

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA**

**UNAN – LEÓN**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**CRIMINALIDAD FEMENINA EN NICARAGUA  
A PARTIR DE 1990.**

**MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO**

**AUTORES:**

- ☞ ARIADNA DEL CARMEN CASTELLÓN PERALTA.
- ☞ ERINIA MARIA ARÁUZ ESCOBAR.
- ☞ FRANCIS DEL ROSARIO CALERO AGÜERO.

**TUTOR:**

*Msc.:* BRAULIO ESPINOZA MONDRAGÓN.

LEÓN, MAYO DEL 2006.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
<b>CAPITULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CRIMINOLOGÍA</b> .....	4
1 ASPECTOS GENERALES .....	4
2. ORÍGENES DE LA CRIMINOLOGÍA .....	7
2.1 ESCUELA CLÁSICA .....	7
2.2 ESCUELA ILUMINISTA .....	14
2.3 ESCUELA CARTOGRÁFICA (ESTADÍSTICA MORAL) .....	17
2.4 ESCUELA POSITIVA .....	18
3. CRIMINOLOGÍA MODERNA .....	22
3.1 CRIMINOLOGÍA CRÍTICA: .....	22
4. TEORÍA DEL PROCESO SOCIAL. (LABELLING APPROACH) .....	25
<b>CAPITULO II: TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA</b> .....	32
1. TEORÍA DEL DELITO .....	32
2. TEORÍA DE LA CULPABILIDAD .....	40
3. TEORÍA DE LA PENA .....	47
4. EL FIN DE LA PENA .....	52
<b>CAPITULO III. CRIMINALIDAD FEMENINA</b> .....	73
1. FACTORES DE LA CRIMINOLOGÍA .....	73
1.1 FACTOR SOCIOLÓGICO .....	73
1.2 FACTOR BIOLÓGICO .....	82
1.3 FACTOR PSICOLÓGICO .....	90
2. LA CRIMINALIDAD EN NICARAGUA .....	92
CONCLUSIONES .....	97
BIBLIOGRAFÍA .....	99





## INTRODUCCIÓN

La criminalidad femenina se ha visto de manera restringida, pues la mayoría de los estudios se han dedicado al análisis de la criminología masculina, pese a ellos algunos autores han creído distinguir características específicas atribuibles a la criminalidad femenina. Los escasos estudios realizados en nuestro país al respecto han permitido que en la actualidad permanezcan consagradas científicamente como teorías, así en algunos casos se ha intentado explicar la delincuencia de la mujer desde la perspectiva de las teorías existentes acerca de la delincuencia en general, es decir sin establecer diferencias entre hombres o mujer a la hora de cometer actos delictivos.

En otras ocasiones, por contra, se ha intentado enfocar el problema desde el punto de vista de las características biológicas y naturales atribuidas como propias al sexo femenino. Así se ha intentado descubrir especificidades en la mujer delincuente a partir de estudios sobre anomalías cromosómicas, desordenes hormonales, síndrome premenstrual, etc.; estos estudios generalmente trataban de analizar las específicas causas del delito o de la topología de las delincuentes diferenciándolas no tantas de la delincuencia masculina como de las características de la mujer no delincuente.

Pero es a partir de la segunda mitad del siglo XIX, sobre todo a partir de los años 60, que se observa un incremento notable y ascendente de los índices de esta criminalidad consecuencia de la masculinización que conlleva a la liberación de la mujer. Las estadísticas demuestran que los índices de delincuencia femenino han venido incrementando con respecto a la delincuencia masculina; por eso algunos autores han llegado incluso a firmar que en algunos delitos la delincuencia femenina excede a la masculina; sin



embargo las investigaciones científicas dan prioridad a la criminalidad masculina.

En este trabajo investigativo analizamos las causas y factores que inciden a la comisión del delito, así como el entorno social y los delitos que con mayor frecuencia cometen las mujeres.

