


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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure, likely a saint or scholar, seated and holding a book. The figure is surrounded by various symbols, including a crown, a lion, and architectural elements like columns. The Latin inscription around the border reads "ACADEMIA CAROLINA CONSPICUA INTER CAETERAS SIGILLIS SVBIVSIVS CONSPICUA CAROLINA ACADÉMIA CONCEPTEMALENSIS INTER CAETERAS SIGILLIS SVBIVSIVS CONSPICUA CAROLINA ACADÉMIA CONCEPTEMALENSIS".

**EL ASPECTO SOCIOECONÓMICO, FACTOR DETERMINANTE PARA UNA
POLÍTICA CRIMINAL ORIENTADA A LA PREVENCIÓN DEL DELITO EN
GUATEMALA**

ORLANDO OMAR ORDOÑEZ ZUÑIGA

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2011

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

**EL ASPECTO SOCIOECONÓMICO, FACTOR DETERMINANTE PARA UNA
POLÍTICA CRIMINAL ORIENTADA A LA PREVENCIÓN DEL DELITO 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

ORLANDO OMAR ORDOÑEZ ZUÑIGA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre 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. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

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 la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Licenciado Anibal Ulice Orellana Barrientos
Abogado y Notario
Colegiado No. 6789



Guatemala, 14 de Julio del 2008

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lufin
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



En cumplimiento de la resolución de fecha 29 de octubre del año 2007, se me propone como asesor de la tesis de él bachiller ORLANDO OMAR ORDOÑEZ ZUÑIGA, tema intitulado "ASPECTO SOCIOECONÓMICO, FACTOR DETERMINANTE PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL ORIENTADA A LA PREVENCIÓN DEL DELITO EN GUATEMALA".

El tema desarrollado por el bachiller ORLANDO OMAR ORDOÑEZ ZUÑIGA constituye un verdadero aporte a la sociedad y a nuestro medio jurídico ya que contiene un amplio contenido científico y técnico. Utilizó los métodos adecuados y técnicas bibliográficas idóneas; para el efecto las conclusiones, recomendaciones tienen relación jurídica con el trabajo de tesis realizado, la bibliografía que se menciona en el trabajo, es congruente y aceptable

El tema se modifica en base a la facultad que se me designa como asesor, quedando estipulado el tema del presente trabajo, como EL ASPECTO SOCIOECONOMICO, FACTOR DETERMINANTE PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL ORIENTADA A LA PREVENCIÓN DEL DELITO EN GUATEMALA.

Por lo expuesto considero que éste trabajo reúne los requisitos de forma y fondo que se establecen para el informe final de tesis. Con base en ello opino que el trabajo de él bachiller ORLANDO OMAR ORDOÑEZ ZUÑIGA, satisface los requisitos necesarios para su aprobación, en razón de lo cual emito DICTAMEN FAVORABLE, en virtud que el trabajo de tesis, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo, pudiendo pasar la monografía a su fase de revisión, para posteriormente ser discutida, en el Examen Público de Tesis.

Me suscribo sin otro particular, su atento servidor:

Lic. Anibal Ulice Orellana Barrientos
Abogado y Notario
Asesor de Tesis





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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RIGOBERTO RODAS VASQUEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ORLANDO OMAR ORDÓÑEZ ZUÑIGA, Intitulado: "EL ASPECTO SOCIOECONÓMICO, FACTOR DETERMINANTE PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL ORIENTADA A LA PREVENCIÓN DEL DELITO EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
CMCM/ragm



Lic. Rigoberto Rodas Vasquez
7Av. 1-20 Zona 4 Of. 910 Edificio Torre Café,
Guatemala. Tel. 23342043



Guatemala, 31 de Julio del año 2008.

Licenciado:

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.

Licenciado Castro Monroy:

En atención a la providencia de fecha veintitrés de julio del dos mil ocho, procedí a revisar el trabajo del bachiller ORLANDO OMAR ORDOÑEZ ZUÑIGA, intitulado: "EL ASPECTO SOCIOECONOMICO, FACTOR DETERMINANTE PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL ORIENTADA A LA PREVENCIÓN DEL DELITO EN GUATEMALA". Por lo que a usted rindo el dictamen siguiente:

El estudiante, ORLANDO OMAR ORDOÑEZ ZUÑIGA, dentro del contexto del trabajo presentado, en su propuesta de política criminal para Guatemala, integrada a una política social propone, reformar nuestra carta Magna y un conjunto de leyes con el objeto de reformar el sistema y diseño de las instituciones de seguridad pública de justicia penal ya que presentan profundas fallas estructurales, la reforma se sustenta bajo tres pilares; reestructurar orgánicamente las instituciones de seguridad pública, transformar el procedimiento penal y profesionalizar la defensa penal.

He realizado un examen exhaustivo del trabajo de mérito y de conformidad con el normativo vigente el estudiante es congruente con las técnicas de investigación aplicadas y el trabajo reviste de importancia, dado el auge necesario que este tema ha cobrado, las conclusiones y recomendaciones y la bibliografía utilizada es atinada y necesaria, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de la Licenciatura en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En esta virtud, emito dictamen FAVORABLE, por lo que puede continuarse con el tramite correspondiente, para luego podrá ser sometido a su discusión en el examen público respectivo.

Atentamente

LIC. RIGOBERTO RODAS VÁSQUEZ
ABOGADO Y NOTARIO
Rigoberto Rodas Vásquez
Abogado y Notario
Colegiado 4083
Revisor



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diecinueve de septiembre del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ORLANDO OMAR ORDÓÑEZ ZUÑIGA, Titulado EL ASPECTO SOCIOECONÓMICO, FACTOR DETERMINANTE PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL ORIENTADA A LA PREVENCIÓN DEL DELITO EN GUATEMALA Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/slh
eff



DEDICATORIA

A DIOS: Ser supremo, misericordioso, te doy gracias por permitirme gozar de este triunfo.

A MI PADRES: Vicente Ordoñez Pérez, aunque no esté físicamente conmigo, sé que desde el cielo se alegra y comparte mi triunfo. Maria Zuñiga Chinchilla, por enseñarme a luchar para alcanzar el éxito; que este momento sea una recompensa a su esfuerzo y sacrificio.

MI ESPOSA: Brenda Aguirre, mi compañera y amiga incondicional; gracias por su amor y comprensión.

A MIS HERMANOS: Porque han sido y serán mi aliento moral y espiritual en mi vida. En especial a Erica Ordoñez, por su apoyo y comprensión en todas las facetas de mi vida.

A MI FAMILIA: Por su apoyo incondicional. En especial a mi sobrino Marlon Velásquez agradecimientos por su colaboración en mi trabajo de tesis.

A MIS AMIGOS: Con los que he compartido en las aulas de nuestra Facultad, gracias por su cariño durante los años de convivencia.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por la formación académica que me brindo, centro del conocimiento y del saber.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Política criminal, criminología y dogmática penal.....	1
1.1 Política criminal.....	1
1.2 Principios de política criminal.....	7
1.2.1 De legitimidad.....	7
1.2.2 De mínima intervención.....	8
1.2.3 De bien jurídico.....	8
1.2.4 De acto o conducta.....	9
1.2.5 De tipicidad.....	10
1.2.6 De culpabilidad.....	10
1.2.7 De presunción de inocencia y retribución.....	10
1.2.8 De la prevención.....	11
1.2.9 De jurisdiccionalidad.....	11
1.3 Criminología.....	12
1.4 Dogmática penal.....	19
CAPÍTULO II	
2. El factor socioeconómico en las conductas delictivas.....	27
2.1 Los sistemas normativos del control social informal.....	37
2.1.1 La familia.....	37
2.1.2 La escuela.....	38
2.1.3 Los medios masivos de comunicación.....	39

	Pág.
2.1.4 La religión.....	39
2.1.5 La moral.....	40
CAPÍTULO III	
3. Relación pobreza y delincuencia en Guatemala.....	41
3.1 Indicadores de desarrollo humano para Guatemala.....	41
3.2 Datos de pobreza en Guatemala de acuerdo con la encuesta nacional de condiciones de vida del año 2006.....	44
3.3 Muertes violentas (totales) por edad y sexo, motivación de la muerte y la causa, año 2006.....	45
3.4 Indicadores del mercado de trabajo, total nacional valores absolutos (personas de 10 años y más).....	46
3.5 Indicadores del mercado de trabajo total nacional tasas (personas de 10 años y más).....	46
CAPÍTULO IV	
4. Política social y política criminal.....	47
4.1 Generalidades.....	47
4.2 Política criminal y estado de derecho ¿tolerancia cero?.....	50
4.3 La política criminal como discurso y praxis.....	53
4.4 Política criminal como política de estado.....	57
4.5 Instituciones de estado y política criminal.....	60
4.5.1 La justicia.....	64
4.5.2 La agencia policial.....	65

	Pág.
4.5.3 El sistema penitenciario.....	69
4.5.4 Participación y coordinación.....	73
4.5.5 Excursus.....	76
CAPÍTULO V	
5. Solucionática.....	89
5.1 Revisión de la política criminal en Guatemala.....	89
5.2 Puntos críticos de la política criminal guatemalteca.....	90
5.2.1 Diferencia entre política criminal y política criminal teórica.....	90
5.3 La libertad de información y política criminal.....	92
5.4 Propuesta de política criminal para Guatemala, integrada a una política social.....	93
5.5 Características de una política criminal para Guatemala.....	95
CONCLUSIONES.....	97
RECOMENDACIONES.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	101

INTRODUCCIÓN

Entre los fines de la sociedad se encuentra la armonía en común, basada en el bienestar social, con equilibrio en el derecho de los hombres; sin embargo, la realidad es lo contrario, ya que cada día se incrementan conductas desviadas y delictuosas, catalogadas como dañinas, porque afecta directamente a la sociedad y son motivadas por factores que se encuentran implícitos en el ambiente donde nace y se desarrolla el ser humano.

Lo apropiado sería que existiera un orden que establezca la adecuada convivencia humana; lo que sería natural y que siempre se conjuga con los aspectos jurídicos-políticos por la relación entre ciudadanos y de éstos con el Estado. Sin embargo, predomina la inseguridad, tanto en las grandes urbes como en las provincias. Lamentablemente, no existe un pacto real entre sociedad y el Estado para que juntos actúen y disminuyan el “mal delictivo y sus causas”.

Existe una nueva realidad social que debe guiar al Estado para que intervenga activamente en la prevención del delito, analizando sus causas; es tan importante que este análisis se lleve a cabo desde lo social, tomando en cuenta la conducta humana como lo mencionan diversos pensadores, entre ellos Herman Sèller, citado por Silvia Patricia López González, quien indica: “Es a través de la actividad humana consiente como se puede producir una Constitución que convierte al Estado en una unidad ordenada de acción y cobre en general existencia”.

Diversos aspectos intervienen y restringen las tareas preventivas; entre otros, se encuentran: la actualización de normas penales, los principios de legalidad, de humanidad y de efectividad; estos aspectos limitan el estudio continuo de los factores de riesgo actuales, para una mayor eficiencia en la erradicación de la delincuencia porque encajonan toda conducta delictiva en la ley.

Si en la creación de estas normas se tratara de lo general (la sociedad misma) a lo particular (la ley), se estaría legislando conforme a la realidad social.

El fin del presente trabajo es señalar la importancia que para la política criminal guatemalteca, implicaría privilegiar el aspecto socioeconómico para favorecer la prevención del delito.

El capítulo primero, se refiere a la política criminal, criminología y dogmática penal. El segundo capítulo, trata el derecho penal como mecanismo de control, el final de la historia del derecho penal, características fundamentales y función del control social informal, el proceso de socialización del ser humano, la socialización y la transmisión de valores, los sistemas normativos del control social informal, las sanciones del control social informal, la correlación entre el control social y el control personal y las razones de la actual pérdida de eficacia del control social informal. En el capítulo tercero, se desarrolla el factor socioeconómico en las conductas delictivas. El capítulo cuarto, contiene la relación pobreza y delincuencia en Guatemala, indicadores de desarrollo humano para Guatemala, datos de pobreza en Guatemala de acuerdo con la encuesta nacional de condiciones de vida del año 2006, muertes violentas (totales) por edad y

sexo, motivación de la muerte y la causa, en el año 2006, indicadores del mercado de trabajo, total nacional de valores absolutos (personas de diez años y más), indicadores del mercado de trabajo total nacional tasas (personas de diez años y más). En el capítulo quinto, se trata la política social y política criminal. Por último, el capítulo sexto enfoca la solución, revisión de los puntos críticos de la política criminal guatemalteca, diferencia entre política criminal y política criminal teórica, la libertad de información y política criminal, propuesta de política criminal para Guatemala, integrada a una política social, características de una política criminal para Guatemala.

Para el desarrollo de este estudio, de tesis se emplearon los métodos deductivo, inductivo, sintético, analítico, histórico y jurídico; y las técnicas documental y de campo.

Después de realizar la investigación se comprobó la hipótesis planteada y que los objetivos perseguidos, tanto el de carácter general como el específico, también se cumplieron.

CAPÍTULO I

1. Política criminal, criminología y dogmática penal

1.1 Política criminal

Una de las funciones del Estado es la de coordinar, disciplinar y organizar la vida en comunidad. En la medida de lo posible, debe tratar de solucionar los conflictos y tensiones sociales o individuales para que la vida social sea estable y fecunda. Esta labor la cumple en un contexto social y político en el que tiene su origen y se desarrolla. No se trata de una actividad neutra o imparcial. El poder coercitivo, concretado sobre todo en las sanciones, constituye uno de los medios de que dispone el Estado para alcanzar tal objetivo. En base a dicho poder, se organiza un sistema formalizado y específico, denominado sistema de justicia penal.

Este sistema está compuesto, de un lado, tanto por un conjunto de normas que prevén los comportamientos delictuosos y las sanciones aplicables, como por disposición que regulan el procedimiento a seguir para pronunciar y aplicar dichas sanciones y, de otro lado, por una red de órganos encargados de hacer respetar y de aplicar dichas normas penales, por ejemplo, la Policía, el Ministerio Público, Defensa Pública, Tribunales, Servicios de Ejecución de Penas.

El derecho penal, las nociones básicas del derecho penal desempeñan un papel importante en la organización y la determinación de las relaciones sociales en el interior del llamado control social. No solo limita la libertad de los individuos, también crea las condiciones necesarias para que éstos desarrollen su personalidad y lleven a cabo sus proyectos de vida.

“El control social es una expresión concreta de la política general del Estado. Uno de los aspectos de esta política es, precisamente, la política criminal. Esta política plantea

los criterios básicos del sistema de justicia penal”.¹ Toda reacción estatal dirigida a evitar comportamientos delictuosos o a suprimir ciertas situaciones criminógenas no forma parte, necesariamente, de la política criminal. Si bien ésta goza de una cierta autonomía en el marco de la política estatal, se integra en una perspectiva más vasta de la política social.

Una buena política social constituye, sin duda, una condición indispensable para organizar y desarrollar una política criminal eficaz. El ámbito social abarcado por la política criminal no constituye sin embargo un dato objetivo. Las nociones de delincuencia, crimen o criminal son el resultado de discusiones sobre criterios de política criminal. Criterios que condicionan la determinación de los comportamientos que deben ser criminalizados. En efecto, no hay comportamiento que sea delictuoso en sí. Su calificación como tal varía según el lugar y el tiempo en que se cometido.

Para planificar la política criminal de manera más o menos racional, es indispensable profundizar las investigaciones tendientes a establecer las características y la amplitud del fenómeno delictivo. Si se saca provecho de estas investigaciones, la reacción organizada de la colectividad dejará de ser espontánea, incoherente y motivada sólo por la satisfacción de impulsiones instintivas de la opinión pública.

“La política criminal está estrechamente relacionada, de una parte, con la criminología y, de otra, con la teoría de la pena. Antes de la aparición de la criminología como disciplina que estudia el delito, el delincuente y la reacción social ante la delincuencia, la actividad del Estado para enfrentar este fenómeno se inspira en la concepción penal fundada sobre la culpabilidad y la retribución. La pena era así considerada como el único medio para disuadir a las personas de cometer infracciones y, una vez cometidas, para establecer el orden perturbado”.²

¹ Kaiser, Gunter. **Introducción a la criminología**, pág. 67.

² **Ibid**, pág. 81.

Con el positivismo italiano, que está en el origen de la criminología y constituye un fruto del desarrollo de las ciencias naturales en el siglo XIX, la negación del principio de la culpabilidad y de la pena retribuida provocó una renovación del discurso de la práctica del Estado en relación con la delincuencia. La criminología, nacida de este movimiento positivista, impulsó las investigaciones dirigidas a individualizar, a nivel biológico, psicológico o sociológico, la causa de la criminalidad.

“La actividad del Estado debe pues, estar orientada a neutralizar los factores criminógenos, mediante procesos de tratamiento, reeducación, resocialización del delincuente. De manera bastante esquemática, se puede distinguir dos tendencias en este movimiento de ideas. El primero es el movimiento desencadenado, en Alemania, por los trabajos de Franz von Liszt y cuyas ideas principales han sido retomadas y desarrolladas, especialmente, por Claus Roxin. La segunda tendencia, mas influenciada por el positivismo, es la de la nueva defensa social expuesta, en Francia, por Marc Ancel”.³

En oposición a estas concepciones que consideran, de un lado, como objetos de estudio de la criminología al delito y al delincuente y, de otro, como el fin de la política criminal la desaparición de las causas criminógenas, un movimiento de ideas reciente busca estas hipótesis que están en la base de los criterios de política criminal predominantes. Partiendo de la idea de que el delincuente y el crimen solo constituyen creaciones del sistema penal, se afirma que la criminología debe ocuparse del análisis del proceso de criminalización y que la política criminal debe tratar de limitar el poder punitivo así como sus efectos perversos.

La pena y las medidas de seguridad son únicamente medios al servicio de este proceso que debe ser desmantelado. Sin embargo, los partidarios de esta concepción, denominada de la criminología crítica o radical, no han logrado todavía elaborar directivas pragmáticas de política criminal. No obstante, sus ideas tienen una influencia

³ **Ibid**, pág. 85.

positiva en el debate sobre la manera de organizar un sistema de control social eficaz y los medios necesarios para alcanzar este objetivo. Desde hace algunos años, en materia de política criminal y de criminología, se ha estudiado seriamente la problemática de las mujeres en la justicia penal. Mediante sus trabajos, los movimientos feministas ponen en evidencia “la manera como los intereses de las mujeres, consideradas como género, han sido descuidados y ocultados”.⁴ Sus investigaciones han abierto nuevas perspectivas en los análisis de la criminología y de la política criminal. Seguramente, tendrán también consecuencias importantes en materia de justicia penal.

Las reformas penales de los últimos decenios han sido marcadas por los estudios y las discusiones dirigidas a circunscribir la estrategia a adoptar frente a la delincuencia. La reforma del Código penal alemán constituye un buen ejemplo. El factor decisivo fue el proyecto alternativo elaborado esencialmente sobre la base de criterios de política criminal y sin prestar gran atención a cuestiones de orden dogmático. Si nuevas formas de criminalidad exigen una severa reacción penal, la tendencia predominante se caracteriza, sobre todo, por el apego mesurado al derecho penal y, en particular, a las penas privativas de libertad como medios de control social. Además, para contrarrestar los efectos negativos de derecho penal, se hacen esfuerzos para brindar a los condenados una asistencia social eficaz y tomar en consideración los intereses de las víctimas.

Un aspecto importante de esta tendencia radica en el hecho de considerar a la multa como la pena principal del sistema de sanciones; el mismo que debe ser completado por nuevas formas de sanción en substitución de las penas privativas de libertad.

La situación en Guatemala es bastante interesante en la actualidad en razón de la transición que se vive del periodo de guerra civil, que duro varias décadas, a uno de

⁴ Grawitz, Madeleine. **Métodos y técnicas de las ciencias sociales**, pág. 118.

coexistencia pacífica. Este largo conflicto armado interno ha marcado a todos los sectores sociales con su carácter violento.

De un lado, los delitos más graves se caracterizan por la violencia con que son cometidos. Entre estos destacan los delitos de homicidio, secuestro, robo, lesiones graves, muchas veces cometidos en el contexto de tráfico de drogas y corrupción. De otro lado, la reacción, primero, estatal que se distingue en especial por la severidad de las penas y un sistema policial y penitenciario marcadamente represivo.

En el medio, se da la reacción de las personas en general y, en particular, de las víctimas. Reacción que se manifiesta por una exigencia de severidad cada vez más grande y por la tendencia a hacer justicia por propia mano. Esto está estrechamente relacionado con el sentimiento de inseguridad existente y por el convencimiento de que la impunidad impera no sólo respecto de los delitos cometidos por los miembros de los sectores privilegiados y de los que detentan el poder, sino también en el caso de delitos menos graves cometidos por cualquier persona. Este sentimiento se funda, sobre todo, en la ineficacia del sistema de control penal.

Para evitar que los miembros de las diferentes capas sociales se sientan desprotegidos frente al fenómeno delictivo, es indispensable que el Estado, mediante las reformas legislativas, no de la sensación, tanto a nivel legislativo como del control efectivo, de que abandona el terreno en favor de los delincuentes. La reacción social debe ser plateada dentro de un plan general de medidas de política criminal que responda de manera global y coherente a las expectativas de protección de la sociedad.

El plan general debe comprender tanto medidas de carácter social como de índole legal. Si bien debe inspirarse en el criterio de que no hay medio más eficaz de política criminal que una política social y economía eficiente, no debe descuidar las medidas concretas de naturaleza penal. Las mismas que constituyen el último medio para contrarrestar la delincuencia y muchas veces, en sociedades como las nuestras, las más directamente percibidas por las víctimas como la realización de la justicia.

A nivel del sistema de control penal es de considerar los mecanismos de control indirectos y los de orden formal. Entre los primeros, deben ser mejorados los programas, por ejemplo, de educación, de aumento de calidad de vida, de reforzamiento de los derechos humanos, de reconocimiento de pluriculturalismo. No porque se considere que disminuyendo la pobreza, la ignorancia y la desigualdad se reducirá necesariamente la delincuencia, sino porque tales cambios podrían, atenuar la tendencia a pensar que la solución al problema de la delincuencia es una represión cada vez más severa. En el nivel formal, la consolidación de los órganos encargados del control penal directo es un aspecto indispensable. Sin instituciones eficaces y sin funcionarios conscientes de su poder social y político, la mejor legislación resultará ineficaz. Así, un Organismo Judicial que no asuma su responsabilidad de verdadero poder del Estado no podrá actuar de manera independiente en el marco de relaciones con los demás poderes.

En el ámbito de la legislación, debe tenerse en cuenta que las reformas deben ser coordinadas y pragmáticas. No es racional llevar adelante una reforma liberal del derecho procesal penal y conservar un Código Penal represivo. Establecer en el primero, un amplio criterio de oportunidad de la persecución penal y, en el segundo, aumentar el número de comportamientos delictuosos y agravar las sanciones.

No se puede hacer depender la represión de la intervención de las víctimas en un número cada vez mayor de delitos y, al mismo tiempo, no mejorar el acceso a la justicia ni prever respuestas penales alternativas. Resulta inconveniente pretender reforzar un sistema procesal equitativo y fomentar la utilización de derecho penal como medio expeditivo para resolver los problemas planteados por la ocupación de tierras, tratándolos ampliamente como casos de usurpación sin considerar que puedan constituir asuntos de orden civil.

Es así mismo contraproducente tratar de combatir el grave problema de los secuestros violando el principio de legalidad y estableciendo penas extremadamente severas. Situación que se agrava cuando se recurre a medios y procedimientos extrajudiciales y

expeditivos, de modo que no se trata de reprimir severamente, sino de reprimir de manera adecuada y eficaz. Con este objeto, deben preverse medidas sustitutivas o alternativas de las penas privativas de corta y mediana duración. Penas que evitarían, por ejemplo, la sobrepoblación en los establecimientos penales; pero que constituirían al mismo tiempo repuestas que no sean percibidas como equivalente a la impunidad.

