo o a la pareja;
- Involucrar a prepúberes o personas que se resisten a la propuesta sexual.

Estas fantasías o estímulos específicos son requisito indispensable para que el individuo parafilico logre excitarse y llegue al orgasmo.

A veces, con su pareja, emplea su imaginería erótica para poder funcionar sexualmente. En ocasiones, logra la complicidad de su acompañante quien, por

ejemplo, juega a travestirse o travestirlo para que pueda desarrollarse la actividad sexual habitual.

En vivo o en diferido, las imágenes parafilicas acompañan al individuo, quien puede tener un mayor o menor control de su conducta sexual, según las características de su yo fuerte o débil.

En tal caso, su parafilia será:

- Leve, ocasionalmente expresada;
- Moderada, implica mayor manifestación conductal;
- Severa, si lo lleva a niveles de compulsión.

Esta compulsión a veces implica que el individuo parafilico cometa actos delictivos, cuando su parafilia es asocial.

Así, el exhibicionista mostrará sus genitales a la gente por sorpresa; el necrofilico violará cadáveres. El paidofilico espionará, toqueteará o abusará de los niños o les hablará sobre la sexualidad en términos inconvenientes para su edad. O les pedirá que le muestren los genitales. El sádico sexual producirá deliberadamente dolor a su víctima y en ello residirá su placer.

Estas conductas lo suelen llevar a la cárcel y a condenas que no modifican su próxima crisis parafilica.

Cuando hay un claro descontrol de la conducta, muchos individuos presentan un malestar anticipatorio que algunos autores comparan con los prodromos (prefacio o introducción) de las epilepsias temporales.

La persona afectada teme su salida parafilica porque cree no manejarla.

En el trabajo interdisciplinario, la medicación con un antiandrógeno, en caso de parafilias asociales, permite, junto con las terapias sexuales, tranquilizar al victimario que suele sentirse víctima de su propia compulsión.

Para que una conducta sea considerada parafilica debe haber tenido sus antecedentes tempranos en la biografía del sujeto.

5.2. La pedofilia

5.2.1. Definición

“Desde un punto de vista médico, la paidofilia o pedofilia es una parafilia que consiste en que la excitación o el placer sexual se obtienen, principalmente, a través de actividades o fantasías sexuales con niños de, generalmente, entre 8 y 12 años. A la persona que padece pedofilia se le denomina pedófilo, un individuo de, al menos, 16 años que se entretiene sexualmente con menores de 13 y respecto de los que mantiene una diferencia de edad de, por lo menos, cinco años”.⁴⁷

⁴⁷ Ferraris, Ana. **Manual de diagnóstico y estática mental**. Pág. 44.

La pedofilia es un rasgo multifactorial en la personalidad del que la padece, y se compone de aspectos mentales, institucionales, de actividad, de educación sexual, de violencia, de control de las pulsiones, etc. En este sentido, se suelen distinguir dos tipos de pedofilia, una primaria o esencial, muy arraigada en el sujeto, y otra secundaria (u otras), que aparecería motivada por factores circunstanciales.

Por lo demás, en determinados casos en que la relación entre el pedófilo y el menor se prolonga en el tiempo, puede haber por parte del adulto un enamoramiento real con esa persona a la que él considera como su joven pareja, sobre todo cuando ésta se halla en la edad de paso entre la infancia y la pubertad.

Existen, a este respecto, diversas asociaciones de pedófilos que reivindican la pedofilia como una forma más de vivir la sexualidad humana y que, en consecuencia, debe ser aceptada con naturalidad por parte de la sociedad.

“Las conductas pedófilas son muy heterogéneas, desde casos inofensivos o casi inofensivos, hasta aquellos en que alcanzan niveles que entran dentro de lo criminal. A la actividad sexual de un pedófilo con un menor de 13 años se lo conoce con el nombre de abuso sexual infantil o pederastia (palabra que, etimológicamente, significa lo mismo que pedofilia)”.⁴⁸

⁴⁸ **Ibid.**

5.2.2. Antecedentes

Etimológicamente, la palabra deriva del término griego paidophilia, y éste de páis-paidós, muchacho o niño, y filia, amistad. Paidophilia fue acuñada por los poetas griegos como un sustituto de paiderastia (pederastia) o viceversa.