En nuestro tema “Criminalidad Femenina en Nicaragua a Partir de 1990”, desarrollamos toda una gama de elementos objetivos y subjetivos que permiten enlazar al lector a una problemática social vigente, lo que detallamos en tres capítulos abordados, así podemos señalar que en el capítulo I, se hace una reseña histórica de la criminología, en el cual podemos darnos cuenta de su origen y evolución de modo que han marcado pautas en nuestra historia jurídica.

En el capítulo II, planteamos la teoría de los delitos, la culpabilidad y las penas, donde autores como Beccaria, Pagano, Foucault, entre otros han desarrollado diversas teorías que nos postulan el origen del delito, el derecho de castidad, la severidad y prontitud de las penas, entre otros aspectos.

En el capítulo III, criminología femenina, lo consideramos unos de los capítulos principales de nuestro trabajo por que nos ha permitido analizar este fenómeno en nuestro país, sirviéndonos de base la criminología a nivel latinoamericano.

Consideramos que el tema es de gran importancia para los estudiosos del derecho penal en Nicaragua, pues no se han hecho estudios empíricos y doctrinarios sobre este; además para que sirva de motivación para futuras investigaciones.



No omitimos manifestar que de igual forma el presente trabajo investigativo no hubiese sido posible sin la colaboración de instituciones como el sistema de Granada y el sistema penitenciario La Esperanza, quienes nos permitieron entrevistar a las reclusas y de esta manera darle veracidad y objetividad al presente trabajo.



## **CAPITULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CRIMINOLOGÍA**

### **1. ASPECTOS GENERALES.**

Al comienzo se entendía por criminología los problemas de la investigación de las causas de la delincuencia. El estudio de los problemas propiamente de la criminología empezó por la investigación de diversos dominios de la ciencia, sobre todo con la medicina, la estadística moral, la sociología y la psicología. Desde sus propios métodos éstas realizaban indagaciones sobre la criminalidad. Aparecieron incluso tendencias tales como la sociología criminal y la antropología criminal, que se registran ya en las obras de los grandes sabios italianos precursores de la antropología criminal.

La criminología nació con la publicación del libro del médico psiquiatra Cesare Lombroso, en 1876, quien es considerado según los iluministas, el padre de la criminología científica. Ya que este plantea en su teoría sobre la criminalidad que existe una diferencia entre la agresividad del hombre con la de la mujer ya que éstas se identifica su agresividad a consecuencia de los cambios producidos en el ciclo biológico mientras que la agresividad del hombre se debe a la exposición prenatal a niveles mas elevados de algunas hormonas sexuales o testosterona.

El problema principal de la criminología es determinar el porqué delinque el hombre. El estudiar las diferentes respuestas que la criminología ha venido dando a estas interrogantes, nos permite conocer la evolución de esta ciencia, sus teorías y el estado actual de la misma.



Son variadas las definiciones de criminología, pero todas ellas atienden a rasgos comunes sea cual sea la postura de su autor, rasgos comunes centrados en tres aspectos que son el mismo hombre (el delincuente), la conducta social (delictiva) y la organización social concreta en que se da.

En la evolución de la criminología se puede distinguir algunas fases que según Lombroso se desarrollaron y así encontramos un período primitivo o de la costumbre donde se confunde la noción de represión con el de venganza privada, cada cual tomaba la justicia por su cuenta o solicitaba la ayuda a otros miembros de la tribu para ejercer la venganza.

Aparece el código Hamurabi (2 mil años A.C), la ley de las XII tablas y de los mandamientos del pueblo hebreo. El concepto de transformar la pena física en remuneración económica aparece en la ley sálica y los capitulares de Carlomagno como una forma de atemperar las exageraciones de la venganza. También surge el periodo de la expiación o de intimidación el que se inicia en la edad media donde predomina el concepto de expiación y de intimidación donde se inician los intentos de codificación.

Lo que prima en estos primeros ensayos de ordenanzas son las sanciones, suplicios, torturas, mutilaciones, etc., y las penas infantes. Existía la creencia que la pena debía de hacer expirar el crimen al culpable y disuadir por el miedo a los delincuentes.