De acuerdo con la naturaleza de los delitos, podrían considerarse como sanción el trabajo en favor de la comunidad, el retiro del permiso de conducir, la reparación forzada del daño producido. Y en ciertos casos, la conciliación entre las partes como solución del conflicto (hace tiempo previsto en algunas legislaciones para los delitos perseguibles a iniciativa privada y delitos de poca gravedad). En esta perspectiva, debería también considerarse la posibilidad de utilizar, en los casos que las conciernen, algunas de las respuestas que dan las comunidades nativas, siempre y cuando sean conformes a los derechos humanos.

1.2 Principios de política criminal

1.2.1 De legitimidad

Este principio señala la facultad del Estado para planificar, actuar y adoptar las medidas necesarias para combatir la criminalidad. La facultad se encuentra referida a la soberanía estatal, su forma de gobierno, el bien colectivo y los fundamentos constitucionales que dotan de validez los actos de autoridad tendiente a prevenir y a reprimir las conductas delictivas. “El Estado, como expresión de la sociedad organizada, esta facultado para reprimir la criminalidad por medio de los instrumentos de control social (legislación penal sustantivas y procesal, policía preventiva, órganos de procuración de justicia penal, tribunales e instituciones de readaptación social) que constituyen la legítima reacción de la sociedad, dirigida a la reprobación y condena del comportamiento desviado de los individuos y a la reafirmación de los valores y de las normas sociales”.⁵

⁵ López- Rey y Arrojo, Manuel. **Estudios penales y criminológicos**, pág. 79

1.2.2 De mínima intervención

El derecho penal, por la naturaleza de la sanción por la relevancia de los bienes jurídicos que tutela, debe ser la última ley aplicable. Nos encontramos entonces a la ley penal como ultima ratio legis. “Siempre que se puedan utilizar otros medios menos drásticos para ordenar una determinada conducta con eficacia, debe prescindirse del derecho penal; “que para el logro de sus objetivos debe previamente acudir a otros medios jurídicos menos drásticos, y sólo cuando éstos resulten insuficientes e ineficaces debe acudir al derecho penal, siempre y cuando se tenga plena convicción de que éste será el mejor recurso”.⁶

Es válido comentar que existen bienes jurídicos que requieren de una tutela por parte del Estado, y que en ocasiones la tutela puede darse por medios distintos al derecho penal que garantizan precisamente el respeto a los mismos; estamos hablando de medidas de derecho administrativo e, incluso, de otro tipo de medidas que resultan menos lesivas en cuanto a la sanción para el infractor de la norma. Este principio, que es complementado con el principio de bien jurídico, garantiza que únicamente los bienes de mayor valía permitan la aplicación de una norma que tutelaré penalmente los intereses sociales contenidos en la misma.

1.2.3 De bien jurídico

El bien jurídico se refiere a la tutela de un ente protegido por el Estado; cuando el legislador observa que ese ente es valioso para el ser humano, aplica una tutela prevista en una norma. Hablamos aquí entonces de un bien jurídicamente tutelado. Cuando ese ente resulta ser de gran valía y de fundamental protección para el creador de la ley, y requiere tutelararlo mediante una norma penal, lo vincula a la descripción típica de una hipótesis legislativa que tutelaré desde el ámbito de las leyes penales.

⁶ **Ibid**, pág. 80.

Como lo señala Moisés Moreno Hernández: “El derecho penal se caracteriza por proteger los valores fundamentales del orden social, por ello, debe limitarse al castigo de conductas que violan los más elementales deberes ético-sociales. Elemento fundamental para que sea admisible la tipificación de un delito es que exista una necesidad social digna de protegerse. Esa necesidad social es condición sine qua non para dar intervención al derecho penal. Si no nos encontramos ante un bien jurídico que merezca ser protegido penalmente, se estaría violando el principio de la intervención mínima penal”.⁷

Dentro de este principio, se encuentra un doble carácter fragmentario permite proteger los bienes jurídicos fundamentales de una comunidad, y sobre la base de ataques que realmente impliquen peligro o menoscabo a estos bienes jurídicos. Donde basten la reparación del daño y la indemnización del perjuicio, ha de retraerse al derecho penal, por se la pena la reacción más enérgica. “Una característica más de este principio en relación con los bienes jurídicos es que los que serán protegidos se encuentran vinculados con valores e intereses que son percibidos universalmente en la conciencia de todos los ciudadanos como comportamientos capaces de desencadenar la reacción social, es decir, de suscitar indignación moral e irritación, en la colectividad”.⁸

1.2.4 De acto o conducta

Este principio se refiere a la necesaria vinculación delito-conducta. “Los tipos penales sólo prohíben u ordenan acciones u omisiones. Se garantiza entonces un derecho penal de acto y se elimina la posibilidad de aplicar un derecho penal de autor. Se castiga por lo que se hace o deja de hacerse cuando existe una norma prohibitiva o una norma preceptiva, no por lo que se es”.⁹

⁷ Moreno Hernández, Moisés. **Manual de criminología**, pág. 121.

⁸ **Ibid**, Pág. 137.

⁹ **Ibid**, Pág. 138.

1.2.5 De tipicidad

Está relacionado al tipo penal como garantía de legalidad. “Las conductas que aparejan una sanción deben estar consideradas en una hipótesis normativa preceptuada en un cuerpo legal. Para el castigo, entonces, debe existir una perfecta adecuación entre los elementos de la descripción típica y la conducta desplegada por el actor de la misma”.¹⁰

No existe pena sin tipicidad. Este principio debe referirse también a la antijuridicidad de la conducta ya que, como sabemos, el encuadramiento de una conducta al tipo sólo indicia la antijuridicidad. Podemos entonces señalar que para el estudio de la existencia del delito sobre la base de la relación lógica de los elementos del delito, debe fincarse la misma en la existencia de una conducta que reúna todas las circunstancias y supuestos del tipo penal que se trate.

1.2.6 De culpabilidad

En este principio se estudia el grado de la pena. Esto es, la cantidad de sanción que debe acompañar a un tipo penal, los límites y máximos alcanzados en cuanto a la imposición de la pena por una conducta cometida. La pena, no debe rebasar la medida de culpabilidad. Aquí, el principio de culpabilidad tiene función de “asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal más allá de lo que le corresponde a un individuo respecto a su responsabilidad”.¹¹

1.2.7 De presunción de inocencia y retribución

Encontramos en este principio varios fundamentos sobre la relación, culpabilidad-responsabilidad, así como fundamentos constitucionales de legislación sustantiva y adjetiva que debe garantizarse si contamos con una política criminal adecuada.

¹⁰ **Ibid**, pág. 139.

¹¹ **Ibid**, pág. 141.

En primer lugar, nos referimos a la garantía constitucional de demostrar la culpabilidad de un sujeto conforme a las leyes establecidas por el orden positivo. De la misma manera y relacionado con el precepto estudiado en líneas anteriores, veremos que la aplicación de una pena debe ser justa retribución de la conducta cometida y con la sanción equivalente al grado de culpabilidad demostrado. Así pues, “la pena entendida como retribución (además de su finalidad preventiva) debe ser equivalente, e impuesta con legalidad. De aquí, pues la necesidad de contar con ordenamientos penales que equilibren, y no adopten medidas ni de flexibilidad ni de exceso en el quantum de la pena. Por otra parte, y en atención a la búsqueda de la certeza y a la carga probatoria, se señala la necesidad de que el Ministerio Público demuestre la culpabilidad del sujeto antes de la aplicación de una medida penal”.¹²

1.2.8 De la prevención

“La pena debe tener la función no sólo de retribuir, sino también de prevenir el crimen. La pena se justifica por la ejemplaridad de su aplicación. La prevención vista, desde la esfera de prevención general, para evitar conductas ilícitas y, en especial, para evitar la reincidencia. Una exigencia incuestionable para el estado de derecho contenida en el principio nulla poena sine lege”.¹³

1.2.9 De jurisdiccionalidad

El Estado, a pesar de contar con su facultad de imperio, debe quitarse la investidura de ente soberano y realizar una construcción técnica artificial, que es el proceso, con la finalidad de tutelar y salvaguardar los derechos fundamentales del ciudadano ante la aplicación de una medida tan relevante como es una sanción penal. Esta construcción “técnica artificial” elimina la posibilidad de cualquier “selección” personal y otorga reglas claras (derecho adjetivo) ante la aplicación del derecho penal sustantivo. Esta, pues, es una garantía de política criminal, que impone limitantes al mismo Estado para la

¹²Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español, parte general**, pág. 93

¹³ **Ibid**, pág. 94

aplicación de la sanción y así requiere que, antes de la sanción, se deba llevar a un proceso ante los tribunales judiciales previamente establecidos, observando todas las garantías procesales existentes. “Este principio se considera fundamental, y necesariamente se vincula con el principio de legalidad señalado en líneas anteriores”.¹⁴

Atención a la política criminal que se pretende aplicar en el Estado Mexicano, existen serias fracturas. De hecho, no podemos señalar que exista una política criminal de Estado mientras no existan acciones articuladas. A nuestro parecer, las características del fracaso de las acciones del combate al crimen persistirán mientras no exista la unidad de esfuerzos, cuando no encontremos una política criminal integral, cuando encontramos esfuerzos y recursos dispersos y las acciones sigan aisladas.

1.3 Criminología

La evolución de la política criminal nos ha mostrado ciertas direcciones tomadas por la criminología. Se trata sin embargo de una disciplina que recurre a otras disciplinas científicas como la biología, la antropología, la psicología, el psicoanálisis, la sociología. No obstante ser una ciencia relativamente joven, puesto que aparece a fines del siglo XIX ha dado lugar a numerosas publicaciones. Nos limitaremos a presentar algunos aspectos para destacar la importancia de la perspectiva criminológica en materia de derecho penal y de política criminal.

“En su orígenes y hasta hace poco, la criminología era concebida, sobre todo, como el análisis de la delincuencia como fenómeno individual y social. Actualmente, el control social y los órgano encargados de este control han substituido al delincuente y al comportamiento delictivo como objeto de estudio de la criminología”.¹⁵

¹⁴ **Ibid**, pág. 95

¹⁵ Kaiser, Gunter. **Introducción a la criminología**, pág. 27.

Esta no se orienta más a buscar el origen de la criminalidad, sino a estudiar la reacción social que condiciona la delincuencia de las personas y la incriminación de los comportamientos. Así se puede distinguir dos orientaciones. La criminología tradicional, orientada al delincuente y a su comportamiento, y la criminología de la reacción social, mucho más reciente y preocupada del estudio del fenómeno de la criminalidad.

“La criminología tradicional surge con el positivismo italiano; en éste se dan las principales orientaciones de investigación sobre el delincuente, teorías Antropológicas, biológicas, psicológicas y sociológicas. Según Lombroso, médico de formación, la delincuencia es un fenómeno atávico, producto de la degeneración biológica y el delincuente constituye una especie humana particular, el criminal atávico. Aun cuando Lombroso mediatizó su concepción recurriendo a criterios psicológicos o sociológicos, su explicación permaneció firme en sus bases biológicas y antropológicas”.¹⁶

Los esfuerzos realizados posteriormente por descubrir las causas biológicas o antropológicas de la delincuencia han fracasado. En los años treinta, se hicieron estudios sobre el comportamiento de mellizos comparando los casos de mellizos univitelinos y bivitelinos. El objetivo era de comprobar si existía una tendencia innata hacia la criminalidad. Si este era el caso, debía producirse un comportamiento delictuoso similar en relación con los mellizos univitelinos y, por el contrario, diferente en cuanto a los mellizos bivitelinos. De esta manera, se trataba de dar un paso más allá que el practicado por las investigaciones de orden anatómico y las referentes a la morfología y al carácter. Los resultados no fueron positivos. Sin embargo, la tesis de la herencia criminal no fue la única hipótesis excesiva y ambiciosa en este ámbito. Vale la pena citar el caso de las investigaciones efectuadas sobre las aberraciones cromosómicas. Se creyó encontrar en el cromosoma suplementario “Y” la causa del comportamiento delictuoso violento. Los criterio biológicos son bastantes discutibles. El delito no puede ser observado como un fenómeno aislado. La constitución física del

¹⁶ **Ibid**, pág. 27.

individuo y su personalidad están condicionadas por diversos factores externos. “Sin embargo es de tener en cuenta que dichos criterios desempeñan un papel importante en la medida en que influyen en la creencia popular de que el delincuente es reconocible por su aspecto exterior. Prejuicio que, a veces, llega a tener ciertas influencias en la política criminal que más se preocupa en calmar los temores de la opinión pública”.¹⁷

“Otro positivista italiano realizó los primeros estudios sociológicos de la delincuencia. Se trata de Enrico Ferri, quien se interesó de manera particular en los factores sociales para explicar la delincuencia. Preconizó la idea de la “responsabilidad social” del delincuente en detrimento de la noción de responsabilidad penal o moral. Según él, el delincuente es responsable por el simple hecho de vivir en sociedad. Sobre estas bases, propuso la utilización de “substitutos penales”; concebidos como medidas preventivas destinadas a dificultar el desarrollo de la criminalidad (un pequeño ejemplo es el alumbrado de las calles oscuras para evitar los ataques a las personas)”.¹⁸

“Esta orientación sociológica ha sido perfeccionada de manera seria y compleja por estudiosos como Sutherland, Cohen, Merton y otros. Según la teoría de la “asociación diferencial” del criminólogo americano Sutherland, el comportamiento delictuoso es un comportamiento aprendido”.¹⁹ Las posibilidades de que una persona se transforme en delincuente estarían en relación con la naturaleza, la intensidad y la duración de los diversos contactos que ha tenido con otros delincuentes. Los mismos que consideran este comportamiento como normal.

“La formación criminal por la vía de la asociación se adquiere tanto por la imitación como por otros mecanismos inherentes a toda formación o aprendizaje. Para Albert K. Cohen, el comportamiento delictuoso se origina y se desarrolla en el interior de una subcultura criminal”.²⁰ Los grupos de delincuentes producen valores y normas propias

¹⁷ **Ibid**, pág. 78.

¹⁸ **Ibid**, pág. 97.

¹⁹ **Ibid**, pág. 101.

²⁰ López-Rey y Arrojo, Manuel. **Ob. Cit**; pág. 79.

opuestas a las normas de la cultura predominante. Según este autor, la estructura social provoca una reacción de este tipo en los grupos de jóvenes delincuentes, quienes actúan generalmente sin fines económicos.

Cometen delitos más bien para obtener una cierta posición social. Así, desarrollan su propia cultura, relativamente autónoma con respecto a la dominante. Lo hacen para alcanzar un status entre ellos mismos. La oposición no es sólo negativa por cuanto supone la elaboración de “modelos paralelos” de conducta. El acto delictuoso constituye entonces una alternativa y no sólo una derivación de los comportamientos considerados conformes al sistema.

Conviene citar, por último, la concepción de la anomia social elaborada, en principio, por Durkheim y Parson; luego desarrollada por Robert K. Merton. Este último afirma que: “el comportamiento delictuoso está condicionado por que la sociedad no brinda a ciertos individuos los medios legales necesarios para alcanzar el bienestar material ofrecido por ella misma. En su opinión, las civilizaciones occidentales buscan alcanzar el bienestar material, pero todos no tienen las mismas posibilidades de lograrlo, los pobres son miembros degradados de esta sociedad. La separación existente entre los objetivos propuestos y los medios legítimos ofrecidos para conseguirlos constituyen la denominada anomia. Esta situación conduce a ciertas personas a escoger los medios ilegítimos para alcanzar dichos fines”.²¹ Desde la perspectiva de las funciones sociales de la conducta divergente, abierta por Durkheim, se ha buscado, igualmente, explicar el hecho de que se reprime, de modo relativamente constante y selectivo, a un cierto sector de personas por la necesidad de preservar la estabilidad del grupo social mediante el mantenimiento de ciertas reglas; esta idea es conocida como la tesis relativa al chivo expiatorio, basada en estudios de orden etnológico.

Han sido los criterios sociológicos los que más acogida han tenido en la explicación del fenómeno de la delincuencia. Sin embargo, no ofrecen una explicación homogénea y satisfactoria del delito. Son diversas las causas propuestas para lograr su comprensión,

²¹ Merton, Robert K., **La Sociología como ciencia**, pág. 123

olvidando que la respuesta no puede ser unilateral. Pero es de recordar que las concepciones sociológicas no buscan dar al delincuente individual una justificación de su conducta. Busca más bien explicar el fenómeno social de la criminalidad y facilitar así la comprensión de los casos particulares. Una pregunta permanecía abierta luego de las explicaciones biológicas y sociológicas. El saber por qué, en el interior de un grupo de individuos sometidos al mismo condicionamiento social o biológico, solo algunos de ellos devenían delincuentes.

Han sido los psicólogos los que han tratado de ayudar a explicar este hecho. Lo hacen tratando de comprender por qué la adaptación social del delincuente no tiene lugar como sucede con los demás individuos. Entre ellos existen diversas tendencias.

Los partidarios del psicoanálisis, partiendo de las ideas de Freud, Jung y Adler, destacan la importancia de los conflictos afectivos y del desarrollo sexual causante de traumas que originan complejos (por Ejemplo, el complejo de Edipo). Los mismos que pueden conducir hacia la delincuencia. Como complemento a estas explicaciones demasiado unilaterales, se han planteado otras de orden psicosocial y psicofisiológico; por ejemplo, la teoría de la no adaptación de Olaf Kinberg, de la constitución delincencial de Benigno di Tullio, de los conflictos de cultura de Thorston Sellin, la ecología de Shaw y Mc Kay, etc.

De esta manera, la criminología tradicional ha evolucionado hacia una síntesis de las corrientes biológicas, antropológicas, sociológicas y psicológicas. La búsqueda de las causas del delito en la persona del delincuente (concepciones biológicas o psicológicas) o en las circunstancias sociales que han condicionado su vida (concepciones sociológicas y psicosociologías), presupone la seguridad de que es posible trazar un límite entre delincuentes y no delincuentes. La identificación de la persona delincuente o del grupo delincuente resulta necesaria.

Los estudios sociológicos y criminológicos sobre las “cifras negras” de la delincuencia han puesto en duda la posibilidad de establecer con certeza dicho límite. Un número

importante de delitos permanece desconocido. Sobre estas bases se han desarrollado nuevas teorías sociológicas. Las mismas que abandonan el estudio de la personalidad del delincuente y, así mismo, de los mecanismos sociales de paso al acto criminal, para preocuparse sobre todo del fenómeno de la reacción social ante la delincuencia.

Los ejes principales de estas investigaciones son las concepciones del *labeling approach* y de la criminología radical. Para los defensores del *Labeling approach*, llamada también teoría de la estigmatización o del etiquetamiento, la delincuencia o, de manera mas general, el comportamiento desviado, constituye el resultado del papel que juega el derecho penal y los órganos encargado de la represión tanto en la formulación de las prohibiciones sociales como en la regulación de la violación de las reglas preestablecidas. El delincuente deviene, mediante el proceso de estigmatización practicado por los órganos encargados de la represión, un estereotipo resultante del fenómeno de la criminalización; fenómeno que es creación del orden social. Si se llevan estos criterios hasta sus últimas consecuencias, se concluye en la abolición del derecho penal. Abolición preconizada, en particular por Louk Hulsman, quien propone remplazar la idea de delito por la de situación problema.

La criminología crítica surge en el contexto de las luchas políticas que tuvieron lugar en los Estados Unidos en los años 60 y 70 (lucha contra la discriminación racial, la guerra del Vietnam, protestas estudiantiles y movimientos feministas) y bajo fuerte influencia del neo marxismo anglosajón. Sus partidarios consideran que el comportamiento delictuoso muy frecuente en las capas sociales menos favorecidas es un rechazo a la organización social implantada por las clases dirigentes y mantenida por el sistema penal. Como consecuencia, plantea la supresión de este sistema y su substitución por una nueva escala de valores.

Las teorías de la reacción social proponen de manera positiva la necesidad de situar al delito o al comportamiento desviado en su contexto de interacciones sociales. Difícil resulta, por el contrario, aceptar sus propuestas de abandonar las investigaciones realizadas por la criminología tradicional y renunciar al sistema penal. Si es verdad que

el delincuente y el delito sólo pueden ser determinados mediante los hechos y las normas legales, es inaceptable la afirmación de que una persona sólo pueda ser identificada como delincuente por la acción de las instancias de control social.

El comportamiento desviado, desde una perspectiva formal, es efectivamente una creación social, sin embargo, esta creación no es arbitraria; está basada en nociones tales como la de bien jurídico para la determinación de los comportamientos delictuosos. Si la estigmatización fuera el único medio para detectar la criminalidad, las “cifras negras de la criminalidad” serían inconcebibles. Los actos no descubiertos no merecerían la calificación de “delictuosos” y los autores desconocidos no deberían ser calificados de “criminales” si no han sido etiquetados por los órganos de control social.

“La concepción de la estigmatización tiende a anular el argumento crítico que ella misma expresó contra las teorías biológicas, psicológicas y sociológicas, consiste en denunciar la ausencia de un objeto preciso de análisis”.²²

Los estudios criminológicos deben comprender, con el apoyo del método comparativo, todos los aspectos de la delincuencia. Es decir, tanto las circunstancias sociales y personales que condicionan su surgimiento, como los medios penales utilizados para combatirla y los efectos de utilización de estos medios sobre el sistema penal. La delincuencia y el delincuente son fenómenos reales de difícil delimitación mediante criterios unívocos. Sin embargo, sería demasiado ingenuo ignorar el efecto estigmatizante del sistema penal.

La elaboración de una política criminal eficaz y el desarrollo de un derecho penal conforme a la dignidad de la persona suponen tomar en cuenta, de manera crítica y coherente, los resultados obtenidos en la criminología. Existen una relación estrecha y una integración recíproca entre el derecho penal y la criminología.

²² López-Rey y Arrojo, Manuel. **Ob. Cit;** pág. 91

Los resultados de los estudios criminológicos deben ser utilizados en la elaboración del derecho penal. Las leyes penales proporcionan el punto de partida de dichos estudios en la medida en que a partir de la aplicación de estas leyes los criminólogos pueden estudiar la delincuencia y los delincuentes. En el marco de la política criminal, se debe tratar de armonizar las exigencias del derecho penal y de la criminología. Una respuesta eficaz contra la delincuencia sólo es posible mediante su conocimiento serio.

De acuerdo con Marc Ancel, es de afirmar que “el problema no consiste, como lo han creído algunos espíritus simples, en la supresión del derecho penal o en la subordinación absoluta del jurista al criminólogo, sino en una utilización racional en el ámbito jurídico de los diferentes aportes de la ciencia de la criminología”.

1.4 Dogmática penal

El carácter científico de la dogmática jurídica o ciencia jurídica es un problema que suscita viva discusión. Los juristas están generalmente convencidos de que su actividad, estudiar el derecho para hacer más fácil su aplicación, es una actividad de carácter científico. En sus escritos, se refiere con frecuencia a la ciencia jurídica o dogmática jurídica y a la doctrina o jurisprudencia.

En Alemania Federal y en los países fuertemente influenciados por el pensamiento jurídico germánico (por ejemplo, España y la gran mayoría de países latinoamericanos), se emplea, con frecuencia, la expresión dogmática jurídica en un sentido positivo. Esta expresión es sinónimo de ciencia.

En Francia, por tradición, se utiliza raramente el término “dogmática” para designar los trabajos consagrados a exponer e interpretar el derecho. Suponiendo el carácter científico de dichos trabajos, se prefiere hablar de doctrina o ciencia. Al término dogmática se le da igualmente una connotación peyorativa. Con este objeto y en base a los aportes hechos por las ciencias sociales, se niega el carácter científico al estudio del derecho por parte de los juristas. Se les reprocha su “dogmatismo”, su incapacidad

para elaborar un sistema susceptible de tener en cuenta los factores sociales e, igualmente, su ineptitud para evitar el formalismo tautológico. Su actividad se distinguiría por la elaboración de análisis extremadamente teóricos con pretensión de formular verdades absolutas. Calificar, como consecuencias, a un jurista o al resultado de su trabajo de dogmático constituye un juicio de valor negativo.