Se considera que paidofilia es un término etimológicamente más correcto que pedofilia, si bien esta segunda forma es más usada. En relación con la atracción hacia los adolescentes, también suele usarse el término hebefilia o efebofilia.

En la antigua Atenas, la relación sexual entre un adulto y un joven púber, siempre con el consentimiento de éste, se denominaba pederastia, y se consideraba como un elemento más en la relación entre un docente y su discípulo: el amor entre ambos favorecía la transmisión del saber y de las leyes ciudadanas. Por el contrario, el sexo con sujetos prepúberes, denominado pedofilia, era castigado con condenas que podían llegar a la pena de muerte.

En la Roma antigua, por su parte, la pederastia estaba muy difundida, pero sin las justificaciones de los griegos, y la pedofilia era también condenada.

Con todo, simultáneamente había puntos de vista de tipo moral-psicológico que condenaban cualquier tipo de contacto sexual entre adultos y menores; así, por ejemplo, Platón o Suetonio.

El término paedophilia erótica fue acuñado en 1886 por el psiquiatra vienés Richard von Krafft-Ebing en su trabajo *Psychopathia Sexualis*, en el que lo describió como el interés sexual dirigido sólo hacia jóvenes prepubescentes, sin incluir a adolescentes, un interés que desaparecería con la aparición de los primeros signos de vello púbico.

5.2.3. Características

La psiquiatría considera la pedofilia como una parafilia. Los pedófilos, desde esta perspectiva, son:

- Sujetos con una orientación sexual dirigida primariamente a niños, sin apenas interés por los adultos, y con conductas compulsivas no mediatizadas por situaciones de estrés.
- El pedófilo suele ser hombre. Las mujeres pedófilas suelen ser o bien personas con trastornos mentales o bien personas muy solitarias y que viven al margen de la sociedad.

La cuarta edición revisada del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación Psiquiátrica Estadounidense (American Psychiatric Association) describe con tres rasgos un diagnóstico estándar del pedófilo, basándose en 3022 casos de pedofilia:

- Experimentación, durante un periodo de al menos 6 meses, de fantasías sexuales intensas o recurrentes, o de impulsos sexuales, o de necesidad de actividad sexual, en donde el objeto de atención es uno o varios niños prepubescentes (generalmente, menores de 13 años);
- Dichos impulsos sólo repercuten en la esfera sexual del individuo, o bien le provocan ansiedad o dificultades interpersonales;
- El individuo tiene, por lo menos 18 años, y es, como mínimo, 5 años mayor que el tipo de menor por el que muestra su atracción.

La materialización de la pedofilia no presenta una única cara; la atracción erótica que algunos pedófilos sienten por los niños no se traduce necesariamente en actos sexuales completos. El pedófilo puede limitarse a desnudar al niño y a mirarlo, a exhibirse, a masturbarse en su presencia, a tocarlo con delicadeza y a acariciarlo. Puede convencer al niño para que a su vez lo toque y así sucesivamente.

Cognitivamente, el pedófilo se caracteriza por no considerar inapropiada su tendencia o conducta, por lo que no suele presentar sentimientos de culpa o vergüenza; en ocasiones, incluso, apelan a la seducción del menor como causa de la misma o a que su comportamiento se puede entender como una forma de educación sexual de los menores.

La personalidad del pedófilo es polimorfa. Se pueden distinguir dos grandes tipos de pedófilos: los primarios y los secundarios o situacionales:

- Los primarios muestran una inclinación sexual casi exclusiva por los niños y su conducta compulsiva es independiente de su situación personal. Se trata, clínicamente, de pedófilos en un sentido estricto del término que presentan unas distorsiones cognitivas específicas: consideran su conducta sexual como apropiada (no se sienten culpables ni avergonzados), planifican sus acciones, pueden llegar a atribuir su conducta a un efecto de la seducción por parte del menor o pueden justificarla como un modo de educación sexual para éste.
- En cuanto a los secundarios o situacionales, estos se caracterizan porque su conducta viene inducida por una situación de soledad o estrés (en estos casos, la experimentación de relaciones sexuales con menores suele ser un medio de compensar la baja autestima o de liberarse de cierta hostilidad). No son estrictamente pedófilos, en tanto que su inclinación natural es hacia los adultos, con los que mantienen normalmente relaciones problemáticas (impotencia ocasional, tensión de pareja...); sólo recurren excepcionalmente a los niños y lo hacen de forma compulsiva, percibiendo su conducta como anómala y sintiendo posteriormente culpa y vergüenza.