Luego aparece un periodo humanitario como reacción al anterior. Es Tomas Moro quien recomienda prevenir más que castigar. Beccaria aboga contra la pena de muerte, la tortura y el suplicio inútil. Este influenciado por



Montesquieu, Helvetius y Rousseau dice<sup>1</sup> que el fin de la sociedad es el "logro de la felicidad" del mayor número de individuos y que el legislador es el "administrador de esta felicidad". Este periodo culmina con la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que dice que nadie puede ser castigado más que en virtud de una Ley establecida y promulgada anteriormente a la comisión del delito.

Y por último surge el período científico donde Lombroso hace salir del período especulativo para darle el matiz científico de la época. Era necesario estudiar científicamente al hombre que se calificaba de criminal y se realizaba con lo que era el método científico de la época: describir, medir, pesar y comparar.

Lombroso con la rigurosidad científica y los métodos estadísticos de la época, da un giro importante a la criminología dividiendo a los criminales en natos, los que están determinados a cometer crímenes y por pasión, los que su crimen fueron un hecho fortuito, la pasión cegó a la razón.

Años más tarde surge un periodo antilombrosiano donde los alumnos de Lombroso, Garófalo y Ferri, introdujeron el punto de vista sociológico a los hallazgos biológicos de Lombroso.

Posteriormente, de una aceptación ciega a la propuesta por Lombroso aparece un movimiento en su contra, se le acusa de considerar el crimen como un fenómeno individual y no como un fenómeno social.

---

<sup>1</sup> Citado por Rizo Castellón, Simeón. Escritos Criminológico. Pág. 28



Garófalo publica su libro “Criminología”, donde admite dos tipos de delitos: el natural y el positivo. En el primero distingue dos clases de crímenes, los crímenes contra la piedad cuyo prototipo es el homicidio y los crímenes contra la probidad cuyo prototipo es el robo; mas tarde Garófalo agrega otras dos clases de delitos naturales: los actos de violencia y los delitos sexuales. El segundo tiene su origen en el quebrantamiento de una ley particular de algún país y existente en ciertas épocas.

Garófalo clasifica a los criminales en: Asesinos desprovistos de piedad, los violentos incapaces de controlarse, los ladrones desprovistos de probidad y los delincuentes sexuales. A cada uno de los tipos de criminales les correspondería una medida de represión específica para su delito y apropiada para su persona.

## **2. ORÍGENES DE LA CRIMINOLOGÍA.**

### **2.1 ESCUELA CLÁSICA.**

Defenderá unas ideas contrarias a la escuela positiva. Defiende ante todo la idea del hombre como un ser libre, racional e igual, defiende la autonomía de la libertad (libre albedrío), esto supone que el hombre tiene capacidad de decisión, de autodeterminación, el hombre no está sujeto a fuerzas divinas. Partiendo de esta idea, para los clásicos no hay diferencia entre el hombre delincuente con el hombre que elige libremente su carrera criminal. Su objeto de estudio: prescindirá del estudio del delincuente, se centrará en el hecho.

La escuela clásica postula: La normalidad del delincuente, no existe diferencias cualitativas entre el delincuente del que no lo es; irracionalidad del



crimen, es decir, el crimen es un acto irracional e incomprensible ya que el hombre con su libertad y capacidad de decisión elige el camino que más le conviene; establece una prioridad del hecho sobre el autor, donde el delincuente solo aparecerá como el sujeto activo del delito; explicación situacional del hecho delictivo, es decir, el crimen es consecuencia de un mal uso de la libertad, todos los ciudadanos son criminales porque todos son libres; tienen un enfoque reactivo del problema criminal, la aportación penológica ha sido su mayor éxito, fundamentan la legitimación del castigo. Sacan conclusiones sobre el cuándo, el cómo y el porqué se castigan los delitos y aportación en el ámbito de la política criminal, donde la escuela clásica se legitima el uso sistemático del castigo como instrumento del crimen.