El empleo del término dogmático para aludir, a veces, al carácter científico de la actividad de los juristas y, otras veces, para negarle dicho carácter, no es siempre el resultado de una reflexión previa. Mediante esta palabra, se puede designar a una manera especial de razonar o al objeto materia del análisis, el dogma. Además, este es comprendido ya sea como la expresión de una idea verdadera o ya sea como la declaración formulada por una autoridad. El cuestionar la ciencia del derecho (dogmática jurídica) no es sin embargo de naturaleza puramente lingüística. Por esta vía, se llega a discutir los fundamentos mismos de la actividad de los juristas y la importancia de su función social. Esto permite comprender más fácilmente el aferramiento de los juristas en defender el carácter científico de sus trabajos.

Si se consideran las críticas expresadas, con más frecuencias, contra la dogmática, se observa que están dirigidas contra ciertos aspectos de la llamada dogmática tradicional. Esperando no caricaturizarla, señalemos resumidamente las notas que se le atribuyen.

Primero, concebir el derecho como un sistema perfecto que proporciona soluciones o respuestas a todos los casos jurídicos imaginables. Segundo, admitir que la ley adquiere una vez dictada vida autónoma y que su significado evoluciona de acuerdo con los cambios sociales. Tercero, considerar como función de los juristas científicos del derecho la de describir y fijar esta evolución. Cuarto, reconocer que la misión del juez o del comentarista se limita a descubrir el sentido de la regla general que será aplicada al caso concreto.

Según esta concepción, los juristas realizan, mediante los métodos propios a su actividad científica, una abstracción de primer nivel; es decir, a partir del material de

base constituido por las normas legales formulan conceptos jurídicos claros y ciertos. Luego, utilizan estos conceptos para elaborar abstracciones de un nivel superior. El resultado final es un conjunto sistemático y coherente de proposiciones, formado exclusivamente sobre la base de normas jurídicas positivas. Además y debido a la complejidad de la aplicación de la regla al caso concreto, deben proceder a la integración sistemática, coherente y dinámica de los conceptos jurídicos que forman parte de todo el orden jurídico. Dicho de otra manera, el juez o el intérprete de ser capaz de sintetizar los elementos ofrecidos por el orden jurídico.

El método dogmático es concebido como un proceso de tres etapas: en primer lugar, determinación de las premisas o de los dogmas, punto de partida del razonamiento dogmático; en segundo lugar, deducción, con la ayuda del razonamiento lógico-deductivo, de los conceptos y principios implícitos en los dogmas y, por último, formulación de un sistema completo y coherente. La pregunta que se plantea es saber si la actividad intelectual de los penalistas que les ha permitido, por ejemplo, elaborar la teoría del delito (estimada como ejemplar) corresponde a la actividad que describimos, inicialmente, como dogmática tradicional. Para responder a esta interrogante se ha distinguido entre buena dogmática y mala dogmática. Esta última estaría estrechamente vinculada a las ideas conceptualistas que se caracterizan por su autoritarismo intelectual, su formalismo lógico y su pretendido neutralismo axiológico.

La buena dogmática sería la dogmática crítica, abierta a las ciencias sociales y a todo debate de naturaleza axiológica. La tentativa de distinguir estas dos clases de dogmática no ha tenido éxito. "Aceptar la definición de buena dogmática implicaría creer, según Meyer-Cording, que existe una dogmática no dogmática".²³ Y que deberíamos declarar sin tapujos que la dogmática tradicional está muerta.

²³ García- Pablos de Molina, Antonio. **Manual de criminología, introducción y teorías de la criminalidad**, pág. 175.

Sería ingenuo afirmar que todos los penalistas han aceptado o aceptan, incondicionalmente, la idea de la dogmática. Es posible sin embargo admitir que su herencia está aún presente. Asumiendo el riesgo de caer en una excesiva simplificación, podemos decir que es fácil percibir su supervivencia en las convicciones siguientes, primero, la doctrina jurídica no tiene otra función que la de descubrir, mediante un análisis conceptual, las soluciones implícitas en el derecho positivo.

Segundo, los conceptos jurídicos tienen una significación realista, es decir que corresponde a las estructuras de lo real. Tercero, los juristas describen el derecho positivo en vigor de modo objetivo y axiológicamente neutro. El refinamiento alcanzado en la elaboración de teorías y la manera como son modificadas, permiten interrogarse nuevamente sobre la función de la ley. ¿Es ésta la fuente de donde emana la doctrina o, por el contrario, no es sino la fuente alimentada por la doctrina? Entre nosotros, como importadores de concepciones doctrinas extranjeras, se discute en primer lugar a nivel teórico sobre la corrección o inexactitud de las teorías o ideas y, luego, se dirige la mirada a la ley para encontrar los elementos que permiten justificar la opción teórica adoptada.

Esta no es, sin embargo, la idea que se tiene, generalmente, del proceder de los juristas dogmáticos. “Este consistiría, primero, en revelar las concepciones y los criterios teóricos contenidos implícitamente en las norma legales; en seguida, analizarlos y, por último, organizarlos en un sistema completo y jerarquizado. Según Zweigert, la idea implícita en esta imagen de la dogmática sería la de creer que es posible, a partir de los dogma y mediante el auxilio de la lógica, deducir soluciones para los casos concretos”.²⁴ De un lado, la sistematización de las normas y de los dogmas y, del otro, la elaboración de conceptos y de teorías cada vez más sutiles permitiría hacer del derecho un sistema cuya aplicación sería más precisa y previsible. Si se desea comprender bien esta concepción de la dogmática, no es de descuidar el problema de su carácter científico. Recordemos que éste ha sido negado desde un punto de vista

²⁴ **Ibid**, pág. 176.

racionalista (su objeto de estudio no es ni permanente ni universal y su método no es el deductivo) y desde una perspectiva positivamente (su método no es el experimental). Los juristas, al hacer depender tanto la importancia de sus trabajos del reconocimiento de su carácter científico, llegan al extremo de dar una nueva definición de la ciencia para que pueda comprender a la dogmática. Así, por ejemplo, Larenz estima que “la ciencia del derecho es, en efecto una ciencia (y no solo una tecnología, aunque también sea esto) porque ha desarrollado métodos que apuntan a un conocimiento racionalmente comprobable”.²⁵

Sí tenemos en cuenta el carácter ambiguo del término ciencia y sí se admite que las diversas definiciones formuladas son definiciones persuasivas, no es difícil considerada la importancia social que tiene la dogmática reconocerle una dimensión científica. Mucho más importante es, en nuestra opinión, determinar en qué consiste la real actividad de los juristas; es decir, establecer cuales son las intenciones y los fines que se ocultan detrás de las declaraciones que hacen a propósito de su propia actividad.

Mediante la descripción de la actividad de los penalistas, hemos podido constatar que sus investigaciones jurídicas corresponden poco al pensamiento dogmatico tradicional. Las normas jurídicas no son más examinadas como dogmas. Los principios jurídicos son también discutidos. En sus trabajos, los juristas se apoyan, cada vez con más frecuencia, en las ciencias humanas y sociales, cuando la ley misma lo requiere o cuando es necesario hacerlo para completarla o precisarla. Su quehacer no se limita pues a la simple elaboración, por abstracción y a partir de las normas legales, de conceptos y principios generales.

El sistema concebido de esta manera no es más que un sistema hermético y completo. Se admite que este sistema no ofrece siempre, implícita o explícitamente, una solución normativa a todo problema jurídico. Las lagunas existen y es indispensable completarlas.

²⁵ Moreno Hernández, Moisés. **Manual de criminología**, pág. 54.

Para alcanzar estos objetos, los teóricos recurren, consciente o inconscientemente, a criterios axiológicos. En derecho penal, esto se debe a que se trata de establecer las condiciones en las que el Estado puede ejercer su poder punitivo.

Para mejorar abordar el debate sobre la dogmática, es de considerar. Primero, la realidad de las normas jurídicas y el papel que desempeñan orientando y previendo el comportamiento de las personas. Segundo, aceptar que el método de abstracciones se ha impuesto progresivamente con el fin de racionalizar la actividad jurídica. Tercero, admitir el aspecto positivo de la dogmática reconocido por todos, aún por sus críticos más severos consistente en proporcionar a los jueces, los más interesados, un sistema de soluciones jurídicas más coherentes que el establecido por el legislador. Sin pretender presentar la solución ideal, se puede clarificar aún más el debate tomado conciencia del factor que permite cuestionar la dogmática.

Este debe ser buscado en la ambigüedad de propósitos de los penalistas que dicen describir de manera objetiva y axiológica imparcial el derecho positivo (función oficiosa, confesada). Pero que reconstruyen el sistema legal eliminando sus imprecisiones (función oficiosa, simulada). Este conflicto no puede ser superado, reconociendo la prioridad de una de las dos funciones en detrimento de la otra. Se trata, por el contrario, de tomar conciencia de esta ambivalencia, lo que permitirá eliminar malentendidos y hacer transparente la actividad del jurista.

Así una mayor fidelidad al derecho positivo se lograría si se presentaran los diversos resultados obtenidos mediante la interpretación de la ley, en lugar de hacer pasar uno de estos como la única interpretación correcta o posible. De esta manera, se evitaría hablar de principios, conceptos y teorías como si fueran partes del sistema positivo; cuando no son, en realidad sino elaboraciones de la misma dogmática. La reconstrucción del sistema legal daría mayores satisfacciones sí, de un lado, no fuera concebida como una explicación del contenido implícito de las reglas jurídicas y sí, de otro lado, se reconociera que supone el análisis explícito de los criterios de valor en que se fundan las soluciones dogmáticas.

Así, se evitarían tres críticas a la dogmática: el de un excesivo formalismo jurídico; el disimular, al momento de interpretar el derecho positivo, los criterios axiológicos aplicados; y, por último, el ocultar frecuentemente, mediante la afirmación de que la dogmática facilita la aplicación de la ley, las ambigüedades e impresiones de las teorías y nociones, las mismas que dan lugar a soluciones concretas muy diferentes.

Esta manera de percibir la labor de los juristas exige de los penalistas una percepción más modesta y más realista de los resultados de sus trabajos. Las soluciones y las concepciones defendidas por nosotros, los penalistas, no tienen el valor de verdades absolutas. Se trata más bien de proporciones destinadas a auxiliar a los legisladores, jueces e intérpretes para que encuentren la solución a los diversos problemas jurídicos que se les presenten. Así, haríamos la aplicación del derecho más fácil, justa e igualitaria; lograríamos también, con el objeto de crear un sistema jurídico racional y respetuoso de las personas, que las relaciones con las ciencias humanas y sociales fueran más eficaces.

El análisis de estas relaciones que hemos evitado y que merecerían un estudio aparte debe atenuar y compensar la inclinación de los juristas por las sutilezas doctrinarias. No se trata de abandonar la dogmática penal en favor de la política criminal, de la criminología o de cualquier otra disciplina. Se seguirá haciendo dogmática penal o ciencia jurídico penal (poco importa la denominación). Es cuestión más bien de abordar de manera distinta el estudio del derecho penal, no de hacer algo diferente. Esto ya no sería dogmática penal. En buena cuenta, es concebir, sin mitos ni ficciones, nuestra labor de juristas.

CAPÍTULO II

2. El factor socioeconómico de las conductas delictivas

El Estado nación guatemalteco, una arquitectura institucional que osciló entre asonadas oligárquicas y proyectos bonapartistas, enrolado en este último caso, durante casi medio siglo, en alianzas de clases y sectores de clara dirección burguesa, se desguazó durante la década de los noventa. Inmediatamente, se produjo una ruptura de las políticas de alianzas que coaligaban a las clases medias urbanas y los sectores populares sindicalizados.

El empobrecimiento de amplios sectores de las clases medias, su consecuente desesperación explicable, justamente, desde su endeble condición de clase, la precarización laboral y un proceso brutal de concentración de la riqueza y liberalización de la economía que condujo a indicadores hasta entonces sin precedentes de desocupación y exclusión, dieron por tierra con sistemas tradicionales de alianzas entre la burguesía nacional y las organizaciones de operarios. Ello condujo a la recomposición del sistema político de representación y liderazgo, y a la creación de una política dependiente de personalidades y de una relación mediática con las masas populares, fuertemente atravesada por el clientelismo, la corrupción (como agregado de un nuevo proceso de dominación) y la baja calidad institucional.

Estas peculiares características alcanzan una dimensión especial en las representaciones colectivas de las nuevas ciudades. El crecimiento constante de las poblaciones urbanas particularmente aluvional en las megalópolis del Tercer Mundo remite a las características de este inédito condicionamiento en el marco de territorios urbanos fuertemente fragmentados. En ello, los niños y jóvenes de extracción marginal no reconocen su propia ciudad, sino solamente aquellos lugares que se vinculan a sus trayectos cotidianos, los que también son conocidos y vigilados por las policías; el derecho de admisión rige en los boliches y las escuelas, casi por igual, generando nuevas formas de coalición signadas por nuevos procesos de socialización, y hasta las

calles asignan horarios para distintos sectores sociales: “Los territorios de hoy no son ya ciudades ni regiones ni naciones, sino ámbitos en permanente mutación que se niegan a sí mismo en el proceso simultáneo de totalización incompleta y fragmentación sucesiva. (...) Sus formas constitutivas se modifican constantemente en función de las transformaciones estructurales y coyunturales de la sociedad en un continuo movimiento dialéctico de totalización y fragmentación sucesiva y simultánea”. Estas profundas transformaciones sociales generan nuevas percepciones del mundo y nuevas subjetividades, distintas experiencias de convivencia y dinámicos entramados de contraculturación.

“La globalización no puede ser entendida únicamente como un proceso centrado en lo económico. Parece estar claro que la globalización debe ser analizada desde una perspectiva más amplia, como parte del proceso de cambiantes relaciones en la sociedad, las cuales exceden a lo económico, expresándose en lo cultural y (cambios demográficos, desempleo, pobreza, comercio internacional de drogas, violencia, entre otros aspectos), La evidencia empírica reafirma la incidencia de estos procesos en la organización del espacio urbano, en el territorio de las ciudades. Estamos en el inicio del milenio urbano, en el cual la ciudad ocupa un rol nuevo y central en el panorama mundial globalizado y, particularmente, en las situaciones de bloques supranacionales. “Los aglomerados urbanos hoy disputan espacios de liderazgo de distintas naturalezas (financieros, económicos, culturales), lo cual hace que las ciudades y sus gobiernos se constituyan en terreno fértil para impulsar cambios, a la vez que son el escenario en el que se expresan todas las contradicciones sociales”.²⁶

Es de hacer notar que, “según datos de Cepal 30, más del 75% de la población de América Latina y el Caribe es urbana, estos datos de diagnóstico son elocuentes, ya que hablan de la importancia de las ciudades y los actores de la arena local. Asimismo, las metrópolis de la región de más de un millón de habitantes aumentaron en la última década, y de 25 ciudades en 1989 pasaron a 49 en el 2,000 mientras que la población

²⁶ <http://www.ub.es/penal/sociales.htm>. (23 de enero de 2008)

rural se estabilizó con un patrón de asentamiento disperso. Ahora bien, de ese 80% de personas viviendo en aglomerados urbanos, un alto porcentaje vive preso en el círculo de la pobreza, según datos del Banco Mundial, un 23.7% de la población vive con menos de un dólar por día”.²⁷

Este crecimiento o urbanización de la pobreza, da cuenta de un descenso importante en la calidad de vida en las ciudades. Estos son los desafíos de sostenibilidad y equidad que las ciudades confrontan de cara al nuevo modelo mundial.

El crecimiento de la población urbana en los países pobres, donde la diversidad es una característica constitutiva de las nuevas representaciones sociales en pugna, plantea la problemática de la existencia de mecanismos de control al interior de esas masas diversas en las naciones fragmentadas.

“Hoy tenemos un mundo lleno, donde los países centrales se plantean que para llegar a un nivel óptimo de población se tendría que reducir; según cálculos de la ONU, para el año 2,020 la población mundial oscilará entre 7,200 a 8,500 millones de seres humanos. Esta reducción óptica se alcanzaría con una población de 4,000 millones hacia el año 2,020 y el 90% a reducir es población de países pobres”.²⁸

“Zaffaroni plantea que el control punitivo en esos ámbitos (muchas veces ghettizados) no ha de provenir de las policías ni de los ejércitos, contrariamente a lo que podría suponer una primera lectura derivada de las formas que asumen las campañas contemporáneas de ley y orden, sino que las diferencias se saldarán mediante la violencia que se ejerce entre los propios grupos”.²⁹

Por lo tanto las estrategias de biopoder y de biopolíticas son herramientas preciadas en el intento de ampliar o reducir (como en este período histórico) la tasa de población mundial. Y respecto a la población excluida, ya no hay ejércitos que disciplinen, hoy son

²⁷ www.eclac.org/publicaciones (23 de enero de 2008)

²⁸ **Ibid.**

²⁹ **Ibid.**

cuerpos militares profesionales; hay en los países centrales cada vez menos familias que se ocupan de sus parientes indigentes, y en los países pobres no hay siquiera posibilidades de ello.

“Ahora bien, un modo de reducir la población es que las víctimas sean seleccionadas por las mismas víctimas, en tanto pobres delinquen contra pobres que a su vez se defienden. Esa tarea de clasificación queda entonces en manos de los propios excluidos. Pues ya hemos visto que según cálculos de la ONU, hacia el año 2,020 la población mundial alcanzará la cifra de entre 7,200 y perspectivas optimistas, lo que significa una masa humana que estará presionando sobre el sistema capitalista; es decir que para que el mismo sistema funcione de acuerdo a su propia supervivencia, crea la necesidad de producir un genocidio”.³⁰

Entre los fines de la sociedad se encuentra la armonía en común, basada en el bienestar social, con equilibrio en el derecho de los hombres; sin embargo la realidad es lo contrario, ya que cada día se incrementan conductas desviadas y delictuosas, catalogadas como dañinas, porque afectan directamente a la sociedad y son motivadas por factores que se encuentran implícitos en el ambiente donde nace y se desarrolla el ser humano.

Lo apropiado sería que existiera un orden que establezca la adecuada convivencia humana; este orden natural siempre se conjuga con los aspectos jurídico-políticos por la relación natural entre ciudadanos y de estos con el Estado. Sin embargo, predomina la inseguridad tanto en las grandes urbes como al interior de las provincias.

Lamentablemente, en la actualidad no existe un pacto real entre la sociedad y el Estado para que juntos actúen y disminuyan el mal delictivo y sus causas.

³⁰ **Ibid.**

Existe una nueva realidad social que debe guiar al Estado para que intervenga activamente en la prevención del delito analizando sus causas; es tan importante que este análisis se lleve a cabo desde lo social, tomando en cuenta la conducta humana como lo mencionan diversos pensadores, que “es a través de la actividad humana consciente como se puede producir una Constitución que convierta al Estado en una unidad ordenadora de acción y cobre en general existencia”.³¹

Diversos aspectos intervienen y restringen las tareas preventivas, entre otros, se encuentran la actualización de normas penales, los principios de legalidad, de humanidad y de efectividad; estos aspectos limitan el estudio continuo de los factores de riesgo actuales, para una mayor eficacia en la erradicación de la delincuencia porque encajonan toda conducta delictiva en la ley. Si en la creación de estas normas se tratara de lo general (la sociedad misma) a lo particular (la ley), se estaría legislando conforme a la realidad social.

Entre los diversos factores que influyen en la conducta delictiva se encuentran, los económicos, políticos, sociales, culturales, educativos, familiares y hereditarios; todos estos interrelacionados entre sí y sumados a una escasa prevención existente, provocan que aumenten los índices delictivos.

Citado por Hilda Marchiori, Merton menciona en su teoría de la Anomia que: “uno de los factores de riesgo más graves y que propicia la producción de delincuentes desde su temprana edad, es su aspecto social y económico, que le motiva el deseo de alcanzar lo que no tiene”.³²

Lo que aunado al desequilibrio emocional, psicológico y físico en que se encuentra, produce un ser conflictivo que responde con agresividad a todo aquello que sea legal.

³¹ López – Rey y Arrojo. **Ob. Cit;** pág. 81.

³² Marchiori, Hilda. **Criminología, la víctima del delito**, pág. 76.

Ello muestra la necesidad de buscar nuevas y más efectivas formas para controlar y erradicar a fondo la delincuencia, realizando una transformación o cambio en las normas sociales, quienes caminan a la luz de los valores, para que sociedad y Estado se fijan un fin común, “tratar de que exista el bienestar social así como una efectiva y adecuada prevención del delito, mediante el análisis profundo de sus causas”, que ayude a mantener el orden y seguridad jurídica.

La importancia de este tema es confirmada con la opinión de diversos tratadistas como Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Maxwel y Rafael Garófalo, entre otros, quienes mencionan que existen factores de riesgos difíciles de determinar en una conducta antisocial y se carece de una efectiva legislación preventiva y represiva de la delincuencia.

“Respecto a las causas del delito, se agregan a los anteriores, tratadistas actuales como Vicente Garrido, Per Sangeland, Santiago Redondo, Rodríguez Manzanera, Anthony Guiddens, Alberto Rosas Benítez y recientemente Hilda Marchiori quienes han estudiado las características del hombre criminal para tratar de explicar su comportamiento”.³³

La influencia de diversos factores como riesgo para que se produzca la conducta criminal como un fenómeno social, ha inquietado históricamente a diversos tratadistas, dando por resultado diversas teorías y paradigmas criminológicos, entre ellos: Garófalo explica que la causa o factor de la conducta criminal tiene su gestión en el ambiente social y en contribución a las condiciones naturales del individuo; para él, la criminalidad es un fenómeno social.

La escuela positiva, estudia el delito de acuerdo a tres factores, su génesis natural, sus efectos jurídicos y los remedios eficaces. Esta escuela tiene su fundamento en otras ciencias, tiene una base filosófica en Comnte y otra científica en Darwin; es una escuela

³³ **Ibid**, pág. 82.

determinista que dice que “las circunstancias llevan al hombre a delinquir, luego, no hay responsabilidad moral ni social, por lo que todos son culpables y la pena debe ser proporcional a la peligrosidad del delito”.

En la escuela ecléctica se combinan la escuela clásica y la positiva, “diciendo que el delito es un fenómeno social, naturalmente causado. Según Durkheim, cuando habla de la “anomia” menciona que una sociedad estable presenta otro matiz distinto a aquellas sociedades cuyo propósito más importante es el lograr prosperidad económica. Para este doctrinista, la sociedad estable, los objetivos precisos ayudan al individuo a respetar la autoridad colectiva; las metas económicas son más claramente definidas y están al alcance de las aspiraciones del individuo”.³⁴

En la Dirección Sociológica, el primer factor del crimen es externo al criminal; aquí se encuentran las escuelas:

Estadísticas, donde se menciona que el crimen es un producto de la sociedad; los hechos sociales se rigen por los hechos naturales; el delito es un fenómeno social, pues la sociedad lleva el germen de todos los delitos; influyen factores sociales como pobreza, clima, analfabetismo, geografía.

Socialista, para ésta la base económica de toda sociedad determina su estructura social. Tiene su base filosófica en Marx.

Según Ferri, en el crimen intervienen otros factores, como los sociales, población, moral, religión, familia, economía. Propone una larga lista de los que él llama substitutos penales, que son formas de prevenir el delito a mediano y largo plazo teniendo como fórmula los aspectos económicos, economía sana en el país, elimina la pobreza.

³⁴ **Ibid**, pág. 79

Adler menciona que cuando el hombre no tiene poder, tiende a cometer delitos y entre sus causas principales están el fracaso laboral y social.

