

ESCENA DEL CRIMEN



**INSTITUTO DE LA DEFENSA
PÚBLICA PENAL**

La Criminología y la Defensa Técnica Penal



ESCENA DEL CRIMEN ESCENA DEL



ESCENA DEL CRIMEN ESCENA DEL

Módulos de Autoformación

Programa de Formación del Defensor Público
Módulo de Autoformación
“La Criminología y la Defensa Técnica Penal”

Autor

M.A. Hugo Roberto Saavedra

1ª Edición, Guatemala, julio 2016

Licda. Nydia Lissette Arévalo Flores de Corzantes
Directora General IDPP

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Coordinador de UNIFOCADEP

Mediación Pedagógica

M.A. Sara Marisol Mejía Alburez

Tratamiento del Contenido

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes
Coordinador UNIFOCADEP

Revisión de Estilo

Dra. María Eugenia Sandoval de Paz

Diseño y Diagramación

Luis Fernando Hurtarte

INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL



“LA CRIMINOLOGÍA Y LA DEFENSA TÉCNICA PENAL”

M.A. Hugo Roberto Saavedra

PRESENTACIÓN

Es un agrado presentar a las y los defensores públicos, de la institución, el presente modulo intitulado La Criminología como disciplina coadyuvante de la Defensa técnica penal, elaborado por uno de los docentes de la Unidad de Formación y Capacitación, el cual es producto de un esfuerzo intelectual coherente con la visión institucional, que prevé a profesionales con alta calidad técnico-legal y para ello es necesario actualizarse y capacitarse en tópicos propios del ejercicio de su sagrada misión, en beneficio de las y los usuarios.

Agradecimiento especial a la cooperación internacional de USAID, por el apoyo incondicional brindado en la edición de este material, el cual viene a fortalecer no solo a las abogadas y abogados de nuestra institución sino que al sector justicia, pues la o el defensor, como agentes de cambio, en su permanente y continúa actualización y capacitación, obligan a los otros operadores de justicia al análisis de los razonamientos contenidos en la estrategia de defensa, por lo que no se duda del impacto intelectual que provocará este módulo, en el litigio estratégico.

Interesante resulta que los profesionales de la Institución, encargados de la defensa técnica, se conviertan en multidisciplinarios lo cual es una fortaleza en su solida formación, que es un plus profesional y ahora que cuentan con esta herramienta criminológica podrán explorar nuevas facetas de la defensa, pues no sólo es jurídica sino la misma va más allá, ingresando a otras disciplinas íntimamente ligadas a la ciencia del Derecho, en materia penal, lo cual los convierte en defensores y defensoras con conocimientos integrales, sumado a los procesos de autoformación, maestrías y doctorados, por lo que se espera aprovechen este modulo al máximo.

Licda. Nydia Lissette Arévalo Flores de Corzantes
Directora General

“La Criminología y la Defensa Técnica Penal”

Instituto de la Defensa Pública Penal

ÍNDICE

	Página
Introducción	09
Propósito General	10
Competencias a Desarrollar	10

Capítulo I

Nociones básicas de la Criminología	11
1. La Criminología	15
2. Fases del método experimental	19
3. Teoría de la oportunidad	20
4. Objeto de la Criminología	22
5. Relación de la Criminología con la política criminal y el Derecho Penal	23
6. Escuelas criminológicas	26
7. Política criminológica	30
Preguntas de análisis y reflexión	33

Capítulo II

La víctima en el hecho delictógeno	35
1. Víctima	37
2. Políticas Victimológicas	38
3. La Victimología	39
4. La pareja penal	40
5. El desviado	42
6. La victimización	42
7. La victimidad	43
8. La Victimodogmática	46
9. Victimogénico	50
10. Victimogénesis	50
11. Instrumentos internacionales de Derechos Humanos en relación a la víctima	51
Preguntas de análisis y reflexión	52

Capítulo III

Página

Análisis de nuevas tendencias criminológicas que operan en el Derecho Penal	53
1. La Sociedad del riesgo y el Derecho Penal del riesgo	55
2. Criminología actuarial	58
3. El enfoque ecológico de la Escuela de Chicago	59
4. La defensa social o política criminal humanista	61
5. El expansionismo del Derecho Penal o inflación penal	65
6. Derecho Penal simbólico	66
7. El Derecho Penal del Enemigo	68
Preguntas de análisis	75
Bibliografía	76

INTRODUCCIÓN

El presente módulo, desde su concepción fue ideado para utilidad de la defensa técnica legal, en el constructo de la estrategia de defensa, a lo interno de la teoría del caso, advirtiéndose que el contenido del mismo es un mínimo de temas criminológicos susceptibles de superarse por la o el defensor acucioso, lo cual implicó un esfuerzo de sistematización cognitiva, pues en el capítulo I, se abordan nociones básicas de Criminología, con el fin de iniciar con conceptos básicos sobre esta disciplina y poder diferenciarla del derecho penal, analizando su objeto de estudio, así como la relación con la política criminal, y se estudian dos escuelas criminológicas y su función en una tercera, cuyos postulados deberán ser analizados para ubicar qué tendencia utiliza el fiscal del caso, finalizando con la existencia de una política criminológica que pretende desplazar a la política criminal.

El segundo capítulo, está dirigido al tema de la víctima en el hecho delictivo, por lo que fue necesario hacer una breve inmersión en la victimología, victimización, victimidad, conceptos íntimamente conexados a la persona agraviada para conocer sus factores bio-psico-sociales y cómo esta podría tener algún grado de responsabilidad en el hecho delictivo, lo cual es estudiado por la Victimodogmática, que es una dogmática dirigida al comportamiento de la víctima, terminando este apartado con la Victimogénesis.

El capítulo III, se ocupa de realizar un análisis de nuevas tendencias criminológicas que operan en el derecho penal, tal el caso de la sociedad del riesgo y el derecho penal del riesgo, la denominada criminología actuarial como una postura administrativista, el enfoque ecológico de la escuela de Chicago y su vigencia, la teoría de la defensa social o política humanista, el expansionismo del derecho penal, el derecho penal simbólico, concluyendo con el terrorífico derecho penal del enemigo, filosofías obligadas de analizar por el o la defensora, para comprender el actual movimiento eficientista en materia penal, que es el sustrato de algunas resoluciones judiciales y fundamentación de las acusaciones en contra de las estructuras criminales transfronterizas, invitando a las y los defensores a profundizar los temas abordados en este material básico y ampliarse a otros, pues es la Criminología la encargada de estudiar el delito, a la víctima y comisor, que conforman la pareja penal, desde la óptica de la realidad objetiva tal como lo viene realizando en su que hacer la defensa técnica.

M.A. Hugo Roberto Saavedra

PROPÓSITO GENERAL

Relacionar conocimientos actualizados en el campo de la Criminología con el caso penal, para fortalecer la construcción de la estrategia de Defensa, en beneficio del o la defendida.

COMPETENCIAS A DESARROLLAR

- ✓ Identifica elementos de la Criminología, para aplicar esas nociones al caso concreto.
- ✓ Interpreta el rol de la víctima y del victimario, en el hecho delictógeno, a efecto de lograr su perfilación en la construcción de la estrategia de defensa penal.
- ✓ Reconoce nuevas tendencias criminológicas que tienen incidencia en el Derecho penal en detrimento de garantías constitucionales y en perjuicio del imputado.

I

CAPÍTULO

NOCIONES BÁSICAS DE LA CRIMINOLOGÍA

CAPÍTULO I

NOCIONES BÁSICAS DE LA CRIMINOLOGÍA

Se inicia el presente trabajo, dedicado a la defensora o al defensor público penal, esbozando brevemente el rol de tan sensible profesional, pues al realizar un examen prima facie, la Defensa técnica gravita en el ámbito normativo penal, en el “deber ser”, aplicando, al caso concreto, un análisis sistemático kelseniano desde las garantías constitucionales contenidas en la Constitución política de la República de Guatemala, de algunos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos pertinentes, código penal, leyes penales especiales y ley penal adjetiva, instrumentos aplicables al fuero interno de la teoría del caso, complementado ese nivel jurídico penal con dosificación doctrinaria fina y el peso de la praxis, inclusive, recurriendo a antecedentes judiciales, para reforzar el rigor de su estrategia de defensa, más no por ello no deja de tener algunos conocimientos de otras disciplinas afines a su rol, sin perjuicio de acudir al consultor técnico, advirtiendo que su función es eminentemente técnica- jurídica.

El anterior escenario del defensor o defensora, obliga a plantear las siguientes interrogantes: ¿la defensa técnica aplica algunos conocimientos de la Criminología en su función? ¿La defensa realiza análisis criminológicos al estudiar el caso concreto? las respuestas aún no se pueden brindar categóricamente, ya que ese es el principal desafío que se asume en el desarrollo del presente módulo, por lo que esas cuestionantes serán resueltas al final de este desembarco criminológico, aspirando a impactar en el intelecto del o la Defensora con nociones criminológicas, y así coadyuvar en la comprensión de determinados fenómenos que gravitan en el nivel del “ser”, allí en la realidad multicausal del o los sindicados.

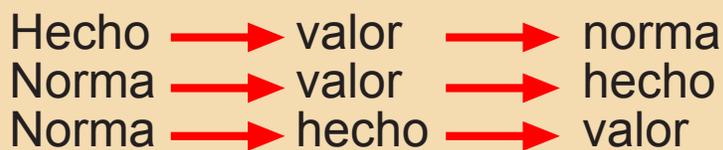
En este escenario confluyen diversos factores que deberían ser motivo de análisis por parte del jurista, verbigracia el axiológico, socioeconómico y psicológico, por citar algunos, cuyo resultado es el brindar una perfilación criminológica del defendido/a, por tanto, si nos ubicamos exclusivamente desde la perspectiva de un positivismo, el análisis del caso será parcial prevaleciendo la óptica normativa, lo que se considera como una pseudoconcreción¹, en tanto que un análisis integral además del jurídico, nos brindará un mayor espectro para emitir juicios de valor del conflicto criminalizado, por estas razones:

“Las abstracciones que efectúa el hombre común, a diferencia de las del científico, no permiten revelar la esencia de las cosas, la ley de los fenómenos; en otras palabras, traspasar las apariencias, lo fenoménico o, en términos de Kosík, destruir el mundo de pseudoconcreción para penetrar en la cosa misma. Es necesario, por lo tanto, si se pretende reproducir los procesos y objetos de la realidad en el pensamiento abstracto

¹ Pseudoconcreción, es una aproximación a la realidad desde nuestra creencia, sin embargo no es así, por el contrario estamos alejado de aquella realidad objetiva.

para descubrir su esencia, o sea, los aspectos y relaciones relativamente estables y fundamentales, es realizar abstracciones de carácter científico”², por ende, el o la Defensora, como toda una científica, deberá realizar abstracciones intelectivas profundas del caso concreto, para reflejar en su intelecto la verdad histórica de los hechos punibles en el nivel de lo concreto, analizando además otros factores ajenos a los jurídicos, con ello, logrará comprender la esencia del problema.

La anterior aseveración, es reafirmada por la Teoría tridimensional del Derecho, elaborada por Miguel Reale, a través de la cual se cuestiona que un fenómeno o problema (caso concreto) no debe estudiarse exclusivamente desde la norma, sino desde la triada conformada por la norma jurídica conjugada con los valores a proteger (ámbito axiológico) y los hechos, en interrelación dialéctica, en el entendido que ese orden no es absoluto, sino que es factible ubicarlos y reubicarlos en diferentes posiciones, atendiendo a la problemática que se estudie, y que se representan en el siguiente recuadro, para mejor comprensión:



En la primera situación señala Reale, se parte del hecho para llegar a su valor y así poder alcanzar la norma. Mientras en la segunda, es la norma que determina un valor con el fin de obtener un hecho determinado; y en la tercera posición se inicia desde la norma a través del hecho producido, persiguiendo como paradigma un valor.

Traspolando esta teoría a la defensa técnica y ubicándonos en la primera situación, señalada por Reale, el o la defensora parte de los hechos, presuntamente delictógenos, imputados al o los imputados, en modo, tiempo y lugar y de ser posible el móvil, elemento que casi nunca investiga el Ministerio Público, para analizar si se vulneró algún bien jurídico tutelado, a través del cual se protege determinado valor significativo para la sociedad, para que finalmente concluya si la acción penalmente relevante queda subsumida en un tipo penal, sin embargo ese análisis se puede realizar en las otras dos posiciones desde la norma-valor-hecho o bien desde la norma-hecho-valor, allí debe radicar la dialéctica del pensamiento de la defensa, y que mejor si se lograran sumar aditivos criminológicos.

Las reflexiones precedentes, nos ilustran el por qué sería una falencia el estudiar el caso exclusivamente desde un positivismo kelseniano, diríamos a boca de ley, como sucedió con la escuela Exegética³, que redujo el Derecho a la literalidad de la ley, sin

² Ruiz, Ramón. Historia y evolución del pensamiento científico, Editor Juan Carlos Martínez Coll, México, 2006. Página 111

³ En la escuela Exegética, encontramos a los comentaristas del código Civil Francés napoleónica de 1804, quienes estuvieron de acuerdo en que, los jueces al aplicar una ley expresa y clara, no tendrían necesidad de realizar juicios de valor en relación a lo justa o injusta que podía ser una ley, sino aplicarla estrictamente.

la utilización de la razón producto del iluminismo, en otras palabras fue un culto a la ley, por lo que sería un error repetir esa triste historia, entonces, sentadas las anteriores premisas, es el momento de adentrarnos al estudio de la Criminología y cómo ésta podría coadyuvar al o el Defensor, en el análisis del caso concreto, por lo que iniciaremos explicando algunas nociones básicas de esta disciplina, advirtiendo que actualmente existen abundante literatura para efectos de profundizar este nivel cognitivo, por ello el abordaje es limitativo, esperando responda a las necesidades intelectivas de los y las defensoras en la construcción de la estrategia de defensa.

1. La Criminología

Puede afirmarse que la Criminología en el sentido científico nació aproximadamente en el siglo XIX como reacción, en contra de un derecho penal clásico (escuela clásica) que consideraba el acto criminal como si se tratara de una entidad jurídica aislada, haciendo abstracción tanto de la realidad humana, del delincuente como de los factores sociales que intervienen en los móviles de la delincuencia y es Lombroso en la mayoría de los casos nombrado como fundador de la criminología científica, su nombre fue Ezechia Marco Lombroso, más conocido como el pseudónimo Cesare Lombroso, fue un médico y criminólogo italiano que revolucionaría la sociedad con su teoría del "homo criminalis", representante del positivismo criminológico, posteriormente sería reconocido como el precursor de la Antropología Criminológica y padre de la Criminología moderna.

No podemos excluir a otros investigadores que ya habían abordado esa materia, tal el caso de los pre-criminólogos y, entre los mismos, Platón, Aristóteles, en la edad media Santo tomas de Aquino, posteriormente Adolphe Quételet, que en su obra de la Física social concluyó que el delito es un fenómeno social que puede conocerse y determinarse estadísticamente o bien el estudio de los cráneos de los criminales realizado por el neurólogo y patólogo Broca, en 1869, además de los aportes de Ferri y Garofalo, sin embargo fue Lombroso el nominado como fundador de esta disciplina, partidario de la escuela positivista cuya obra insignia fue el “Tratado antropológico experimental del hombre delincuente”, publicado en 1876, considerado por muchos como el punto de partida de la Criminología, relacionando estrechamente al ser atávico con la delincuencia.

El mayor agujero de la teoría Lombrosiana fue el marginar factores sociales y ambientales, exteriores al individuo que ciertamente influyen en sus tendencias delictivas. El propio Lombroso reconoció con posterioridad la importancia de esos factores sociales y exógenos en “El crimen, causas y remedios”, su obra de madurez.

Apartándonos de estos datos históricos, se inicia la aproximación a una explicación de la Criminología, partiendo de la reflexión presentada por el Doctor Antonio García-Pablos de Molina al ser categórico en diferenciarla con el Derecho penal, en precisar que: “La Criminología pretende conocer la realidad para explicarla. El Derecho valora, ordena y orienta aquélla con arreglo a una serie de criterios axiológicos. La Criminología se aproxima al fenómeno delictivo sin prejuicios, sin mediciones procurando obtener una

información directa de éste.”⁴ . Sin duda alguna, se puede afirmar que la Criminología y específicamente los criminólogos realizan sus estudios en el ámbito fáctico los cuales operan sobre la delincuencia o criminalidad, lo cual marca la diferencia con el Derecho penal, a saber:

CRIMINOLOGÍA	DERECHO PENAL
<ul style="list-style-type: none"> Estudia las causas del delito, en el nivel del ser 	<ul style="list-style-type: none"> Analiza la aplicación de la pena por el delito cometido, en el nivel del deber ser
<ul style="list-style-type: none"> Método empírico (Inductivo) 	<ul style="list-style-type: none"> Método dogmático, abstracto-deductivo
<ul style="list-style-type: none"> Es interdisciplinaria 	<ul style="list-style-type: none"> Ciencia del Derecho
<ul style="list-style-type: none"> Estudia al desviado 	<ul style="list-style-type: none"> Analiza al sujeto activo

Existe la polémica de algunos académicos sobre la materia al considerar que la Criminología aún no tiene carácter de ciencia pues no tiene la capacidad de formular verdades demostrables, es decir, probadas, además no tiene su propio método de estudio, sino que se aplicarán diferentes métodos en función del tipo del delito a estudiar.

Por su parte otro sector de la doctrina la considera como una ciencia que tiene su objeto de estudio, tiene su propio método empírico y es capaz de formular sus propias teorías. Se considera que ese debate ya está superado, pues estamos ante una ciencia de carácter empírico, cuyos estudios se realizan a través de trabajo de campo formulando un plan de investigación para descubrir las causas de la criminalidad, por ello la Criminología significa que es un tratado acerca del crimen, estudiado en una realidad muy compleja con diversos actores que convergen, de la cual discrimina insumos y toma para sí los esenciales, cuyo resultado es el de explicar la etiología delictógena.

Categorícamente se puede afirmar que la Criminología es ciencia, pues sistematiza sus conocimientos, es ciencia social; es empírica, pues se base en investigar hechos y se obtienen conclusiones, no es labor de escritorio, lleva trabajo de campo y observa los hechos, por ello es interdisciplinaria pues acude a la sociología, psicología, psiquiatría, entonces se emancipa de su tronco común, creando su propio discurso. Se nutre de estas ciencias y presenta respuestas integrales.

⁴ García-Pablos de Molina, Antonio. Criminología. Tirant lo blanch, Valencia, 1996. Página 23

A pesar de ser una ciencia reciente y haber sido cuestionada en cuanto a su autonomía y su independencia disciplinaria, la Criminología moderna ha alcanzado su identidad científica y social.

Es de aclarar que la Criminología no se limita a analizar las causas de un delito en particular, que es factible para el Criminólogo, como una modalidad de experimentar en un nivel micro, pero son más enriquecedores los resultados de esa investigación a nivel macro, en este sentido al decir que esta ciencia estudia las causas del delito, no es en lo singular que es la excepción, sino que se está refiriendo al análisis de la criminalidad, entendiéndose ese fenómeno como “(...) conjunto de delitos y contravenciones cometidos en un tiempo y espacio determinados. El concepto de criminalidad que hemos empleado comprende tanto la delincuencia legalmente tipificada (delitos y contravenciones) como la que, sin estarlo, se aparta de las normas sociales establecidas y genera rechazo colectivo o institucional; es lo que hoy suele denominarse desviación. El estudio de la criminalidad – ampliamente entendida – ha de hacerse mediante la investigación de los fenómenos que permitan explicarla, cualquiera que sea su naturaleza y el papel que jueguen en su producción y desarrollo.”⁵ Un ejemplo sería el estudio de cuantos delitos de violencia contra la mujer, se cometieron en un determinado ámbito espacial y temporal, con ello se descubriría las diferentes causas del por qué se incurrió en el referido hecho delictógeno y así obtener conclusiones para su prevención.