Para unos con el solo castigo del individuo libre e igual basta, ello de por sí provoca la paz social al eliminar el mal del delito, para otros, en cambio de lo que se trata es de prevenir y no de castigar, el fin de la pena está en la sociedad y no en el hombre. En todo caso para ambas posiciones dentro de la escuela clásica, delito y pena son problemas de delimitación estrictamente jurídica o de organización jurídica de la sociedad, en definitiva una cuestión a delimitar teoréticamente en el plano puramente filosófico- jurídico.

Los autores más representativos de la escuela clásica en criminología fueron Beccaria(1738-1794) Y Bentham (1748-1832).

Según Beccaria la pena inútil atenta contra la justicia, contra las bases mismas del contrato social, propugna que las penas sean ciertas y prontas, estas penas serán más eficaces que la pena dura y cruel. La pena es necesaria para prevenir nuevos delitos, en el sentido en que "el fin de las penas no es atormentar y afligir aun entre sensibles " el fin no es otro que



impedir al reo causar nuevos delitos, daños a los ciudadanos y retraer a los demás de la comisión del delito.

Escribe en 1774 su obra "De Los Delitos Y De Las Penas", donde supone un alegato, denuncia contra la pena de muerte, la tortura en general, contra la desproporción entre los delitos cometidos y los castigos aplicados crítica y ferozmente, la irracionalidad y arbitrariedad.

En nuestra opinión las reflexiones de Beccaria que mayor impacto han tenido para las posteriores escuelas criminológicas son las siguientes: la afirmación de que el fin de las penas es proteger el orden social evitando la realización de infracciones. Lo que funda el derecho de castigar del soberano es la necesidad de prevenir los delitos y la pena es eficaz para evitar la comisión del delito porque el placer y el dolor son los motores de la acción humana.

Es por tanto que Beccaria propone que las leyes sean claras y simples, que haya un predominio de la libertad y la razón sobre el oscurantismo, que haya un funcionamiento ejemplar de la justicia, libre de corrupción, que haya recompensas al ciudadano honrado y aboga por una elevación de los niveles culturales y educativos del pueblo.

Encontrar para un delito el castigo que conviene es encontrar la desventaja cuya idea sea tal que vuelva definitivamente sin seducción la idea de una acción reprobable. El castigo ideal será transparente al crimen que sanciona, así para el que lo contempla será infalible el signo del delito que castiga, y por aquel que piensa en el crimen, la sola idea del acto punible despertará el signo punitivo.



En el plano penológico o penitenciario está la figura de J. Bentham (fines del siglo XVIII principios del siglo XIX), es el precursor más eminente de los penitenciarios, destacado por su obra "Tratado de la Legislación Civil y Penal" donde trata temas fundamentales de la ciencia penal, como delitos, delincuente, etc.

Bentham fue un autor proliferao y sus reflexiones acerca de la pena pueden encontrarse dispersas en una introducción de los principios de moral y legislación (1789) que debía servir como introducción para el código penal inglés. De este autor destaca su claridad en su exposición del fin que justifica el castigo<sup>2</sup>: "El fin general que todas las leyes tienen, o deberían tener en común es aumentar la felicidad global de la comunidad, y por consiguiente, en primer lugar, excluir tanto como sea posible, cualquier cosa que tienda a disminuir esta felicidad: en otras palabras excluir el daño, pero todo castigo es un daño; todo castigo es un mal. De acuerdo al principio de utilidad, si el castigo debe ser admitido en algún caso, solo puede serlo en caso de que prometa excluir un mal mayor".

Aporta la idea del panóptico, es un edificio circular de varios pisos con celdas, con ventanas grandes, en este edificio habrá en el centro una habitación que permitirá la observación de todos y cada una de las celdas de la prisión.

Bentham propone una serie de reglas entre ellas tenemos la regla de la dulzura, es decir eliminación de sufrimientos corporales, regla de severidad y regla de la economía, tratar de evitar gastos innecesarios.

---

<sup>2</sup> Lecturas sobre Criminología Latinoamericana. Compilación Arroyo Gutiérrez. Pág.33.