La Dirección Crítica tiene su inicio en Europa, nace a partir de observar que el Estado y sus leyes protegen grupos de poder. Afirma que la violencia en América Latina es institucional, estructural, que existen delincuentes y delitos fuera del alcance de la ley atribuyendo las causas del delito a la pobreza, es decir, al nivel socio-económico.

Crítica a la criminología tradicional porque es unilateral y niega que el delito es producto del control social. El objetivo es saber quién controla el crimen y no el criminal en sí. Afirma que es necesaria una transformación revolucionaria de los sistemas políticos y económicos de explotación. Se debe reestructurar la sociedad y no insertar al criminal en ella.

Numerosos e importantes criminólogos del siglo XIX, principalmente los relacionados con los movimientos socialistas, han considerado el delito como efecto derivado de las necesidades de la pobreza. Estos autores han señalado que quienes no disponen de bienes suficientes para satisfacer sus necesidades y las de sus familias por vías legales y pacíficas, se ven empujados con frecuencia al robo, la prostitución y otros muchos delitos. La criminalidad tiende a aumentar de una forma espectacular en periodos de desempleo masivo.

René González de la Vega, estudioso sobre las causas del delito, de igual forma considera a los factores socioeconómicos y culturales como raíces y causas del delito.

Los criminólogos reconocen que tanto los delincuentes juveniles como los adultos, son el principal producto del hundimiento de las normas sociales tradicionales a consecuencia de la industrialización, la urbanización, el incremento de movilidad física y social y los efectos de infravivienda, el desempleo, las crisis económicas y las guerras.

En cuanto a la privación socioeconómica como factor que influye en la conducta delictiva, se encuentran las teorías de Cohen, Cloward y Ohlin, para ellos las personas de clase baja encontraban difícil alcanzar el éxito por medios legítimos, así se ven obligados a recurrir a medios ilegítimos.

De las diversas causas del delito, algunos criminólogos de este siglo piensan que la sociedad misma crea diariamente estos individuos incapaces de llevar una vida de trabajo honesto y llenos de impulsos antisociales. Les glorifica cuando sus delitos se ven coronados del éxito financiero. Les envía a la cárcel cuando no tiene éxito. No servirán de nada las cárceles, verdugos y jueces cuando la revolución social haya cambiado por completo las relaciones entre capital y trabajo, cuando no haya ociosos, cuando todos puedan trabajar según su inclinación por el bien común, cuando se enseñe a todos los niños a trabajar con sus propias manos al mismo tiempo que su inteligencia y su espíritu, al ser cultivados adecuadamente, alcanzan un desarrollo normal.

El ideal rehabilitativo, debe llevarse a cabo para investigar los orígenes del comportamiento criminal y delincuencia dentro de los individuos o medio ambiente determinado en el desarrollo de la personalidad y la socialización que conduce al crimen y no en los organismos oficiales constituidos del derecho penal.

La Constitución Política de Guatemala, en su aspecto social protege a los más desvalidos, sin embargo, los delincuentes se encuentran en todos los niveles sociales y económicos, por lo que el delito no es exclusivo de una sola clase social.

Rodríguez Manzanera menciona que “ni todo delito es una conducta antisocial, ni toda conducta antisocial es delito”, porque para que una conducta se convierta en delito debe encontrarse tipificada en el Código Penal. Por tanto, no a toda conducta desviada o antisocial se le puede aplicar la ley y por tanto se le investiga menos.

Es recomendable que a toda conducta delictiva se le busque su índice criminológico, es decir, signos y síntomas para que aporte un adecuado diagnóstico criminológico y con ello determinar las causas o factores del delito, ya que la criminalidad es un fenómeno eminentemente social.

Sin embargo se encuentran algunas limitantes para llevar a cabo una investigación más a fondo, como lo son, el ocultamiento de información respecto de la realidad actual del criminal por parte de sus familiares y amigos e inclusive por las autoridades y por la llamada lista oscura, donde no existen estadísticas criminales.

En lo que respecta a la materia que intenta estudiar a fondo el problema de la delincuencia el Derecho Penal, cumple una función determinada por el Estado que guarda íntima relación con su dirección política, por lo que plantearse una reforma constitucional de fondo significa diseñar y establecer una política criminal que responde a los intereses de un Estado social y democrático de derecho. La correcta aplicación del Derecho Penal no obedece únicamente al respecto que se haga de las garantías individuales que consagra la Constitución Mexicana, sino además, a la formulación de una teoría del delito.

Es difícil que exista una sola teoría acerca de este problema, ya que los estudiosos no llegan a ninguna conclusión, algunos refieren que la causa de la conducta delictiva podría ser, el lugar en que se vive ¿afecta realmente?; la clase, la posición social, el nivel socioeconómico, el racismo, la división del trabajo, el bienestar en que se encuentra, en un ambiente y lugar determinados ¿son determinados en su conjunto para la conducta delictiva.

2.1 Los sistemas normativos del control social informal

2.1.1 La familia

Diversas han sido las definiciones de familia elaboradas desde diferentes ciencias. Nuestra posición al respecto parte de considerar a la familia como un grupo social primario de origen conyugal y extensión consanguínea posterior, fundamentado en relaciones maritales y paterno-filiares con la consecuente trascendencia social, psicológica, cultural y jurídica; todo ello desarrollado en un espacio vital común.

El grupo familiar se erige como principal institución del Control Social Informal pues es el primer agente controlador que influye en el sujeto, además de mantener la mayor prolongación de acción en el tiempo. La familia en sus funciones de regulación de acción el tiempo, la socialización y la prevención; utilizando en consecuencia las estructuras controladoras adecuadas a las funciones que ejerce.

Podría afirmarse que la familia en su actuar regulador desarrolla una especie de “monopolio socializador”, pues aparte del modelamiento personalógico que sostiene sobre sus integrantes, posee la interesante particularidad de predefinir en cierta medida los restantes agentes socializadores del Control Social Informal, ejemplo de ello resulta cuando selecciona la escuela a la que asistirán sus hijos, la definición de la comunidad geográfica donde se domicilia, el control sobre los grupos informales de amistades de sus miembros más jóvenes, la regulación del acceso a los Medios de Comunicación de sus integrantes, etc.

Recurriendo a modalidades sancionatorias propias del Control Social Informal, de forma lenta y mediante la utilización de manifestaciones aprobatorias y reproches no violentos, esta unidad grupal moldea la personalidad de sus miembros jóvenes y prolonga la socialización de los demás. La función familiar socializadora comprende dos niveles, el aspecto subjetivo y el aspecto objetivo. Subjetivamente la socialización familiar propicia el aprendizaje social de los hijos mediante una internalización normativa y valorativa.

En el nivel objetivo este proceso sostiene el mantenimiento de las pautas culturales de la sociedad, por cuanto al transferirse esas pautas de una generación a otra, se garantiza la prolongación en el tiempo de las normas socioculturales de un conjunto social determinando.

La acción controladora familiar no siempre descansa en el recurso persuasivo puro, existiendo dinámicas familiares y estilos educativos que usan la variante coactiva de regulación en algunos casos y situaciones; a mayor profundidad y frecuencia de utilización de la coactividad cabría hablar de una desvirtuación de la estrategia socializativa que caracteriza a la institución familiar por existencia de una hipertrofia coactiva de su funcionamiento. Lo expresado no significa que la familia pueda convertirse por ello en un órgano controlador formal solo a partir de un uso coactivo sobredimensionado; por cuanto existen otros criterios de clasificación con respecto a la pertenencia a la instancia informal o formal, que unidos al tipo de recurso controlador usado conforman un conjunto valorativo determinante de tal ubicación clasificatoria. De hecho, la naturaleza reguladora primaria de la familia y su incidencia en la totalidad de la población son variables axiológicas que reafirman su inclusión en el control social informal, a pesar de una posible sobreutilización de la coerción.

2.1.2 La escuela

A pesar de integrar estructuralmente el Control Social Informal, la escuela es una institución propositiva y formalmente creada, que posee un concreto espacio físico en el contexto comunitario, dedicándose a la impartición de conocimientos, creación de habilidades y muy especialmente a inculcar educandos los valores y las pautas de comportamiento socialmente aceptadas. Como escuela debe entenderse tanto a la organización formal, los programas curriculares predefinidos y los procedimientos funcionales establecidos, así como el claustro de profesores, quienes serán los encargados de cumplir los objetivos de esta agencia informal, que se concretan principalmente en la materialización de la educación.

La educación debe ser considerada como una manifestación estratégica funcional del Control Social, que al igual que la socialización y principalmente en estrecha combinación con ésta, posibilita la adaptación consensual del individuo a su entorno Social. Sociológicamente hablando de la educación cumple, por lo menos, una doble función social, trata de satisfacer no solo la necesidad de enseñar las diferentes pautas existentes en una sociedad sino también la necesidad de regular de este modo el comportamiento de los miembros de la misma. En el primer aspecto, la educación es la manifestación institucionalizada del fenómeno de la sociabilización.

2.1.3 Los medios masivos de comunicación

El contexto social actual se caracteriza por la ampliación acelerada de la función que en el Control Social Informal juegan los Medios de Difusión Masiva o Medios de Comunicación; resulta significativa la influencia de los mismos en las estrategias funcionales del Control Social (socialización, educación, prevención, etc.), pues adquieren una trascendencia relevante que deriva, cada vez más, en globalidad planetaria; a modo de ejemplo recordemos el impacto actual de la Internet.

Entre los teóricos de la comunicación existen divergencias en cuanto a la denominación de estos Medios, algunos los nombran Medios de Información, otros usan el término Medios de Difusión y los más se adscriben a la nominación de Medios de Comunicación Masiva. Al margen de tales diferencias denominativas debemos dejar clara la importancia de los Medios de Comunicación en la adaptabilidad y el aprendizaje social del individuo durante toda su vida.

2.1.4 La Religión

La religión es caracterizada como el conjunto de creencias, mitos o dogmas acerca de la divinidad y de prácticas rituales para darle culto". Desde tiempos inmemoriales la religión se utiliza como forma peculiar de control, preferentemente materializado mediante la educación religiosa, fenómeno que aún persiste en la actualidad. Sin

embargo, desde los orígenes de la Edad Moderna se ha desarrollado una fuerte decisión entre la religión y el Estado, asumiendo este último las funciones controladoras tradicionalmente ejercidas por las ideas religiosas.

La religión con el transcurso de los siglos ha estructurado un conjunto de normas de comportamiento y valores que responden a los ideales religiosos propugnados por las creencias; la violación de estos patrones de conducta se interpreta como un deterioro de la fe religiosa, produciéndose un rechazo de la comunidad de fieles hacia esa persona. La religión es un sistema de creencias que se proyectan en el plano social regulando la vida de sus creyentes.

2.1.5 La moral

El segundo sistema normativo que analizaremos corresponde a la moral entendida como un sistema complejo de valores, principios y normas que prescriben las formas de conducta en sociedad, sistema que regula el comportamiento individual de manera libre, consciente y volitivamente. El concepto de moral se diferencia del de ética, aún cuando en el lenguaje cotidiano ambas categorías se usan en una mutua sustitución indiscriminada, ambivalencia semántica que requiere diferenciar ambos conceptos. La ética es el estudio científico de la moral, y esta última es concebida como el fenómeno real y práctico de la conducta humana; la ética es la ciencia y la moral su objeto.

La moral constituye uno de los medios del control social que actúa como sistema regulatorio de las relaciones sociales e interpersonales y como una variante de conducta que se estructura partiendo de la voluntad del ser humano. El acto moral es, por tanto, un acto volitivo de comportamiento, que exige para su realización de una convicción íntima y de una actividad libre y consciente del hombre como agente moral. Las normas morales guían el comportamiento y son seleccionadas por el individuo como referentes de actuación; después de una búsqueda de carácter valorativo normativo, en el ámbito de la conciencia personal.

CAPÍTULO III

3. Relación pobreza y delincuencia en Guatemala

3.1 Indicadores de desarrollo humano para Guatemala

El indicador a nivel nacional tiene una utilidad estadística importante en cuanto a que refleja avances y retrocesos como país. Sin embargo es insuficiente para evidenciar las grandes diferencias que se dan a lo interno del mismo. Es así como en varios sectores de la ciudad capital existen niveles que podrían compararse con los países europeos, y que contrastan con las zonas rurales indígenas, que mantienen indicadores muy similares a los países más atrasados. “Al profundizar el índice de Desarrollo Humano, IDH, registra a Guatemala en el puesto 120 de un total de 173 países”.³⁵ “Para el año 2,000 y en el puesto 118 para el 2,005, según el Informe de Desarrollo Humano Mundial de 177 países⁶⁵. Guatemala ocupa el penúltimo lugar de América Latina con un 0.673 de IDH, mientras Haití se ubica en el último lugar con un 0.482 de IDH”.³⁶ En el análisis del desarrollo humano en Guatemala por regiones, departamentos y municipios se pueden visualizar estas profundas diferencias.

“La Ciudad Capital, que concentra las principales actividades productivas, industriales, de servicio y comercio, alcanza un IDH del 0.795 muy superior al promedio nacional; Sacatepéquez, que aglutina la mayoría de actividades turísticas, tiene un IDH de 0.708; Quetzaltenango, la segunda ciudad en importancia, un 0.650; El Progreso, en el oriente del país, un 0.648; en su mayoría ciudades y regiones de población mestiza. Mientras que los departamentos del área rural se caracterizan por un IDH sumamente bajo, similar al de Haití, el país de menor IDH en América Latina”.³⁷ En el occidente del país, la mayoría indígena, el departamento de Sololá registra un IDH de 0.579, San Marcos de 0.583, Alta Verapaz de 0.514, Totonicapán de 0.540, Quiché de 0.508, y Baja Verapaz un IDH de 0.576.

³⁵ www.desarrollohumano.org.gt/c (12 de enero de 2008)

³⁶ **Ibid.**

³⁷ **Ibid.**

“Durante el periodo 2,000-2,004 el crecimiento económico fue inferior al crecimiento poblacional, lo que derivó en una variación negativa de la producción nacional promedio por habitante, deteriorando las condiciones de vida material de la población guatemalteca e incrementando la pobreza en el país. Para el periodo 2,000-2,006 el crecimiento poblacional es del 2.6% anual, mientras la economía creció únicamente (en el periodo 2,000-2,004) un promedio de 2.5%, manteniéndose prácticamente estancada. Es hasta el año 2005 que se presenta una leve mejora, al cerrar el crecimiento económico en el 3.1%. Estimaciones realizadas por el PNUD en su Informe de Desarrollo Humano 2,003, señalan que la pobreza se incrementó del 56.3% en el año 2,000 al 57% en el 2,002; mientras la pobreza extrema aumentó de 15.7% en el año 2000 al 21.5% en 2,002, registrándose un incremento mayor en el área rural, al aumentar del 23.8% en 2,000 al 31.1%, en 2,002. Las estimaciones más recientes sobre la pobreza extrema para el 2,004 confirman que ascendió al 21.5%, en comparación con el 16% estimado para el 2,000, mientras la profundidad de la pobreza fue del 12% y su severidad del 8.9%. En Guatemala el 57% del total de la población vive en pobreza, es decir que más de 6 millones de personas subsisten con alrededor de Q4,020.00 anuales, valor de la línea de pobreza general. El 21.5% de la población, más de dos millones de personas son extremadamente pobres y sobreviven en condiciones de hambre y desnutrición, con ingresos inferiores a 1 dólar por día (el valor de la línea de pobreza extrema es de Q1,873.00 anuales). En el área rural la pobreza afecta a más del 74.5% de la población y entre los pueblos indígenas supera el 76.1%”.³⁸

En los departamentos del Noroccidente y Suroccidente del país, la pobreza afecta a más de 75% de la población. Los departamentos de Quiché y Huehuetenango integran la región más pobre, mientras que en el mapa de la pobreza por departamento, San Marcos y Totonicapán son los que registran los mayores niveles de pobreza y pobreza extrema. Pero la tendencia es clara, en los cuatro departamentos mencionados, más

³⁸ **Ibid.**

Alta Verapaz y Sololá, los niveles de pobreza alcanza a más de tres cuartas partes de sus respectivas poblaciones.

“La pobreza afecta de forma mucho más aguda a los pueblos indígenas. En el caso del pueblo K´aqchikel al 62.6%, y en los K´ichés, al 64.4%; en ambos casos, sobrepasan el 60% de su población que vive bajo la línea de la pobreza. En el caso de la etnia Q´eqchí, el 83.5% de su población se encuentra en pobreza y de estos, casi el 40% en extrema pobreza. En la población Mam, tan solo el 10% se considera “no pobre”, lo que coloca al 90% en condiciones de pobreza y a un poco más de un tercio de ésta (34%) en extrema pobreza. Es importante indicar que más del 78% de las mujeres indígenas en el área rural son pobres en contraposición a las no indígenas que alcanzan el 41%. Guatemala es uno de los países más desiguales de América Latina junto con Brasil, el 62.1% del ingreso nacional está concentrado en el 20% de personas con mayores ingresos; mientras que el 20% de personas más pobres únicamente tiene acceso al 2.4% del ingreso nacional. La concentración del ingreso y del consumo es demasiado severa, alcanzando un coeficiente de Gini del 0.57 para el ingreso y del 0.48 para el consumo”.³⁹

Es ilógico, por lo tanto, esperar un comportamiento social que no esté dirigido a la criminalidad.

³⁹ **Ibid.**

3.2 Datos de pobreza en Guatemala de acuerdo con la Encuesta Nacional de condiciones de Vida del año 2006.

Características	Poblacion total	Niveles de pobreza			
		Todos los pobres	Pobres extremos	Pobres no extremos	No pobres
Total Nacional	12,987,829	6625892	1976604	4649287	6361937
Sexo	12,987829	6625892	1976604	4649287	6361937
Hombre	6220832	3,214,205	975811	2238393	3006627
Mujer	6,766,997	3,411,687	1000793	2410894	3355310
Grupo étnico*	12963954	6615400	1973178	4642221	6348554
Indígena	4973138	372110	1354995	2366115	1252028
No indígena	7990816	2894290	618184	2276106	5096526
Posicion en el hogar	12987829	6625892	1976605	4649287	6361937
Jefe o Jefa del hogar	2653001	1060592	266720	793872	1592409
Esposo (a) o conyuge	1921077	848229	231458	616771	1072848
Hijo (a)	6726214	3776293	1181609	2594684	2949921
Otro miembro del hogar	1687537	940778	296818	643960	746759
Jefatura de hogar	2652999	1060591	266719	793872	1592408
Jefe Hombre	2052720	875792	233992	641800	1176928
Jefe Mujer	600279	184799	32727	152072	415480
Estado conyugal	8644005	3974791	1085543	2889248	4669214
Solteros (as)	3305477	159722	429986	1160736	1714755
Casados o unidos (as)	4565959	2107284	588586	1518698	2458675
Separados (as)	357369	116240	30105	86135	241129
Viudos o divorciados (as)	415200	160545	36866	123679	254655
Grandes grupos de edad	12987829	6625892	1976605	4649287	6361937
0 - 14	5380226	3241903	1071812	2170091	2138323
15 - 64	6990970	3132922	854244	2278678	3858048
65 y más	616633	251067	50549	200518	365566

Fuente: Instituto Nacional de Estadística, INE. Encuesta Nacional de Condiciones de Vida, ENCOVI-2006

3.3 Muertes violentas (totales) por edad y sexo, motivación de la muerte y la causa, año 2006

MOTIVACION DE LA MUERTE Y LA CAUSA	EDAD Y SEXO														
	TOTAL			MENORES DE 18 AÑOS			18- 39			40 - 64			65 Y MAS		
	TOTAL	MASC.	FEME.	TOTAL	MASC.	FEME.	TOTAL	MASC.	FEME.	TOTAL	MASC.	FEME.	TOTAL	MASC.	FEME.
TOTAL REPUBLICA	11,638	9,843	1,795	1,510	1,077	433	6,486	5,748	738	2,619	2,245	374	915	668	247
1. ARMA DE FUEGO	4,773	4,328	445	445	383	62	3,377	3,113	264	822	711	111	81	74	7
2. ARMA BLANCA	687	597	90	61	43	18	373	335	38	195	172	23	45	34	11
3. OTRO MEDIO VIOLENTO	2,502	1,965	537	505	308	197	1,172	951	221	600	522	78	206	167	39
4. MEDIO IGNORADO	3,676	2,953	723	499	343	156	1,564	1,349	215	1,002	840	162	583	393	190
A) HOMICIDIO	4,300	3,865	435	394	335	59	2,970	2,720	250	766	667	99	118	93	25
1. ARMA DE FUEGO	3,437	3,124	313	317	281	36	2,470	2,276	194	565	487	78	49	45	4
2. ARMA BLANCA	442	391	51	40	27	13	234	215	19	130	117	13	27	21	6
3. OTRO MEDIO VIOLENTO	236	193	43	23	17	6	153	134	19	32	26	6	25	14	11
4. MEDIO IGNORADO	185	157	28	14	10	4	113	95	18	39	37	2	17	13	4
B) SUICIDIO	300	228	72	35	17	18	179	141	38	62	51	11	22	18	4
1. ARMA DE FUEGO	32	28	4	0	0	0	21	20	1	11	8	3	0	0	0
2. ARMA BLANCA	10	6	4	4	1	3	2	2	0	2	2	0	2	1	1
3. OTRO MEDIO VIOLENTO	237	176	61	29	14	15	143	108	35	49	41	8	15	13	2
4. MEDIO IGNORADO	21	18	3	2	2	0	13	11	2	0	0	0	5	4	1
C) ACCIDENTE	2,033	1,573	460	416	278	138	823	684	139	526	428	98	263	178	85
1. ARMA DE FUEGO	34	30	4	2	1	1	22	20	2	9	8	1	1	1	0
2. ARMA BLANCA	5	3	2	0	0	0	3	1	2	1	1	0	0	0	0
3. OTRO MEDIO VIOLENTO	626	455	171	220	138	82	212	163	49	149	116	33	44	37	7
4. MEDIO IGNORADO	1,368	1,085	283	194	139	55	586	500	86	367	303	64	218	140	78
D) CAUSA IGNORADA	5,005	4,177	828	665	447	218	2,514	2,203	311	1,265	1,099	166	512	379	133
1. ARMA DE FUEGO	1,270	1,146	124	126	101	25	864	797	67	237	208	29	31	28	3
2. ARMA BLANCA	230	197	33	17	15	2	134	117	17	62	52	10	16	12	4
3. OTRO MEDIO VIOLENTO	1,403	1,141	262	233	139	94	664	546	118	370	339	31	122	103	19
4. MEDIO IGNORADO	2,102	1,693	409	289	192	97	852	743	109	596	500	96	343	236	107

**3.4 Indicadores del mercado de trabajo, total nacional valores absolutos
(personas de 10 años y más)**

INDICADORES	TOTAL PAIS
Poblacion en edad de trabajar (PET)	8,899,971
Poblacion Ocupada (PO)	4,834,044
Poblacion en Subempleo Visible (PSV)	811,136
Poblacion Desocupada Abierta Total (PDAT)	156,186
Poblacion Desocupada Abierta Activa (PDAA)	143,281
Poblacion Desocupada Abierta Pasiva (PDAP)	12,905
Poblacion Economicamente Inactiva (PEI)	3,909,741
Persona Desocupados Ocultas (PDO)	481,440
Poblacion Economicamente Activa (PEA)	4,990,230
Total Poblacion Desocupada Agregada (PDTA)	637,626

Fuente: MECOVI -INE. Encuesta Nacional de Empleo e Ingresos, ENEI. Septiembre--Octubre 2004.

**3.5. Indicadores del mercado de trabajo total nacional
Tasas (Personas de 10 años y más)**

INDICADORES	TOTAL PAIS
Tasa Global de Participacion de la PEA (TPAR)	56.07
Tasa de Ocupacion Especifica (TEO)	96.87
Tasa de Ocupacion Bruta (TBO)	54.32
Tasa de Subempleo Visible (TSV)	16.25
Tasa de Desempleo Abierto Total (TDAT)	3.13
Tasa de Desempleo Abierto Activo (TDAA)	2.87
Tasa de Desempleo Abierto Pasivo (TSAP)	.26
Tasa de Desempleo Oculto (TDO)	8.80
Tasa de Desempleo Total Agregado (TDTAGR)	11.65

Fuente: MECOVI -INE, Encuesta Nacional de Empleo e Ingresos, ENEI. Septiembre -- Octubre 2004.