Este tipo de análisis si lo puede realizar el o la defensora penal, al indagar en los diferentes comisores (sus defendidos) las causas del por qué presuntamente cometieron aquel delito, delimitando ese estudio a una semana o mes en un espacio determinado, resultados que serían de sumo interesantes, sin embargo, no se trata de datos estadísticos, si no que realizar un verdadero estudio al interpretar la realidad objetiva, puntualmente el escenario en el cual se cometió el delito.

Se advierte, que el tema de la criminalidad es un fenómeno, hoy en día, complejo, diverso y dialéctico, pues los delitos de última generación cometidos por estructuras criminales requieren de interpretaciones científicas profundas, descubriendo diferentes nudos problemáticos, por lo que Criminología:

“Es la ciencia que se ocupa del estudio e investigación del fenómeno criminal y de sus procesos inmanentes, los cuales incluyen a la delincuencia, el mecanismo de las conductas delictivas y victímales, así como las formas principales de reacción y de control social; se prioriza la prevención de la delincuencia y los comportamientos antisociales concretos, estos últimos referido a la interacción dialéctica de los transgresores con las víctimas”⁶. De la anterior definición se infieren varias temáticas a desarrollar en el

⁵ Reyes Echandía, Alfonso. Criminología. Editorial nomos S. A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996. Página 25

⁶ Navarrete Calderón, Caridad. La Criminología: alcances, ciencia, disciplina y práctica social, Editorial Feliz Varela, La Habana, Cuba, 2004. Página 19

transcurso de este trabajo, por lo tanto estamos ante una aproximación cognitiva de esta disciplina, y por aspectos pedagógicos se presenta la explicación de qué se debe entender por Criminología, advirtiendo que existe una gran gama de definiciones, sin embargo será el o la defensora, quienes al final de la lectura de este material tendrán una mejor visión para construir su propia definición.

Lo que debe quedar claro es que la Criminología es una ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del crimen y sus diversos componentes, pretendiendo suministrar información válida contrastada sobre la génesis, dinámica y variables principales del fenómeno de la criminalidad, cuyo método de estudio es precisamente de carácter empírico e interdisciplinario.

Su función es informar a la sociedad y poderes públicos, sobre el delito, el delincuente, la víctima y el control social, aportando conocimientos que permitan comprender científicamente el problema criminal, para prevenirlo y hacer recomendaciones del estudio del fenómeno criminal, no vinculantes, de allí podrían surgir políticas criminales que es lo general, pues lo especial es la materialización de esas políticas en elaboración de leyes penales, incidencia en la aplicación de justicia, prevención del delito, diseños de programas para combatir el delito, etc.

Al afirmarse que la Criminología es una ciencia empírica, significa en primer lugar que su objeto de estudio está insertado en el nivel del “ser”, lo fáctico, la realidad objetiva teorizada, lo más aproximadamente posible. La realidad no es la teoría ni ésta es la realidad. La teoría es únicamente el reflejo aproximado de la realidad, de tal manera que obtendrá abstracciones que se han de analizar al nivel intelectual.

A través de este proceso de análisis en la psiquis, se explica la realidad que se refleja en el intelecto, y que presenta varios niveles de abstracción:

a) El reflejo de los objetos como descripción:

La descripción es dar a conocer un fenómeno o problema a través de ella se fijan datos del experimento u observación de la realidad, utilizándose lo que se conoce como una descripción ideográfica, que es la forma en que la teoría representa lo sensorial, lo empírico, lo fenoménico, en su nivel más superficial, menos profundo. En ciertos casos concretos, el fiscal, se limita exclusivamente a describir el hecho delictógeno, imputado al comisor, sin la suficiente investigación y elementos de prueba.

b) El reflejo de los objetos como explicación:

Con la descripción ideográfica, aún no es posible referirse a teoría en sentido estricto, se hace necesario que la realidad se refleje en el intelecto de forma causal-

explicativa, profundizando en la esencia del problema o fenómeno a estudiar, para lo cual se recurre a conceptos, categorías, leyes y principios, que reflejan mentalmente y con mayor aproximación posible a esa explicación objetiva y sus procesos existenciales. En tal sentido la Criminología, trasciende del primer nivel descriptivo al segundo, al explicar la realidad objetiva, en el mundo del “ser”.

En segundo lugar la Criminología, es empírica, pues se ocupa de lo verificable y no de lo axiológico, de valores, es más ontológica (estudio del ser), por ello descarta todo estudio normativo, por tanto descansa en hechos más que en opiniones, más en la observación que en discursos o silogismos.

La defensa al analizar los hechos delictivos, interpreta ciertos factores endógenos o exógenos del o los procesados, pero su labor es eminentemente técnico-legal, en tanto que el criminólogo analiza determinados datos, y realiza generalizaciones, inductivamente, para inferir sus conclusiones, cuya hipótesis se verifica, por ello su método es empírico, utilizando la experiencia, para revelar las relaciones esenciales y las características fundamentales del objeto de estudio, accesibles a la detección sensorial, entonces la experimentación es la aplicación de un conjunto de manipulaciones, procedimientos y operaciones de control, de tal forma que proporcionan información no ambigua sobre el fenómeno que se trata de estudiar.

2. Fases del método experimental:

- Planteamiento del problema
- Formulación de la hipótesis
- Definición y control de las Variables: independiente y dependiente
- Selección y asignación de los sujetos a grupos
- Procedimiento utilizado para recolectar datos
- Tratamiento estadístico de los datos
- Generalización de los resultados
- Predicción
- Replicación a otros grupos

Las ventajas de utilizar este método, es que el fenómeno o problema, objeto de estudio, es que se puede hacer que ocurra cuando el investigador lo desee, de manera que puede estar perfectamente preparado para observarlo con precisión, además podrá repetir la observación bajo las mismas condiciones para verificarla, y puede describir su condiciones dando oportunidad a otros criminólogos de repetir la investigación, realizando una comprobación independiente de sus resultados y finalmente podrá variar las condiciones sistemáticamente y notar las variaciones de sus resultados. Un ejemplo, se presenta en la entrevista que el defensor realiza al detenido, pues le plantea determinadas preguntas, que han sido formuladas a otros detenidos de casos diferentes, por lo que al analizar la totalidad de respuestas obtendrá sus propias conclusiones, inclusive, de lo observado.

Parece fácil realizar una investigación siguiendo estos pasos, pero no es así, ya que se requiere de mucha experiencia como investigador y sobre todo ser objetivo y dejar los prejuicios e ideologías fuera de la investigación y se puede afirmar que en nuestro quehacer diario se presentan infinidad de problemas, susceptibles de investigarse por parte del criminólogo.

Finalmente, se puede afirmar que las características de la Criminología son:

- Ciencia empírica
- Interdisciplinaria
- Ciencia del ser
- Es inductiva

Esta disciplina tal como se ha reiterando opera en el ser, en el ámbito fáctico y claro, la ley penal adjetiva y procesal contemplan algunos asideros legales tal el caso del artículo 20 del código penal, que se refiere al lugar del delito, que podría implicar escena del crimen, espacio en el que se cometió el delito en un tiempo determinado, espacio que será analizado posteriormente por el Criminólogo y que en la praxis, lo realiza la defensa.

Asimismo se deberá analizar en su momento la perfilación del victimario, tal como lo prescribe el artículo 65 del código penal: “...teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima,” e insistimos que la Criminología estudiará, inclusive podría también la defensa, analizar la conducta del comisor y víctima en cada caso concreto.

Por su parte también el código procesal penal contempla ciertos preceptos que permiten el soporte de un análisis criminológico, como lo es el artículo 5, que contempla como fin del proceso penal averiguar las circunstancias en que fue cometido el delito, claro, será el Ministerio Público el encargado de esa investigación pero no excluye que el criminólogo, paralelamente inicie un estudio etiológico de ciertos delitos que protegen un mismo bien jurídico, de victimarios y víctimas y presente resultados generalizados, en cuyo estudio deberá tenerse presente la tesis de la oportunidad.

3. Teoría de la oportunidad

En Criminología tiene relevancia la denominada Teoría de la Oportunidad, la cual plantea que para que se genere un determinado delito deben existir tres elementos esenciales, en espacio y tiempo, a evaluar: a) Existencia de una víctima; b) La existencia de un objetivo delictógeno; y c) ausencia de control estatal. Cohen y Felson, “Argumentan que la aparición de este tipo de victimización es el resultado de la convergencia en el espacio y el tiempo de un mínimo de tres elementos: delincuentes motivados, objetivos adecuados, y la ausencia de guardianes capaces. Los factores centrales que subyacen en el enfoque de la actividad rutinaria son oportunidad, proximidad/exposición y factores facilitadores”⁷.

⁷Fattah, Ezzat. Victimología: pasado, presente, futuro, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Canadá, 2,000. Página 11

Esta tesis se centra en que el delincuente se fija, como objetivo, la comisión de un delito, en contra de una determinada víctima o sobre un objeto de ella, aprovechándose de la inexistencia de presencia de seguridad ciudadana que brinde protección, por lo tanto es un espacio- temporal de vulnerabilidad, entonces para que se produzca el ilícito son requisitos esenciales dos condiciones:

Víctima u objeto apropiado + ausencia de vigilante

Ese escenario de vulnerabilidad, que se traduce en un riesgo para la o el agraviado, implica estudiar tres factores interrelacionados, que se conocen como VIVA:

- Valor: está variable se encuentra condicionada a la valía del bien jurídico que se afectará y mientras más valor tenga más atractivo será para el delincuente, cometer el hecho delictivo, inclusive, atendiendo a sus necesidades, verbigracia el secuestro de un magnate;
- Inercia: este factor se asocia al movimiento de un objeto, en relación a su peso y desplazamiento, y de esa facilidad dependerá si le interesa al delincuente apropiarse del mismo o no, tal es el caso del hurto de un teléfono celular que por ser liviano y de una dimensión pequeña es más fácil su apoderamiento y desplazamiento, y no se excluye tampoco en este punto a la víctima, tal es el delito de sustracción propia, contenido en el artículo 209 del código penal.
- Visibilidad: toda persona, en sus diferentes actividades, trabajo, estudio, deporte, etcétera, se auxilia de determinados objetos que están a la vista de terceras personas, inclusive del delincuente, y que por el simple hecho de portarlas las hacen vulnerables y las expone a ser potenciales víctimas, por ejemplo, el pasajero de un autobús que conversa por celular (víctima provocadora) sin medir el riesgo en que se está ubicando ya que podría ser asaltado y en el peor de los casos perder la vida, entonces el poner a la vista esos objetos promueve e incita al delincuente a su apoderamiento. Esta variable también aplica a la proyección de estatus socioeconómico de la persona, que la visibilizan y la convierte en potencial víctima.
- Acceso: este factor, es eminentemente espacial, pues el comisario evalúa la facilidad de movilidad en su entorno, para llegar a la escena del crimen y salir de la misma o de apoderarse o lesionar un objeto, sin riesgo alguno para el delincuente, es decir, es preparar la fuga de forma segura.

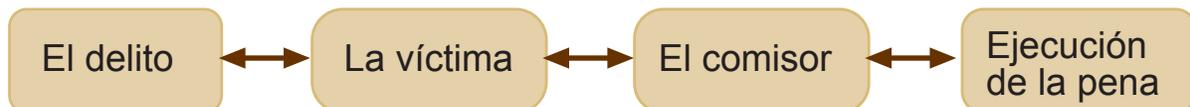
Por estas circunstancias, se asevera que resulta difícil evitar la comisión de algún delito, pues la persona al ejercer sus libertades públicas, está facultado a estar en el

escenario y tiempo que decida, pues es libre en su actuar (el dónde, cuándo y el cómo), pero necesario es razonar sobre la fórmula VIVA para concluir del por qué criminógenamente el delito está presente con estas variables, y la defensa técnica debe analizarlas en su teoría del caso.

4. Objeto de la Criminología

“En la ciencia, el objeto de investigación no es la naturaleza ni la sociedad en sí misma, sino la naturaleza o sociedad sometida a la interrogación de los hombres...”. Es decir, las teorías y modelos científicos no son más que creaciones humanas, hechas a nuestra imagen y semejanza, para tratar de explicarnos la naturaleza o sociedad a nosotros mismos”. Heisenberg.

La anterior cita, sirve para comprender que toda ciencia tiene su objeto de estudio, el cual es explorado por el criminólogo a través de cuestionantes del por qué ocurre determinado fenómeno o problema y así llegar a explicarlo y claro realizar pronósticos de los mismos, en este sentido, el objeto de estudio de la Criminología, en sentido restrictivo o Criminología etiológica, está integrado por:



Sin embargo ese objeto de estudio se amplió en la Criminología de la Reacción, extendiéndose con el transcurso del tiempo, a lo siguiente:

- El estudio y comprensión del fenómeno “criminalidad”, analizando los procesos criminales, el tema de la delincuencia y ciertas formas de antisocialidad.
- El análisis de la delincuencia en su conjunto y/o sistema de delitos, en sus dimensiones cuantitativa (cantidad de delitos) y cualitativa (tipos de delitos, modo, tiempo y lugar).
- Estudio de los transgresores y sus factores psicológicos y contexto social.
- La relación dialéctica de la víctima con el transgresor, que constituye una interacción criminógena y aspectos victímales.
- Análisis de las principales formas de reacción social institucionales, inclusive, el control social formal e informal
- La prevención del delito.

Lo que interesa, es todo lo relativo a la criminalidad y sus aristas que se interrelacionan, por ende el análisis de alguno de los puntos que seleccionemos no se puede estudiar químicamente puro, pues siempre deben incluirse los factores endógenos o exógenos del problema abordado pero por aspectos didácticos, se enumeran estas temáticas, como objeto de estudio, que a su vez subdividen otros aspectos del hilo conductor criminógeno.

5. Relación de la Criminología con la política criminal y el Derecho Penal

En cuanto a la disciplina de la Criminología ya se han abordado algunas líneas sobre la misma, inclusive, su objeto de estudio, por lo que es el momento de relacionarla con la política criminal y el Derecho penal, para delimitar sus campos de acción, sin embargo tienen estas tres disciplinas un factor en común: la criminalidad, que es estudiada desde sus particulares puntos de vista, es decir, desde sus saberes y métodos propios.

La política criminal puede ser entendida en dos sentidos:

- Como actividad del Estado y reacción al fenómeno criminal
- Como actividad científica, según algunos autores, que tiene por objeto precisamente el estudio de esa actividad del Estado, sin embargo otro sector no la acepta como ciencia sino como un arte.

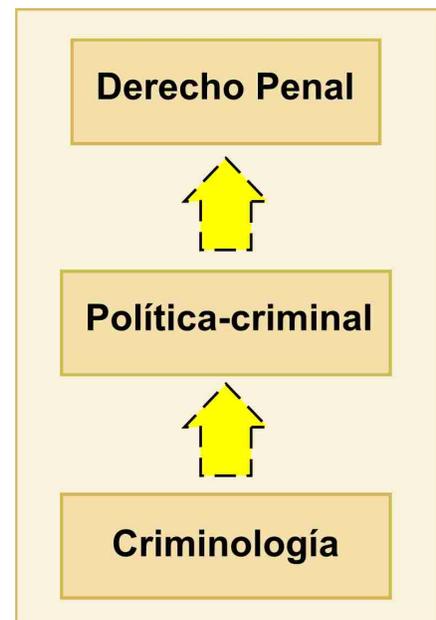
Para el presente trabajo, interesa la política criminal como acción del Estado, para efectos de combate o neutralización de la criminalidad, sin embargo es necesario reflexionar ¿si existe una sola política criminal o varias políticas? La respuesta es que existen varias políticas criminales, y tal como lo indica Asies, criterio que se comparte totalmente, Guatemala no tiene una política criminal de Estado, sino que la misma está dispersa tal el caso de la operativizada por el Ministerio de gobernación, Ministerio público o Corte Suprema de Justicia, Sistema penitenciario, entidades que aúnan esfuerzos por la formulación de una sola política criminal; problemática que no se aborda en el presente trabajo, lo que interesa es el aporte de la política criminal a la solución de los conflictos criminalizados.

De manera general, la política criminal comprende todas aquellas acciones y estratégicas que un Estado realiza para la prevención, combate y tratamiento del crimen organizado transnacional o delincuencia común, es una reacción del ente político ante el fenómeno criminal. El objeto de la política criminal se desplaza entre el fenómeno criminal y societario y el sistema axiológico-social expresado por la normativa jurídica, es decir, puede enmarcarse en el ámbito social así como en el jurídico, pero lo más importante es que debe ser una política criminal democrática que respete los derechos humanos individuales de la Carta Magna y de los Tratados internacionales de Derechos humanos, que son sus límites. La política criminal del Estado es aquella que busca hacer efectivos los fines sociales más elevados de la convivencia social: la paz, la seguridad y la justicia.

Esta política tiene un fin unívoco, que consiste en enfrentar la criminalidad, ese es su elemento teleológico, para lo cual utiliza diversos métodos o instrumentos de carácter penal y los extrapenales, a través de los cuales se materializa esa política, por lo tanto es un concepto complejo y problemático, tal es el caso de la creación de leyes penales, de la persecución penal, de la investigación criminal, de operativos selectivos de detenciones, etcétera.

Pero realmente estamos a presencia de ¿una política criminal o de una política penal?, en este sentido Raúl Zaffaroni, expone que: “Por política criminal puede entenderse una Escuela que aspiró a entender que la política criminal era la acción del Estado contra el crimen, conforme a los resultados de la investigación criminológica entendida como ciencia empírica. No está –ni puede estar- en oposición al Derecho Penal, porque éste mismo es una materialización de aquella. La política penal no sería más que el aspecto más importante de la política criminal. Con todo, el autor argentino prefiere la denominación de Política penal, entendiendo que ésta se dedica a la cuestión de cómo el derecho penal se dirige adecuadamente a su fin, cumpliendo así correctamente su tarea de protección social⁸”, se infiere entonces que la política penal es la encargada de seleccionar determinados bienes jurídicos que pretende tutelar a través de tipos penales de alta punitividad, allí gravita todo un tema dogmático en tanto que la política criminal en cuanto a su objeto más amplio es de toma de acciones por parte del Estado como reacción ante el fenómeno criminal, no limitándose al tema normativo exclusivamente, por lo que se puede decir que esta política es el género y la política penal es la especie, en todo caso esa diferencia es un debate epistemológico, pero el concepto más aceptado por la mayoría de penalistas es el de política criminal.

Entonces, se puede concluir categóricamente que en la formulación de la política criminal debiera estar nutrida por estudios criminológicos que le proporcione datos generalizados de investigaciones sobre la criminalidad, con el fin de que el legislador o autoridad, tengan un mapa conceptual del por qué la comisión de determinados delitos, perfilación del victimario y víctima, por ejemplo, por lo tanto la política criminal es un enlace entre la criminología y el Derecho penal, pues al quedar nutrida aquella política por los insumos proporcionados por el criminólogo, se podrá crear una ley penal finita, entonces la Política Criminal es como un puente de enlace entre la Criminología y el Derecho Penal, pues toma todos los conocimientos e informaciones criminógenos aportados por aquella y los elabora o transforma en propuestas políticas que ofrece al legislador en su tarea de elaborar las leyes.



⁸Rivera Beiras, Iñaki. Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas, Anthopos Editorial, Barcelona, España, 2005. Página 33

La criminología le aporta investigaciones empíricas a la política criminal, y está las filtra, acepta o discrimina datos, que luego traslada depurados al derecho penal, para configurar delitos con el auxilio de la dogmática penal.