En la actualidad, en Estados Unidos hay dos perspectivas teóricas que han sido consideradas por diversos autores (Akers, Cordella- Siegel, Lanier-Henry), continuadores de la escuela clásica. En esta se manifiestan diversas teorías como la de la elección racional que se basa en que esta perspectiva asume que el delito es una opción racional basada en la maximización de ganancias y minimización de costes.

La teoría de la elección racional hace su presentación en 1986 de la mano de Ronald V. Clarke y Derek B. Cornish, estos autores empiezan destacando cuales son sus influencias, destacan la necesidad de describir el arte desde la perspectiva del actor, para entender el carácter racional del acto para la persona que lo realiza de la criminología, destacan los estudios que sitúan el énfasis en los métodos de prevención orientados a alterar las circunstancias ambientales inmediatas y no la personalidad del delincuente; de los modelos económicos, recogen el influyente artículo de Gary Becker quien afirma que el delito representa como toda actividad, un cálculo racional de costes y beneficios; finalmente, de los estudios de psicología cognitiva adoptan el modelo de aprendizaje social, de acuerdo al cual se aprende por medio de refuerzos y castigos.

Entender estos procesos de decisión es fundamental pues en opinión de estos autores el objetivo principal de cualquier teoría criminológica es que sirva para reducir el delito. Por ello, insisten, se trata de estudiar el delito desde la perspectiva del delincuente, para entender el proceso de adopción de decisión, viendo qué variables son las más influyentes en cada momento y que estrategias preventivas puedan adoptarse en distintos momentos de este proceso.



En la decisión a favor de realizar el delito hay dos momentos esenciales: el primero, cuando la persona se da cuenta que está “dispuesta a”, para ello es necesario que lo haya visto como una solución a sus problemas y haya decidido que cuando se presenten las circunstancias adecuadas lo hará. Esta decisión estará influida por su código moral, sus experiencias previas, lo cual dice a su vez relación con sus factores antecedentes. El segundo momento relevante en el proceso de adopción de decisión es cuando la persona “decide realizar el robo”, esta decisión es la que viene precipitada fácil, los amigos que alientan el hecho, o la influencia de bebidas alcohólicas. La persona llega a la decisión de elegir una cosa particular concreta, basándose en sus conocimientos o experiencias previas.

En conclusión, para la teoría de la elección racional el delito se realiza cuando éste se percibe como una solución más rentable a sus necesidades, esta decisión se adopta de forma racional y el cuándo y el cómo se determinará fundamentalmente en función de la variable de la oportunidad por la presencia de un bien y la ausencia de vigilancia.

También aparece la teoría de las actividades rutinarias: sus perspectivas fueron defendidas en 1979 por Lawrence E. Cohen y Marcus Felson. Esta perspectiva ha sido también considerada continuadora de la escuela clásica porque implícitamente asume un delincuente racional que actúa en función de los costes y beneficios que el delito comporta. Sin embargo podría considerarse a demás, como los autores indican (Cohen- Felson, 1979), deudora de la escuela de Chicago porque observan como determinadas situaciones y formas de organización social facilitan la comisión del delito, y finalmente desde el momento en que asume la existencia constante de personas motivadas a realizar el delito esta perspectiva también es compatible con las teorías del control.



La tesis principal de esta perspectiva es que los cambios en las actividades cotidianas influyen en las tasas de delitos al producir una convergencia en el tiempo y espacio de los tres elementos en todo delito: Un infractor motivado, un objetivo adecuado y la ausencia de vigilancia.

La influencia de determinadas formas de organización social en las tasas de delitos se plasma en el tipo de delitos que aumenta en la década de los 60', así se produce un incremento de los delitos en las viviendas familiares compuestas por personas que trabajan fuera pero no aumentan los delitos contra la propiedad en los comercios.

Como hemos destacado anteriormente, en una reciente publicación de Clarke y Felson, estos autores han procurado unir ambas teorías, enfatizan los factores situacionales del delito y son perspectivas porque se concentran en aspectos concretos del delito, la de actividades rutinarias se concentran en los elementos mínimos necesarios para que exista un delito y la perspectiva de la elección racional estudia los procesos de decisión.