CAPÍTULO IV

4. Política social y política criminal

4.1 Generalidades

Más jueces, más policías, más cárceles, significan más detenidos pero no menos delitos, ya que las causas que promueven el desarrollo de conductas ilícitas a nivel penal subsisten y se siguen reproduciendo con independencia de la detención, procesamiento judicial y enclaustramiento penitenciario del infractor; de ahí que no resulte causal que desde la criminología científica se sitúe en el primer escalón de una Política Criminal exitosa las políticas sociales, ligadas, en esencia, al desarrollo humano de la población.

En este contexto, podemos acreditar el hecho de que un gobierno que restrinja el acceso social a los servicios básicos, sobre todo en lo que a salud, educación y empleo se refiere, en razón de políticas restrictivas que limitan el gasto público asignado a la sostenibilidad de la institucionalidad pública ligada al campo social, es un gobierno que promueve y promociona a la violencia y a la criminalidad.

En el campo penal, Costa Rica fue pionera a nivel latinoamericano en la introducción de la oralidad y en la aplicación de un sistema mixto en los procedimientos penales (1,973) y complementó esta gran reforma al sistema de enjuiciamiento criminal con la transferencia al Ministerio Público de las funciones de investigación y acusación (1,998). Sin embargo hoy, en palabras de André Hauriou, la imposibilidad de que la actuación jurisdiccional erradique el sentimiento generalizado de insatisfacción que siente la población en materia de violencia criminal hace que la ineficacia atribuible a otros centros de poder se traslade al Sistema de Administración de Justicia Penal con la consiguiente pérdida de credibilidad y legitimidad social.

Ya que no es a través de los estrados judiciales que se va a revertir el proceso criminal ahí juzgado ni tampoco es el medio a través del cual se dejarán de producir aquellas conductas que encuentran en su criminalización un modo de expresión de oprobiosas e inequitativas condiciones de marginalidad y exclusión social. “Sin embargo, bajo el lema: “Contra el Infractor todo, contra la Infracción nada”, se han desarrollado lógicas de pensamientos (acuñadas coordinadas de guerra política o guerra psicológica) que hacen de la criminalidad la principal amenaza y el mayor enemigo social al que se enfrenta toda la sociedad en su conjunto (Teoría del Etiquetamiento) por lo que se lucha y se combate (desde el Estado de Derecho o fuera como propician los partidarios de la doctrina de la seguridad ciudadana aplicada al campo de la seguridad pública) cuenta con una base social de apoyo que legitima dicha cruzada y a partir de la cual es dable el recrudescimiento del derecho penal y de sus medios de coacción”.⁴⁰

Desde la sociedad del riesgo y desde la administración del temor se han construido los justificantes ideológicos para legitimar el recrudescimiento de las tendencias más represivas e inquisitoriales del derecho penal, desde el sofisma de que a mayor seguridad solo se accede a través de la limitación de derechos y libertades (ya que la seguridad es cosa de Todos). Sin embargo, el recrudescimiento y uso expansivo e inflacionario del derecho penal, como fórmula de contención de los problemas sociales, resulta inoperante en razón de su imposibilidad de actuación sobre la multiplicidad de causas a las que involucra el fenómeno criminal y su incidencia bio-psico-social sobre el individuo-delincuente.

El derecho penal, como apéndice de la seguridad pública, encuentra limitado su campo de actuación bajo el mecanicismo que supone enfrentar la violencia social a través de la violencia legal de las instituciones encargadas del control social y desde tal enfoque reactivo el ciclo de la violencia se reproduce exponencialmente hasta alcanzar grados insospechados de intimidación y saña que alimentan a su vez las opciones violentológicas por sobre las de otro signo.

⁴⁰ García – Pablos de Molina, **Ob. Cit**; pág. 244.

Por otra parte, el derecho penal como último eslabón en un concepto amplio de política Criminal emanada de un Estado Social y Democrático de Derecho y basada, en primera instancia, en la activación y políticas sociales, económicas y culturales como fórmulas de contención, primarias, del fenómeno criminológico, permite, en caso de la superación de estas por parte del fenómeno delincencial, la activación de otras ramas del ordenamiento jurídico ante la presencia jurisdiccional del hecho criminológico a efectos de que la reacción del derecho penal acontezca en última instancia (última ratio y no prima ratio) a efectos de que la prevención del delito y el tratamiento del delincuente surja de la participación, coherente y escalonada, de las distintas instancias del Poder Público a través de las cuales, en Democracia, se ha prefijado el tránsito del fenómeno criminal a través del sistema institucionalizado de control social.

“Tratar humanamente y con humanismo los retos que entraña el comportamiento humano en torno al delito supone abordar la solución criminal a través de la prevención del delito desde las causas sociales que lo crean y reproducen, es decir, desde la intervención sobre la realidad social a efectos de anticipar al delito mediante la Prevención primaria (Estrategias preventivas basadas en una política cultural-social dirigidas a todos los habitantes a efectos de influir en forma pre inicial, antes de que tengan lugar las causas del delito), la Prevención secundaria, (prevención Inicial frente al Delito mediante el reconocimiento temprano de circunstancias criminógenas y la atención sobre delincuentes potenciales) y la prevención terciaria (Representada por la lucha jurídico-penal contra la reincidencia a efectos de evitar la reiteración de conductas y comportamientos criminales. En este sentido, el reto de un sistema penitenciario de naturaleza democrática está dado en función de su misión por la resocialización del delincuente lo cual implica el hecho de controlar las penas privativas de libertad para que estas no incapaciten al sentenciado a retornar a la sociedad de la cual nunca ha dejado de ser parte”.⁴¹

⁴¹ **Ibid**, pág. 245

Así, la protección penal de bienes jurídicos tutelados a través de la construcción normativa de los tipos penales hecha por el legislador y que resulta la razón de ser de las agencias encargadas del control social en lo que a contención del delito y tratamiento del delincuente se refiere, no puede pasar por alto el hecho de que el fenómeno criminal no se forma únicamente por la infracción cometida en contra del ordenamiento jurídico (en contra del Estado) sino por la dimensión humana del mismo (representada por el propio infractor así como por su víctima o víctimas) lo cual supone un giro epistemológico en la percepción y entendimiento de esta problemática.

Entender la criminalidad más allá de lo estrictamente jurídico supone entender que no es el momento jurisdiccional en donde se controlará y minimizará este fenómeno, sino que será en el ámbito de la política criminal y desde la multidisciplinariedad que esta supone el espacio desde donde surjan respuestas integrales a esta problemática.

La incorporación de la política criminal en sede legislativa permitirá que sea el legislador, y no a la presión social a través de él, quien esgrima y defina el papel del derecho penal en sociedades en transición y por tanto expuestas a un uso negativo de ese derecho, de ahí la importancia por desarrollarla en nuestro medio y bajo nuestras propias condiciones.

4.2 Política criminal y estado de derecho ¿tolerancia cero?

La política criminal, que es una de las políticas del Estado, diseña el ejercicio de la violencia estatal, siendo el modo como el Estado haga uso del poder en este ámbito de los indicadores de la debilidad o de la profundidad del sistema democrático en una determinada sociedad y nos mostrará, o no, el grado de respeto a la dignidad de todas las personas y el grado de tolerancia a lo diverso, que es lo que caracteriza a una verdadera sociedad democrática.

La política criminal ha variado a lo largo de la historia, el modelo autoritario se caracteriza por subordinar la libertad al principio de autoridad, por lo que el alcance de

la política criminal no tiene límites; el ejemplo claro es en las dictaduras, pero también puede serlo en una democracia. El concepto de seguridad nacional, que caracterizó a las dictaduras latinoamericanas durante el pasado siglo, correspondiente a la división del mundo en dos bloques, y que caracterizaba al enemigo interno, entonces correspondiente al disidente político, pasó a ser, luego del fin de la guerra fría, la seguridad ciudadana y los nuevos enemigos son caracterizados como el narcotráfico, el terrorismo y, en general la delincuencia. Se asiste entonces al reemplazo del concepto de seguridad nacional, con el que se manejaron los gobiernos de facto, por el concepto de seguridad ciudadana, que permite todo y todo lo subordina a ella, predominando la idea de que el fin justifica los medios.

En cambio el modelo democrático establece límite a la política criminal, basada en los principios de legalidad y certidumbre, es un ejercicio racional y limitado, basado en la dignidad humana y en el respeto de los derechos fundamentales.

En nuestro país, desde la advenimiento de la democracia y luego de una época caracterizada por golpes de estado, no se ha formulado una verdadera política criminal para la democracia, siendo por ello que hemos asistido a variaciones en torno a las respuestas al fenómeno criminal carentes de coherencia y que han consistido en respuesta espasmódicas frente a determinados sucesos, ante los cuales se ha respondido predominantemente con la hipertrofia del derecho penal, tomado como única propuesta de acuerdo a cómo se percibe el fenómeno criminal, llevándose a cabo reformas a las leyes penales o procesales aisladas del conjunto del sistema, es decir, del proceso, de la ejecución de la pena y de la prevención. Hay leyes que se han sancionado dentro del esquema de una política criminal de corte autoritario que contradicen a la propia Constitución Política de la República de Guatemala y a los pactos de derechos humanos a ella incorporados.

Existen entonces, de modo general, dos enfoques frente al tema penal, uno de rasgos autoritarios, lo que se conoce como “mano dura”, que propugna dejar de lado las garantías constitucionales en aras de una supuesta “eficiencia” y que hace aparecer

como si el tema de la seguridad se solucionara agravando penas y procedimientos y otorgando más facultades a las fuerzas de seguridad. Así, frente al fenómeno criminal, postulan una supuesta mayor eficiencia y se hace aparecer al cumplimiento de las garantías y principios constitucionales como causantes de ineficacia en la respuesta frente al delito. Se propugna el endurecimiento de las penas y el otorgamiento a las agencias policiales de mayores e ilimitados poderes, identificando al cumplimiento de los principios constitucionales como el causante de la inseguridad ciudadana. Es decir que se trata de una posición que se inscribe en la idea de que sólo es posible dar respuestas eficientes a los problemas de seguridad ciudadana limitando garantías constitucionales e intensificando el poder punitivo. En tal marco se observa que las medidas de reforma legislativa se dirigen, en su mayoría, al aumento de penas y al incremento de la respuesta represiva, inscribiéndose en la concepción más autoritaria del derecho penal, que únicamente concibe el problema de la seguridad ciudadana desde la óptica penal, impulsando medidas claramente desequilibradas en un sentido punitivo y que la experiencia ha demostrado que no han dado los resultados que se le asignan, contribuyendo al debilitamiento del Estado de Derecho.

En ese marco la respuesta “automática” al problema de la seguridad sería el poder punitivo; el único método de resolver los conflictos parecería ser el sistema penal, cuándo más duro mejor, concibiéndose como principal respuesta a la inseguridad el reforzamiento del poder punitivo, sin avanzar en la articulación de las políticas de seguridad con las políticas sociales y llevando a distorsionar la verdadera función de las instituciones de un Estado democrático, siendo el eje central del poder penal la instancia policial. Los medios de comunicación instalan el tema de inseguridad ciudadana, ganando espacio los reclamos por un aumento del poder autónomo de la agencia policial en la investigación de los delitos, vinculándose muchas veces la inseguridad al recorte de funciones de la policía en la investigación de los delitos y haciéndose responsable a la agencia judicial por controlar o restringir tales funciones.

4.3 La política criminal como discurso y praxis

Como señala Hassemer, “la mayor dureza del derecho penal material se debe a una política criminal surgida de la dramatización a que da lugar la violencia y pretende afrontar de un modo efectivo el creciente sentimiento individual y social de inseguridad”.⁴² Esto se debe a conveniencias políticas coyunturales más que a una línea coherente de política criminal. En el ámbito legislativo la lógica del castigo y se incrementa la respuesta punitiva, ganando espacio de la mano de las campañas de ley y orden y de mano dura, con cálculos de conveniencia electoral, y el sentimiento de inseguridad de la población descansa en los discursos de los medios de comunicación masiva, erigiéndose el derecho penal como primera ratio.

Este discurso lleva a enfocar el fenómeno criminal con la lógica de la guerra y a plantearlo en la dinámica amigo-enemigo, se trata de una postura que describe la situación como un estado de excepción, que se articula con la citada lógica. Una guerra contra la proliferación de riesgos y contra determinados individuos identificados confusamente como la delincuencia, que deben ser controlados por una autoridad eficaz, siendo la solución una ampliación de la capacidad operativa de las instituciones de seguridad y de justicia para dar respuestas, a fin de oponer una fuerza superior en intensidad y contraria en sentido, a la del aparato represivo estatal.

Al estado de excepción se opone el de normalidad, este último entendido como el orden resultante de un control fáctico, aparecen así determinadas propuestas como la inclusión de las fuerzas armadas en el esquema de seguridad interior, la ampliación de las facultades policiales para interrogar y el énfasis en la persecución penal de las personas menores de edad y de otros sectores considerados peligrosos.

Malamud Goti señala que es habitual que los discursos de emergencia estén basados en dos suposiciones: 1) que un sector social amenaza a otro sector con afectar

⁴² *Ibid*, pág. 201.

seriamente instituciones y hábitos percibidos como esenciales. La amenaza recae así sobre lo que se denomina estilo o forma de vida, sentimientos comunes, etc. y 2) que el estado debe reservar para sí el poder coercitivo suficiente para desarticular las actividades del sector social identificado con el origen de la amenaza. La situación requiere así una considerable dosis de discrecionalidad en el uso de la fuerza. “La expresión más extrema de estas creencias es la apelación a la retórica de la guerra, que sirve para concitar el entusiasmo general o sea un fuerte y extenso apoyo político y está normalmente precedida por la creencia, por parte de quienes controlan la coerción, de que la amenaza contra costumbres e instituciones proviene de actividades muy corrientes como el uso de drogas, o muy arraigadas como lo son los credos políticos. La aproximación bélica al uso de la coerción estatal produce frecuentemente un efecto incompatible con el poder político democrático, efecto que es la división del mundo en dos campos opuestos”.⁴³

Se ha señalado que desde Nueva York, se propagó a través del planeta a una velocidad fulminante la doctrina de la tolerancia cero, instrumento de legitimación de la gestión policial y judicial de la pobreza que molesta, la que se ve, la que provoca incidentes y desagradados en el espacio público y alimenta por lo tanto un sentimiento difuso de inseguridad e incluso, simplemente, de malestar tenaz. Y con ella la retórica militar de la guerra al crimen y de la reconquista del espacio público, que asimila a invasores extranjeros a los delincuentes (reales o imaginarios) los sin techo, los mendigos y otros marginales, en otras palabras a elementos alógenos que es imperativo evacuar del cuerpo social.

Esta concepción lamentablemente no es solo teórica, sino que existe efectivamente en la legislación penal y procesal penal (en materia de terrorismo y tráfico de drogas) y en la praxis de la política internacional (que no se pregunta por las causas de fenómenos tan complejos como el terrorismo, sino que quiere combatir los efectos, mediante guerras preventivas). Tal proceder, al fijar sus objetivos primordiales en combatir a

⁴³ Malamud Goti, Jaime. **Terror y justicia en la Argentina**, pág. 79.

determinados grupos de personas, abandona el principio básico del derecho penal de acto y se convierte en una expresión de las tendencias autoritarias del históricamente ya conocido derecho penal de autor, siendo consecuencia del uso simbólico del derecho penal y de la propia crisis del estado de derecho.

Las respuestas que postulan el orden en las calles como único objetivo no sólo tienden a la restricción de derechos ciudadanos sino que son ineficaces y plantean respuestas que, en realidad, sólo pueden acarrear más violencia, riesgos e inseguridad. En esta concepción los derechos son percibidos básicamente como obstáculos al incremento de la violencia estatal, en lugar de ser entendidos como el bien a proteger por las políticas de seguridad.

Pero como no llega a la eficiencia requerida el fracaso de estas políticas es paradójicamente utilizado para evaluar como insuficiente la fuerza aplicada y solicitar más de lo mismo. Así ésta imagen cuantitativa no es capaz de dar cuenta ni de los derechos involucrados, ni de la eficiencia requerida. En primer lugar, no da cuenta de los derechos dado que estos son percibidos básicamente como obstáculos al incremento de la violencia estatal, en lugar de ser entendidos como el bien a proteger. En segundo lugar, no da cuenta de la eficiencia requerida, pues los reiterados fracasos de estas políticas sólo lleva a solicitar aumentos mayores, en una espiral irresponsable que nunca rinde cuenta de los resultados obtenidos.

Desde hace ya algún tiempo se trata de crear nuevos delitos o de agravar las penas de los ya existentes, sin interesarse para nada en las consecuencias. Al mismo tiempo se extiende su ámbito de actuación a aquellos sectores que la opinión pública considera más amenazados, transformándose el Derecho penal en un instrumento de política interna, con pretensión de eficacia. Afirma que no es conveniente la utilización del Derecho penal con una eficacia puramente simbólica, cuando los efectos reales no son los esperados; no debe ser utilizado para responder a los miedos sociales con aparente prontitud pues el provecho que de ello se obtiene es escaso y los costos muy altos.

La lógica de la guerra empleada para el fenómeno criminal, en la cual quien comete un delito es visto como el enemigo al que hay que aniquilar, es ajena a una política criminal de un Estado Democrático de Derecho, además de incrementar la violencia y destruir cualquier lazo de solidaridad, contribuye a agravar la desintegración social y se convierte en un factor criminógeno. Y el Estado Democrático muchas veces ha caído en la trampa.

A partir de los años ochenta, se dan las condiciones sociales objetivas, en todos los países latinoamericanos, que condicionan el aumento de una serie de delitos, a lo que se está reaccionando no con políticas sociales integrales, sino primordial o exclusivamente con más respuesta penal, y también con formas de reacción social de autodefensa y de mayor violencia, siendo particularmente grave el creciente uso de armas de fuego por la sociedad civil, todo lo cual determina, a su vez, una mayor intervención de la justicia penal, en un proceso en espiral que se magnifica, que va saturando cada vez más de casos no resueltos a la justicia y que va abarrotando las cárceles.

Lo que ha sucedido recientemente en muchos países es que los asuntos de la ley y el orden han venido siendo politizados en forma creciente. Los ciudadanos experimentan una creciente preocupación por su seguridad personal y la de sus familias, preocupación que se ha visto alentada por reportajes exagerados en los medios de comunicación sobre el quebrantamiento de la ley y el orden. Los políticos y otros comentaristas públicos han respondido a ello sugiriendo que la respuesta consiste en encarcelar más y más, aduciendo que ello redundará en una sociedad más segura para el resto. Pero no existe una clara evidencia de que esta sea la solución conveniente, hay que ser muy cauteloso respecto de cualquier sugerencia que plantee que un uso mayor del encarcelamiento es una forma eficiente de controlar el delito, ya que existe muy poca evidencia en cualquier parte del mundo, de que haya alguna relación pertinente entre las altas tasas de encarcelamiento y las bajas tasas del delito; muchas veces es lo contrario, las altas tasas de encarcelamiento constituyen frecuentemente un indicador de la ruptura del sentido de los valores comunitarios de una sociedad.

4.4 Política criminal como política de estado

La política criminal debe tomarse como una política de estado. No pueden cambiarse las regulaciones ante hechos de trascendencia mediática, pues ello contribuye al sentimiento de inseguridad en la medida en que incentiva el reclamo de una respuesta que no lleva a solución alguna. Debe admitirse que el endurecimiento de las leyes tiene escasa incidencia en la disminución de los delitos, por tratarse de variables independientes.

Joseph Tulchin, Director del Programa para América Latina del Woodrow Wilson International Center for Scholars, afirma que todos los estudios empíricos sistemáticos sobre criminalidad concluyen en que el aumento de las penas no impacta en una reducción del nivel de criminalidad. Señala que pedir mano dura tiene un efecto psicológico inmediato en la opinión pública, pero con eso no se va a bajar la criminalidad, concluye que. La mano dura no ha bajado la incidencia de la criminalidad en ningún lugar del mundo.

Debe tenerse en cuenta que mientras la inseguridad afecta a la sociedad en su conjunto, la sufren en forma particularmente grave los sectores de menores recursos. Por ello, hay que buscar políticas inclusivas que protejan a los diversos actores y no sólo los derechos de un determinado sector social, y mucho menos que promuevan la seguridad de un determinado grupo social a costa de los derechos de los demás ciudadanos. Para diseñar políticas que operen contra la inseguridad y que no produzcan mayor exclusión, es necesario contemplar acciones que extiendan la ciudadanía, como una poderosa herramienta integradora.

Ha habido intervenciones en materia de seguridad que operan sobre la amplia brecha existente entre sectores pobres y aquellos que tienen capacidad de acceso a bienes y han tendido a cristalizar estándares diferenciados de derechos, como los operativos de control vehicular y de población en el interior y en las inmediaciones de las villas de emergencia, la razzias policiales, producidas bajo una lógica de vigilancia y control, no

de resolución de los conflictos y, por lo tanto, aumentan el perfil autoritario de la relación del Estado con los sectores más pobres; asimismo a través de la regulación del espacio público en detrimento de su uso por parte de personas de menores recursos, que utilizan la calle para desarrollar actividades informales.

La instalación de virtuales fronteras administradas por fuerzas de seguridad entre las aéreas vigiladas y el resto de la ciudad, sumado a las constantes requisas, es objetable desde el punto de vista del respeto a los derechos. Así se llevan a cabo acciones centradas sobre territorios en los que se concentran numerosas carencias estructurales y de derechos y se realizan operativos de seguridad para mantener controlado el intercambio entre diferentes zonas, en una supuesta protección de unos ciudadanos frente a otros. En general en ese enfoque las carencias sufridas por los habitantes de las villas no son entendidas como una vulneración a sus derechos, sino como una fuente de amenazas que se irradian al resto de la sociedad.

Se ha señalado que cabe cuestionar por qué las políticas más violentas del aparato estatal se concentran en los eslabones de las redes delictivas integradas por los sectores más vulnerables, que son al mismo tiempo los que tienen menor capacidad de acceso a la justicia, así como a otros bienes y derechos, y que, a su vez, constituyen los recursos humanos más fácilmente intercambiables y explotados por quienes organizan las redes ilegales. El trabajo de la justicia y las agencias de seguridad deben conducirse hacia los puntos más privilegiados y con mayor capacidad de acción de esas redes delictivas.

Loïc Wacquant señala que: “el Manhattan Institute organiza a principios de la década del noventa una conferencia y posteriormente publica un número especial de su revista *City* sobre la calidad de vida”⁴⁴.

⁴⁴ Wacquant, Loïc. **Los condenados de la ciudad**, pág. 192

Su idea fuerza es que el carácter sagrado de los espacios públicos es indispensable para la vida urbana y, a contrario, que el desorden en que se complacen las clases pobres es el terreno nutricio natural del crimen”.⁴⁵ Entre los participantes atentos a ese debate estaba Rudolph Giuliani, quien va a extraer temas para su campaña política de 1,993 y que luego reconocería su deuda intelectual con el Instituto. Y los principales directores de la política policial y judicial, que pronto van a hacer de Nueva York el escaparate mundial de la doctrina de la “tolerancia cero”, dan a las fuerzas del orden carta blanca para perseguir agresivamente a la pequeña delincuencia y expulsar a los mendigos y los sin techo a los barrios desheredados.