Lo expuesto anteriormente nos dirige a la ciencia criminal moderna que se compone de tres disciplinas: la criminología, que estudia todos los factores endógenos o exógenos el fenómeno delito; el derecho penal, que consiste en la aplicación y explicación de las normas jurídico-penales con las que la sociedad reacciona ante dicho fenómeno; y, por último, la política criminal, cuyo objeto práctico es, en definitiva, el permitir una mejor elaboración de los tipos penales y ley adjetiva, orientando al legislador que las redacta, al juez que las aplica, y a la administración penitenciaria que hace efectiva la decisión judicial, por esta razón recurramos a la actividad intelectual interrelacionadora y reflexionemos que:

- a) La Criminología: es entendida como ciencia que busca desentrañar las causas de la criminalidad;
- b) El Derecho Penal, se define como un conjunto de normas jurídicas que buscan luchar contra la criminalidad;
- c) La política criminal, que una vez conocidas las causas de la criminalidad, permitirá que se produzcan normas jurídico-penales que la enfrenten.
- d) La penología, que es una disciplina que, combina herramientas médico-biológicas y psiquiátrico-pedagógicas, que aplica técnicas para alcanzar la corrección, desde el ámbito penitenciario, de los comisores o desviados;

Surge la problemática recurrente de pretender explicar el fenómeno delictógeno desde el ámbito normativo exclusivamente, tal como ocurre con el legislador que al crear tipos penales de última generación, no cuenta con estudios criminológicos sobre determinado ámbito de la criminalidad y sin esos estudios la política criminal carece de sustrato, es una política vacía de estudios que efectivicen el Derecho penal, por lo tanto es una política criminal fallida en sus objetivos y “Un repaso a tan nobles objetivos, sobre cuya base se configuran los principios rectores de la política criminal, es suficiente para detectar su ausencia en el modelo de legislación actual, caracterizado por la improvisación y el oportunismo social y político”⁹, y como efecto domino fallan el Derecho penal en su tutela de bienes jurídicos y los fines de la pena como lo es la prevención general y especial, convirtiéndose en un Derecho penal simbólico¹⁰.

⁹ Cruz Márquez, Beatriz. Ausencia de política criminal en el derecho penal juvenil, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2009. Página 209

¹⁰ Un Derecho penal simbólico trata de tranquilizar a la sociedad en un aparente clima de confianza, dando la impresión de que el Derecho penal es efectivo, utilizando estrategias mediáticas, que sobredimensionan el éxito del Estado sobre la criminalidad, pero en realidad es una mero espejismo, esa es la teleología del Derecho penal simbólico, brindar calma social sin dejar de ser selectivo y altamente punitivo, sus figuras delictivas son inoperantes, sin embargo ante el clamor popular de seguridad, esos tipos penales son la panacea social, tema que se abordará más adelante.

Finalmente, se puede afirmar que:

- La criminología está llamada a aportar el sustrato empírico del Derecho penal;
- La política criminal, está convocada a transformar la experiencia criminológica en opciones y estrategias concretas asumibles por el legislador y los poderes públicos, y;
- El Derecho penal, convierte en proposiciones jurídicas, generales y obligatorias, los saberes criminológicos modelados por la política criminal con estricto respeto a los derechos humanos individuales.

6. Escuelas criminológicas

Al referirse al tópico de escuelas, asociamos una postura que adopto cada una de ellas, que en su momento fue tendencia y lo meritorio es que sistematizaron una serie de teorías que conformaron un solo cuerpo doctrinal, estudios que gravitaron en relación al fenómeno de la criminalidad y otros aspectos, y como sucede con todo conocimiento en el devenir del tiempo sus postulados fueron cuestionados, pues no existen verdades absolutas, de las cuales sobresalen la escuela clásica, la escuela positiva y una escuela ecléctica, está última fusión de posturas de una y otra, corrientes que se explicarán en sus puntos más relevantes.

• Escuela clásica

Se funda en el Derecho natural, es decir, el ius naturalismo, que consiste en un conjunto de normas de origen divino, inmutables y eternas, por ende, niegan la ley terrenal del hombre y su racionalidad en el contrato social esbozado en la época de la ilustración propuesto por Beccaria, Bentham y Howar. Ese derecho, se afirma, es innato al hombre por la razón de serlo, e inspirado en la divinidad, escuela que aparece en el siglo XVIII. El Derecho natural vale por sí mismo, en cuanto intrínsecamente justo, son normas cuyo valor no depende de elementos extrínsecos, por ello se dice que el derecho natural es el único auténtico, es el llamado intrínsecamente válido, entonces se puede aseverar que el Derecho Natural es un conjunto de principios jurídicos fundamentales que el hombre reconoce mediante la razón, es decir no lo crea, está presente en la conciencia humana, es innato al hombre, es universal y perenne, es un valor que se encuentra presente en todas las épocas y en todos los pueblos y que es superior a las estructuras políticas y económicas, en tal sentido es un eje transversal en los diferentes axiomas de esta escuela, cuyo máximo exponente fue Beccaria, luego Francesco Carrara y otros.

Postulados:

1- En cuanto al delito, se concibió el mismo como una entidad jurídica, abstracta; una transgresión a una regla jurídica, postura que corresponde al ius positivismo corriente que postula que la norma jurídica es coercitiva y lo que no existe en la norma no existe en el mundo jurídico.

2- El delincuente, goza de su libre albedrío para cometer el hecho criminógeno, por lo tanto vulnera la ley penal en forma espontánea, sin coacción alguna. Parten de que el hombre-mujer, es un ser inteligente por obra del derecho natural, que tiene capacidad de decisión entre escoger el mal o el bien, y en caso se incline por el mal, pues es justo que se le imponga otro mal, que es el castigo por su mala elección, que sería la imposición de una pena a un responsable moralmente y no por causas patológicas. Niegan el determinismo, que postula que el hombre no goza de libertad, el no decide, sino que son los factores externos los que lo impulsan a cometer el delito. Por el contrario la Escuela clásica afirma que el hombre si puede decidir por el mismo. Se excluyo a los niños y locos, por carecer de esa libertad de decisión. Esta escuela es la primera que analiza el tópico del imputable e inimputables. Hoy en día aún no existe consenso entre estas posturas irreconciliables libre albedrío y el determinismo, por lo que es tema de debate aún en el sentido de qué tesis predomina.

3- En cuanto a la responsabilidad penal, deviene de la espontaneidad en cometer el delito, por ello su libre albedrío peso más en el mal, por lo tanto moralmente es responsable de su elección a violar la ley, es moralmente imputable.

4- La pena es una retribución al criminal por el mal que hizo en la sociedad, en forma proporcional (fin retributivo) entonces, el Derecho penal y la pena no están dirigidas a modificar al delincuente sino que eran instrumentos para tutelar la sociedad del crimen, como disuasivo. La sanción penal debía de aplicarse en razón de la utilidad o necesidad, y se inspiraron en principios de humanidad y respeto absoluto al principio de legalidad, entonces la pena restablece el orden social y tiene dos finalidades: la prevención especial que aparta al delincuente de sociedad y la prevención general que es disuasiva para que otros no cometan el mismo o diferentes delitos.

5- Esta escuela utilizó el método lógico abstracto, propio del Derecho, también llamado racionalista o especulativo, que parte de analizar principios generales para concluir en particularidades.

Esta escuela no aceptó las Medidas de seguridad, pues concebían a todos los autores de delitos como iguales, no hacían distinciones de personalidades, por esa razón no se estudio al “delincuente”, pues si todos eran iguales en sus capacidades no tenía sentido su análisis, por esta razón el autor no tiene trascendencia ya que el delito es una abstracción jurídica, entonces el delincuente no era diferente de la persona normal.

La Escuela clásica, consideró que la ciencia del Derecho Penal había alcanzado su más alto grado de perfeccionamiento, influyendo en la mayoría de países europeos, por ello se acuñó el denominado “Derecho Penal Clásico”, en alusión a esta escuela.

El Derecho de castigar o lous puniendi se funda en la imputabilidad moral, en el libre albedrío del delincuente.

- Escuela positiva.

Llamada también como Escuela positiva de la ciencia criminal, nace en el siglo XIX, puntualmente con la magna obra del médico italiano Ezequiel Cesar Lombroso titulada “El hombre delincuente”, con lo cual nace la Antropología criminal y fue Enrico Ferri, fundador de la Sociología criminal y autor de la denominación “Escuela clásica”, para referirse a una academia arcaica, caduca, superada por esta nueva tendencia criminológica positivista que es una reacción a los postulados de aquella vieja escuela.

Por su parte Garofalo, acuñó, en 1885, el término criminología, en su obra "Criminología: estudio sobre el delito, sobre sus causas y la teoría de la represión", analizando cómo esta disciplina se aplicaría por parte del organismo legislativo y judicial, en la praxis, y realiza una clasificación de penas no conforme al hecho criminógeno cometido, sino que atendiendo a las tipologías de los delincuentes, avalando la pena de muerte.

Esta Escuela, rechaza totalmente el libre albedrío y la imputación moral, afirmando que el hombre es responsable de sus actos por el solo hecho de cohabitar en sociedad, por ello existe una responsabilidad social o legal.

Postulados:

1- En cuanto al delito, es un fenómeno social, una realidad la cual influye definitivamente en el delincuente y debe ser analizado como un ente real y existente, es un hecho antropológico por eso no fue objeto de estudio. El delito se producirá por diversos factores en la sociedad: antropológicos, como la edad, la raza o el cuerpo; factores físicos como el clima y factores sociales tal es el caso de la economía, la cultural, la familia, la sociedad o la política.

2- En cuanto al delincuente, éste es responsable de su actuar en el ámbito societario, por ello es una imputabilidad social atendiendo al determinismo cuyos factores endógenos de carácter social, económico, cultural o político inciden en el autor del hecho criminógeno. Esta escuela realizó una clasificación Lombrosiana del mismo: el nato, loco, habitual, ocasional y pasional, en tanto que para Garófalo los delincuentes se dividían en asesinos, en delincuentes violentos, en criminales lascivos y en ladrones.

El delincuente nato se caracterizaba por los siguientes rasgos psicológicos:

- Insensibilidad moral.
- Precocidad antisocial.
- Vanidad.
- Imprevisión.
- Incorregibilidad.

3- La responsabilidad penal es de orden social; es el medio social el que determina la comisión del delito, por lo que esta Escuela no acepta las tipologías de los delincuentes y se rechaza el libre albedrío por la defensa social (idea nuclear del pensamiento positivista) que es el fundamento de la responsabilidad penal.

4- La pena, en cuanto a su fundamento fue el síntoma de la peligrosidad del comisor, por eso la sanción debe durar lo que dure esa temibilidad, la misma tenía un fin preventivo ya sea general o especial (para Ferri, la pena no se acaba en el delito por ello había que crear sustitutivos penales, además es el primero en abordar el tema de la prevención) y tener en cuenta la personalidad del destinatario. Los positivistas en cuanto a lo terminológico, preferían usar el concepto sanción pues el de pena, da la idea de sufrimiento en tanto que sanción si se adapta al tema del tratamiento.

5- Acepta las medidas de seguridad, por esta razón la sanción fue vista como un tratamiento al sujeto peligroso.

6- La peligrosidad es la medida de la responsabilidad penal, existiendo una peligrosidad pre-delictual y pos-delictual.

7- El método que utilizó es el inductivo experimental.

Diferencias entre estas escuelas:

- Para la escuela positiva la pena es útil, como defensa social (prevención y represión) en tanto que para la clásica no menciona en sus postulados nada de utilidad.
- La escuela positiva, fue del criterio de buscar la readaptación social del desviado y en la clásica no se persigue ese fin, pues para esta todas las personas son normales y no hacen distinción alguna entre el delincuente y el no delincuente.
- En la positiva se estudia e investiga las causas del delito y en la otra escuela no se buscaron esas causas, pues el delincuente actúo con su libre albedrío.
- En la tesis positiva podría no aplicarse una sanción y si una medida de seguridad, y la escuela clásica es retribucionista al castigar al delincuente.
- La escuela clásica exigió el cumplimiento irrestricto de ciertas garantías a favor del delincuente, reaccionando contra la arbitrariedad y abusos de poder.
- La terza scuola criminológica o tercera escuela (Escuela ecléctica)

Postulados

1- Hace una distinción entre las disciplinas jurídicas y las empíricas, aplicando al Derecho el método lógico- abstracto.

2- Se concluye que el hecho criminógeno es complejo, concibiéndolo como un fenómeno social y como producto de factores exógenos.

3- No se acepta la totalidad de la tipológica de los delincuentes, propugnada por la Escuela positivista, reconociendo la existencia del delincuente ocasional, el habitual y los anormales (loco).

4- Concilian la pena con la medida de seguridad

5- El fundamento de la pena es analizada en la responsabilidad moral y la posibilidad de aplicar una medida de seguridad dependerá de la temibilidad del comisor.

6- La finalidad de la pena no es solo retributiva, castigar al culpable sino también la de corregir y readaptar al desviado.

Finalmente, será la Defensa técnica, la que deberá seleccionar el postulado de cada escuela, ateniendo al caso concreto, esto para hacer una reflexión al juzgador de la postura del Ministerio público, y si bien es cierto que se podría refutar que son aspectos históricos que no tienen trascendencia, criterio que no se comparte, pues algunos los postulados de estas escuelas aún tienen vigencia en nuestros días, tal es el caso de penas eminentemente retributivas propias de la escuela clásica o el tema del acusado considerado de alta peligrosidad, postura que acuño la escuela positiva, por ende debe ser juzgado en un Tribunal de Mayor riesgo, lo cual atenta contra la dignidad humana.

7. Política criminológica

Se puede aseverar que todo estudio criminológico es un estudio ético-político-filosófico, con nexos a diferentes niveles de comunicación con la Política, el Derecho penal, la Filosofía y la Ética, y es que esta ciencia social está supeditada a factores socio-políticos, como lo es el análisis de la justicia penal y castigo al desviado o criminal y agentes socio-económicos, en una coyuntura determinada, tal es el caso de considerar al delincuente ya no como un ser atávico o inferior que queda fuera de la justicia penal, no, por el contrario esta dentro de ella y en ciertos casos él considera que está sobre ella, por ello se diseñan un sin número de estrategias sociales, políticas, jurídicas y criminales para neutralizarlo y para ello contribuye nuestra Criminológica.

Es recurrente el concebir a la política criminal como acciones y estrategias del Estado frente al fenómeno criminal; es un instrumento de control social formal íntimamente asocia al derecho penal, pero necesario es reflexionar si la misma es la que nutre y legitima al derecho penal, o bien si mejor observamos que estamos a presencia de una política criminológica, concepción que viene tomando auge, (pero se aclara aún no aceptada del todo) lo cual se podría resumir en cuestionar ¿por qué una política criminológica y no política criminal?, pues es válido analizar que en ausencia de una política criminal integral de Estado, lo que se adopta son decisiones aisladas para combatir la criminalidad, aunado a que ciertos autores no consideran a la política criminal una ciencia, sino como un instrumento, en este sentido la política criminológica, es entendida como:

Un conjunto sistemático, cohesionado y consistente de decisiones de política gubernamental basadas en el análisis científico-social del fenómeno criminal, construidas con la participación del Estado y la sociedad.

Por lo que la Política criminológica son las estrategias estatales de fondo, tendientes a neutralizar el delito, mientras que la política criminal comprende las tácticas y planeaciones desplegadas a los desviados en sus actividades delictivas, además, la Política Criminológica analiza las diferentes las medidas alternativas de justicia que surgen a raíz de la evidente ineficacia del sistema penal.

Otro de los argumentos que sustentan la existencia de la Política Criminológica como de otra forma de castigar el delito, es que los legisladores van encaminados más al “deber ser” ignorando las causas que llevan al sujeto a delinquir, en el ámbito del ser, en la realidad.

Esta nueva visión, implica que esta política ya no es monopolio solo del Estado, tal como ocurre con la política criminal que es formulada exclusivamente por el ente político, sino que ya los grupos de la sociedad civil podrán brindar aportes criminológicos del crimen, es decir, serán actores de reflexiones criminógenas, por lo que es un nuevo paradigma reflexivo e interrelacionado e incluyente, y no deja de tener fundamento esta propuesta, pues es la Criminología la que nutre epistemológicamente al derecho penal.

Esta política criminológica, es parte de las políticas públicas, caracterizada por un conjunto de conocimientos articulados por teorías, principios, leyes, axiomas y reglas que conforman una ciencia, al tener su propio objeto de estudio y en base a ella surge la toma de decisiones del Estado para prevenir la criminalidad incluyendo en esas directrices a grupos de la sociedad civil que realicen, por su propia cuenta, estudios etiológicos de la criminalidad y crean propuestas de estrategias para erradicarla, verbigracia, existen ciertas ONGs, que investigan las causas del por qué se comete el delito de violencia contra la mujer, cuyos resultados son presentados a la sociedad-Estado y en ellos plasman propuestas de solución, que realmente son resultados criminológicos.

La política criminológica, dista rotundamente de una política de imposición de sanciones, por el contrario, está dirigida a reformas sociales e institucionales, además le corresponde definir las políticas públicas sociales y penales, en materia de prevención de la violencia y delincuencia, por lo tanto, ella es realmente la que define la punibilidad, como un control formal a través del derecho penal.

Otra nota distintiva, es que la política pública de seguridad ciudadana, le corresponde al organismo ejecutivo, pero será a través de la política criminológica, que aquella política de seguridad ciudadana logrará elaborar programas, estrategias y acciones para prevenir y combatir el delito, al delincuente, a la criminalidad, a los subsistemas sociales criminales y a la violencia social, sin embargo son dos políticas diferentes.

Una política Criminológica de Estado, es entendida como una propuesta de plataforma científica para la toma de acciones, con coherencia interinstitucional frente al fenómeno criminal, requiere para su formulación, la intervención de expertos multidisciplinarios.

Por lo tanto, esta nueva tendencia, pretende desplazar a la política criminal que se limita más a ser eficaz en la sanción, en tanto que esta visión de Política criminológica se considera integral, entonces es más dable que el defensor/a realice estudios criminógenos y presente sus aportes que coadyuven a la formulación de una política criminológica, por ejemplo, se puede estudiar desde la praxis el perfil del extorsionador, para justificar una modificación al tipo penal de extorsión, socializando esos resultados, en foros académicos o en Congreso Jurídico del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.



Preguntas de reflexión

1. Explique con sus propias palabras y léxico qué entendemos por Criminología
2. ¿Por qué la Criminología es empírica?
3. Enumere los elementos, objeto de estudio, de la Criminología en sentido restrictivo
4. Exponga, brevemente, cuál es la relación existente entre el Derecho Penal, la Política Criminal y la Criminología
5. ¿Qué postulados de la Escuela clásica, considera usted que aún están vigentes y explique por qué?
6. ¿Qué diferencia existe entre el libre albedrío del delincuente, como postulado de la Escuela clásica y el determinismo como imputabilidad social de la Escuela positiva?
7. Exponga en qué consiste la política criminológica

III

CAPÍTULO

LA VÍCTIMA EN EL HECHO DELICTÓGENO

CAPÍTULO II

LA VÍCTIMA EN EL HECHO DELICTÓGENO

1. Víctima

Desde el punto de vista etimológico víctima proviene del latín “victus” y significaba “animal sacrificado o que se destina al sacrificio”¹¹ También se utiliza como sinónimo de víctima el término hostia, que era la persona ofrecida en sacrificio expiatoriamente para aplacar la furia de los dioses, finalmente se utilizó el concepto de víctima que implicaba la muerte pero en agradecimiento.

En un principio, en la época primitiva operaba la denominada autodefensa, que fue un medio empleado por el individuo perjudicado para repeler un ataque contra su persona, sus bienes o derechos, asumiendo por sí la solución del conflicto, es una actuación de propia mano. “La primera forma de autodefensa es la venganza de sangre o venganza privada, que: Consiste en la costumbre de resolver las dificultades de manera directa y personal: quien comete una acción que molesta o perjudica, es sometido de inmediato al orden de la regla social impuesta y faculta al ofendido ejecutarla por sí mismo.”¹²

El jurista español Antonio García- Pablos de Molina, hace referencia a tres momentos que ha atravesado la víctima y que son: “El Protagonismo, la neutralización y redescubrimiento son, pues, tres lemas que podrían reflejar el estatus de la víctima del delito a lo largo de la historia”.¹³ Son diferentes escenarios en los que se ha ubicado la víctima, y que se explican brevemente:

- El protagonismo:

Antiguamente las víctimas o los familiares directos de ellas (sobre todo en caso de homicidio) tomaban la justicia por sus propias manos; por ser los directamente afectados por el victimario; el o los agresores eran los llamados a resarcir el daño cometido. Incluso, en la Biblia se hace mención de la Ley del Talión pretendía limitar los excesos de la venganza de los afectados, indicando que no se podía exigir un desagravio mayor, o que estuviera en desproporción, al daño cometido.