Otra clasificación distingue tres categorías principales de pedófilos:

- Los ansiosos-resistentes, caracterizados por su escasa autoestima que les lleva a buscar constantemente la aprobación de los demás; dado que no consiguen

establecer relaciones emocionales con los adultos, se centran en los niños, con los que aumenta su seguridad. En principio, su relación no es sexual, pero la dependencia afectiva puede generarla.

- Los evitadores-temerosos, caracterizados por su gran deseo de contacto con los adultos pero a los que el miedo al rechazo los paraliza. Se centran entonces en los menores y su actitud es poco empática y tienden al uso de la fuerza.
- Los evitadores-desvalorizadores, caracterizados como obsesionados con la independencia y la autonomía emocional; buscan relaciones fugaces e impersonales en las que no es infrecuente el comportamiento coercitivo violento o sádico.

5.3. La parafilia y la pedofilia en Guatemala

La parafilia es una serie de hechos sexuales que se salen del margen normal; es decir, que la relación sexual se transforma en hechos que pueden ser violentos para una de las partes o para las dos partes.

Las parafilias están consideradas como hechos violentos o no violentos pero, en algunos casos, escandalosos, que conllevan a traumas psicológicos o daños físicos en el ser humano. Tanto la parafilia como la pedofilia no se encuentran regulados en

el Código Penal guatemalteco.

La investigación lleva consigo tratar de salvaguardar la integridad física y psicológica de los niños y protegerlos de aquellas personas que por enfermedades mentales abusan de los pequeños, dejando secuelas que repercuten conforme llegan a la mayoría de edad.

En el Código Penal guatemalteco no se encuentra tipificado el delito de pedofilia, lo que hace que muchas personas abusen de los menores sin tener un castigo que sea ejemplar para evitar que el mismo se siga cometiendo.

Existe en torno al abuso de menores una ingrata sanción, pues se juzga por otros delitos al pedófilo, y por lo tanto la sanción no corresponde a los hechos que se juzgan, en virtud de no estar tipificado ese ilícito. Por un lado, se deja impune el delito ya que el órgano jurisdiccional juzga al delincuente por abusos deshonestos, y por otro lado el delito de pedofilia debe ser considerado más grave por las secuelas psicológicas y físicas que presenta la comisión de ese ilícito, por lo que la pena tendría que ser mayor, la pedofilia es una actividad despiadada, pues el sujeto pasivo del delito sufre las consecuencias que pueden ser fatales durante toda su vida.

Indudablemente mientras existan sujetos que cometan este delito, existirán niños condenados a llevar una vida anormal y en su mayoría de edad podrán cometer el mismo delito o dar mal trato o hasta matar a terceras personas; incrementándose la

delincuencia, y mientras no se imponga una pena corporal regulada en el Código Penal, los pedófilos continuarán cometiendo el ilícito.

En tal virtud, el Estado debe regular el delito de pedofilia para evitar que se causen daños físicos y psicológicos a los menores y también para protegerlos, ya que cualquier sanción por abusos deshonestos no es acorde a las secuelas dejadas por el delito, por lo que la sanción penal debe ser drástica para el sujeto activo y que proteja al menor de edad.

En Guatemala se ha hecho común la desprotección al menor, ya que existen muchas personas que tienen nexos sexuales con menores hasta de cinco y seis años de edad, causándoles traumas psicológicos, por lo que se hace necesario tipificar el delito de pedofilia en el Código Penal guatemalteco para que ya no sigan cometiendo estos hechos tan degradantes, especialmente si el sujeto pasivo es un niño.