Baratta señalaba que “los mecanismos discriminatorios en la administración de los derechos fundamentales a favor de ciudadanos respetables y a costa de los excluidos (inmigrantes, desocupados, indigentes, toxicómanos, jóvenes marginados, etc.) condicionan una reducción de la seguridad jurídica que, a su vez, alimenta el sentimiento de inseguridad en la opinión pública”.⁴⁶

¿Cómo explicar que aunque la tensión entre derechos humanos y seguridad se demuestre falsa en los hechos, prefiera ser sostenida en las acciones y discursos? Se trata de opciones políticas y de tradiciones institucionales de contenido autoritario, decisiones que tienen un fuerte significado simbólico que marca el lugar que la ley, los derechos humanos y los actores, otorgan a la construcción cotidiana de la convivencia en democracia y es falso que estén condicionadas sólo por los resultados concretos en materia de hechos delictivos.

Dentro de esta trampa entre derechos y delitos, no parece existir rebaja en la cantidad de estos últimos que sea suficiente para canalizar los reclamos por mayor seguridad asociados a una restricción de los derechos ciudadanos.

⁴⁵ **Ibid**, pág. 193.

⁴⁶ www.gencat.net/interior/epc/revista/epc_revista0201 (23 de enero de 2008).

Existe una demanda de protección relacionada con el aumento de la inseguridad de la población, El aumento real o ficticio de la criminalidad o el simple aumento de las noticias acerca de la misma ha generado una demanda de seguridad, que puede dar lugar a la adopción de medidas erróneas y aisladas de política criminal y orientarse a buscar soluciones autoritarias que generan un estado de policía y socavan el estado de derecho. Ese reclamo del ciudadano de vivir en paz y con seguridad es comprensible, pero el mismo puede incrementarse, precisamente, por las respuestas violentas y erráticas y por la ausencia de una política racional y coherente.

4.5 Instituciones de estado y política criminal

El sentimiento de seguridad o de inseguridad y la propia seguridad de los ciudadanos se constituye o se destruye diariamente por la propia conducta de quienes conforman todo el sistema penal. Y su solución no pasa por una represión indiscriminada, propia de los estados autoritarios o policíacos, sino que se edifica a través de la seriedad de las investigaciones, principalmente aquellas referentes a hechos de gravedad, que permitan dar satisfacción a las víctimas, así como a través del respeto de los derechos individuales básicos. Conforma también la seguridad el hecho de que los ciudadanos puedan tener la tranquilidad de no ser detenidos arbitrariamente, de no recibir imputaciones infundada, de no ser privados de la libertad sin fundamento y de que, en caso de serlo, la justicia rápidamente responda a cualquier atropello, defendiendo las garantías que posibilitan vivir en un Estado de Derecho. No se contribuye al sentimiento de seguridad con la captación de chivos expiatorios que sean presentados como responsables a fin de brindar una alucinación de esclarecimiento de un hecho, montado una puesta en escena que se presente como si se hubiera realmente esclarecido.

Es necesario el diseño de una política criminal democrática, con objetivos de corto, mediano y largo plazo y manteniendo las políticas a través del tiempo. Los cambios que han sucedido ligados a los cambios de gobierno entre políticas de control del accionar policial y las llamadas políticas de mano dura, produce efectos al interno de la

policía, como también hacia la comunidad, porque fruto de las sucesivas interrupciones de la legalidad y la Constitución, producto de golpe de estado durante una gran parte del pasado siglo, se ha introyectado como pauta la solución de los conflictos a través de una respuesta violenta. Algunas respuestas han ido reafirmando esa pauta cultural de la solución violenta y entonces la población cae frecuentemente en el discurso del endurecimiento de la respuesta penal con la idea de que esa es la solución. Así se contribuye a reforzar la idea en la población de que la respuesta represiva es la adecuada, lo que fomenta la cultura de que sólo la represión resulta pertinente para la solución de los conflictos. Se refuerza asimismo la idea de que la defensa de las garantías constitucionales resulta contraproducente para el funcionamiento del sistema y de su eficiencia, como si las garantías resultaran ajenas al sistema democrático.

En nuestro país ya hemos asistido, en distintas épocas, a la sanción de leyes que incrementaban considerablemente las penas, restringían la libertad durante el proceso y creaban nuevas figuras penales, pese a lo cual no influyeron en el fenómeno delictivo. La experiencia ha demostrado que ningún problema se ha solucionado ni mejorado, sino que, por el contrario, se ha agravado. Además resulta peligroso porque, ante el fracaso de leyes que sin reflexión alguna se sancionan, se incrementa la disconformidad de la población con las instituciones, con el consiguiente deterioro del Estado Democrático, pues se lesiona el Estado de Derecho cuando sus instituciones aparecen como incapaces de solucionar en forma racional los problemas.

El tema de la seguridad y el fenómeno criminal deben ser objeto de enfoque a través de políticas de Estado permanentes, consensuadas y racionales, enfocándose la política criminal como una política de estado racional, coherente y consustanciada con los derechos fundamentales.

Así como la seguridad de los ciudadanos es en sí misma una cuestión que hace a sus garantías, y no un límite a éstas, las garantías ciudadanas no remiten solamente a los derechos individuales, sino también a la dimensión social de la ciudadanía. Lo que se requiere es una profunda articulación con otras políticas sociales a diferentes niveles de

gobierno. Esto no significa una referencia genérica a políticas de inclusión social y bienestar, sino a acciones que permitan intervenir de modo concreto sobre los modos de la convivencia y proporcionar recursos para el mejoramiento de la calidad del lazo social, como, por ejemplo, las políticas tendientes a una resolución alternativa y pacífica de aquellos conflictos que habitualmente encuentran soluciones autoritarias y violentas, ya sea violencia entre ciudadanos o requerimiento de intervención de la violencia estatal.

La implementación de mecanismos participativos y autogestionados de resolución de conflictos en barrios con altos índices de violencia es un mecanismo eficaz tanto para una resolución democrática y pacífica de los conflictos, como también para promover la reconstrucción de vínculos sociales que la exclusión económica y social deterioraron. En tal sentido se pone como ejemplo la experiencia piloto de los Foros de Convivencia desarrollados en el marco del Proyecto Comunidades Justas y Seguras de la Universidad de Rosario en Argentina y la Universidad de Toronto constituidos en barrios de extrema pobreza de la ciudad de Rosario. Los Foros de Convivencia, al brindar un modelo monitoreado de abordaje de conflictos interpersonales y de las condiciones genéricas que los producen a poblaciones excluidas del acceso a este tipo de alternativas, evitan la criminalización de conflictos, reducen la intervención de las instituciones de seguridad y la violencia institucional ejercida sobre la población y restituyen capacidades de autogobierno. De este modo, se promueve otra cultura de resolución de conflictos y se establecen vías de sostenimiento de la convivencia distintas a las que producen y sostienen la interacción entre las fuerzas de seguridad y los sectores sociales estigmatizados a través del uso de la fuerza.

En síntesis, la atención debe estar puesta, entonces, en la construcción de un sistema de justicia que respete las garantías y que para ello se dé las instituciones adecuadas redefiniendo las actuales. No debe optarse por un sistema de justicia penal que funcione sobre la base de la respuesta punitiva como primera y única opción, ya que la justicia penal no es un instrumento para resolver problemas sociales. La eficiencia no es incompatible con la construcción de un sistema de resolución de conflictos que

trabaje básicamente en el resguardo de los derechos de las personas involucradas y no centrada en la persecución del otro. El Incremento de la respuesta punitiva no conduce a buenos resultados, en cambio la adopción de instituciones que mejoren tanto el servicio de justicia, como la actuación de las agencias del poder ejecutivo y el cumplimiento de las penas muestra otro enfoque al tema de la seguridad y, además, brindará mayor eficiencia.

Estamos entonces ante un enfoque, que concibe que un plan integral debería contemplar políticas activas de recuperación de ciudadanía y de inclusión social, debiéndose abordar los problemas vinculados con la seguridad ciudadana y el sistema de administración de justicia desde una perspectiva más amplia, contemplando medidas sobre distintos temas y abarcando políticas pensadas para implementarse a corto, mediano y largo plazo, como también proyectando las instituciones adecuadas y mejorando los sistemas procesales y de cumplimiento de las penas.

Se debe reflexionar sobre los criterios básicos de una política criminal a fin de construir un modelo jushumanista, una política criminal autolimitada, que no sea expansiva y que deje lugar para la aplicación de otro tipo de políticas. En un sistema democrático el poder penal debe ser utilizado como última ratio, debe tener límites. La política criminal debe ser integrada y coherente en todos los sectores del sistema penal. Antes de las reformas de las leyes se necesitan decisiones acerca de qué política criminal se va a diseñar y qué objetivos se propone. Si la decisión es diseñar una política criminal que se adapte a un Estado Democrático de Derecho, los principios ínsitos en éste deben ser aplicados a todas las leyes que se diseñen en ese marco sean de prevención, penales, procesales o penitenciarias. No hay que pensar que solo el derecho penal forma parte de la política criminal, lo mismo sucede con el proceso penal y también forman parte de ella otros métodos como el control de armas, el alumbrado, la organización de la prevención a través de la policía y otras medidas.

La inseguridad también se construye cuando la ley no se percibe vigente debido a la impunidad, cuando la persecución penal resulta ineficaz. Precisamente la impunidad es

otro de los temas internalizados y contribuye al sentimiento de inseguridad, porque existe impunidad para las conductas delictivas de los sectores vinculados al poder. También existe la idea de la ineficacia de la justicia. Es preciso entonces diseñar reformas que hagan a una mayor efectividad del funcionamiento de la justicia. Y no se llega a ello con el mero aumento de las penas o las restricciones a la libertad durante el proceso. Por otra parte hay que analizar el concepto de violencia, precisamente la política criminal debe tener como propuesta la racionalización de la violencia social.

Una política criminal democrática debe enfatizar también en la prevención y ésta está fuera de los alcances del derecho represivo. La formulación de normas penales es uno de los instrumentos de la política criminal, pero no es el único, junto a ello también están las formas procesales, la organización de la justicia, su rapidez, su transparencia, la prevención, la reforma policial, la articulación con otras políticas de estado y el desarrollo de políticas sociales, que también es una de las dimensiones a tener en cuenta al diseñar políticas de seguridad integrales. “Lo que se requiere es una profunda articulación con otras políticas sociales a diferentes niveles de gobierno (nacional, provincial y local), referida a acciones que permitan intervenir de modo concreto sobre los modos de la convivencia y proporcionar recursos para el mejoramiento de la calidad del lazo social”.⁴⁷

4.5.1 La justicia

Debe considerarse que actualmente el sistema de justicia penal sólo tiene capacidad para intervenir en los casos de delincuencia tradicional (homicidios, hurtos, robos), pero no tiene capacidad real para investigar los casos de mayor complejidad (corrupción, atentados terroristas, lavado de dinero, etc.). El sistema de justicia penal no tiene ninguna capacidad de investigación, ya que en los hechos es la policía la que investiga y los tribunales reviven los resultados de la investigación policial. Y esto sucede con el juez instructor, como también con los fiscales donde se ha implantado el sistema

⁴⁷ Ibid.

acusatorio sin dotarlo de los medios necesarios para su funcionamiento. El cambio de sistema no tiene sentido si, en la práctica, se limita a reproducir la investigación policial, siguiendo la estrategia dejada por ésta.

Una reforma debe establecer un poder de investigación con capacidad real para investigar los delitos, que utilice los instrumentos del estado de derecho, por ende que sea respetuoso de los principios constitucionales, de la dignidad de la persona y sometida a controles. Debe reformarse el sistema de investigación y la estructura de proceso. A la par debe dársele mayor protagonismo a la víctima y reformular el régimen de la acción penal e introducir el principio de oportunidad, la conciliación y la reparación como causas de extinción de la acción, como también a través de la privatización de las acciones, debe reformularse el proceso, desburocratizándolo y buscando mecanismos para limitar su duración. En este sentido, una reforma integral debe apuntar, sobre todo, a abandonar las lógicas de trabajo tradicionales eminentemente burocráticas y las estructuras físicas y corporativas. Asimismo, deben estar orientadas básicamente a la transparencia en la función, a la creación de controles y a la participación ciudadana en la toma de decisiones referidas a estas políticas.

4.5.2 La agencia policial

En la acción penal la policía se debe ceñir de modo estricto al principio de la legalidad el cual implica el respeto del derecho a la vida, a la integridad personal, a las garantías a la libertad personal y a las propias al debido proceso judicial. La policía no puede hacer uso de un poder propio.

Una de las principales características que distinguen al estado de derecho es la sujeción de los funcionarios públicos a un conjunto de regulaciones legales precisas que tienen por objeto garantizar a los ciudadanos sus derechos frente a posibles actuaciones arbitrarias de los agentes estatales. Además deben existir mecanismos para prevenir las infracciones, hacer efectiva la responsabilidad de los infractores y existir controles adecuados.

El sentimiento de inseguridad se puede incrementar independientemente del aumento de la criminalidad, puede darse una disminución de delitos sin que ello se refleje en el sentimiento de inseguridad. En realidad éste está también relacionado con la idea de impunidad, con la desconfianza hacia la policía debida a los casos de corrupción policial o a la intervención de policías en hechos delictivos o por imputaciones inventadas o bien por una presunta liberación de zonas.

Discutir las instituciones de seguridad implica revertir la crisis que atraviesa el uso de la fuerza por parte del Estado, crisis cuya profundidad se expresa en distintos niveles. En primer lugar, el uso de la fuerza pública aparece como elemento que reproduce las lógicas de la violencia y la inseguridad más que como una herramienta capaz de intervenir eficazmente en la desarticulación de esas dinámicas para solucionar potenciales conflictos. En segundo lugar, las instituciones que administran la fuerza pública tienen grados altísimos de deslegitimación frente a amplios sectores sociales con quienes deberían interactuar a fin de proteger sus derechos. En tercer lugar, no se han desarrollado prácticas de gobierno y control de las instituciones de seguridad que las incorporen dentro de la institucionalidad democrática. Las investigaciones de opinión pública permiten dar cuenta de que, a los ojos de la población, la policía es fuente de inseguridad. En 1986, ya retornada la democracia, sólo el 25% de la población confiaba mucho o bastante en la policía. Aunque con altibajos, la confianza fue disminuyendo paulatinamente hasta llegar al 17% en agosto de 2001. En febrero de 2000, el 21% de la gente mencionó a la corrupción policial como una de las principales causas de la delincuencia. En abril de 2004, consultada sobre la forma más eficaz para combatir la delincuencia, el 34,8% de la gente respondió que se debe desarticular la asociación entre delincuentes y policías y políticos corruptos y; esto no se soluciona con el endurecimiento de las leyes o con el otorgamiento de mayores poderes a la policía, sino con el funcionamiento de la agencia policial dentro de los parámetros del estado de derecho, de la legalidad y resguardando los límites de la acción policial en relación con los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como combatiendo la impunidad frente a hechos delictivos o de corrupción policial.

Un aspecto problemático es la identificación que se suele realizar de la función policial con el mantenimiento del orden público, de la tranquilidad pública o seguridad ciudadana, concepto tradicionalmente entendido como una especie autónoma con valor propio, considerándose su protección como una cuestión diferente a la protección de los derechos individuales y que por ello resultan ser objetivos incompatibles.

Hay responsabilidad de las fuerzas de seguridad en la generación de altos niveles de violencia. Los principios rectores de la policía son la oportunidad, la racionalidad y la proporcionalidad y por más que dichos principios se incorporen a la normativa que rige el accionar policial, se evidencia su contradicción con rutinas institucionales que promueven el uso de las armas y que exigen una reacción policial en cualquier circunstancia, sin medir las consecuencias. Es necesario entonces fomentar en las instituciones profundos cambios culturales que permitan asegurar la efectividad de las modificaciones normativas.

Por otro lado hay otra concepción que pretende dar un sentido más amplio a la función policial, entendiendo que el papel policial en una sociedad democrática va más allá de la lucha contra la delincuencia, partiendo del hecho de que los problemas sociales que preocupan a la sociedad son, en una gran cantidad de casos, problemas sociales mucho más complejos, que no necesariamente se relacionan con la comisión de un delito y que por tanto normalmente no son resueltos ni por la policía ni por otras agencias estatales. Los instrumentos utilizados no son solo los del sistema penal que también se utiliza cuando resulta ser la respuesta adecuada, sino amplia gama de soluciones que van desde el fortalecimiento de los vínculos comunitarios y la auto-organización social hasta la coordinación con otras agencias estatales no penales.

En el marco de un estado democrático de derecho, el concepto de orden público no puede ser entendido sino como un concepto de carácter funcional, es decir que a través de la protección del orden público se debe perseguir el asegurar las condiciones para un adecuado ejercicio de los derechos humanos.

Para ello es necesario dotar a las agencias policiales de una serie de herramientas y de programas de formación y capacitación adecuados y, por último, supone el diseño de una serie de controles que garanticen a la población que la labor policial no generará conflictos con sus derechos individuales. Es necesario entonces, al estructurar una policía en el contexto de una sociedad democrática, establecer los controles suficientes, tanto de carácter interno como de carácter externo y un tercer nivel de control mixto, a través de entidades integradas por funcionarios policiales y por ciudadanos, que conozcan los reclamos presentados y fiscalicen la labor. El control efectivo de instituciones de seguridad requiere del funcionamiento de diferentes controles cruzados, el judicial, el administrativo, el político y el social. Resulta imprescindible rediseñar las áreas de control interno de las instituciones de seguridad, de modo tal de garantizar su efectividad y transparencia y su efectiva articulación con los mecanismos de control externo.

Tan importante como sancionar a los funcionarios que infringen la ley es modificar las rutinas que dan origen a estas ilegalidades y la cultura institucional que las promueven y fortalecen, tales como las detenciones arbitrarias, el armado de pruebas y el uso abusivo de la fuerza.

En cuanto a los controles externos, el clásico control en el contexto de los estados democráticos de derecho es el de los jueces, realizado al conocer en causas en que estén involucrados policías y una segunda categoría que se realiza básicamente por medio del control de la producción de pruebas, excluyendo aquellas obtenidas con infracción a garantías constitucionales, se trata de un análisis de la actividad investigativa traducido en la eliminación de las pruebas recolectadas fuera de los supuestos legales, lo cual también cumple una función docente a fin de promover un accionar que asegure la legalidad de las evidencias.

Ferrajoli afirma que: “podemos tener un proceso penal perfecto, pero será siempre poca cosa si el monopolio judicial del uso de la fuerza contra los ciudadanos no es absoluto y si existe una fuerza pública que actúa sin vinculaciones legales. El caso límite y

dramático se plantea cuando esa divergencia entre el nivel normativo de la legalidad y el efectivo de la realidad alcanza la forma terrible que han vivido los regímenes militares de América Latina. “Pero también en los ordenamientos que respetan formalmente el principio de legalidad, el monopolio legal y judicial del uso de la violencia puede resultar burlado por los poderes paralelos que, en materia de libertades, concede la propia ley a las fuerzas de policía”.⁴⁸

Se ha señalado que es necesaria una división interna marcada entre las funciones preventivas y las de investigación, que es necesario la creación de cuerpos especializados para la función de persecución penal y de aquellos de la policía de seguridad, con capacitación específica.

La protección de los derechos humanos y el control de la violencia policial no son un obstáculo para el desarrollo de políticas de seguridad eficientes sino, más bien, una condición para ello.

4.5.3 El sistema penitenciario

El crecimiento de la población penitenciaria, que ha sido general en América Latina, se ha explicado a partir de dos grandes argumentaciones 1) como resultado de que hay más delitos, es decir, como indicadores de criminalidad y 2) como resultado de factores o decisiones de tipo político, no siempre ajustadas a la realidad del fenómeno criminal, raramente apoyadas en información científica y con frecuencia producto de ocurrencias de la pequeña política, que culminan en hechos como la “ley de los 50 años” o los aumentos de delitos conminados con penas perpetuas o bien en la propuesta de bajar la imputabilidad penal de los menores.

Los aumentos de penas o las restricciones a la libertad durante el proceso llevan a que las cárceles funcionen como presotecas, es decir que la mayor parte de la población se

⁴⁸ **Ibid.**

encuentre a la espera del juicio y la menor parte sean los condenados, cuando ello debiera ser exactamente al revés. De acuerdo a la Constitución toda persona es inocente hasta que una sentencia firme lo condene; conforme a ello la norma debiera ser la privación de libertad como resultado de la condena, sin embargo la prisión preventiva durante el proceso se ha transformado en la regla y la libertad en la excepción, a través de la regulación de la misma que hacen los códigos procesales.

Tal uso de la prisión preventiva ha llevado a la superpoblación carcelaria a tanto que la mayoría de los presos no son condenados, sino que están a la espera de juicio, lo que se solucionaría regulando la detención preventiva como se establece constitucionalmente, no pudiendo emplearse para ello criterios materiales, propios de las penas, como tampoco criterios de alarma social o de impedir la reincidencia.

Roxin afirma que la prisión provisional tiene una naturaleza puramente cautelar por lo que es cuestionable, tanto del punto de vista jurídico-constitucional como desde el punto de vista político-criminal, introducir elementos extraños a esa naturaleza cautelar, no pudiéndose utilizar como arma en la “lucha contra el delito” o para restablecer el sentimiento de seguridad ciudadana. Como dice Muñoz Conde todos esos argumentos demuestran que, confesadamente o no, la prisión preventiva cumple “funciones reales” no compatibles con su naturaleza procesal y que la aproximan más a las funciones preventivas, generales y especiales, que sólo puede cumplir, cuando las cumple, la pena de prisión impuesta en una sentencia firme, una vez constatada la culpabilidad del acusado en el correspondiente proceso. El restablecimiento del orden jurídico violado, o de la confianza y la seguridad ciudadana, la prevención de futuros delitos o de la reincidencia, la eliminación de la alarma social, la ejemplaridad o la intimidación general, etc., son fines, si bien discutibles, asignados a la pena, pero la prisión preventiva nunca puede ser “pena a cuenta” o pena anticipada.

La detención preventiva, como excepción a la libertad durante el proceso, debiera aplicarse en casos excepcionales y fundada sólo en la posibilidad que se entorpezca la investigación supuesto solo posible cuando recién se comienza la misma o bien que

podiera eludirse la acción de la justicia. En su imposición siempre debe prevalecer el principio de emplear el medio menos lesivo, debiendo asimismo limitarse estableciendo plazos máximos, como también estableciéndose la obligación de los jueces de revisar su subsistencia periódicamente.

Cuando sancionan leyes restrictivas de la libertad, no sólo se contravienen normas constitucionales sino que no se piensa en la consecuencia que es la superpoblación carcelaria, sancionándose la ley sólo para conformar a la llamada “opinión pública” u opinión publicada.

Carranza señala que es un hecho comprobado que la criminalidad o las tasas de delito por sí solas no explican las fluctuaciones en las tasas de presos, que ambos grupos de factores el delito y las decisiones de tipo político se retroalimentan entre sí generando el aumento de las tasas penitenciarias. Existen numerosos casos comprobados de decisiones importantes de política criminal tomadas a partir de información equivocada, de falsas alarmas o exclusivamente sobre la base de juicios de valor discutibles.

Debe tenerse en cuenta que la situación carcelaria es una fuente permanente de conflictos, que debido a la crisis económica y a las necesarias restricciones presupuestarias que son su consecuencia, los lugares de detención no pueden cumplir con las condiciones necesarias para un ser humano.

En tal sentido, a fin de no propiciarse pseudo soluciones que no pueden llevarse a la práctica por razones presupuestarias y aprovechar al máximo los actuales recursos, tanto económicos como humanos, debe analizarse también con qué contamos para optimizar el funcionamiento de todo el sistema. Debe plantearse claramente que la privación de libertad resulta muy cara, tanto desde el punto de vista económico como en el humano en la relación costo-beneficio. Es sabido que la privación de libertad es muy cara para el estado y que la hipertrofia del sistema penitenciario tiene un elevado costo. Hay que preguntarse si la construcción de más cárceles ayudará a la solución de los problemas o si ello implicará la elevación de los costos sin el consiguiente beneficio y

con la posibilidad que, en un tiempo más o menos próximo y con las nuevas cárceles nuevamente superpobladas, el problema volverá a tener vigencia. Y ello porque a mayor capacidad carcelaria solo crecerá el número de presos que el sistema de justicia provee, pero no mejorará el funcionamiento del sistema.