- La neutralización:

Cuando el Estado democrático llega a copar el espectro político y social, se produce un gran cambio con respecto del papel que juegan las víctimas en todo el proceso judicial. Pasan a ser, en la práctica, meros testigos del proceso penal, prescindiéndose absolutamente de ellas al momento de determinar el tipo de condena y el cumplimiento de la misma. El Estado, se apropia indebidamente del dolor, de la voz y del desagravio de las víctimas.

¹¹ Gómez Pérez, Ángela y otros. Criminología. Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, página 298

¹² Ruiz Castillo de Juárez, Crista. Teoría general del proceso. Talleres de Praxis, Guatemala, año 2000, página 5

¹³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas. Valencia: Tirant lo Blanch,

El Doctor Correas García, ilustra al respecto de ese olvido indicando que: “La justicia penal tiene como objetivo castigar los actos contrarios a derecho, con lo cual el Derecho Penal está orientado hacia el delincuente quedando la víctima en una situación marginal o simplemente limitada a la participación como testigo en el esclarecimiento de los hechos, dejando totalmente de lado la conformación de su propio proceso de victimización: entender qué ha pasado y por qué ha pasado.¹⁴”, por ello es acertada la célebre frase del criminólogo noruego Nill Chistrie, acuñada en el año 1977, al decir que “a la víctima se le roba el conflicto, pues el Estado lo toma para sí”.

- El redescubrimiento:

Se ha producido un verdadero redescubrimiento del papel que cumplen las víctimas en el hecho delictivo y se está, poco a poco, privilegiando su participación en el proceso judicial y en la determinación del castigo al victimario. Desde la perspectiva judicial y extra procesal, está surgiendo la preocupación por devolver a las víctimas la atención que se merece, no solo intra proceso, sino que desde brindarles asistencia legal gratuita, asistencia médica y psicológica. Esta última fase se hace evidente en el artículo 117 del Código procesal, que regula determinados derechos del agraviado. Por esta razón la Victimología “no pretende mejorar el derecho penal tradicional sino cambiarlo por algo mejor, quizá hacia un derecho de asistencia a la víctima ¹⁵” Esa es la tendencia hoy en día, de asistir a la persona agraviada no solo desde lo legal, sino en lo psicológico, psiquiátrico y médico, inclusive, ubicarlo laboralmente, en algunos casos, en eso consiste el redescubrimiento de la víctima y claro con una reparación digna, como políticas Victimológicas.

2. Políticas Victimológicas

Estas políticas públicas, están orientadas por parte del Estado a formular estrategias, métodos y técnicas por parte de ciertas instituciones para el tratamiento y atención integral de las víctimas y puntualmente para evitar la victimización, analizando las causas del delito y secuelas del mismo.

Para esta finalidad se han creado diferentes centros de atención a las víctimas de violencia intrafamiliar y especialmente de violencia contra la mujer, tal el caso del Servicio de asistencia legal gratuita a la víctima, que presta asesoría, orientación y acompañamiento legal a las féminas víctimas de esta violencia cíclica; monitorea las acciones legales como lo es la petición de medidas de protección y/o seguridad, para evitar agresiones futuras, y presentación de denuncia ante la fiscalía especializada el Ministerio Público de delitos contra la mujer, servicio que tiene cobertura en varios departamentos del país, coadyuvando con Abogados en lo posible, que actúan ante los juzgados y tribunales de femicidio y

¹⁴ Correas García, Sergio. El rol de la víctima en el moderno sistema procesal penal acusatorio, página electrónica Google, consultada 16- 12- 2010, página 1

¹⁵ Radbruch, Gustav. La idea del derecho en la filosofía jurídica, 1º Edición: Granada: Editorial Comares S.L.,1999. Página 78.

otras formas de violencia contra la mujer y salas de apelación respectivas¹⁶. Otro ejemplo es el fondo administrado por la Secretaría contra la Violencia sexual, explotación y trata de personas, destinado al resarcimiento de víctimas de los referidos delitos, entonces este tipo de política lo que persigue es lograr la desvictimización que consiste en el proceso por el cual se restituyen los derechos lesionados por el victimario a la agraviada, restableciendo su proyecto de vida.

3. La Victimología.

Un dato histórico sobre esta disciplina que estudia a la víctima es que “La primera vez que aparece un estudio a nivel teórico es en 1948 con la obra de Von Hentig “The Criminal and his victim (El criminal y su víctima). Será a partir de los años setenta, cuando comienzan a realizarse estudios con autonomía sobre la víctima, surgiendo la “Victimología”, cobrando fuerza, incluso como asignatura, dentro de los estudios de Criminología.¹⁷”

El término Victimología se acuña en el I Simposio Internacional de Jerusalén sobre lo que se denominó: el estudio científico de las víctimas. Por lo tanto se puede afirmar que: “El vocablo “Victimología” fue acuñado por el israelí Benjamín Mendelshon, que venía trabajando en la década del 40 en estos temas...”¹⁸, además “Puede considerarse actualmente a la Victimología un ramal de la Criminología, según la consagra la inmensa mayoría de autores e investigadores.”¹⁹, entonces los pioneros de la Victimología fueron Hans Von Hentig, alemán y Mendelshon.

La víctima, pues, ya es objeto de estudio, pero se debe tener presente que, “En el siglo XIX, a finales, se comenzó a estudiar científicamente y en profundidad al delincuente, mientras que recientemente, sobre los años 1970, se ha empezado a estudiar seriamente, científicamente, la figura de la víctima, con lo cual se vuelve a incidir en la idea de que la Victimología es una ciencia muy nueva...En sus orígenes, la Victimología estudiaba fundamentalmente las relaciones entre la víctima y el delincuente. Hoy, este objeto de estudio se ha ampliado notablemente.”

Se puede afirmar que en un inicio esta disciplina se limitó al estudio de la víctima y delincuente, hoy se amplió a dos componentes más, enumerados por el Doctor Rodríguez Manzanera, quien “identifica el objeto de estudio, de la Victimología:

- Un nivel conductual relativo a la victimización
- Un nivel general que sería la victimidad”²¹

¹⁶ Acuerdo 1-2010 de la Corte Suprema de Justicia, a través del cual se crea los juzgados y tribunales de delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer.

¹⁷ Correas García, Sergio. El rol de la víctima en el moderno sistema procesal penal acusatorio. Consulta electrónica, Google, fecha de consulta 16-12-2010.

¹⁸ Neuman, Elías. Victimología, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2005. Página 33

¹⁹ Neuman, Elías. Ob. Cit..Página 41

²⁰ Correas García, Sergio. El rol de la víctima en el moderno sistema procesal penal acusatorio. Consulta electrónica, Google, fecha de consulta 16-12-2010.

²¹ Gómez Pérez, Ángela y otros. Criminología, editorial Felix Varela, La Habana, 2004. Página 306

Una de las tareas principales de la victimología es recolectar datos empíricos sobre las víctimas de delitos. El principal instrumento utilizado en la actualidad para recopilar esta información son las encuestas de victimización, realizadas a nivel local, regional, nacional e internacional. Estos test examinan además las medidas adoptadas por los encuestados para prevenir ciertos tipos de delitos, o para reducir al mínimo las posibilidades de futuras victimizaciones.

En el estudio de la víctima y su victimización, es necesario evaluar indican algunos victimólogos el llamado “estilo de vida”, en tanto que otros hacen énfasis en el enfoque de la actividad rutinaria del o la agraviada. Existe también el modelo de la oportunidad que incorpora elementos de los dos anteriores enfoques y postula que el riesgo de victimización delictiva depende en gran medida del estilo de vida de las personas y actividades rutinarias.

En esta ilación se explican, entre otros temas, algunos aspectos del objeto de estudio de esta disciplina: víctima-comisor, la victimización y victimidad, ámbitos, que la o el defensor debe analizar en el caso concreto, a favor de los usuarios de la institución.

4. La pareja penal

No obstante esos diferentes ámbitos de visualización de la víctima la misma no es posible analizarla sin la figura del victimario, sin embargo tal como se ha indicado el delincuente ha sido motivo de abundantes estudios, no así la víctima, contando con algunos ejemplos:

- La Frenología, que se inició por el año 1758, con el médico vienes Franz Joseph Gall que estudio los diferentes cráneos del delincuente.
- La fisonomía, que estudió las diferentes características faciales de la nariz, sus ojos, barbilla y mejillas, es decir, juzgar a la persona por su cara.
- La visión biologista, expone que se nace delincuente y surge a partir de la publicación que César Lombroso hace de su obra intitulada “El delincuente en relación con la Antropología Criminal, en 1876, y habla del delincuente nato, el delincuente loco, el pasional u ocasional, por cierto en ese momento nace la Criminología como ciencia.
- Se desarrollaron teorías desde la perspectiva psicológica, con el denominado psicoanálisis y desde la óptica sociológica de Sutherland, en 1939, en Estados Unidos de América, aportando la teoría de “La asociación diferencial, al estudiar al delincuente de cuello blanco.

El término delincuente utilizado por los criminólogos, no debiera utilizarse por la defensa técnica, pues el imputado de un delito sería el autor o cómplice del mismo, terminología correcta. Además aquel concepto es amplísimo y subjetivo, pues cada persona tiene su propia apreciación y definición de delincuente.

Es curioso que en algunos instrumentos internacionales recientes, en materia de Derechos Humanos, se utiliza ese concepto, lo cual es criticable, tal es el caso de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad –Reglas de Tokio- del año 1990, que en su punto 3.9, preceptúa que: “La dignidad del delincuente sometido a medidas no privativas de la libertad será protegida en todo momento”.

“Mendelshon, con notable acierto, se refiere a la pareja penal que debe ser distinguida de lo que el italiano Escipión Sighele denominaba pareja delincuente. En esta última existe mutuo y pleno consenso delictivo para que dos personas, que caracteriza como íncubo y súcubo, se involucren en uno o más delitos. La pareja penal no es nada armónica sino contrapuesta. En algún caso puede comenzar siendo armónica – como en la estafa-, pero lo que interesa al delincuente, su deseo íntimo porque de ahí resultará su éxito, es el de causar, al final, esa desarmonía que determina y destaca los roles a que estaban destinados en el acto delictual: victimario y sacrificado”²², en este orden de ideas la pareja penal implica víctima-victimario, por ejemplo, en el delito de violencia contra la mujer, estaría compuesta por el hombre agresor y la fémina víctima, en tanto que la pareja delincuente serán dos o más comisores que comenten un delito determinado tal es el caso de la asociación ilícita.

Existen ciertos datos criminológicos que se han relacionado con la pareja delincuente, denominados “la cifra negra o campo oscuro de la delincuencia” que consiste en la diferencia entre la delincuencia real cometida en tiempo y lugar que no es detectada ni denunciada y la criminalidad aparente que es la que, efectivamente, conocen las agencias de seguridad del Estado, son los datos oficiales.

Por otra parte encontramos la “cifra dorada” que es la delincuencia cometida de las autoridades que detentan el poder o bien por aquellos que ejercen el poder económico. También se hace necesario establecer si se trata de una criminalidad convencional o no convencional. La primera es la delincuencia común en tanto que la segunda es la cometida, por una estructura criminal organizada (caracterizada ser plurisubjetiva, es decir integrada por más de tres integrantes) que incurre en delitos de última generación contenidos en leyes penales especiales, tal el caso del lavado de dinero, trata de personas, narcotráfico, asociación ilícita, etcétera.

Se concluye que analizar la pareja penal, compuesta por la víctima y victimario, coadyuvará a explicar los factores endógenos y exógenos que podrían haber influido en aquella dualidad, al momento de la comisión del delito, para comprender y explicar qué sucedió antes, durante y después del delito, pues cada momento de ese iter criminis representa actos diferentes tanto de la víctima como del delincuente, análisis que la defensa deberá realizar, entonces sería un error el pretender explicar el fenómeno delictivo desde el ámbito normativo exclusivamente, que es el deber ser, desconociéndose que sucedió realmente en el escenario del ser de la víctima y el desviado.

²² Neuman, Elias. Ob. Cit. Página 37

5. El desviado

El concepto de conducta desviada, surge en los Estados Unidos y engloba no solo delitos, sino conductas que transgreden normas sociales de diverso tipo, no solo penales.

El contenido de este concepto, es aplicado a personas que se apartan de determinadas reglas sociales o convencionales impuestas como controles informales, y que no necesariamente son comisores de un hecho delictógeno, tal es el caso de las denominadas tribus urbanas por ejemplo los emos, los pokemones o en su caso los travestis, sin embargo existen desviados que se consideran antisociales por que trasgreden la ley penal al cometer delitos, entonces el tópico del desviado aplica tanto a los que no cometen delitos pero por sus actos, por diversas causas, se apartan de las reglas sociales o convencionales y se utiliza este término también para los delincuentes, que efectivamente han cometido delitos. Esta conceptualización no debe aplicarse a aquellas personas que tienen determinada personalidad conflictiva o de cambios de ánimo, en los parámetros de la normalidad o a los inimputables, por lo que la desviación debe ser bien marcada.

El tema de la conducta desviada se encuadra en la relación sociedad-grupo-individuo y trata del condicionamiento social de la conducta, por lo que solo puede verse en la relación sujeto-grupo, nunca sujeto consigo mismo. Para su abordaje es importante establecer la importancia de la norma social, considerándola un principio grupal imprescindible para el funcionamiento armónico de la sociedad, tanto en lo referente a las relaciones bilaterales entre individuos, como a las del individuo-grupo y grupo-individuo, como a las que se establecen entre grupos englobados, a su vez, en macro grupos.

Entonces, se puede afirmar que una conducta desviada, cumple con los siguientes requisitos:

1. Está fuera de la media de los comportamientos;
2. Infringe una norma, aunque sea “de simple convivencia”, pues está inconforme con la misma;
3. Es apreciada como desviada por los demás miembros del grupo;
4. Podría ser violenta y no constituir delito;
5. Esa conducta, además de desviada podría incurrir en un hecho delictógeno.

Se advierte que estos requisitos permiten que no queden incluidas como desviadas, conductas que no cumplen normas que en realidad nadie respeta; o que son atípicas, pero que en realidad no van de momento contra normas establecidas.

6. La Victimización

El término victimización se debe analizar desde la víctima y del comisor, dando como resultado:

- La acción de victimizar al agraviado
- El efecto de victimizar al delincuente

En este concepto, es necesario identificar los niveles de victimización en los cuales puede presentarse el fenómeno de la violencia, siendo así de vital importancia el análisis de los tipos clasificatorios de la victimización. La doctrina Victimológica usa con mayor frecuencia la clasificación de este fenómeno en tres criterios básicos estructurados de acuerdo al momento de producción del daño victimal y al sujeto concretamente victimizado, nos referimos a la victimización primaria, la victimización secundaria y la victimización terciaria.

- La victimización primaria, es la lesión provocada por el comisor o desviado a la víctima, y que atendiendo a la intensidad del daño podría afectar el proyecto de vida del agraviado;
- La victimización secundaria, llamada también revictimización, es la producida por el proceso penal, pues se reproducen otra vez los sufrimientos, en la psiquis del agraviado; se provoca también por el abuso de escucharle una y otra vez sobre los hechos. La vivencia criminal se actualiza, revive y perpetúa en la mente de la víctima, incluso la misma sociedad, estigmatiza a la víctima lejos de responder con solidaridad y justicia, la etiqueta o marca, verbigracia: la mujer violada. El testigo, perito, el oficial, fiscal, juez o defensor también son instrumentos de esa revictimización. En la ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, en el artículo 2, relativos a los principios rectores, se prevé este fenómeno en el literal c): “No revictimización: en los procesos que regula esta ley, debe evitarse toda acción u omisión que lesione el estado físico, mental o psíquico de la persona víctima”.
- La victimización terciaria o victimización del delincuente, opera en sentido estricto en el proceso penal, en tanto que en sentido amplio, es producto de situaciones patológicas del funcionario público de la policía, fiscales, guardias penitenciarios o jueces, que ocasionan graves e irreparables perjuicios al incoado.

7. La Victimidad

La Victimidad se refiere a las características bio-psico-sociales de la víctima individual, en sus condiciones objetivas y subjetivas, las cuales son personalísimas y categóricamente se puede decir que son irreproducibles en cada persona, que las hace diferentes unas de otras, privilegiando la identidad, diversidad y la multiculturalidad para el caso de Guatemala. “Para Mendelshon (1981) la victimidad es la totalidad de las características – biológicas, psicológicas y sociales – comunes a todas las víctimas en general, que la sociedad desea prevenir y combatir, sin importar cuáles sean sus determinantes criminales o de otra naturaleza”²³

²³ Gómez Pérez, Ángela. Gómez Pérez, Ángela y otros. Ob. Cit. Página 314

Precisamente esas características objetivas y subjetivas de la agraviada son las que la individualizan y nos recuerda que al igual se le debe tratar igual y a los desiguales darles un trato desigual, por lo que esas características bio- psico- sociales de la persona constituyen también el contenido del principio de igualdad material.

La igualdad formal está consagrada en nuestra Carta Magna, prescribiendo que “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos²⁴, en tanto que la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que “Todas las personas son iguales ante la ley”.²⁵

Aplicar la ley en forma igual a todos por igual sin contextualizar su individualidad y diversidad es una falacia, es aplicar la ley simétricamente y considerar que todos somos iguales. Es necesario que el criminólogo y operadores de justicia consideren determinadas características, endógenas y exógenas, de la persona a quien se le aplicará la ley, sea víctima o victimario

Existe un sin número de clasificaciones de víctima que sería materialmente imposible enumerarlas todas, por lo que se transcribe puntualmente la de Meldenshon, para la función de la defensa técnica y por cierto en ellas no se aborda a la mujer víctima de violencia intrafamiliar, por ejemplo Hans von Hentig, cuando elaboró su clasificación de víctimas ubica a la mujer en la clase de víctimas generales, sin matizar nada más sobre ellas y menos sobre el fenómeno sociológico de la violencia contra la mujer, que padecen por parte del conviviente o cónyuge, no obstante esa falencia, veamos las siguientes tipologías de víctimas, a saber:

“Clasificación de Meldenshon

- PRIMER GRUPO

- a) Víctima inocente

En este caso la víctima no ha ejercido ninguna influencia en la conducta del acusado, a quien debe aplicarse el peso de la ley.

- SEGUNDO GRUPO

- a) La víctima provocadora
- b) La víctima imprudente
- c) La víctima voluntaria
- d) La víctima por ignorancia

²⁴ Artículo 4 de la Constitución Política de Guatemala

²⁵ Artículo 24 de la Convención americana de los derechos humanos

En estos casos la víctima colabora en mayor o menor grado a su resultado lesivo, por lo que debiera atenuarse la sanción al acusado de ser posible.

• TERCER GRUPO

- a) La víctima agresora
- b) La víctima simuladora
- c) La víctima imaginaria

Aquí la víctima comete el hecho delictuoso, o éste no existe, por lo que el inculpado debiera ser absuelto, en todo caso.”²⁶

Interesa sobresaltar el tema de la víctima inocente y la provocadora, para efectos de este trabajo. La víctima inocente en ningún momento provoca la acción delictual, por el contrario, existe total ausencia de intención de provocar alguna reacción del victimario. En situación diferente se encuentra la víctima provocadora, que tiene corresponsabilidad en su actuar y que provocó la reacción del victimario, es decir, aquella que por su conducta incita al autor a cometer el hecho criminal, por lo tanto, ella es la responsable de su propio mal.