CONCLUSIONES

1. En Guatemala, no está regulada la parafilia, a pesar que en los últimos tiempos se ha dado mucho el abuso contra niños menores de edad.
2. El pedófilo se deriva de la falta de cultura y de educación sexual de los guatemaltecos, y se da principalmente en la gente de escasos recursos y sin educación ya que por lo mismo es de fácil persuasión, poca moralidad y no mide la magnitud de las consecuencias que puedan tener sus actos.
3. La población guatemalteca no está acostumbrada a denunciar y mucho menos se les enseña a los niños o niñas a que deben informar a los padres sobre cualquier daño que les ocasionen maestros, amigos, extraños y aun familiares.
4. No existen instituciones encargadas de impartir educación sexual a niños o niñas que no tiene acceso a la educación pública por falta de recursos.
5. Los guatemaltecos en general todavía ven con vergüenza el denunciar el abuso o violación de un niño y por lo mismo prefieren callar, quedando estos delitos impunes.

RECOMENDACIONES

1. La Procuraduría de los Derechos Humanos en representación de los guatemaltecos, debe proponer una reforma al Código Penal, para que se regule el delito de pedofilia en niños menores y para evitar que se sigan cometiendo estos hechos tan lamentables que enlutan diariamente a la población guatemalteca que tiene puestas sus esperanzas en el futuro de Guatemala que son nuestros niños.
2. El Ministerio de Educación debe implementar, desde el nivel primario el curso de educación sexual en los programas educativos, para que los niños y niñas aprendan a defenderse contra estos hechos delictivos, porque actualmente no se tiene esa cultura, y ese tipo de ignorancia debe terminar.
3. Los padres de familia son los primeros y principales educadores de sus hijos, por lo tanto tienen la obligación moral de aconsejarles que deben denunciar todo daño físico que sufran a manos de cualquier persona, aunque se trate de sus propios amigos o familiares e indicarles cuales son las autoridades competentes a los cuales deber recurrir, para formales un sentido de confianza y seguridad en su vida.

4. El Estado de Guatemala, debe mejorar los sistemas de educación y vigilar que todos los niños y niñas reciban educación, principalmente los que son de escasos recursos, pues son los más vulnerables en todo sentido, como se puede ver constantemente en las aldeas más humildes, los niños realizan trabajos pesados que no son acordes a sus aptitudes mentales como físicas, sin tener la conciencia por parte de los adultos del potencial que se esta desperdiciando.

5. Al estar regulada la pedofilia con una sanción penal drástica, se evitará que personas enfermas y sin principios cometan abusos en niños menores de edad; pues es injusto que los pedófilos se incrementen día a día y los niños no tengan ninguna protección o ayuda, y lo peor de todo que no exista una pena que por lo menos haga reflexionar al pedófilo al momento de consumir el hecho y lo haga desistir.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo. **Filosofía del derecho y de los derechos humanos**. Guatemala: Ed. Ran-Her, 2000.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1994.

CARRARA, Francesco. **Derecho penal**. México: Impresos y Ediciones Rodríguez, 1998.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídica, 1989.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal. **Resúmenes de derecho penal**. Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1984.

DE MATA VELA, José Francisco. **El delito eje fundamental del derecho penal**. Guatemala: Ed. Superiores, 1983.

DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**. Guatemala: Ed. Superiores, 1990.

Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico espasa**. Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S.A., 1999.

HURTADO AGUILAR, Hernán. **Derecho procesal penal práctico guatemalteco**. Guatemala: Ed. Landívar, 1980.

JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis. **Lecciones de derecho penal**. México: Impresora y Ediciones Rodríguez, 1998.

MARTÍNEZ SOLÓRZANO, Edna Rossana. **Apuntes de criminología y criminalística**. Guatemala: Ed. Vile, 2002.

Microsoft Corporation. **Biblioteca encarta 2004**. Argentina: 2004

MONZÓN PAZ, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco.** Guatemala: Ed. Vile, 1982.

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal.** Madrid, España: Ed. Pirámide, S.A., 1976.

TABIO, Evelio. **Contenido de la criminología.** Buenos Aires, Argentina: Ed. De palma, S.A., 1999.

Legislación:

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

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

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

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