La cárcel es muy costosa para la sociedad. Es costosa, ante todo, en términos de pérdida del recurso humano y también es muy costosa en términos financieros, pues el gasto de recursos en las prisiones proviene de las finanzas públicas. Muy importante también es que no hay evidencia real de que los gastos masivos en prisiones valgan su costo en dinero. Las prisiones proveen de una protección muy limitada, pues el nexo entre los niveles de encarcelamiento y los del delito es muy débil, siendo bastante difícil probar que las altas tasas de encarcelamiento conduzcan a niveles bajos de delitos.

Si el principal objetivo del sistema de justicia penal es reducir la amenaza a la seguridad pública, entonces sería mucho mejor concentrarse en la prevención del delito, en lugar de castigar un número relativamente pequeño de delincuentes que son apresados.

Desde la perspectiva del costo-beneficio humano, también la privación de libertad es muy cara. Actualmente, a casi tres siglos de funcionamiento de la privación de libertad, se ha comprobado que la misma puede agravar los problemas del prisionizado, producir el apartamiento de los lazos familiares, laborales y comunitarios o bien su pérdida, además de constituir una suerte de escuela de aprendizaje delictivo. Si es cierto, como se ha comprobado a través de estudios empíricos, que quienes han estado en institutos de menores integrarán las cifras de población carcelaria adulta, que quienes han estado en prisión vuelven a cometer delitos, ello nos revela que el fin declarado para el cual debería funcionar el sistema penitenciario no se cumple, sino que se agrava la perspectiva futura por el estigma que implica el haber estado en prisión y por la mencionada pérdida de los lazos comunitarios, debido también a la ausencia de solidaridad que enfrenta quien egresa de la cárcel, aun cuando lo sea porque fue sobreseído o absuelto, expresada en la conocida frase por algo será (por otra parte tan tristemente conocida a través de la última dictadura militar), que nadie le devuelve a

quien estuvo preso el buen nombre del que gozaba antes, pese a que ello se declare cuando se lo sobresee o debiera primar para quien ha sido absuelto.

En el 7º Congreso de Naciones Unidas se señaló que los limitados recursos del sistema de justicia penal debían asignarse sobre la base de un estudio cuidadoso de los costos y beneficios que entrañan las distintas estrategias, teniendo en cuenta no sólo los costos directos e indirectos del delito, sino también las consecuencias sociales de la lucha contra él. Se afirmó que, a este respecto, hay que esforzarse constantemente por examinar el empleo de soluciones sustitutivas de la intervención judicial y la reclusión, entre ellas soluciones en que participe la comunidad, con lo que disminuiría el nivel de criminalización y penalización injustificadas y se reducirían sus costos sociales y humanos. También se afirmaba que al proteger los derechos humanos y promover la justicia social debe alentarse las políticas de justicia penal mediante el examen de medidas que sustituyan el encarcelamiento y las intervenciones judiciales. En el 8º Congreso de 1990 se recomendó a los países que establezcan técnicas para reducir al mínimo la intromisión del sistema de justicia penal en la vida de los miembros de la sociedad.

4.5.4 Participación y coordinación

Debe tratarse de movilizar las instituciones de la comunidad para la comprensión de la problemática y promover su participación, teniendo presente que la reacción solidaria es fundamental y que redundará en una importante contribución a la seguridad. En general la comunidad, frente al fenómeno criminal, sólo hace reclamo a los jueces o al estado, como si ese fenómeno no perteneciera a la sociedad y en cuya solución no se involucrara. Muchas veces la gente y los medios de comunicación reclaman a los jueces una mayor represión desconociendo que las resoluciones deben cumplir con las garantías y con los derechos humanos y que aquél reclamo redundará en su propia desprotección y, de modo esquizofrénico, cuando hay muertos en las cárceles se indignan y también reclaman al estado sin percibir la contradicción entre ambos reclamos, porque, precisamente, las cárceles están superpobladas y no pueden

resguardar ni siquiera la vida de quienes ingresan a ellas. Una respuesta sensata y de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos es la de que solamente debería encerrarse el número de personas para las que exista capacidad instalada y ni una persona más.

Dentro del diseño de una política criminal deben articularse todos los sectores. Hasta ahora ha existido el señalado reclamo de la población hacia las instituciones del estado y su no compromiso en la búsqueda de soluciones. Esto se ha dado por la ausencia de una política que involucre a todos. Asimismo, dentro de las agencias del Estado que se ocupan del fenómeno criminal, ha existido una tajante división que incluye distintos discursos y que lleva a que, en un enfoque esquizofrénico, se deslinden responsabilidades, adjudicándose los supuestos fracasos recíprocamente. Así la policía dice que la culpa la tienen los jueces porque liberan a quienes ellos detienen, adjudicándose así el rol de jueces y deslindando su responsabilidad en las investigaciones, a la vez que exigen mayores poderes autónomos y restricción de las garantías de los ciudadanos. Los jueces asignan responsabilidades a la falta de medios y a la ineficacia de la policía, al mismo tiempo frecuentemente no controlan el accionar de ésta ni le ponen límites y sus decisiones fluctúan, muchas veces influidos por los medios de comunicación, no resguardando a menudo los principios constitucionales de los que son garantes. El Ministerio Público reclama ser titular de las investigaciones, a la par que no ejerce su rol como parte en el proceso y como resguardador de las evidencias, desentendiéndose de la forma en que éstas son colectadas. Por su parte, el servicio penitenciario también reclama más recursos y asigna responsabilidad a los jueces que les siguen mandando presos, su actuación tiene las características de una fuerza de seguridad predominando la seguridad por sobre todo y produciéndose graves violaciones a los derechos humanos. Nadie en general, por otra parte, se hace responsable por la violación de los derechos que sucede en cada segmento.

Se ha dicho que la articulación permanente entre los órganos encargados de la justicia penal es una tarea compleja. No se ha desarrollado una orientación compartida entre

todos los actores comprometidos y más bien existe una ignorancia mutua tolerada, que está en el origen de múltiples contradicciones, ineficiencias y agravios al derecho a la justicia, de los cuales resulta el desarrollo de otros factores criminógenos, siendo los derechos humanos de la población su primera víctima.

Es por ello que una política debe contemplar la necesaria articulación entre todos los segmentos del sistema penal, asignando claramente sus roles y responsabilidades y, además, debe dar participación a los organismos de la comunidad tanto en el diseño, como en el funcionamiento y en la evaluación de las políticas y programas que se llevan a cabo.

La seguridad ciudadana involucra problemas básicos de la relación entre la sociedad y el Estado y también entre las personas. Por ello, resulta fundamental pensar y describir estos problemas en toda su complejidad, lo que implica cuestionar algunas descripciones que, por simplificar, no sólo ponen en riesgo la seguridad, sino también los derechos de los ciudadanos. Sólo una comprensión en el marco de esta complejidad puede tomar en consideración todos los derechos que están en juego, sin reducirlos a una dimensión meramente defensiva. Hacerse cargo del reclamo por mayor seguridad de un modo responsable significa otorgarle su real dimensión, resolverlo en un contexto de respeto por los derechos y no limitarlo a una demanda que busca solamente reducir el riesgo de que ciertos delitos ocurran. La negación de las múltiples facetas del problema solo conduce a la restricción y no a la protección de los derechos. Sorprende, en cambio, la insistencia de un discurso que pretende que, a diferencia del resto de las áreas de la gestión pública, la seguridad puede abordarse con soluciones simplistas y restringidas que sólo dependen de la voluntad de luchar contra el delito.

Zaffaroni plantea que, como presupuesto, un estado de derecho requiere de un cuadro de situación de su conflictividad social problemática, elaborado técnicamente y al margen de la manipulación arbitraria de datos por parte de las agencias que disputan poder y presupuesto, de lo contrario no es posible establecer estrategias y tácticas.

Expone que debe diseñarse una institución limitadora para salir de la estructura lógica de la emergencia continua, que genere un estado de derecho, la que requeriría de una capacidad técnica de investigación social y criminológica. Señala que no basta con relevar e interpretar los datos de la conflictividad registrada, los que sólo indican como opera el sistema, pero que en modo alguno dan idea de la magnitud y frecuencia de los conflictos sociales, que es precisamente lo que se necesita estimar, esto es, el volumen total de conflictividad (registrada y no registrada) aplicando técnicas de investigación mas refinadas (encuestas de victimización, de autodenuncia, etc.).

Así, partiendo del cuadro real de situación de la conflictividad social problemática, se puede establecer el orden de atención preferencial en razón de la gravedad y frecuencia de los conflictos y fijar las estrategias razonables de control y las tácticas adecuadas a las mismas, siendo prioritario que estas instituciones elaborasen programas de reducción de la violencia y de preservación de la vida humana. “Una política de control de la conflictividad particularmente la violenta no puede intentar reducir ni erradicar una abstracción como el delito, sino tipos de conflictos concretos, lo que requiere de tácticas controladoras muy diferentes y, por ende, la inversión de recursos específicos y diferenciados. Sin un orden racional, o razonable, de preferencias estratégicas la inversión presupuestaria se pierde en recursos atribuidos en razón de antojos o intereses. Es deber de cada Estado de Derecho decidir el número de presos que quiere tener en condiciones dignas”.⁴⁹

4.5.5 Excursus

Acerca de cómo el paradigma de mano dura es asimilado por sectores históricamente discriminados.

En los enfoques de género se plantea, en general, ampliar el poder punitivo del estado con el argumento de tutelar mejor a las mujeres, o bien con el fin alucinado de bajar los

⁴⁹ Mapelli Caffarena, Borja, **Las consecuencias jurídicas del delito**, pág. 78.

niveles de violencia doméstica que, hay que aclararlo, existen no solo en el ámbito familiar sino también en el ámbito social y, en lo que aquí nos concierne, en el ejercicio del poder punitivo. Así se afirma que una parte importante del esfuerzo destinado a luchar contra la violencia contra las mujeres está destinado a lograr la criminalización de determinadas conductas, por medio de propuestas de leyes o modificación a la normativa (nacional e internacional) existente. En este sentido, muchos países han realizado cambios en su legislación (en especial en sus códigos penales), donde se propone un nuevo enfoque en la tipificación de los delitos de violencia sexual cuyas víctimas son principalmente mujeres.

Partiendo de un planteo que pretende que la solución de los conflictos tiene su canal adecuado en la sede penal, al evaluar el tratamiento que, en la región, la justicia criminal da a los delitos de violencia sexual, el citado Informe destaca que, si bien varios países han modificado su legislación criminal y algunos han creado unidades especializadas de investigación, no parece existir hasta el momento un incremento significativo de las denuncias de estos casos de violencia sexual en la mayoría de ellos y que debido a eso “los diferentes delitos de violencia contra la mujer siguen constituyendo una porción muy marginal dentro de los casos que ingresan y son efectivamente tratados por el sistema de justicia criminal”. Es decir que se revela en tal planteo la idea que, al tipificarse determinadas conductas, se produciría un incremento de las denuncias y su tratamiento en el sistema de justicia criminal, desconociendo el real funcionamiento del mismo y que el ingreso de cualquier delito al sistema de justicia está regido por otros parámetros.

Por otra parte y desconociendo que el sistema de justicia penal sólo puede intervenir cuando se trata de conductas previstas previamente como delitos de acuerdo al principio de legalidad, se sostiene que en los casos de violencia intrafamiliar la incorporación de la perspectiva de género debiera manifestarse en la creación de unidades especializadas en violencia de género, más allá de cuál sea su tipificación legal específica. Es el tratamiento práctico diferenciado de todos los casos y diferentes tipos de delitos que importen violencia contra las mujeres, y no su tipificación legal, lo

que puede mejorar el abordaje judicial y de investigación de la violencia contra la mujer, proveyendo mejores soluciones más respetuosas de los derechos de las mujeres víctimas. Ello desconoce que, precisamente, en un Estado de Derecho lo fundamental es la tipificación legal, de no ser así el caso no puede entrar al tratamiento de la justicia penal y que los otros casos, los que no están tipificados, serán conflictos ajenos al sistema penal.

De otra parte se registran otros planteos de género también incluidos en lo que podríamos denominar “paradigma de mano dura. Así se afirma, en relación con la violencia intrafamiliar, que ésta también puede consistir en omisiones reiteradas del cuidado debido, insultos, presiones psicológicas o daños económicos. Es decir que el derecho penal se considera una vía eficaz para solucionar la violencia o los conflictos familiares. Además el término violencia se utilizaría como cajón de sastre al que iría a parar cualquier hecho conflictivo, de cualquier entidad, que suceda al interno de una familia. Y todo ello aplicado por operadores y operadoras que tienen introyectado el estereotipo de mujer, que no se puede cambiar a través del derecho penal. Ello también omite considerar que la autora de esos delitos puede ser también una mujer, ya que la criminalización primaria, y la secundaria, no repara en diferencias de género. Por lo cual imagino a una mujer procesada por no plancharle las camisas al marido y no cualquier mujer sino la que viva en un barrio pobre, o aquella que, por tener que trabajar, no proporcione lo que un juez considere, desde su perspectiva de clase, lo que constituye cuidado debido.

Asimismo, en relación con los delitos culposos, se critica desde el feminismo que tengan previstas penas menores, por el hecho de que muchos de estos delitos lesionan a mujeres, propugnando que, cuando haya violencia en la familia o contra mujeres o niños, se evite la excarcelación. Esto sólo puede sostenerse desde los actuales discursos de ley y orden.

Se propugna también que se presuma la legítima defensa para los delitos sexuales, es decir parecería que se quisiera promover justicieras o justicia por mano propia por parte

de las mujeres, precisamente cuando, desde un derecho penal garantista, se aconseja acabar con toda presunción de defensa, tratándose de impedir que se realice una interpretación extensiva de la legítima defensa a fin de evitar, precisamente, casos de justicia por mano propia.

En lo referente a las normas de procedimiento, respecto de las pruebas, pareciera apoyarse el uso de las instituciones de emergencia como algo positivo en términos de protección de mujeres, considerándose que las libertades fundamentales limitan o impiden la persecución de los delitos cometidos en el ámbito privado. En tal sentido es el enfoque que se hace con relación a la prueba al criticarse la legislación cuando exige que el delito esté debidamente probado o bien planteando la inversión de la carga de la prueba cuando las víctimas sean mujeres.

Los delitos sexuales tienen un período más largo de tramitación que otros delitos, lo que por la naturaleza del delito y las dificultades de investigación, pero además parece ser que hay otros factores que estarían dificultando la resolución de estas causas, como por ejemplo, la dificultad para obtener peritajes, la inseguridad de los fiscales para ir a juicio hasta no tener lo que ellos consideran pruebas suficientes, que en muchos casos sería imposible obtener. Se desconoce que en cualquier delito el Fiscal no va a juicio hasta no tener pruebas suficientes y esto forma parte del diseño constitucional, ya que de lo contrario se lesionaría el principio de inocencia.

Asimismo el Informe destaca que, si bien con el sistema acusatorio la prueba se ha flexibilizado no exigiéndose como determinantes la prueba del desfloramiento de la mujer o los rastros de la violencia física, sin embargo también se han elevado las exigencias respecto a la cadena de custodia y legalidad de las pruebas y a la credibilidad de los testigos (que son contra interrogados por la defensa en el juicio, y cuya credibilidad y veracidad, así como la legalidad y verificación en el proceso de obtención y conservación de las pruebas también son objeto de los debates orales y pueden implicar la desestimación o no de un caso determinado). Esto revelaría que lo que se espera en este tipo de juicios es un proceso contrario a los Tratados de

Derechos Humanos, pues se considera un obstáculo el resguardo de la legalidad de las pruebas, su necesaria producción en el juicio oral o el derecho del imputado y su defensa a interrogar a los testigos, acercándose tal planteo a un enfoque inquisitorio correspondiente a un estado autoritario. Se trata de una pretensión de suprimir determinadas garantías, constituyendo una suerte de interpretación “sui generis” o antojadiza de la acción positiva, que plantea dejar sin efecto derechos humanos, como el principio de inocencia, la inversión de la carga de la prueba y la derogación del principio de la duda, supuestamente para favorecer de ese modo la posición de la mujer denunciante.

De igual modo, con relación a los delitos constitutivos de violencia en relaciones de poder, se requieren la existencia de medidas de auxilio, preventivas o cautelares, que impidan que sigan las agresiones, propugnándose una amplia intervención dentro del domicilio familiar por parte de los agentes del poder público o bien amplias facultades de intervención para entrar a un domicilio donde fuera evidente la comisión de actos de violencia. Esto es el estado de emergencia frente a la violencia familiar, ante la cual se pretende que retrocedan todas las garantías y los principios de los instrumentos de derechos humanos.

De otra parte no se piensa en el efecto iatrogénico de muchas de las propuestas, más allá de su evidente inconstitucionalidad. En tal sentido, debe manejarse con mucho cuidado la proposición de reformas que se consideran discriminatorias en razón del género, pues muchas veces la derogación de algunas figuras redundan en contra las mujeres. Así sucedió en Argentina con el delito de infanticidio, que fue derogado por reclamo de organizaciones de mujeres; la consecuencia de ello fue que, no existiendo ya la atenuante, las mujeres que maten a su hijo para “ocultar la deshonra” reciben ahora reclusión perpetua, mientras que con la norma derogada la pena era de un máximo de tres años, resultando que, por tal derogación la madre que mata a su hijo o que lo abandona, bajo determinadas circunstancias que reducen su ámbito de autodeterminación, resulte penada más gravemente. En su lugar debió verse de qué forma la norma en cuestión podía redactarse de modo de atenuarlo en función de

circunstancias objetivas o bien subjetivas que no respondieran estrictamente a la defensa de la honra familiar. Esta derogación no favoreció el interés de las mujeres.

Asimismo, en mi país se efectuó una reforma al régimen de los delitos contra la integridad sexual que nada solucionó, sino que agravó los problemas. El problema más grave de la reforma consistió en haber cristalizado un modelo profundamente represivo, cuyo objeto sólo mantiene su atención en aplicar severas sanciones represivas a un grupo reducido y determinable de agresiones sexuales y con una redacción en los tipos que, por su vaguedad, lesiona el principio de legalidad. Y su resultado ha sido nulo, como podía preverse. Por otra parte, en la reforma nada dijo el legislador respecto a mecanismos efectivos de protección de las personas victimizadas en hechos de agresión sexual, olvidando por completo regular mecanismos de protección de los derechos de la víctima de agresiones sexuales en el marco del procedimiento penal, insistiéndose en elevar la respuesta represiva sobre los agresores y dejando en el camino principios y garantías fundamentales y estructurantes del Estado Constitucional de Derecho.

En el mismo sentido hace poco tiempo se ha propuesto un proyecto de ley que crea un Registro de violadores, en el que se conservarían fotografías, datos personales e información genética de personas condenadas por delitos contra la integridad sexual. Sin dato objetivo alguno que justifique tales aseveraciones la prevención de estos delitos se obtendría, de acuerdo a éste proyecto, poniendo en conocimiento de toda la comunidad cierto tipo de antecedentes penales de personas que nuestro ordenamiento jurídico define como sujetos plenos de derecho. Habría que preguntarse si, con ese razonamiento, la comunidad no tiene el mismo derecho respecto de los torturadores, de los autores de hechos de corrupción, de los autores de privaciones ilegales de libertad, de los apropiadores de menores, de los homicidas, etcétera, etcétera. Más allá de la flagrante contradicción de estas medidas, propias de un derecho penal de autor, se debe tener en cuenta que, si se trata de prevenir, atribuirle legalmente a una persona condenada por un hecho concreto la calidad de agresor o delincuente, en el mejor de los casos, actuará como un incentivo para la reincidencia.

Asimismo, existen proyectos de modificación al Código Penal, con nuevos tipos penales que traen conductas totalmente abiertas, siendo que, del punto de vista constitucional, un proyecto debe escribir minuciosamente las conductas, porque podemos llegar a una propuesta en la cual delito sea lo que hiere los sanos sentimientos del pueblo o, lo que hiere los sentimientos de género. No es que se discuta la importancia del problema de la violencia sexual o doméstica, las críticas que se hacen se encuadran en los principios constitucionales, en el sistema de derechos humanos, el que por lo menos limita el poder punitivo del Estado.

Tal enfoque llevará sin duda alguna, a atacar de inconstitucionales aquellas normas penales que sean violatorias del principio de igualdad y de no discriminación, en la medida en que, por consideraciones de género, vulneren algunos de esos principios. En tal sentido recientemente en España se ha planteado la inconstitucionalidad de una figura que prevé, para la misma conducta, penas distintas de acuerdo al género. Así una jueza de Murcia presentó por segunda vez un recurso ante el tribunal constitucional contra la ley de violencia sexual, sancionada en España a fines de 2004, que castiga más severamente a los hombres que a las mujeres. Esta jueza ya anteriormente había puesto en cuestión la constitucionalidad del principio de discriminación contenido en la ley integral contra la violencia de género y posteriormente lo hace respecto de la caracterización de las amenazas de muerte, las que cuando son cometidas por un hombre constituyen un delito castigado con prisión, mientras que cuando la autora es una mujer sólo constituye una falta. La Jueza señaló que la prevención general no justifica, por sí sola, una diferencia de trato en sede penal por razón de sexo, absolutamente insólita en derecho comparado y en el derecho penal español de décadas recientes.

En el mismo sentido, una catedrática de Derecho Penal española, Mercedes García Arán, ha expresado que la ley integral contra la violencia de género es una buena ley, pero ha caído en modificar por enésima vez el Código Penal agravando las penas, cuando ya eran muy graves y ya se había demostrado que, ante una patología social como la violencia sexista, la gravedad de las penas no detiene a los maltratadores.

Evitando, pues, los maniqueísmos, de lo que se trata es de saber si una ley que nace para compensar la discriminación de la mujer cae o no en la discriminación de los hombres. Se pregunta si es razonable que la ley penal trate desigualmente, en general, a hombres y mujeres, señalando que una discriminación positiva en políticas sociales dirigidas a compensar la discriminación social y profesional de una mujer admite la constitucionalidad, pero que no es admisible llevarla al derecho penal, porque las penas deben ser proporcionadas a la gravedad de los hechos y ésta depende del derecho lesionado, no de la repetición del delito.

No veo fundamento razonable en considerar de mayor rango la salud y la integridad física de la mujer, y cuesta creer que lo vea el movimiento feminista, curtido, precisamente, en la defensa de la igualdad. La frecuencia de delitos con víctima femenina revela un problema social sobre el que hay que intervenir de muchas maneras y por eso es buena la ley integral, pero no puede llevar a una discriminación de la protección penal de los derechos en función del sexo, aunque sea positiva para la mujer, concluyendo que. Un derecho penal justo es un derecho proporcionado e igualitario. Y el valor de la justicia no debe rebajarse para tranquilizar la alarma social que, con toda razón, genera la violencia sexista. El movimiento feminista tiene una historia gloriosa porque lucha por los derechos de la mitad de la población, pero no puede entrar en contradicción con lo que defiende, infravalorando los derechos de la otra mitad.

Las consecuencias entonces están a la vista y un sector que ha sido tradicionalmente discriminado no puede, a su vez, impulsar normas discriminatorias.

Deben cuidarse sobremanera las consecuencias de los planteos que se formulan de parte de los movimientos de quienes son víctimas de delito y este cuidado también debe adoptarse por los movimientos de mujeres. Así se ha señalado que, mediante el proceso de “politización de la víctima”, el movimiento por los derechos de la víctima adoptó una posición decididamente conservadora, señalándose que como resultado, los “derechos de la víctima” han producido una estructura emergente de derecho penal

y procesal penal que se asemeja notablemente al modelo del control del delito tan opuesto al pensamiento liberal. Basados en un concepto simplificado de víctima y un concepto inarticulado de derechos, los cambios en el procedimiento penal propuestos o desarrollados por el movimiento por los derechos de la víctima son los mismos cambios defendidos por los conservadores durante largo tiempo. Irónicamente, esos cambios pueden hacer poco a un para la restringida categoría de víctimas que dieron significado al símbolo. Además, la manipulación simbólica de la víctima evitó exitosamente un debate más serio sobre cómo el proceso de la justicia penal debe ser estructurado y ocultó el carácter verdaderamente revolucionario de las reformas propuestas. Si las reformas tienen alguna relación con las víctimas, y si son deseables, son preguntas aún sin respuestas.