Esa visión de invertir el rol de la víctima a victimario ha propiciado que se construyan algunas teorías que se explican brevemente, a saber:

- La teoría circular de la victimización o retroalimentación victimal, que fue analizado en el VII Congreso de Naciones Unidas, con la denominación de la espiral de la victimización, por medio del cual el criminal se convierte en víctima de su víctima y ésta victimiza a aquél que la victimizó. Este círculo victimal explica que podrían existir víctimas previamente criminales y muchos criminales que son posteriormente victimizados. Las víctimas agredidas se convierten en autoras al devolver el golpe.
- La tesis de la precipitación victimal, formulada por Wolfgang, expone que la víctima contribuye ampliamente al hecho, siendo el directo y positivo precipitante del mismo. La víctima vicia la relación, envía diversas señales que recibe el receptor (victimario), y que la víctima genera el comportamiento criminal en el autor. “Precisamente la gran aportación de Wolfgang es, además del enfoque empírico que consigue dar a su trabajo, este concepto de victim precipitation, o precipitación victimal, que consigue romper finalmente con el concepto de una víctima inerte y pasiva, para mostrar una víctima activa, que colabora en su propia victimización, alterando la percepción social maniquea del delito” .

²⁶ Mendelshon, citado por Gómez Ángela y otros. Gómez Pérez, Ángela. Gómez Pérez, Ángela y otros. Criminología, editorial Felix Varela, La Habana, 2004. Página 314

²⁷ Ferreiro Baamonde, Xulio. La víctima en el proceso penal, Impresiones Grefol, S.A., Madrid, España, 2005. Página 50

- La víctima participante, es formulada por Landrove Diaz, que expone: “Las víctimas participantes desarrollan cierto papel en la génesis del delito mediante comportamientos que generan victimización, ya sea por falta de previsión o provocación”²⁸.
- “El modelo del conflicto victimal, en el cual el agresor y víctima están envueltos en un largo conflicto, en un periodo de tiempo, y alternan los roles de agresor y víctima.”

La defensa técnica, en ciertos casos, podría descubrir en la teoría del caso que la supuesta víctima, es realmente la victimaria; la que provoco su resultado dañoso, entonces operó una inversión de roles que la Victimodogmática estudia y explica, teoría se estudia a continuación.

8. La Victimodogmática

Es Von Hentig, quien en 1948 menciona por primera vez el término Victimología, encargada de estudiar a la víctima individualmente, a la victimización y finalmente a la victimidad, disciplina que no es estática, por el contrario, tiene su propio desarrollo dialéctico que la está impulsando a dar pasos firmes, de tal manera que está aportando nuevas teorías, replanteando y reforzando las ya existentes.

Precisamente la Victimodogmática es una de esas teorías aportada por la Victimología, que es motivo de un rico debate académico, y en la doctrina alemana están los que la consideran que ha de ser aplicada en forma moderada y otros en una postura extrema, “Una tendencia de carácter moderado, y que podría estar representada por autores como Hillenkamp, Artz, Günther, Hassemmer y Kratzch, otorga relevancia al comportamiento de la víctima en orden de fijar la medida concreta de la pena, puesto que tal comportamiento puede motivar una atenuación de la responsabilidad penal, debido a que conlleva, según los casos concretos, una disminución de la antijuridicidad del hecho o de la culpabilidad en el autor. La segunda postura presenta un carácter más extremo y maximalista, al relacionar la Victimodogmática, con la facultad de punir estatal, defendiendo la no imposición de pena en determinados casos, como consecuencia del principio de subsidiariedad del Derecho penal, lo que significaría exigir un principio de autorresponsabilidad a las víctimas en virtud del cual el Derecho penal no intervendría allí donde los ciudadanos – las víctimas- hubiesen podido defenderse por sí mismos. Tal tesis radical es sostenida principalmente por Schuneman.”³⁰

En esta teoría opera el fenómeno de cambio o inversión de roles, desde el punto de vista cualitativo, en el sentido de que la víctima es realmente la autora o comisora,

²⁸Ob. Cit. Página 138

²⁹Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia, y ciencias Sociales y Políticas, de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Mayo 2012, Ecuador. Consulta electrónica Google, revistajuridicaonline.com, de fecha 07 de mayo del año 2012

³⁰Ferreiro Baamonde, Xulio. La víctima en el proceso penal, Editorial La ley – actualidad, S.A., Madrid, España, 2005. Página 56

en tanto que el victimario, se convertirá en la víctima realmente. “Así, Silva Sanchez o Bernd Schünemann, han desarrollado el principio Victimodogmático de la autoresponsabilidad, según el cual la víctima ha de responder por su propio comportamiento, en el sentido de evitar que él sea la causa o antecedente del hecho que lo afecte.”³¹ Esa autorresponsabilidad implica que en un momento dado la persona tiene dominio de sus actos y que producto de ellos podría ser ella la causante de su propio mal, es decir, de que se lesiones sus bienes jurídicos, por el hecho de que ella lo provocó.

Esta corriente de pensamiento constituye el principal afluente de lo que pasó a recoger posteriormente la llamada Victimodogmática, la cual surge desde la Victimología y constituye la dogmática orientada al comportamiento de la víctima y que afirma partir de la existencia de ciertas víctimas que, ya sea por actos dolosos, ya por actos imprudentes, contribuyen a la producción del hecho delictivo y pueden calificarse, en mayor o menor medida, de corresponsables del mismos.

La inversión de roles, es la parte medular de la Victimodogmática que explica el por qué la aparente víctima de un delito determinado, no es realmente la afectada, conclusión a la que se arriba del análisis de los factores endógenos y exógenos, es decir, deja de ser víctima para convertirse realmente en la victimaria, se da pues esa inversión de papeles desde la óptica fáctica exclusivamente y no desde la normativa, esto es lo novedoso de esta teoría que se atreve a cuestionar el rol de víctima estudiando su conducta ex ante, durante y ex post para concluir en la corresponsabilidad de ella en el hecho delictuoso.

El argumento de descalificar a la Victimodogmática aduciendo que altera el delito pues excluye al sujeto activo, no tiene fundamento. Esta doctrina no pretende afectar la estructura de la norma jurídica penal, es decir, no invade el tipo penal ni lo modifica, en todo caso es respetuosa de la reserva de ley como potestad del legislador, sirviendo la misma como herramienta analítica de interpretación del actuar de la víctima en el ámbito de los hechos, desde una visión práctica, por ende, no es necesario introducir los postulados de la Victimodogmática al tipo penal, como falsamente se le reprocha, para que la misma opere.

Es razonable evaluar, por parte de la defensa, la conducta de la víctima en el hecho delictivo, pues gracias a ese análisis se podrá respetar el principio de proporcionalidad, “Sin embargo, se plantea que si rechazáramos la teoría central de la Victimodogmática y prescindiéramos del comportamiento concursal de la víctima, estaríamos quebrantando los principios de proporcionalidad en virtud de prohibición de excesos, lo cual privaría de legitimidad la intervención del sistema Penal”³². A la lógica de los hechos, sería desproporcional aplicar una pena de prisión en su máximo, a sabiendas que la víctima contribuyó con su conducta a la realización del hecho.

³¹ Riquet, Marcelo Alfredo. Cátedra Riquet: Doctrina. Victimología. Riquet. Consulta electrónica Google, fecha 08- 03- 2001

³² Aguilar Avilés, Dager. Estudios cubanos sobre Victimología (compilación), Editora Grupo de investigaciones, Universidad de Malaga, España, 2010. Página 35

El principio de proporcionalidad coadyuva a establecer un equilibrio de corresponsabilidades entre el sujeto activo y pasivo, de tal manera que las dos conductas serán valoradas atendiendo a sus respectivas contribuciones, y si se concluye en que la víctima contribuyó a la realización del hecho delictivo, pues tendrá que atenuarse la responsabilidad del presunto autor en forma proporcional, en caso de imponerse una pena. El artículo 65 del Código penal guatemalteco habilita la posibilidad de evaluar los antecedentes personales del victimario y víctima, es decir, los factores endógenos y exógenos de ambos, allí podría operar este principio de proporcionalidad Victimodogmático, en su caso, también está la opción de invocarse como una atenuante por analogía, de conformidad con el artículo 26, numeral 14 del código penal.

Por ello, “El planteamiento de de Shünemann se grafica en estas palabras: Si el daño social resulta de la conducta de la víctima que desatiende sus propios intereses, entonces, de hecho, la víctima, no el ofensor, debe ser disuadido de comportarse de una forma socialmente dañosa. Y esta intimidación puede ser mejor lograda negándole la protección del Derecho penal si ella descuido sus propios intereses. La propuesta interpretativa de Shünemann, como se observa, rememora la idea de víctima precipitadora o provocadora de la que habla Mendelsohn, en 1947, o la alusión a la contribución de la víctima en la génesis del delito hecha por Von Hentig en 1948”³³.

Finalmente, para obtener la perfilación del agraviado, será a través de una excelente entrevista, “De modo esquemático, veamos ahora los principales aspectos a estudiar. El primero de ellos es el perfil de la víctima, para lo cual se necesita una completa biografía que incluya todos los datos necesarios para llegar a conocer a la persona tan bien, o incluso mejor, que su propia familia. Así, se determinarán mediante el empleo de técnicas tradicionales de investigación (análisis de archivos y fuentes documentales, entrevistas, etcétera) gran número de características físicas, sociológicas y psicológicas de la víctima, con lo cual puede realizarse un sociograma completo de cada una de ellas para efectuar un cruce de datos que pueda aportar nexos de unión entre una o varias víctimas”³⁴

Existen críticas a la presente tesis y argumentos contrarios, que intentan descalificarla, y se comentan brevemente:

- Se afirma que no existe base que apoye esta tesis, al pretender hacer creer de que el legislador haya querido hacer depender el merecimiento de la pena, de que la víctima adopte las medidas de autoprotección exigibles, por ello el delito de hurto sigue siendo hurto, no obstante que la víctima haya sido descuidada.

³³ Aguilar Avilés, Dager. Estudios cubanos sobre Victimología (compilación), Editora Grupo de investigaciones, Universidad de Malaga, España, 2010. Página 35

³⁴ Aguilar Avilés, Dager. Estudios cubanos sobre Victimología (compilación), Editora Grupo de investigaciones, Universidad de Malaga, España, 2010. Página 35

- No es aceptable que se desnaturalice el rol de víctima, al exigirle el deber de autoprotegerse y como no lo hizo, pierde esa calidad y adquiere la cualidad de victimario, y de aceptar esa inversión de roles se estaría creando incertidumbre jurídica, pues el Derecho Penal debe proteger los bienes jurídicos y no exigir al ciudadano medio la condición de autoprotección. “Incluir en el Derecho penal el principio de autorresponsabilidad, implica un retroceso de todo lo avanzado en derechos humanos; sería como negarle sus derechos al exigir a las personas como condición para la protección de sus derechos que ellas mismas los protejan”.³⁵
- La tesis Victimodogmática, además de atentar contra aquel principio de exclusiva protección a bienes jurídicos penales, conlleva implícitamente una concepción de política criminal liberal que trata de reducir al máximo la intervención del Derecho Penal, por lo que metodológicamente no es posible restringir los tipos penales sin basamento legal, para excluir de ellos al autor del delito, en los casos de comportamientos favorecedores e irresponsables por parte de la víctima, por ello es el legislador el único legitimado al momento de criminalizar determinada conducta al considerarse aquellas circunstancias que desvaloricen menos la conducta o en su caso la exención de la punibilidad.

Las anteriores críticas a la Victimodogmática, no las deslegitiman, pues no se trata de culpar a todas las víctimas de todos los delitos en general, reprochándoles que fallaron en su autoprotección y dejarlas en indefensión en sus bienes jurídicos penalmente relevantes, eso sí generaría inseguridad jurídica e impunidad para lo cual no fue concebida esta teoría. Esta doctrina no debe aplicarse en forma generalizada a la gran gama de delitos existentes, sino que exclusivamente a determinadas figuras delictivas y casos concretos, por lo que se invita al o la defensora, a implementar la misma en su estrategia de defensa y ante todo a reflexionarla.

En la praxis, en ciertos casos ocurre que la cónyuge o conviviente es objeto de violencia doméstica por varios años, por parte de su esposo y cierto día ella reacciona brutalmente contra él, causándole lesiones o la muerte y algunas de ellas han sido condenadas por parricidas. Si aplicamos la Victimodogmática se logrará establecer que ella era realmente la víctima de violencia cíclica y que el cónyuge fue el victimario, persona que provocó la reacción de la esposa en defensa de su vida.

³⁵Zamora Grant, José. Derecho Victimal, segunda edición, Edición Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2009. Página 197

La obligación de autoprotección del bien jurídico por parte del esposo, en el caso hipotético indicado anteriormente, significa que no debe auto atentarse contra su vida, por el contrario se debe procurar la conservación de la misma, sin embargo con su conducta violenta se ubicó en una situación de alto riesgo a ser lesionado y efectivamente lo fue, convirtiéndose en un Victimogénico.

9. Victimogénico

Este concepto, se aplica a la persona que es creadora o formadora de víctimas, que se encuentran en su entorno, pues con sus acciones u omisiones logra la afectación constante y cíclica de sus víctimas, ya sea violencia sutil, psicológica o física, desencadenando conductas hostiles por parte de estas en su contra, provocando total rechazo al Victimogénico, tal es el caso del esposo que en el hogar provoca violencia contra la mujer e hijos y estos finalmente reaccionan lesionándolo o en el peor de los casos, dándole muerte, y todo se debió a la situación de riesgo en que se ubico, peligro que también se debe analizar a la óptica de la Victimogénesis.

La persona Victimogéna, no percibe en ciertos casos que su conducta está afectando a terceros, y es que no es necesario ejercer una violencia manifiesta, sino que podría ser sutil, aparentemente desapercibida para extraños más para la víctima si es apreciada, y es que el Victimogéno, por su personalidad desea tener control sobre los demás, lo que se manifiesta en relaciones desiguales de poder, en tal sentido no es necesario para tener esta calidad el cometer algún hecho delictógeno, basta con la intención explícita o latente de crear víctimas, incluso, recurre a diversos factores victimogénos que constituyen medios para facilitar su cometido, los que resultan diversos tal el caso del ambiente familiar, la variable económica, ausencia de control formal por parte del Estado, el tema de género, entre otros, en este sentido, la cualidad de Victimogéno no hace distinción de sexo, de grupo étnico, religión, de estamento socioeconómico.

10. Victimogénesis

Con los planteamientos expuestos por la Victimodogmática, encontramos íntimamente ligada a la Victimogénesis, estudiada por Henri Ellenberger, que evalúa los factores o condiciones que han predispuerto a la víctima a encontrarse en una zona de riesgo mayor a otras personas, y por ello son objeto del delito o de un autodelito, tal es el caso del conductor ebrio, entonces ella la agraviada autoincrementa el riesgo de constituirse en víctima, y para ello se analizan dos variables para ubicarse en esa posición del aumento del peligro: el riesgo propiamente dicho y la vulnerabilidad de la víctima, con ello se podrá saber el origen de la victimización, verbigracia, se estudian los siguientes factores:

- Situacionales
- Biológicos, como la edad o sexo
- Psicológicos
- Socio-económicos
- Relativos a la personalidad

Además la Victimología se apoya de la Victimogénesis, analizando principalmente la conducta de la víctima para encontrar el grado de incremento de riesgo que presentó al realizar sus diversas actividades, pero se insiste, que no se debe ser extremista con esta postura, al culpar al agraviado de su mal causado, por lo que no debe generalizarse este análisis a “todos los casos concretos”, y claro no se descarta como una estrategia de defensa, pero muy limitativa a casos muy especiales, pues se debe recordar que estamos inmersos en la denominada Sociedad del riesgo y que somos continuamente potenciales víctimas, pero lo que interesa a la Defensa es estudiar la génesis de la cualidad de víctima.

11. Instrumentos internacionales de Derechos humanos en relación a la víctima

- Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios básicos de justicia para víctimas del crimen y abuso de poder.
- Decisión del marco del Consejo de Europa relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer- Convención de Belém Do Pará-
- Cien reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.
- Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos
- Guías de Santiago sobre la Protección de Víctimas y Testigos
- Directrices sobre la Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos.
- Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas

Preguntas de análisis y reflexión

1. Realice un comentario crítico en cuanto a las políticas Victimológicas, que se han implementado en el IDPP.
2. ¿Cuál es el objeto de estudio de la Victimología y cómo le sirve a la Defensa técnica esa disciplina?
3. Explique cómo se puede conceptualizar la figura del desviado.
4. Indique un ejemplo práctico de la victimización terciaria en relación al delincuente.
5. ¿Por qué se afirma que la victimidad vendría a ser el contenido del principio de igualdad material?
6. Elaborare un análisis de la víctima provocadora y brinde un ejemplo desde la praxis.
7. Exponga sintéticamente, las ideas fuerza, la Victimodogmática, analizando cómo operan los principios de autoresponsabilidad y proporcionalidad.
8. ¿Cómo le ayuda al o el defensor, estudiar la Victimogénesis en la estrategia de defensa, frente al caso concreto?
9. Consulte un instrumento internacional en materia de derechos humanos, en relación a la víctima y elabore una definición de la misma.

III

CAPÍTULO

ANÁLISIS DE NUEVAS TENDENCIAS CRIMINOLÓGICAS QUE OPERAN EN EL DERECHO PENAL

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE NUEVAS TENDENCIAS CRIMINOLÓGICAS QUE OPERAN EN EL DERECHO PENAL

1. La Sociedad del riesgo y el Derecho Penal del riesgo

Nuestra actual sociedad, está permeada de infinidad de problemáticas, que provocan un clima de ingobernabilidad, inseguridad o vulnerabilidad, producto de diversos factores locales o externos, inclusive la presencia del crimen organizado transnacional, pero también existen otros factores criminógenos como el de nuevas tecnologías que vulneran medidas de seguridad informáticas o virus informáticos, la migración irregular y diversas conflictividades que tensan el tejido social, pérdidas de valores, desintegración familiar, etcétera, que generan diferentes riesgos para el ciudadano y Estado, por eso “Emerge la sociedad del riesgo (Die Risikogesellschaft) como un nuevo estadio de la modernidad en cuyo desarrollo no se reparten riquezas, sino riesgos. Surge un mapa indefinible entre los riesgos y los peligros, los cuales son asimilados bajo el mismo estándar de producción y potencial consecuencia dañina”³⁶.

No es posible negar, la psicosis del miedo que ha invadido al ciudadano, que teme por su vida, por su integridad, por sus bienes, por su familia, a la misma delincuencia, y que vive una condición de vulnerable ante el peligro inminente que lo acecha, pero, “Los riesgos no son un invento de la modernidad, existieron desde siempre. En la Edad Media también se engendró toda una cultura de inseguridad frente a diversas situaciones, como por ejemplo el padecer la Peste Negra, enfermedad por la cual millones de personas murieron en Europa.”³⁷

En todo caso, vivimos en una sociedad que exige seguridad a cualquier costo, que justifica la abolición de garantías y que empodera al Estado a partir de sus miedos. La dogmática penal hará precisamente ello, construir cada vez más sus categorías en el marco de un riesgo inevitable, del cual el sistema penal tendrá la misión de desconfiar más de la sociedad en detrimento del ser; somos potenciales armas peligrosas.

Este escenario de un miedo ya sea creado en el imaginario del Estado, aplicado a la sociedad o si efectivamente se trata de un riesgo real, es el debate que la defensa técnica deberá razonar, pero lo innegable es que ese peligro es creador del denominado Derecho penal de riesgo que actúa como el núcleo asegurador de la sociedad, sin el cual aquella sencillamente desaparecería. Esta visión de riesgo societario ha sido traspolado al Derecho Penal, como una herramienta de control social formal de prima ratio, llamado a frenar ese ámbito convulsionado, incluso, algunos lo visualizan desde una postura moralista al concebir que el Derecho penal vencerá al mal, el cual está constituido por la criminalidad.

³⁶Paladines Rodríguez, Jorge Vicente. La Sociedad del riesgo y el discurso criminalizador de las drogas, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador, 2008. Página 9

³⁷ Ob. Cit. Página 19

La Defensora o defensor deben tener presente al momento de asumir el caso asignado, de la existencia de la premisa analizada, en el sentido de que estamos inmersos en una sociedad de riesgo criminal, en la que reina el miedo y es el Derecho Penal de prognosis, el encargado de neutralizar el peligro ,”pues el mismo es llamado por sectores del poder político para resolver cualquier conflicto penal, principalmente al combate del crimen organizado transnacional que financia al terrorismo, narcotráfico, trata de personas, de armas, etc.³⁸”, entonces es invocado prima ratio para resolver el conflicto criminalizado con violencia.

Lo más grave de esta tendencia, como se indicó anteriormente, es estudiar si ¿el riesgo es real o es creado por el ente político? e independientemente de la conclusión a la que arribe la defensa, ese peligro latente o no, justifica la creación de un sin número de delitos, compra de armamento, reclutamiento y reacomodamiento de agentes de policía, escuchas telefónicas, compra e instalación de cámaras de vigilancia, etcétera, y por supuesto, la mediatización de ese peligro, provoca que los sectores que manejan los medios de comunicación puedan producir un malestar social aparente.

Ese estatus de riesgo, trasciende de forma espectacular en la criminalización primaria, pues el legislador en la configuración de los tipos penales de última generación, tiene presente el peligro, lo cual influye de tal forma que se aparta de los cánones del Derecho Penal liberal, que considera que sólo acciones u omisiones que lesionen bienes jurídicos serán considerados como delito, plasmados en una ley penal anterior, por lo tanto se vulnera aquel principio de legalidad sustantivo por la existencia de delitos de riesgo, por ello criminaliza la inacción, la concertación o la participación, sin lesividad al bien jurídico o creando tipicidades abiertas, es un legicentrismo penal en el maximalismo penal, como tendencia. César Bonesana o Marqués de Beccaria, en el año 1764, consideró que sólo acciones u omisiones que lesionen bienes jurídicos serán considerados como delito, máxima que es negada por el Derecho Penal de riesgo.

Esta tendencia del riesgo está presente en el Derecho Penal, ineludiblemente, lo cual se constata al dar lectura al tercer y cuarto considerando de la Ley de Competencia penal en procesos de mayor riesgo, Decreto número 21-2009 del Congreso de la República de Guatemala, los que prescriben que:

“Que la independencia de la justicia en materia penal es especialmente vulnerable al empleo de la fuerza física, amenazas, intimidaciones y otras formas de coacciones, con el fin de influir en el comportamiento de los jueces, magistrados, fiscales y auxiliares de la justicia en el cumplimiento de sus funciones, en la investigación y persecución penal y juzgamiento.

CONSIDERANDO:

Que existen procesos de mayor riesgo que se caracterizan por requerir medidas extraordinarias para garantizar la seguridad personal de los jueces, magistrados, fiscales

³⁸ Shonfeld, Leonardo. El Derecho penal como política demagógica y sus límites, 2010. Página 3

y auxiliares de la justicia, testigos y demás sujetos procesales, en los cuales resultan insuficientes las medidas ordinarias de protección”. La lógica es que la fuente de ese peligro deriva de la estructura criminal, que podrían atacar de diversas maneras contra jueces, fiscales, peritos o Defensores públicos, por lo que se deberá brindar la seguridad respectiva ante el riesgo, por ello estos órganos jurisdiccionales conocen delitos de mayor riesgo cometidos en diferentes lugares del país, vulnerándose el principio de Juez natural, además que etiqueta a los incoados como sujetos de alta peligrosidad.

Por su parte, la Corte Suprema de justicia, emitió el Acuerdo 29- 2011, mediante el cual crea una tipología de delitos: delitos menos graves, cuya pena máxima es hasta cinco años de prisión, delitos graves cuya pena es mayor a los cinco años de prisión y que no sean de mayor riesgo, y los delitos de mayor riesgo con penas privativas de libertad, variadas, enumerados en el Decreto 21-2009, del Congreso de la República.

Finalmente surge obligadamente la cuestionante ¿debe el derecho penal ocuparse de riesgos futuros?, la respuesta sería un rotundo no, sin embargo ese es hoy es el papel asignado a un Derecho penal de prognosis. No debiera pero la misma sociedad del riesgo, y los potenciales peligros que allí gravitan, puntualmente de la criminalidad, presionan por lo que. “En primer lugar se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro) en lugar de ser retrospectivo (el punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada ³⁹”, por lo tanto, es la sociedad del riesgo el sustrato, el justificativo del adelantamiento de la punibilidad para neutralizar la delincuencia, antes de que ésta actúe en perjuicio de la sociedad, nulificándose ciertas garantías constitucionales para los incoados, pues no se juzgan los hechos del pasado sino los hechos del futuro.

Recordemos, pues, Defensoras y Defensores, que estamos inmersos en la “sociedad del riesgo”, ella justifica in crescendo el alto punitivismo en el marco sancionador de los tipos penales y cero libertad, de los incoados; todos somos potenciales amenazas, por ello el Derecho Penal de prognosis es intervencionista y maximalista limitando libertades públicas y al pretender resolver el conflicto criminal, su respuesta no tiene claridad ni lógica, un ejemplo serían resoluciones judiciales o acusaciones incoherentes, que responden no a una dogmática penal garantista sino a un Derecho Penal de riesgo que debe neutralizar al imputado, por lo que la prisión es la única solución o el acusar a una sola persona, por el delito de asociación ilícita.

A esta tendencia del Derecho penal de riesgo, le es aplicable la teoría del trilema regulador: el primer punto es resolver no casos sino riesgos, por ello las consecuencias son nebulosas e incomprensibles; en segundo lugar, no se resuelven los problemas sociales desde la raíz, sino que el Estado se limita a imponer sanciones y sanciones; y en tercer punto, se reclama la presencia del Derecho Penal en cualquier asunto, por lo tanto, existe una alta demanda del mismo, lo cual provoca que el legislador, no regule razonablemente ante tantos riesgos. Ante este escenario la Defensa técnica, en el proceso

³⁹ Cancio Melia, Manuel. Jakobs/Cancio Melia, Derecho penal del enemigo, Editorial Civitas, Madrid, España, 2003. Página 57

penal, tiene una lucha constante por retomar el garantismo y no sucumbe por riesgos aparentes del imaginario del fiscal o juzgador, que observan el futuro de peligro en tanto que la Defensora o Defensor están en el presente.

El control punitivo del Estado neo-liberal ya no se descarga más, como antaño, sobre sujetos individuales, sino sobre sujetos colectivos o difusos, quienes son tratados institucionalmente como grupos productores de riesgo, los que están conformados principalmente por quienes integran la exclusión (ya sean desocupados, inmigrantes, pobres, etc.) que resultan los destinatarios de un verdadero control dirigido a su remoción o inocuización del cuerpo societario.

2. Criminología actuarial

Esta clase de Criminología administrativa o actuarial, centra su atención en el sujeto colectivo potencialmente peligroso, apartándose de teorías disuasivas a evitar que se cometa el delito como tampoco se preocupa por la filosofía “Re”, que le apostó a la reeducación o rehabilitación, tal como lo indica nuestra Carta Magna, en su artículo 19 al preceptuar que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación, incluso ya no interesa el juicio de reprochabilidad de la culpabilidad ni las patologías, por lo que su enfoque se centra en un estadio del “antes” y no del “después”; esta Criminología, es del criterio que es mejor prevenir la criminalidad antes que remitir a prisión.

Implica una modalidad filosófica no de inclusión sino de exclusión, es decir, el objetivo es anticiparse por parte de los aparatos de seguridad a determinados conflictos criminógenos; han de actuar antes para que no se materialice la efectiva lesión a bienes jurídicos tutelados por parte del colectivo peligroso que sería el comisario, por lo que fortalecen el discurso de exclusión y aislamiento al desviado, en este sentido ya no es de interés el delito consumado per se sino la probabilidad de comisión del hecho delictuoso, es una prognosis o conocimiento anticipado para evitar un ataque al sistema imperante, por lo tanto el tema del control formal se potencializa estratosféricamente en esta Criminología calculadora del riesgo.

Esta visión actuarial se encarga de clasificar e identificar a grupos poblacionales considerados “peligrosos”, para diseñar políticas y estrategias de control dirigidas a ciertas categorías de sujetos que han de ser objeto de estricta vigilancia que implica incapacitación e intimidación y esos desviados solo tendrán valía como “caso” en una clasificación sobre la base de una valoración probabilística, entonces se afirma que los pobres actuales que son los supernumerarios, los excluidos, integran una asociación de “clase peligrosa”.

Esta Criminología está dirigida a producir un cambio a través de una ingeniería social, para lo cual separa al desviado del ciudadano honrado, a fin de minimizar el daño

⁴⁰ El neoliberalismo o liberalismo tecnocrático, es una corriente económica y política inspirada en una amplia, en general y una drástica reducción de intervención del Estado en la economía, todo en favor del mercado, que pasaría a desempeñar las competencias tradicionalmente asumidas por el Estado, en defensa del libre mercado capitalista como el mejor garante del equilibrio institucional y del crecimiento de un país.

probable, por lo que esta actitud actuarial refleja el hecho de que el riesgo, ha aumentado mientras el delito se ha convertido en una parte naturalizada de la vida cotidiana y se preocupa más por la minimización ese daño que por hacer justicia y la principal estrategia es que, se administra a las clases marginales desviadas, creando ciertas barreras para que allí se mantengan en sus propias reservas causándose ellos mismos problemas y no a los ciudadanos probos, reduciendo así la conflictividad, es más, se concibe la función de la prisión como una forma de exilio, de eliminación, sin preocuparse de la rehabilitación.

Finalmente, está clase de Criminología recondujo su preocupación principal, pues antes lo era el sujeto delincuente, ahora se ocupa de sujetos colectivos de “riesgo” y su control formal masivo preventivo de grandes segmentos societarios, tal es el caso de utilización de cámaras de vigilancia en vías públicas, equipos de escáner, etcétera, que monitorean conductas predelictuales.

3. El enfoque ecológico de la Escuela de Chicago

Se trae a colación esta tesis, cuyos máximos representantes fueron Robert Ezra Park y Ernest Burgess, que surgió por los años 1920 aproximadamente, cuyo objeto de estudio fue analizar la criminalidad, la etiología desde el ámbito espacial o ecológico, puntualmente desde la óptica urbana, es decir, realizaron una distribución geográfica del delito por zonas, destacando una desorganización social producto de fenómenos como la migración irregular acelerada, la integración de diferentes culturas y el crecimiento desmedido de la metrópoli, se trató de un estudio desde la sociología criminal, entonces se explicó que las causas del delito obedecían a ciertas áreas urbanas de la ciudad, que eran las culpables de la criminalidad, por ser altamente peligrosas debido a los índices delictuosos que allí eran mayores, afirmación que resultó polémica.

Se asevera por algunos criminólogos que los postulados de esta escuela ya son obsoletos y que es injustificado el estudiarlos, pues ya caducaron, sin embargo el defensor o defensora, deberá realizar un análisis crítico de lo expuesto por esta escuela para concluir si están o no aún vigentes sus axiomas.

Esta academia prestó gran importancia etiológica a factores socioeconómicos como la pobreza, baja educación y densidad de población, en cierta área urbana, a quienes se les atribuye la responsabilidad de la existencia de los hechos criminógenos, es decir, la importancia etiológica del factor ambiental y su vinculación con la delincuencia, a lo que llamaron la existencia de una “patología social”, específicamente de pérdida de valores, por lo tanto, inclinó sus estudios a comprender y explicar esta conflictividad nacida en la estructura urbana, entonces crean la teoría de que los desviados se concentran en un determinado ámbito espacial, que se aísla de la gran urbe, considerando que el delito es un fenómeno social y que debe analizarse empíricamente desde adentro, privilegiándose las investigaciones de campo y estadísticas.

Al haber realizado el ejercicio intelectual sobre esta escuela, se puede concluir que el Estado constantemente presenta a la ciudadanía la existencia geográfica de las denominadas “zonas rojas de criminalidad”, ubicadas en la ciudad capital, las que son

periféricas, caracterizadas por el factor pobreza y olvido, incluso, con alguna población de migrantes irregulares, por ejemplo de centroamericanos, por lo tanto, son consideradas focos espaciales socialmente desorganizados que se han apartado del control social formal (el derecho) carentes de un sentimiento de cohesión socio axiológico, por ello este escenario justifica mayor presencia policial, mayores detenciones de desviados ante los altos índices de criminalidad, en tal sentido reitero la cuestionante ¿estamos ante realidades diferentes, la del pasado y presente, analizadas por la Escuela de Chicago?, se puede afirmar que no, claro cada lugar con sus connotaciones, pero pretender justificar que la criminalidad existente es generada desde ciertas áreas urbanas, es retrotraernos a esta tesis, que fue duramente criticada, al no extender sus estudios al área rural.

La gravedad, hoy en día, es que ciertas zonas, calles o barrios, han sido rotulados por otros segmentos societarios de lugares inseguros y de alta criminalidad, por lo que se crean generalizaciones a todos los habitantes que allí residen por considerarlos sujetos peligrosos y delincuentes, lo cual atenta contra su dignidad, al estigmatizarlos así, lo que se traduce a un neotiquetamiento espacial o por el lugar.

“La teoría del etiquetado explica la desviación en términos de reacción, de desaprobación y de las sanciones sociales que siguen a una violación de normas o reglas sociales. Los comportamientos concretos no son desviados en sí mismos, sino que se convierten en desviados cuando la sociedad los declara inaceptables. La desviación representa, pues, un juicio de valor que se aplica a los individuos que no se ajustan a una norma social. Tales etiquetas generalmente comportan connotaciones negativas y duraderas que puede influenciar profundamente a la persona a la que se aplican”⁴¹, por ejemplo el etiquetar un determinado asentamiento o bien el tópicos de la zona tres, ciudad capital.

Este etiquetamiento recibe otros nombres como labelling approach, paradigma del control o teoría de la rotulación como menciona la Psicóloga chilena Doris Cooper Mayr, en su obra Delincuencia y desviación juvenil, “Así podemos comprender por qué la Teoría de la Rotulación da tanta importancia al rotulo o etiqueta que se nos impone desde el espejo social y en consecuencia, desde el control social. Ser calificado como un buen alumno, ser considerada una buena deportista, ser etiquetado como drogadicto, o ser insultado como ladrón(a), son rótulos que afectan nuestro autoconcepto. La teoría de la Rotulación o Etiqueta es una teoría muy actual y relevante. Entre sus principales proposiciones teóricas: 1. Son los grupos de poder los que definen qué conductas son normativas o no- normativas e ilegales, ya que ellos hacen las leyes. 2. Es el control social que ejercen, el que crea la delincuencia y la desviación. 3. El control social aplica rótulos o etiquetas a los desviados y/o delincuentes”⁴², entonces Defensoras y Defensores, este es el corolario del por qué aun están vigentes ciertos postulados de la Escuela de Chicago, aplicados al presente y a casos concretos, pues lo relevante es etiquetar por el lugar en que se vive y no por una conducta delictógena.

⁴¹ Rodríguez Caamaño, Manuel José. Temas de sociología I, Impreso en Tecnología Gráfica, España, 2001. Página 526

⁴² Rodríguez Caamaño, Manuel José. Temas de sociología I, Impreso en Tecnología Gráfica, España, 2001. Página 526

4. La defensa social o política criminal humanista

El fundador de esta escuela fue el italiano Filippo Gramática, y surge como una reacción a la decadencia de la escuela positiva y sus máximas, aunque ciertos autores no la consideran como una escuela sino un movimiento ideológico que sumó varias tendencias humanistas y democráticas en materia penal, e independientemente de cómo se le considere, la defensa social postula que la finalidad del derecho penal no es el castigo al delincuente, es decir no es su centro de estudio sino que es la eficaz protección de la sociedad y Estado, a través de ciertas estrategias no necesariamente penales sino extrapenales, verbigracia tratamientos médicos-terapéuticos, pero sin dejar de estudiar al desviado en cuanto a su personalidad como “sujeto peligroso”, concepto subjetivo creado por la clase dominante, el cual se caracteriza por su vaguedad y que permite analogías.

Gramática negó la existencia de un derecho a castigar a favor del Estado, sino a favor de la sociedad. Lo que procede no es sancionar, sino “socializar” al delincuente, no imponer “penas” en función del delito cometido sino aplicar “medidas” de defensa social, preventivas, educativas y curativas de acuerdo con la personalidad del delincuente.

Lo más sobresaliente es que se afirma que el derecho penal debe neutralizar esa peligrosidad de modo humanitario, sin descuidar la defensa social, para lo cual se deben coordinar diversas acciones entre el Derecho penal con la Criminología y la ciencia penitenciaria.

Es Marc Ancel, en 1949, al final de la segunda guerra mundial, el autor de reformular y presentar una Nueva defensa social, cuyos principios más sobresalientes de esta escuela, son los siguientes:

- Principio de legitimidad, pues es el Estado el único que tiene la potestad de combatir y reprimir la criminalidad.
- Principio del bien y del mal, pues el hecho delictivo es nocivo para la sociedad, es el mal en tanto que la sanción penal es la expresión del bien y normalidad social, por ello la sanción no solo debe ser retributiva sino que deberá ser un remedio para el defecto personal del autor del delito.
- Principio de culpabilidad, expone que el delito es un juicio de reprochabilidad que es totalmente contrario a las normas sociales y a la norma jurídica.

- Principio de igualdad, el cual postula que la pena se ha de imponer sin distinción a toda persona, que ha cometido un ilícito. Se aclara que hoy en día es factible suspender la persecución penal, sin la imposición de la pena, ya sea por un criterio de oportunidad por ejemplo; por ello este postulado ha variado, actualmente, en relación a los delitos de mayor riesgo cometidos por la criminalidad organizada, pues el juzgador eventualmente podría condenar a todos los integrantes de la estructura criminal.
- Principio del interés social, pues el derecho penal protegerá los intereses colectivos, de todos los ciudadanos respetuosos de la ley, es decir, tutela intereses difusos. Esta arista de la defensa social, coincide con las nuevas tendencias de tutelar ya no a personas individuales sino a colectivos en sus intereses difusos. Verbigracia al cometerse el delito de lavado de dinero, no es una persona individual la afectada, sino toda la sociedad sin olvidar que también existen grupos societarios considerados como un riesgo de los cuales se debe defender la sociedad.
- Principio preventivo, pues la pena tiene como finalidad prevenir el crimen. Esta prevención, actualmente se maximiza al adelantamiento de la barrera de punibilidad, para castigar al crimen organizado en una fase ex-ante, sin la exigencia de una lesión a un bien jurídico tutelado, como ejemplos tenemos la criminalización primaria de los delitos de conspiración o de asociación ilícita.

Esta ideología de la defensa le apuesta a la finalidad resocializadora de la sanción la cual es compatible con la tutela de la sociedad, pues concibe al delincuente como parte de la sociedad y por ello debe permitirse su reincorporación, con respeto a su dignidad, postura que es exigida por la defensa técnica ante una eventual condena, rechazando un desequilibrio, que se incline más a un punitismo so pretexto de una defensa de la sociedad.

Finalmente, Ancel, en su obra “la defensa social nueva, un movimiento de política criminal humanista” (1954), deja claro que la defensa social es un movimiento preocupado no por el castigo del delincuente, sino por la protección eficaz de la comunidad por medio de estrategias extrapenales, que parten del conocimiento científico de la personalidad del delincuente, que buscan neutralizar su peligrosidad de forma individual y humanitaria, aclarando que esta doctrina es de corte minimalista, que defiende una mínima intervención del derecho penal, y la pena de prisión como ultima ratio.