En general en los planteos de género de parte del movimiento feminista lo que se afirma como característica de género no es nada más, ni nada menos, que la descripción del funcionamiento del sistema penal para ambos géneros, es decir que para todos los que caen en el sistema penal, no es una variable de género. Este es el peligro de los análisis que tomen como variables de género circunstancias ajenas y más relacionadas con otras variantes, por desconocimiento de la violencia del poder punitivo. La violencia y la selectividad del poder punitivo se ejercen, más allá de las consideraciones de género, sobre los sectores más humildes de la población.

Si esto se desconoce la consecuencia es la imposibilidad de ver la variable económico social, para poder después distinguir dentro de estos sectores, que son los vulnerables al sistema penal, qué otros elementos se agregan en función del género.

Asimismo esos planteos parecen partir de la afirmación de la pertinencia de la respuesta penal, dándola por sentada dejando de lado la realidad del funcionamiento del sistema penal y la función real del mismo, más allá de los discursos que la encubren. Así hay planteos que se refieren a la función simbólica del derecho, afirmándose que la función del derecho y del aparato judicial se relaciona con los efectos que el discurso legal y las decisiones judiciales producen en el entramado

social, en cuanto a las representaciones individuales y sociales. Se considera que el derecho motiva comportamientos considerados deseables y que sería un mecanismo de resolución de conflictos, por medio del cual el estado enviaría mensajes a la comunidad acerca de cuales son las formas correctas de caracterizar las relaciones sociales, acerca de cómo debe comportarse, qué se espera de ella y cuales son sus derechos y obligaciones. Ello no es nada más que una ficción para cristalizar determinados valores sustentados desde el poder, que por ahora está en manos de los hombres.

La gravedad del enfoque consiste en no reparar en los medios para lograr un objetivo y esos medios consisten en el uso del poder punitivo del estado. La excepción a determinados principios del sistema de Derechos Humanos termina siempre en procesos oscurantistas en los cuales los presuntos beneficiarios en este caso el universo femenino no van a recibir ningún beneficio, solo la ruptura del sistema de garantías que llevaría a la violación de los derechos humanos, sin distinción de género. El fin no justifica los medios en el campo jurídico y de ello tenemos amplia experiencia quienes hemos vivido con gobiernos de facto o con dictaduras, que también justificaron los medios en función de los fines de enfrentar a un enemigo. No se trata de inventar nuevos enemigos internos en ningún plano pues ello nos aleja de la concreción de un verdadero Estado Democrático de Derecho y proporciona argumentos a los que apoyan el discurso de mano dura, que avanza en la medida que avanza la exclusión social. El razonamiento es el mismo que se ha tenido con la llamada subversión o bien en el discurso del llamado combate contra la droga. Es el razonamiento que lleva al desarrollo del estado policíaco y al desmedro del Estado de Derecho. Esto no puede ser propiciado por los sectores que históricamente han sido discriminados y que pretenden mejorar la condición de la mujer.

Para algunas posiciones la crítica al actual estado del sistema o a la realidad actual del sistema penal nos llevaría a reincidir en las mismas respuestas que tiene hoy día, endureciéndolas cuando la mujer es víctima y rechazando respuestas alternativas. El sistema no puede cambiarse porque es un sistema de utilización del poder punitivo y es

así en todas partes, de lo que se trata es de minimizar los efectos violentos del sistema penal. La doctrina penal trata de racionalizar para bajar la violencia del uso del poder punitivo. La función del Derecho Penal es la de limitar del poder punitivo violento del estado.

Las luchas de las mujeres han contribuido a enfatizar estos temas y a que pasen del ámbito privado al social; la puesta en discusión y la denuncia acerca de la violencia doméstica, de la violencia sexual, etc., los ha elevado a la categoría de problemas sociales, lo que ha redundado en mayor tutela o en extensión del control, aun como problema no querido. Esta puesta en la agenda pública del problema ha extendido lo institucional sobre la familia y la esfera privada. En este sentido la mayor tutela o el mayor control no significan que ello redunde en beneficio, sino que puede implicar un peligro mayor, debiendo armonizarse la desprivatización y puesta en la agenda pública del problema con la discusión de soluciones que no pasen por el tradicional enfoque represivo o de mayor control. En este sentido resulta ilustrativo lo sucedido en el ámbito de la infancia, en el que tradicionalmente las respuestas se dieron a través de una mayor tutela y de la abolición de las garantías, lo que implicó el endurecimiento de las respuestas, sin que ello tuviera como resultado solucionar los problemas y los conflictos y los niños y niñas fueron sus principales víctimas.

Cualquier respuesta o solución que se encare debe ser pensada no a partir de repetir viejos enfoques que planteaban la resolución de conflictos a través de la violencia del sistema penal, que es un modo de no darles solución salvo una alucinada y que ha llevado a oscuras épocas de nuestra realidad. Un enfoque de género debe plantearse la recuperación de la mujer como sujeto, su reconstrucción como persona, a partir de tener en claro el rol impuesto y no recurrir a los enfoques pensados tradicionalmente por los hombres como ejercicio de poder y, en este sentido, como ejercicio del poder punitivo.

Desde el movimiento feminista se tiene que impulsar un planteo alternativo del uso del derecho y del empleo del poder punitivo que tuvo éste desde su nacimiento. De modo

que no podemos repetir el mismo, sino que lo que el movimiento feminista puede aportar es otro enfoque que difiera del uso del poder punitivo tradicionalmente ideado y manejado por los hombres.

También cabe preguntarse, para quien es funcional la hipertrofia penal y el abandono de principios garantistas de derechos humanos: Será funcional para el movimiento feminista o para las mujeres o será funcional, precisamente, para justificar el funcionamiento actual del sistema penal y los discursos de tolerancia cero.

La “tolerancia cero” es el complemento policial indispensable del encarcelamiento en masa al que conduce la penalización de la miseria.

CAPÍTULO V

5. Solucionática

5.1 Revisión de la política criminal de Guatemala

El plan de política de persecución penal de Guatemala se divide fundamentalmente en dos secciones: En la primera se dedica un capítulo a la parte conceptual básica de política criminal y otro a los principios político-criminales que deben observar los fiscales desde la primera hasta la última etapa o fase del proceso penal.

Dicho marco conceptual y filosófico, también pretende establecer criterios generales para que los fiscales puedan, desde sus mesas de trabajo, realizar una selección racional de los casos que van a trabajar, valorando en su función las posibles respuestas legales aplicables a los distintos conflictos penales que se les presenten.

La segunda sección está compuesta de dos capítulos, el primero a la parte empírica sobre el funcionamiento del Ministerio Público y el segundo referido a las líneas de persecución penal sobre las que se estarán tomando decisiones para mejorar el rendimiento Institucional.

En ese sentido, las líneas de persecución penal establecidas en el segundo capítulo de esta sección, son estratégicas ya que se fundamentan en el marco de la política criminal del Estado de Derecho guatemalteco y en el análisis de la información sobre el funcionamiento del Ministerio público.

Es así como se hace evidente que la política criminal que se ha implementado actualmente en Guatemala, carece de un vínculo directo con una política social determinada, porque sencillamente no existe una política social.

La política criminal guatemalteca toca cuatro puntos que se han hecho ver como fundamentales:

- Racionalización de la persecución penal
- Efectividad de la etapa preparatoria del proceso penal
- Efectividad de la persecución penal en la Etapa Intermedia y del juicio
- Tratamiento adecuado de las víctimas en el proceso penal

Está claro que los puntos anteriores únicamente hacen referencia a lo que concierne a la persecución penal, se enmarcan en el dogma de lo jurídico penal, descartan cualquier enlace con una política social.

5.2 Puntos críticos de la política criminal guatemalteca

5.2.1 Diferencia entre política criminal y política criminal teórica

Primera diferencia

De entrada, es necesario, por tanto distinguir categóricamente entre la praxis de la política criminal y una política criminal teórica. La primera se integra del conjunto de actividades empíricas organizadas y ordenadas a la protección de individuos y sociedad en la evitación del delito. La segunda aparece constituida por un conjunto de principios teóricos que habrían de dotar de una base racional a la política criminal para así poder luchar contra el delito; en donde la clave radica precisamente en determinar que significa “racional” y cuáles pueden ser los criterios de racionalidad.

Segunda diferencia

En todo caso es lo cierto que tales principios de la política criminal se concretan en la adopción de diversas formas de evitación del delito (estrictamente preventivas unas: represivo-preventivas las otras). En buena medida, la política criminal se manifiesta en

una serie de instrumentos que deben asociarse nominal o tácticamente a la producción presente o futura del delito en orden a evitar que éste se produzca o se reitere. Así contemplado pueden realizarse dos afirmaciones. Por un lado, desde luego la política criminal no se agota en medidas jurídico penales. Por otro lado, sin embargo, que aunque la política criminal se configure en términos más amplios, todo el Derecho penal se integra en la política criminal. Así, para el penalista existe una práctica identificación entre la teoría de los principios de la política criminal y la de los fines (y medios) del Derecho penal. Ello no debe extrañar, el Derecho penal es expresión de una política criminal. Así, la discusión sobre los fines del Derecho penal y sobre los medios precisos, para alcanzar tales fines no puede ser más que una, discusión político-criminal y la vocación de la discusión político-criminal es, en último término, la reforma del Derecho penal.

Tercera diferencia

Entre los principios de la política criminal ocupan un lugar primordial los que eligen la propia calificación de un hecho como delito y no como hecho antisocial jurídicamente no prohibido ilícito civil o ilícito administrativo. En otras palabras, la propia definición de cuáles son los delitos constituye competencia de la política criminal cuántas son las conductas que cabe racionalmente calificar como delictivas y ello, no sólo en cuanto a lo relativo a qué bienes jurídicos merecen y precisan de protección penal sino también en cuanto a qué clase de conductas describen riesgos penalmente relevantes tentativas. Hechos imprudentes hechos en comisión por omisión; etc. En este punto se muestra una de las características fundamentales de la política criminal; ésta aparece como un sistema que se autodefine. Ello determina la necesidad de abordar el problema de los límites exteriores a autodefinición de la política criminal no a sólo a la del legislador, sino también a la del propio constituyente. En otras palabras, la decisión acerca de si cualquier conducta puede ser definida en un momento dado como delictiva.

Cuarta diferencia

Es asimismo competencia de la política criminal la determinación de cómo es el delito; esto es, de cuáles son sus rasgos estructurales característicos. Así, si el delito es un modo de ser, o un síntoma, o un estado o por el contrario, un hecho y, a partir de esta última constatación, cuáles deben ser los elementos integrales de ese hecho. Obsérvese que desde el punto de vista adoptado la teoría del delito no deja de ser un eslabón más de toda la política criminal. Lo que pone de relieve hasta qué punto es cierta la afirmación de que también la ciencia del Derecho penal, también la propia dogmática de la teoría jurídica del delito realiza política criminal.

5.3 La libertad de información y política criminal

En este contexto, se produce una colisión entre dos derechos constitucionales consagrados y por ello de igual valía la libertad de información y la presunción de inocencia, colisión alrededor de la que se han construido dos teorías antagónicas respecto a la información relacionada a la represión del delito, pero particularmente a la labor jurisdiccional penal; en un extremo se hallan los partidarios de la denominada plena "teoría de la libertad de información plena" que sostienen que el profesional de la información puede informar de todo y sobre todo, aunque lesione cualquier otro bien jurídico, a condición de que la información sea verdadera y este de por medio un evidente interés público. Sustentan jurídicamente su postura en la doctrina constitucional moderna que distingue entre los derechos constitucionales individuales y sociales a los que les da preeminencia, pues considera que la sociedad en su conjunto es más importante que el individuo aislado, la crítica a esta teoría se concentra en la vaguedad del concepto de interés público y sobre quien es realmente el que debe proporcionar un concepto uniforme del mismo.

En otro extremo se hallan quienes propugnan la "teoría de los límites", quienes afirman que la información encuentra límites en otros bienes jurídicos tutelados como es el caso de la presunción de inocencia, y que al amparo de interés público no es posible lesionar

y vulnerar otras garantías y derechos. En lo fundamental esta teoría se resume en el principio elemental de la doctrina jurídica que nos enseña que ningún derecho o libertad es absoluta y que su ejercicio por parte de un individuo encuentra un límite en el ejercicio de los derechos y libertades de sus semejantes.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 296 inciso 4 del código de procedimiento penal, éste se adscribe de manera moderada a esta teoría al permitir que sea el detenido quien decida si se muestra o no a un medio de comunicación. Al respecto creo que es necesario ir más allá reglamentando el ejercicio de la libertad de información en materia penal respecto a la forma y límites de su ejercicio para evitar el avasallamiento del estado de inocencia.

5.4 Propuesta de política criminal para Guatemala, integrada a una política social

Las instituciones de seguridad pública de justicia penal presentan un diseño con profundas fallas estructurales. Dentro de la posibilidad de corrección, se indica el requerimiento, sin lugar a dudas, de reformar nuestra Carta Magna y un conjunto de leyes con el objeto de reformular el sistema en su conjunto. La reforma se sustenta en tres pilares; reestructurar orgánicamente las instituciones de seguridad pública, transformar el procedimiento penal y profesionalizar la defensa penal.

Es necesario, igualmente, la necesidad de profesionalizar a la policía, e incrementar su capacidad de combate al delito, de ahí que la iniciativa proponga que las tareas de investigación queden a cargo de un órgano totalmente Independiente. Se trata de establecer una dependencia capaz de combatir a la delincuencia con todas las herramientas técnicas operativas y jurídicas que necesita.

De esta manera, los fiscales del Ministerio público dirigirán la investigación de los delitos en su calidad de peritos en derecho, al tiempo que litigan los casos ante los jueces, sin realizar funciones de investigación policial. Se pretende terminar con

ambigüedades en las funciones de cada una de las organizaciones, pues cada quien hará lo que sabe y desempeñará la función que le compete.

La iniciativa propone, también, cambiar el sistema procesal vigente, sustituyéndolo por un modelo que garantice la presunción de inocencia, juicios rápidos y equilibrados, orales, transparentes y públicos. Con la pretendida transformación del proceso penal, se postula que la verdad surgirá de la deliberación equilibrada entre la fiscalía y la defensa ante jueces imparciales, desterrando los rasgos inquisitivos que aún persisten.

Se indica también que nuestro sistema jurídico penal debe garantizar efectivamente el derecho a una defensa adecuada. Se señala en el discurso de la reforma que: Es inaceptable que los inculpados sean defendidos por personas sin capacidad profesional. Es preciso que los litigantes de la materia penal demuestren su capacidad técnica y ética en el desempeño de sus tareas de defensa. La proliferación de prácticas impropias es una vergüenza y debe terminar.

Esta reforma ha sido cuestionada en cuanto a la aportación de novedades relacionadas con su operación. Se observan, sin embargo, modificaciones estructurales y creación de instituciones que suplirán a las existentes, aun cuando no se sepa claramente cuáles son las bases reales de los cambios y el por qué de los mismos. Se necesita, obviamente, repensar las directivas en la materia a nivel nacional, pero se necesita también tener una visión global del problema que incluya y resuelva los problemas particulares de cada región. Es decir, no se pueden aplicar las mismas fórmulas de manera idéntica en todo el país, como si éste fuese un bloque social y culturalmente homogéneo.

5.5 Características de una política criminal para Guatemala

- Una política criminal en cuanto tiene que partir del mundo real

Una política criminal en cuanto tiene que partir del mundo real y por tanto utilizando metodología y técnicas propias al estudio de los fenómenos sociales, necesariamente tendrán que llegar a la conclusión que el principio de igualdad en que se funda el Estado no es una realidad, sino sólo un programa, esto es, que hay discriminación, que se da una desigualdad distribución de la criminalización, del poder de definir lo criminal, por tanto no solo de bienes e ingresos. Luego, un primer aspecto a considerar es la necesidad de redistribuir el poder de criminalización, de modo entonces de ir descendiendo las cuotas de discriminación. A su vez ello significa que tal redistribución ha de abarcar todo el sistema criminal, las leyes, la policía, el proceso, etc.

- Política criminal que tiene como fundamento la libertad

No puede partir desconociéndola y convirtiendo a las personas en meros instrumentos o sujetos a tutela. De ahí que el punto de partida no puede ser una separación entre buenos y malos, entre determinados al crimen y otros que no, sino de una relación libre de las personas con el sistema. Desde esta perspectiva lo fundamental es la relación entre la persona y el Estado, en el sentido que el Estado está al servicio de la persona y para su felicidad, es el reconocimiento de la persona como ente autónomo y por eso mismo de sus derechos y garantías.

- Política criminal de un estado social

Ello exige que haya una socialización del poder de definición. Esto es, una efectiva participación de todos, no sólo en el sentido representativo, a través de la elección de representantes, sino también mediante la descentralización real, lo cual por una parte puede implicar formas plebiscitarias, pero también un aumento de la desproblematización de la cuestión criminal, en el sentido de devolver a las partes la

resolución de los conflictos sociales. Si la cuestión criminal no es más que un conflicto social muy intenso que se ha problematizado y definido desde el poder que lo asume y controla, se trata entonces de devolver a las personas lo que les es propio y que ellas mismas lo superen, de ahí la necesidad de intensificar las formas de mediación o reparación.

- Política criminal de un estado de derecho

Luego que simplemente se trata de la organización jurídico social del sistema, no hay pues una fundamentación absoluta o categoría, no se trata de una cuestión de fe ni de carácter científico puro, sino de algo relativo en cuanto está destinado sólo a una mejor organización del sistema para la felicidad de las personas. De ahí que el sistema de control penal sólo es una cuestión de extrema y estricta necesidad, pero sin que ello entonces tenga capacidad para legitimarlo, sino simplemente para hacerlo explicable desde una política criminal cuyo sentido tiene que ser el que los conflictos sociales se resuelvan por vías no violentas. De ahí que en la base misma del sistema reside su propia deslegitimación, en la medida que siempre implica una determinada violencia sobre las personas y, por tanto. Una contradicción con la finalidad perseguida, que es la no violencia. Es por eso que la violencia ejercida ha de ser la mínima necesaria en sí misma, no en relación a otra, no reactiva. Luego, ello excluye violencias duras, como la pena de muerte. El presidio perpetuo, las penas largas privativas de libertad, pues así se contradice en forma sustancial la finalidad perseguida. Por el contrario entonces hay que privilegiar formas alternativas al control penal.

CONCLUSIONES

1. En todas las sociedades existirá siempre un nivel determinado de delincuencia, así como las enfermedades y las malformaciones son inevitables; en todos los tiempos siempre habrá hombres con deficiencia intelectual o estructuras de carácter psicopático, que hacen imposible su integración social y por eso terminan cometiendo actos delictivos.
2. Muchas de las personas que engrosan las estadísticas delincuenciales, provienen de hogares desintegrados, por las relaciones violentas que se dan entre los cónyuges y por la poca o nula comunicación entre padres e hijos; esto repercute en que los descendientes carezcan de seguridad emocional, ya que los padres no les brindan afecto, amor y valores; así también influye la falta de educación.
3. La delincuencia en Guatemala ha aumentado, debido a la crisis económica por la que atraviesa nuestro país; donde la mayor parte de familias que conformaban la clase media, ahora es pobre y la clase pobre en la actualidad vive en condiciones infrahumanas; que en muchos casos, por la misma necesidad que se tiene, cometen delitos desde el más pequeño al más grande.
4. La policía de nuestro país, lejos de combatir la delincuencia, en muchos casos contribuye a que ésta se propague, ya que no se les ha preparado adecuadamente; además de ser mal remunerados y eso mismo los ha llevado en varias ocasiones a convertirse en cómplices de los delitos que cometen los delincuentes.
5. Se puede decir que la política criminal es cambiante; como la moda que varía constantemente. El conflicto armado interno que se vivió en Guatemala ha marcado a todos los sectores sociales, con su carácter violento, reacción que se

manifiesta con una exigencia de severidad cada vez más grande y por la tendencia a ser justicia por propia mano.

RECOMENDACIONES

1. Es importante que las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala incorporen, dentro de sus planes de estudios, un curso de criminología crítica para el entendimiento adecuado de la problemática social y su vínculo directo con la criminalidad, para poder visualizar con un sentido más crítico lo que acontece y lo que sucede en el país.
2. Es necesario que el Estado de Guatemala propicie la creación de una secretaría o un Ministerio de familia y que su función principal sea velar por todos aquellos hogares que se encuentran en algún estado de indefensión y apoyarlos con todo tipo de ayuda, desde psicológica hasta económica; así podría disminuir la delincuencia proveniente de relaciones familiares desavenidas.
3. El Ministerio de Trabajo debe implementar un programa nacional de empleo, que genere trabajo a la población, ya que servirá de paliativo a la crisis económica que se vive en el país, pues debido a los problemas económicos que tenga el ser humano, en muchas ocasiones se ve en la necesidad de delinquir para poder subsistir.
4. El gobierno conjuntamente con los órganos que conforman el sector justicia de la República de Guatemala, deben de preparar adecuadamente la política social, para poder combatir en forma eficiente la criminalidad que crece en forma constante, por tener una policía que, en vez de resguardar, en muchos casos es cómplice de los delitos; y autoridades del gobierno que en vez de sancionar o castigar a los culpables, no lo hacen.
5. Que el Gobierno de Guatemala integre las políticas sociales con la política criminal, para que vayan en una misma dirección; de esta manera disminuirían de algún modo los niveles de violencia en el país; se deben

aplicar normas más determinantes, porque de esa forma la criminalidad disminuye considerablemente.

BIBLIOGRAFÍA

ANDREEVA, Galina, **Psicología social, las leyes de la comunicación y de la interacción de personas**. Moscú, URSS: Ed. Vneshtorgizdat, 1984.

BERGALLI, Roberto, **Relaciones entre control social y globalización fordismo y disciplina-post fordismo y control punitivo**. Barcelona, España: Ed. M. J. Bosh, 2000.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, **Manual de criminología, introducción y teorías de la criminalidad**. Madrid, España: Ed. Espasa-Calpe, S.A.: 1988.

GRAWITZ, Madeleine, **Métodos y técnicas de las ciencias sociales**. Barcelona, España: Ed. Hispano-Europea, 1975.

GUNTER, Kaiser, **Introducción a la criminología**. Madrid, España: Ed. Dykinson, 1988.

LOPEZ-REY Y ARROJO, Manuel, **Estudios penales y criminológicos**. Madrid, España: Universidad de Santiago Compostela, 1987.

MALAMUD GOTI, Jaime, **Terror y justicia en la Argentina**. México: Ed. Porrúa Editores, 2000.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, **Las consecuencias jurídicas del delito**. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 2005.

MARCHIORI, Hilda, **Criminología, la víctima del delito**. México: Ed. Porrúa, S. A., 2004.

MERTON, Robert K., **Sociología como ciencia**. Madrid, España: Ed. Alianza, 1,977.

MORENO HERNANDEZ, Moisés, **Manual de criminología**. México: Ed. Porrúa, S. A., 1986.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, **Derecho penal español; parte general**; Madrid, España: Ed. Dykinson, 1992.

WACQUANT, Loic, **Los condenados de la ciudad**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Siglo XXI, 2,007.

www.ub.es/penal/sociales.htm (23 de enero de 2,008)

www.ecla.org/publicaciones (23 de enero de 2,008)

www.desarrollohumano.org.gt/c (12 de enero de 2,008)

www.gencat.net/interior/epc/revista/epc (23 de enero de 2,008)

LEGISLACIÓN

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