5. El expansionismo del Derecho Penal o inflación penal

Debido a la diversificación de actividades delictivas transfronterizas realizadas por el crimen organizado transnacional, los Estados afectados han reaccionado mediante políticas criminales para combatir y enfrentar esa criminalidad no convencional. Al respecto Alberto Martin Binder, define esa política como: “Conjunto de métodos por medio de los

cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal⁴³”

Acertado el criterio del Presidente de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales, Doctor Ramón de la Cruz Ochoa, al indicar que “Cualquier definición que se tome como referencia de la política criminal, parte de una premisa, debe entenderse fundamentalmente como política del Estado y por tanto de los grupos dominantes, de ahí que siempre está ideologizada y representa los intereses y puntos de vista de las fuerzas hegemónicas, sin dejar de estar vinculada a otras disciplinas como la criminología, la filosofía del derecho o la sociología criminal⁴⁴”, por ello se debe tener presente que está clase de política es configurada por la clase social que detenta el poder político y económico, arremetiendo contra el estamento de escasos recursos y vulnerable, creando las etiquetas delictogénicas.

Todo lo anterior conduce a afirmar que en la formulación de los tipos penales (construcción de la figura delictiva), los mismos responden, entre otros factores, a la política criminal del Estado en un momento histórico, atendiendo a los niveles de criminalidad imperantes en una sociedad determinada, la tendencia hoy, es que a mayor delincuencia, más delitos y mayor punibilidad con penas drásticas, sin embargo dicha política no se agota allí, pues la misma se operativiza en la selectividad en las aprehensiones por los aparatos de seguridad, actividades de prevención del delito y la creación excesiva de tipos penales abiertos, sumado todo ello, está generando el expansionismo o inflación del Derecho penal como política criminal maximalista, reactiva al crimen organizado desde la criminalización primaria.

Se considera que en la génesis de ese expansionismo coadyuva la Convención de Palermo, que insta a los Estados partes a tipificar en sus legislaciones determinados delitos, considerados graves, fomentando la inflación penal, para enfrentar aquella criminalidad transfronteriza.

Por ello se puede inferir que no estamos a presencia de un minimalismo Ferrajoliano sino que ante un maximalismo penal, llamado a resolver mediante un sin número de tipos penales, otras esferas que antes no se penalizaba, generándose esa inflación que se agrava al utilizar tipicidades abiertas, cuyos verbos rectores son eminentemente discrecionales, es un renacer de los tipos penales abiertos en pleno siglo XXI.

Esa desmedida criminalización primaria en la configuración de los delitos de última generación genera limitar más las libertades públicas de los ciudadanos, en cuanto al radio de acción que antes ellos tenían, pretendiendo demagógicamente resolver la conflictividad criminal desde el deber ser, sin reflexionar que existen problemas estructurales

⁴³ Binder, Alberto Martín. Política Criminal, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias penales de Guatemala, 2008. Pág. 17

⁴⁴ De la Cruz Ochoa, Ramón. Política Criminal. Concepto, métodos y sus relaciones con la Criminología, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2004. Pág. 285

que atender como intentar erradicar las causas de la pobreza, de exclusión y marginación, brindando oportunidades de toda índole al ciudadano, mejorar la prestación de servicios como la educación, la salud y otros satisfactores para elevar la calidad del proyecto de vida, y no solo punibilidad para resolver la conflictividad social.

Desde ya se detecta el error del legislador de pretender solucionar diversos problemas desde lo normativo, con la finalidad de dar respuesta a los reclamos sociales principalmente de inseguridad, por lo que recurre a crear figuras delictivas con un marco sancionador drástico y a maximizar de prima ratio al derecho penal. A mayor conflictividad social, mayor índice inflacionario del Derecho penal, por lo que estamos ante una superproducción de leyes penales especiales por ejemplo, la ley de Equipos terminales móviles (vigente desde el diecisiete de septiembre del año dos mil trece) que en su artículo 21, tipifica el delito de Robo de equipo terminal móvil, de la siguiente forma: “Robo de equipo terminal móvil. La persona que sin la autorización debida y con violencia, tomare un equipo terminal móvil será sancionado con prisión de seis (6) a quince (15) años”, figura delictiva que se asimila al delito de robo, tipificado en el Código Penal vigente, que implica tomar una cosa mueble (celular) con violencia sin autorización del propietario o poseedor, sancionándosele con prisión de tres a doce años, con lo cual se confirma la clonación de tipos penales en el fenómeno de la inflación penal.

A decir de Raúl Carrancá y Rivas, existen dos formas de expansión o dilación del Derecho Penal “La primera corresponde a la necesidad de tipificar y penalizar acciones que se originan en la complejidad de la vida moderna, donde aparece el fenómeno de derivaciones o subtipos de los delitos tradicionales o básicos. La segunda forma es la malsana tendencia a penalizar acciones que de suyo se hallaban contenidas en otros espacios del Derecho. Si por tal expresión se entiende regular aún más la conducta libre del ser humano, dicha expresión debe ser constreñida. Si por lo contrario, es una referencia a prever nuevas tipificaciones, por conductas ilícitas novedosas no tipificadas, debe alentarse.⁴⁵”, esto significa, que se contribuye al fenómeno del expansionismo en la siguiente forma:

- Crear tipos penales derivados del tipo básico, surgiendo los delitos privilegiados o cualificados, por ello el delito básico se ramifica.
- Se están criminalizando conductas que ya estaban reguladas en otras materias del Derecho.
- Nuevas tipificaciones que antes no existían.

Lo alarmante es que ese expansionismo del Derecho Penal se asocio a la temeraria doctrina del Derecho Penal del enemigo, que retoma la vieja tesis del delincuente peligroso, al que se debe inocular por ser un enemigo de la sociedad y por ello no le asiste ninguna garantía penal, prácticamente no tiene la calidad de ciudadano, por ello esta ideología

⁴⁵ Laveaga, Gerardo y Lujambio, Alberto. El Derecho penal a juicio, Edición Instituto Nacional de Ciencias Penales, D.F. México, 2007. Página 254

es propia de regímenes totalitaristas, la cual está vigente en nuestros días, coartando libertades a través de aquel Derecho antigarantista. Se suele decir que si se conoce la historia ya no se cometerán los mismos errores, pensamiento que ya no responde a la realidad de nuestro Derecho penal que hoy se caracteriza por ser de riesgo, fundamentado en el sujeto peligroso.

Contraria a la presente tesis inflacionaria encontramos la del minimalismo que postula que el Derecho penal sólo debe intervenir (principio de intervención mínima) de ultima ratio, con fundamento en el principio de subsidiaridad, por lo que deberá criminalizarse conductas con un mínimo de figuras delictivas para respetar aquellas libertades públicas conquista del movimiento revolucionario del iluminismo y un Derecho penal liberal garantista, por ende, sólo aquellos bienes jurídicos penalmente relevantes deberán ser objeto de tutela, de conformidad con los principios de lesividad y fragmentariedad del Derecho penal.

Esta tendencia minimalista, está cediendo ante el maximalismo penal, pues es el derecho penal, actualmente es llamado de prima ratio a resolver conflictos que pertenecían a otras ramas del derecho, verbigracia, en el artículo 197, numeral 6, de la Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, prescribe que: “Los jueces están facultados para hacer declaraciones que procedan en materia de filiación y fijación de alimentos, cuando así sea solicitado por la víctima o su representante”, por ende ya no es necesario acudir a un juez civil

Recordemos que la tendencia garantista del minimalismo, construyó en el devenir histórico un conjunto de principios limitadores al Derecho penal (lus Puniendi) tal el caso de la garantía de legalidad, presunción de inocencia, el debido proceso, principio de culpabilidad, prohibición de la analogía, el derecho de defensa, etcétera, los que se han relativizado, inclusive, ya no operan ante la criminalidad organizada, pues se recurre a fórmulas de que toda norma que se contraponga a la ley especial penal, quedan derogadas, preceptos que se caracterizan por ser discrecionales y arbitrarios.

Finalmente, esta expansión del punitivismo tiene como eje transversal al “enemigo” o al otro considerado “no ciudadano”, que integra el crimen organizado transnacional en red, por lo que no es merecedor de tutela del Derecho penal garantista, en todo caso es considerado, un extraño a la comunidad por su desviación, por ello terminamos indicando que “Las características principales de la política criminal practicada en los últimos años puede resumirse en el concepto de la expansión del Derecho penal. En efecto, en el momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución actual de las legislaciones penales del mundo occidental está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso de enteros nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al

de épocas anteriores”,⁴⁶ por lo que esta tendencia maximalista, considera al código penal como anacrónico, surgiendo el fenómeno de la descodificación, que significa que a través de leyes penales especiales se rebasa al propio código, entonces la suma o totalidad de esas leyes es el Neocódigo penal, inclusive, se suman reglamentos o acuerdos de la Corte Suprema de justicia e instrucciones generales del Ministerio Público, inclusive textos de interpretación de leyes, de organizaciones de la sociedad civil.

6. Derecho Penal simbólico

Se inicia la explicación de este tópico, con una cita del profesor Winfried Hassemer, quien plasma las ideas fuerza de esta tendencia, por la crisis del derecho penal:

“El propio término no ha sido objeto de estudio por la doctrina; no he encontrado un concepto preciso y apto de «simbólico» o «legislación simbólica». Existe un acuerdo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno de Derecho simbólico: se trata de una oposición entre «realidad» y «apariencia», entre «manifiesto» y «latente», entre lo «verdaderamente querido» y lo «otra mente aplicado»; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. «Simbólico» se asocia con «engaño», tanto en sentido transitivo como reflexivo. Esta cualidad crítica se basa y ésta se presenta en todos los casos de promulgación de leyes simbólicas, en la oposición entre apariencia y realidad, apunta al elemento de engaño, a la falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad⁴⁷”.

El Estado, desde un Derecho penal subjetivo tiene la facultad de castigar conductas que considera penalmente relevantes –lus Puniendi- apoyándose en el principio de la prevención general positiva y negativa, que tiene un fin ético social, reafirmando los valores significativos del cuerpo social, con lo cual se robustece la moral social, la cohesión y armonía, a su vez se advierte al ciudadano de que debe abstenerse de realizar cierta conducta que está prohibida por el Derecho penal, y si se realiza se impondrá una pena determinada, que sería una modalidad pedagógica del castigo.

Ante los altos índices de la criminalidad organizada, el legislador crea un sin número de delitos con penas drásticas (inflando el Derecho penal) y simultáneamente presenta a la ciudadanía un Derecho penal simbólico mediante el cual se trata de tranquilizar a la sociedad de que existe un aparente clima de seguridad, dando la impresión de ser efectivos dichos delitos, mediante estrategias mediáticas, que sobredimensionan el éxito, pero en realidad es una mera impresión, un espejismo, esa es la teleología del Derecho penal simbólico, brindar calma social sin dejar de ser selectivo y altamente punitivo, pero la realidad es otra, pues tales figuras delictivas son inoperantes, más ante el clamor popular de seguridad, esos tipos penales son la panacea social.

⁴⁶ La respuesta del Derecho penal ante los Nuevos retos, IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de la Universidad de Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, España. 2005Página 80

⁴⁷ Hassemer, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, Editorial Jurídica Conosur, 1995. Página 36. Consulta electrónica 12-08-2013: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20130708_01.pdf

“Dicho con toda brevedad: el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado hecho, sino también (o sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal – dejando de lado las estrategias a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos – persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como “otros” no integrados en esa identidad. Y parece claro, por otro lado, que para ello también son necesarios los trazos vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escala, especialmente, cuando la conducta en cuestión ya se hallaba amenazada de pena. Por lo tanto, el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal. A continuación puede examinarse lo que surge de su unión: el Derecho penal del enemigo.⁴⁸” Un Derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal como tal en un Estado de Derecho y mina la confianza de la población en la administración de justicia, al descubrirse la farsa.

Se insiste en que ese simbolismo de los delitos de última generación son más de efectos políticos y no de una verdadera protección a bienes jurídicos. El Estado proyecta la imagen de que tiene todo bajo control y constantemente está sobredimensionando los éxitos en aprehensiones e imposición de penas drásticas a los miembros del crimen organizado, pero la realidad es otra, inclusive, tales delitos son difíciles de probar y lo grave es que no resuelven problemas estructurales pues esa conflictividad siempre estará presente en el ámbito del ser, por lo que ese Derecho penal simbólico es más para la psiquis o conciencia del ciudadano y no para la tutela efectiva de los referidos bienes jurídicos que constantemente son lesionados o puestos en peligro.

Lo importante es que el Derecho penal simbólico tenga presencia societaria, no obstante que el mismo no logra el efecto disuasivo que se esperaba, pero se simula que el mismo tiene alto impacto social y que la delincuencia está disminuyendo, lo cual es ilusorio y denota un doble discurso. Si se está amenazando a la sociedad con imponer una pena drástica, es la prevención general negativa y si efectivamente se impone la misma al autor del delito, a través de una sentencia de condena, se estaría operativizando la prevención especial ya sea negativa o positiva. Estas teorías relativas justifican la pena en cuanto a su fin, prevenciones que no operan en el Derecho penal simbólico pues se trabaja a través de la ilusión por lo que se aparta de los fines político criminales que fundamentan la pena, en todo caso esta tendencia es más utilitarista, pues se sirve del Derecho penal.

Además, la imposición de penas drásticas y desproporcionadas a ciertas personas etiquetadas de formar parte del crimen organizado, es una neocriminalización arbitraria, que fortalece al Derecho penal simbólico, que ha redefinido el contenido del etiquetado, ahora ya no se trata de una delincuencia común o de simples mareros, sino que de crimen organizado, de estructuras criminales y así debe creerlo la ciudadanía, operando la llamada tesis de la profecía autocumplida, acuñada por el psicólogo Robert Merton, la

⁴⁸ Cuerda Riezu. La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2006. Página 87

cual hace referencia a que cuando tenemos una firme convicción o creencia en relación a un suceso o persona, la misma termina corroborada. “Las profecías autocumplidas (Merton 1957) son las predicciones que se hacen acerca de algún comportamiento o evento futuro que modifican las interacciones conductuales para producir lo que se espera”⁴⁹, entonces este mensaje se internaliza en la psiquis del gobernado infiriendo que todo la macrocriminalidad es causada por la criminalidad organizada.

Por ello se puede aseverar que en Guatemala, se ha redefinido el contenido del etiquetado que era el de un joven pobre, el de pertenecer a áreas marginales y ser pandillero (marero), hoy la mayoría de detenidos y procesados, son sindicados de pertenecer a la estructura criminal o ser un peligroso líder de la criminalidad en red, por ende, estamos a presencia de un Neoetiquetamiento cuyas características son de una la persona ostentosa en su forma de vestir, por el tipo de vehículo que usa y mega residencia con animales exóticos, por señalar algunos rasgos.

En el Derecho Penal simbólico el marco sancionador de los delitos toman protagonismo al transmitir a la sociedad ese efecto retributivo de la pena, como un símbolo que coadyuva a la armonía societaria, que resolverá todos los problemas de la criminalidad como una panacea por lo que el ciudadano debe estar tranquilo pues se está neutralizando el crimen organizado transnacional, esa es la ilusión que se transmite con una gran carga del Derecho penal del enemigo y basta publicidad.

7. El Derecho Penal del enemigo

El tema del no respeto a las garantías fundamentales que debe gozar todo imputado, es lo que se le cuestiona al denominado Derecho Penal del enemigo, término acuñado por el alemán Günther Jakobs, cuya tendencia renace como una reacción del Estado ante el fenómeno del terrorismo y que hoy en día se ha extendido a otros ámbitos que no estaban previstos en la configuración inicial de esta doctrina y que interesa comentar como criminólogos, pues conlleva una nueva política criminal de combatir al crimen organizado transnacional.

Entrevistado por Sebastián Dozo Moreno, Jakobs define el Derecho Penal del enemigo como: “Un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sanciona la peligrosidad del sujeto y no sus actos. El mismo fenómeno se da en el ámbito procesal, especialmente con la restricción de algunos ámbitos privados”.

⁴⁹Gerring, Richard. Psicología y vida, décimo séptima edición, Pearson educación, México, 2005. Página 548

⁵⁰ Dozo Moreno, Sebastián. “Entrevista a Günther Jakobs, Especialista en Teoría del Derecho: el enemigo tiene menos derechos.

Se trae a colación esta tendencia (Jakobs) que flota en el pensamiento de los ciudadanos honrados y trabajadores que conforman la base societaria de los Estados que afrontan escaladas de violencia e inseguridad en diferentes niveles, y reclaman seguridad ante el clima de inseguridad en que se encuentran y Guatemala no es la excepción, por ello está dispuesto a tolerar y consentir que ciertos derechos fundamentales sean conculcados por los aparatos de seguridad del Estado, en protección de la sociedad; pero lo interesante es que los derechos fundamentales del enemigo son los vulnerados y no de aquel ciudadano que reclama protección.

Continuando con Jakobs, citado por el profesor Cancio Meliá, nos indica que: “El Derecho Penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: En primer lugar se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro) en lugar de ser retrospectivo (el punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas⁵¹”, esos elementos están inmersos en los tipos penales por lo que se puede afirmar que el Derecho penal del enemigo se caracteriza por las siguientes razones:

- Una protección penal que se adelanta en el tiempo, como un pronóstico, sin una efectiva lesión a un bien jurídico tutelado o puesta en peligro, es un derecho penal de estadistas. El Derecho Penal liberal se retrotrae a los hechos del pasado, pretende descubrir la verdad histórica a través de las diferentes pruebas aportadas por el Ministerio Público y así poder llegar a la denominada verdad formal, mediante la cual se fundamenta una sentencia de condena. Sucede que el Derecho Penal del enemigo es prospectivo, es decir, prevé o predice hechos del futuro que posiblemente no sucederán pero prefiere adelantarse a los mismos, por ello se habla de un adelantamiento de la culpabilidad y punibilidad, por tratarse de un sujeto peligroso o por existir un riesgo manifiesto del crimen organizado transnacional.
- Utilización de técnicas casuísticas en la creación de los tipos penales, cuyas formulas son elásticas, es decir, una técnica legislativa de tipicidades abiertas, por ejemplo, el delito de Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad, artículo 38 de la Ley contra la Violencia sexual, explotación y trata de personas, en los párrafos que preceptúan: “... cualquier acto sexual... ” y “...o de cualquier naturaleza...”
- Penalización con fundamento a un Derecho Penal de autor y no de acto. A través del referido Derecho penal de autor se penaliza la personalidad del autor, que es un factor endógeno atendiendo a su peligrosidad, concepto subjetivo, discrecional y arbitrario. “El Derecho Penal de autor se basa en

⁵¹ Cancio Melia, Manuel. Trabajo publicado en: Jakobs/Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, editorial Civitas, Madrid, 2003, pp. 57 a 102.

determinadas cualidades de la persona de las que ésta, la mayoría de las veces, no es responsable en absoluto y que, en todo caso, no pueden precisarse o formularse con toda nitidez en los tipos penales. Así por ejemplo es muy fácil describir en un tipo penal los actos constitutivos de un homicidio o de un hurto, pero es imposible determinar con la misma precisión las cualidades de un homicida o de un ladrón. Por eso el Derecho Penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una concepción totalitaria del mismo⁵² Al penalizarse la peligrosidad, se está dando un adelantamiento de la punibilidad castigándose determinadas características de la persona, sin que se haya cometido una acción u omisión penalmente relevante ni lesión a un bien jurídico tutelado.

En este sentido “Por peligrosidad se entiende la probabilidad de que se produzca un resultado, en este caso la probabilidad de que se cometa en el futuro un delito por parte de una determinada persona”⁵³. La peligrosidad del acusado, será apreciable por las pruebas aportadas por el Fiscal en el debate oral matizados con los antecedentes personales de la pareja penal (victimario y víctima), que han de servir para graduar la pena, inclusive agravarla, por ejemplo si el sujeto activo actuó con premeditación, con alevosía o ensañamiento, y que al utilizar los test psicológicos o psiquiátricos, se diagnostican ciertos trastornos de la personalidad como el caso del sociópata o esquizofrénico.

Al respecto el artículo 65 del código penal guatemalteco, establece que el tribunal para efectos de fijar la pena en sentencia tendrá en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima⁵⁴. Esta es la llamada peligrosidad por el hecho, que se analiza intra proceso por parte del juzgador atendiendo a las pruebas aportadas y valoradas con conforme a la sana crítica razonada, produciéndose una eventual sentencia de condena. Existe por su parte la otra peligrosidad, la social, que genera una condena social, extraprocesal, etiquetando a la persona como peligrosa, ya sea por sus actos o su apariencia, y es esa peligrosidad la que se debe neutralizar antes de que cometa un determinado delito, por ello es permitido el adelantamiento de la punibilidad en este Derecho Penal del enemigo, él es un no ciudadano.

⁵² Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal, parte general, Edita Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1996. Página 226

⁵³ Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit. Página 53.

⁵⁴ Al respecto de la peligrosidad la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Fermin Ramírez*, expresa que el Tribunal de Sentencia Penal, al dictar el fallo de condena el 6 de marzo del año 1998, violó el derecho de defensa pues “no expresó fundamento alguno sobre la peligrosidad del agente, sino concluyó a partir de una relación de las mismas circunstancias que utilizó como causales de agravación del delito, que el señor *Fermin Ramírez* revelaba una mayor peligrosidad. Desde el punto de vista procesal, es grave que la acusación no se hubiere referido a las circunstancias que demostrarían la peligrosidad de señor *Fermin Ramírez*”. El Tribunal de Sentencia condenó a la pena capital al señor *Ramírez*, de conformidad con el artículo 132, párrafo segundo, del Código Penal, pero jamás se probó la mayor peligrosidad, por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos le indica al Estado de Guatemala que debe abstenerse de aplicar ese párrafo y que debe suprimir el mismo.

El resultado fue el reenvío del caso, condenándosele a 50 años de prisión, cumpliéndose con la garantía del debido proceso, pues se estaba condenando a muerte sin razonar el por qué se consideró al acusado peligroso, por lo que fue acertado el resultado de la Corte. Caso *Fermin Ramírez* versus el Estado de Guatemala, sentencia del 20 de junio del año 2005. Página 249

Se han escrito infinidad de ideas sobre la tendencia del Derecho penal del enemigo, la que se justifica así: “El terrorismo, tráfico de drogas, tráfico de personas, inseguridad ciudadana han puesto en primera página los grandes temas de la criminalidad actual, proliferan las posibles soluciones siendo quizás la más recurrente la que pretende que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal deben adaptarse a las exigencias de una lucha eficaz y que un “manejo” adecuado de la opinión pública apoyará la lucha represiva contra la criminalidad organizada, pero también la criminalidad callejera de los “pobres diablos”. Los conceptos como “lucha”, “eliminación”, “represión”, “enfrentamiento”, “guerra”, “enemigo”, “defensa”, “salvar a la sociedad” para referirse a la delincuencia son cada vez más habituales. La idea de la pena se convierte para muchos cada vez más sólo en un instrumento efectivo y altamente “eficaz” en la lucha contra la violencia y el delito. Desde esta perspectiva va perdiendo vigencia el principio largamente reconocido del Derecho Penal como una magna carta del delincuente límite imprescindible al poder punitivo del Estado, lo que se pretende ahora es una Magna Carta que disponga de un arsenal de medios efectivos de lucha contra el delito y la inseguridad”⁵⁵, de esta cuenta el léxico utilizado por las agencias de seguridad estatales, son expresiones del Derecho penal del enemigo, en el combate al crimen organizado transnacional, con cero tolerancia a estas estructuras, términos que corresponden más a una terminología militar en operaciones de guerra.

Ese Derecho Penal del enemigo devela el dilema entre efectividad versus garantismo del Derecho Penal. Existe un Derecho que está impregnado de una serie de principios limitadores al *ius Puniendi* del Estado, que actúan como diques para evitar un desbordamiento de poder arbitrario en contra del o los imputados, el cual no clasifica a las personas en ciudadanos y “no ciudadanos”, en tanto que aquel eficientísimo es reactivo, en el que ya no rigen reglas garantistas pues no es considerado ciudadano sino un enemigo. “En correspondencia con ello, afirma Rousseau que cualquier malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado, puesto que se halla en guerra con éste como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano⁵⁶”, por ello en el eficientismo se hace necesario inocular al enemigo y para ello debe excluirse del cuerpo social.

Siguiendo a Jakobs el “enemigo” es un individuo que, mediante su comportamiento individual o como parte de una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental; es alguien que no garantiza la mínima seguridad de su comportamiento personal y manifiesta ese déficit a través de su conducta. Por su parte parafraseando a Silva Sánchez, el tránsito del “ciudadano” al “enemigo” se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración a las estructuradas criminales transnacionales. Y en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifiesta una dimensión fáctica de peligrosidad, a la que habría que hacer frente de modo expeditivo a través de un ordenamiento jurídico especial.

⁵⁵ De la Cruz Ochoa, Ramón. Derecho penal del enemigo: ¿una solución aceptable? E.mail: ramon.delacruz@infomed.sld.cu

⁵⁶ Jakobs, Günther, Melía Cancio, Manuel. Derecho penal del enemigo, Editorial Aranzadi, S. A. España, 2006. Página 28

Así, esta modalidad de Derecho podría interpretarse como un Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos, “...en el momento actual se están diferenciando dos velocidades en el marco del ordenamiento jurídico-penal: la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en que, según Silva Sánchez, deben mantenerse de modo estricto los principios político – criminales, las reglas de la imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos – tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño – cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones de esos principios y reglas clásicos. Luego se tiene el derecho penal del enemigo como “tercera velocidad”, en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la “flexibilización” de los principios político-criminales y las reglas de la imputación.”⁵⁷, y tal como se ha abordado en el presente trabajo, interesa el Derecho de primera velocidad, el garantista, el del ciudadano y el otro que es eficientista que corresponde al del enemigo, que sería el de tercera velocidad.

Este concepto del Derecho Penal del enemigo, fue acuñado por Jakobs en el año 1985 en el Congreso de profesores de Derecho Penal, en Frankfurt, en el cual plantea que aquellos individuos peligrosos, ya sea por su habitualidad delictiva, reincidencia o formas de comportamiento desviada al rechazar el sistema, debían perder su estatus que de condición de persona, por ende se tornan en enemigos de la sociedad, sin embargo la misma historia ha demostrado que el enemigo siempre ha existido. En el medioevo por ejemplo, en la época de la Santa Inquisición la enemiga era la figura de la bruja o del hereje, cuya pena era la muerte: “Las hogueras ardían calcinando los cuerpos femeninos, mientras el público medieval miraba con alivio y terror el incendio que garantizaba el triunfo del bien sobre el mal. Eran mujeres a las que se acusaba de pactar con el Diablo y de mantener relaciones carnales con él, de comerse a los niños, de protagonizar orgías (aquelarres) y de proceder como sanadoras, es decir, curar a la gente con yerbas que sólo ellas conocían. Días atrás Juan Pablo II volvió a pedir perdón por los métodos no evangélicos que utilizó la Iglesia entre los siglos XIII y XVIII para perseguir y destruir brujas y herejes. Una defensa de la fe que se valió de hogueras e instrumentos de tortura”⁵⁸.

Otro ejemplo de la existencia del enemigo históricamente presente, es el abordado en el documento denominado proyecto de ley del TRATAMIENTO DE EXTRAÑOS A LA COMUNIDAD EN SU VERSIÓN DEL 17 DE MARZO DE 1944, cuyo autor es Edmund Mezger, y analizado por Francisco Muñoz Conde, en el cual se indica que:

"Para asegurar, que extraños a la comunidad, que con su conducta perjudican la comunidad del pueblo, sean insertados como miembros útiles o no puedan seguir dañando a la comunidad del pueblo, el Gobierno del Reich ha aprobado la siguiente Ley, que aquí se promulga:

⁵⁷ Jakobs, Günther, Melía Cancio, Manuel. Ob. Cit. Página 114

⁵⁸ Qué fue la Santa inquisición. Consulta Google, del 19-08-2013: <http://www.nodo50.org/mujerescreativas/inquisicion.htm>

Artículo 1. Extraños a la comunidad.

Es extraño a la comunidad:

1. Quién, por su personalidad o forma de conducción de vida, especialmente por sus extraordinarios defectos de comprensión o de carácter es incapaz de cumplir con sus propias fuerzas las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo.

2. Quién:

a) por una actitud de rechazo al trabajo o disoluta lleva una vida inútil, dilapidadora o desordenada y con ello molesta a otros o a la comunidad, o por dependencia o inclinación a la mendicidad o al vagabundaje, al trabajo ocasional, pequeños hurtos, estafas u otros delitos menos graves, o en estado de embriaguez provoca disturbios o por estas razones infringe gravemente sus deberes asistenciales, o;

b) por su carácter asocial o pendenciero perturba continuamente la paz de la generalidad, o;

3. Quién por su personalidad o forma de conducción de vida revela que su mente es la dirigida a la comisión de delitos graves (delincuentes enemigos de la comunidad y delincuentes por tendencia)⁵⁹.

Ese proyecto es verdaderamente un Derecho penal del enemigo, en su máxima expresión, se trató de higiene racial, para preservar la esencia de la Alemania, constituyendo un Derecho penal de autor, al castigarse la personalidad, incluso en ese proyecto se pretendió desarrollar un programa de esterilización de los asociales cuyo asidero legal era la Ley de Prevención de Descendencia Patológica Hereditaria del 14 de Julio del año 1933, a través de la cual podían ser esterilizados aquellas personas que padecían de locura, sordera grave, deformidad corporal grave, epilepsia, ceguera y alcoholismo, con ello no se duda que estas personas fueran motivo de experimentos de por parte del régimen nacionalsocialista.

Por su parte, Carlos Julio Lascaso, citando a Ramón Ragues, expone que “... en los últimos años el Derecho Penal está experimentando un fenómeno de crecimiento y endurecimiento que esta vez no es consecuencia de los desmanes de regímenes totalitarios, sino que, por el contrario, surge en muchas ocasiones de la voluntad política de dar respuesta a las reivindicaciones de la ciudadanía. En la actualidad, el Derecho Penal sustantivo está creciendo en los siguientes tres sentidos: primero, se está ampliando en general el ámbito de lo penalmente prohibido, introduciéndose nuevos tipos penales o ampliándose los ya existentes, segundo, se están endureciendo las penas clásicas o se plantea la introducción de nuevas sanciones; y tercero, están empezando a aparecer nuevas instancias de reacción y aplicación del Derecho Penal. Se advierte una tendencia general a la reducción de garantías en aras de una mayor eficacia global en la persecución del delito”, ésta es una visión puntual de concebir al Derecho penal del enemigo que coadyuva a la inflación penal y al maximalismo.⁶⁰

⁵⁹ El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad: consulta electrónica de fecha 19-08-2013 <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/128/123>

⁶⁰ La tipicidad abierta y el principio de taxatividad. Consulta electrónica de fecha 20-08-2013: hmbbgt.files.wordpress.com/.../la-tipicidad-abierta-y-el-principio-de-taxatividad

Aquí la persona es fuente de peligro, por ende no se está castigando mediante un juicio de reprochabilidad ex post, sino que se está ante un adelantamiento de la punibilidad, es una guerra entre el Estado y la estructura criminal, es una verdadera cacería de brujas, por ello se requiere de normas jurídicas anormales, que salvaguarden la seguridad del Estado y posteriormente a los ciudadanos, es un modelo orientado al futuro, el sujeto peligroso es una constante amenaza. ¿Quién define al enemigo?, pues los grupos del poder político y económico, ellos etiquetan o rotulan a conveniencia, podría ser un sindicalista o una estructura criminal, pandillas juveniles o extorsionadores, por lo que desde la cúpula del poder, se le dará contenido al concepto de “enemigo”.

A través de este Derecho penal del enemigo, el Estado se legitima en la persecución del crimen organizado, pues el fallido Derecho penal convencional fue incapaz de reaccionar ante esta modalidad de delincuencia en red, por lo que el estandarte para lograr esa eficacia es a través de este Derecho del enemigo, no sólo en delitos con penas drásticas a imponer a los sujetos peligrosos sino que procesalmente la prisión preventiva es la regla general y es praxis recurrente utilizar como prueba tazada al colaborador eficaz y en su caso la utilización de los métodos especiales de investigación como lo es las escuchas telefónicas, que son algunas herramientas que potencializan el derecho penal del no ciudadano.

Algún sector de la doctrina advierte que no se trata de dos tendencias separadas una de la otra (el Derecho penal garantista y el del enemigo) por el contrario forman una unidad y lucha de contrarios, sin embargo no se deja de pensar que el Derecho penal del enemigo es más un Derecho de regímenes totalitaristas, el cual utiliza la coacción extrema. Otros académicos apuestan a que son dos derechos paralelos sin conexiones entre sí.

Ambos derechos efectivamente forman parte de una unidad, de un todo y son polos opuestos irreconciliables y que de conformidad con el juego de interés estratégico del Estado, el juzgador podrá usar el Derecho penal garantista o el del enemigo a su conveniencia en consonancia al utilitarismo de intereses hegemónicos de los estamentos de poder.

Llegamos al final de estas lecturas criminológicas, esperando haber satisfecho las expectativas académicas de las y los defensores públicos, enfatizando que este cúmulo de conocimientos, podrían aplicarse a la praxis en la construcción de la estrategia de defensa y en todo caso, inspirar la reflexión intelectual de la existencia de ciertas tendencias que están relativizando algunas garantías constitucionales y otras contenidas en tratados internacionales en materia de derechos humanos, en detrimento de o la imputada. Otra arista importantísima de este módulo es la riqueza terminológica de la cual ha de empoderar la defensa, con el objetivo de hacer finito el léxico y así poder explicar ciertos tópicos criminológicos al juzgador o fiscal, agradeciendo desde ya a las y los defensores públicos por la inversión de tiempo en la lectura del presente material.

Preguntas de reflexión

1. Exponga, un caso concreto en el cual se detecta la presencia del derecho penal del riesgo.
2. ¿Cuál es la principal preocupación de la criminología actuarial?
3. Brinde un ejemplo de aplicación de la escuela de Chicago.
4. Realice un comentario crítico a uno de los principios, expuestos por Ancel, de la Nueva defensa social.
5. De conformidad con su experiencia ¿cómo afecta la inflación penal a determinados casos, que se tramitan en su mesa de trabajo?
6. ¿Qué comentario le merece la tendencia del derecho penal simbólico en nuestra realidad?
7. Se afirma que el derecho penal garantista y el Derecho Penal del enemigo, constituyen una unidad. ¿comparte usted la anterior aseveración?

Bibliografía

- Aguilar Avilés, Dager. Estudios cubanos sobre Victimología (compilación), Editora Grupo de investigaciones, Universidad de Malaga, España, 2010.
- Binder, Alberto Martín. Política Criminal, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias penales de Guatemala, 2008.
- Cancio Melia, Manuel. Jakobs/Cancio Melía, Derecho penal del enemigo, Editorial Civitas, Madrid, España, 2003.
- Cooper, Doris Mayr. Delincuencia y Desviación juvenil, Lom Ediciones, Santiago de Chile, 2005.
- Correas García, Sergio. El rol de la víctima en el moderno sistema procesal penal acusatorio, página electrónica Google, consultada 16- 12- 2010, página
- Cuerda Riezu. La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2006.
- Cruz Márquez, Beatriz. Ausencia de política criminal en el derecho penal juvenil, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2009.
- De la Cruz Ochoa, Ramón. Política Criminal. Concepto, métodos y sus relaciones con la Criminología, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2004.
- De la Cruz Ochoa, Ramón. Derecho penal del enemigo: ¿una solución aceptable? E.mail: ramon.delacruz@infomed.sld.cu
- Dozo Moreno, Sebastián. “Entrevista a Günter Jakobs, Especialista en Teoría del Derecho: el enemigo tiene menos derechos.
- El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad: consulta electrónica de Google, fecha 19-08-2013 <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/128/123>
- Fattah, Ezzat. Victimología: pasado, presente, futuro, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Canadá, 2000. Página 11
- Ferreiro Baamonde, Xulio. La víctima en el proceso penal, Impresiones Grefol, S.A., Madrid, España, 2005.
- García-Pablos de Molina, Antonio. Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

- Gerring, Richard. Psicología y vida, décimo séptima edición, Pearson educación, México, 2005.
- Gómez Pérez, Ángela y otros. Criminología. Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Hassemer, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, Editorial Jurídica Conosur, 1995. Consulta electrónica 12-08-2013: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20130708_01.pdf
- Jakobs, Günther, Melía Cancio, Manuel. Derecho penal del enemigo, Editorial Aranzadi, S. A. España, 2006.
- Las víctimas en el Derecho Penal latinoamericano: presente y perspectiva, Luis Miguel Reyna Alfaro. Consulta página electrónica Google, de fecha 29 de Marzo del año 2011
- Laveaga, Gerardo y Lujambio, Alberto. El Derecho penal a juicio, Edición Instituto Nacional de Ciencias Penales, D.F. México, 2007.
- La tipicidad abierta y el principio de taxatividad. Consulta electrónica Google, de fecha 20-08-2013: hmbbgt.files.wordpress.com/.../la-tipicidad-abierta-y-el-principio-de-taxatividad
- La respuesta del Derecho penal ante los Nuevos retos, IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de la Universidad de Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, España. 2005.
- Mendelshon, citado por Gómez Ángela y otros. Gómez Pérez, Ángela. Gómez Pérez, Ángela y otros. Criminología, editorial Felix Varela, La Habana, 2004
- Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal, parte general, Edita Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1996.
- Neuman, Elías. Victimología. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- Navarrete Calderón, Caridad. La Criminología: alcances, ciencia, disciplina y práctica social, Editorial Feliz Varela, La Habana, Cuba, 2004.
- Otín Del Castillo, José María. Psicología Criminal, Editorial Lex Nova, segunda edición, España, 2010.

- Paladines Rodríguez, Jorge Vicente. La Sociedad del riesgo y el discurso criminalizador de las drogas, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador, 2008.
- Qué fue la Santa Inquisición. Consulta Google de fecha 19- 08-2013, <http://www.nodo50.org/mujerescreativas/inquisición.htm>
- Radbruch, Gustav. La idea del derecho en la filosofía jurídica, 1º Edición: Granada: Editorial Comares S.L.. 1999.
- Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia, y ciencias Sociales y Políticas, de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Mayo 2012, Ecuador. Consulta electrónica Google, revistajuridicaonline.com, de fecha 07 de mayo del año 2012
- Reyes Echandía, Alfonso. Criminología. Editorial nomos S. A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.
- Riquet, Marcelo Alfredo. Cátedra Riquet: Doctrina. Victimología. Riquet. Consulta electrónica Google, fecha 08- 03- 2001
- Rivera Beiras, Iñaki. Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas, Anthropos Editorial, Barcelona, España, 2005.
- Rodríguez Caamaño, Manuel José. Temas de sociología I, Impreso en Tecnología Gráfica, España, 2001.
- Ruiz Castillo de Juárez, Crista. Teoría general del proceso. Talleres de Praxis, Guatemala, año 2000.
- Ruiz, Ramón. Historia y evolución del pensamiento científico, Editor Juan Carlos Martínez Coll, México, 2006.
- Shonfeld, Leonardo. El Derecho penal como política demagógica y sus límites. Consulta electrónica, de fecha 23 de noviembre del año 2015. http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/expansion_dpenal2.pdf
- Zamora Grant, José. Derecho Victimal, segunda edición, Edición Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2009.

Este módulo se terminó
de imprimir en julio de 2016
La edición consta de 600 ejemplares

ESCENA DEL CRIMEN



**INSTITUTO DE LA DEFENSA
PÚBLICA PENAL**

#HUERTARTEIS

DEL CRIMEN ESCENA DEL CRIMEN

ESCENA DEL CRIMEN ESCENA DEL

La Criminología y la Defensa Técnica Penal