Pero reconocen al propio tiempo diversas diferencias. De ellas la única que nos parece destacable es que la perspectiva de las actividades rutinarias se concentra en el delito como evento concreto; por el contrario la teoría de del decisión racional pretende explicar a demás de cuando y como se produce un delito concreto, la persistencia en las actividades delictivas, esto es, como se adopta la decisión de desarrollar una carrera criminal.



## 2.2 ESCUELA ILUMINISTA.

Ciertamente los iluministas no pueden ser reconocidos a una misma línea de pensamiento y, como veremos más adelante, entre ellos se observan diferentes tendencias y así tenemos a grandes precursores de esta escuela, entre ellos a Rousseau quien considera que el delincuente vulnera el pacto social, el propio delincuente se automargina de la sociedad civil que debe contemplarle como criminal. "El Contrato Social" (1762), obra en la que este autor parte del principio de que el hombre es bueno.

Para Rousseau es delincuente quien se coloca en contra del contrato social, es un traidor que rompe el compromiso de organización, producto de la libertad originaria o natural; deja de ser miembro de la organización y debe ser tratado como un rebelde.

En virtud de este tipo de planteamiento Montesquieu habla de leyes naturales y positivas, es decir el hombre en cuanto tal, por su propia naturaleza, tiene leyes, como es la que lo lleva a buscar su origen, la que imprime la idea de un creador, pero no la primera en el hombre, que es la de conservar su propio ser. En cambio las leyes positivas surgen por la organización, por el hecho de vivir en sociedad.

Montesquieu en su obra "El Espíritu de las Leyes" establecerá la división de las leyes en materia criminal, aboga por la desaparición de la tortura y la prevención del delito para evitar el delito y proteger al individuo.

Beccaria es quien mejor expresa en su obra la problemática del delito y la pena, partiendo de la idea del contrato social, saca como consecuencia necesaria el principio de la legalidad de las penas, es decir, su surgimiento



solo es explicable en virtud de la organización social producida por el contrato, pero no sólo eso, sino que a demás sólo el legislador las puede dictar, ya que es el único que puede representar a todos los hombres que han convenido en el contrato.

Ahora bien como el objeto social que surge del contrato es lograr la felicidad de los hombres, ello quiere decir que el legislador debe tender a evitar los delitos más que ha castigarlos. En otras palabras, se pone el acento en la tarea de prevención más que en la de represión, por lo cual es necesario que las leyes no sean discriminatorias y que refuercen el aspecto educativo, ya que el más seguro, pero más difícil medio de evitar es perfeccionar la educación. Es decir plantea como origen del delito el hecho de que el Estado, la estructura social favorezca a un determinado grupo de hombres, a una clase y no a los hombres en cuanto tales y que, por otra parte, no se preocupe de eliminar la ignorancia entre ellos. Por ello, entonces, la tarea tiene que ser primordialmente preventiva y no represiva, lo que significa sencillamente que el Estado corrija sus propios fallos estructurales.

En suma, pues los iluministas adoptan una posición crítica respecto del estado de cosas existentes, y por ello también respecto del Estado, su estructura y su actividad. Necesariamente desembocan en una posición política que engloba la consideración del delito y la pena, en tanto que son también producto de ese Estado.

La criminología aparece inseparable de lo político, pero más aun se borran las diferencias entre derecho penal, criminología y política criminal, y se ve todo ello como un solo problema: el fenómeno criminal o el poder del Estado de sancionar. El delincuente nace con el contrato social, con la sociedad organizada. Ahora bien, esa sociedad organizada se ha convertido



en un Estado absoluto mediante la total centralización del poder a fin de lograr una acumulación o concentración acelerada de la riqueza, lo que conlleva una violencia despiadada en todos los ámbitos sean estos jurídicos, políticos, económicos, sociales, etc., y necesariamente, una revuelta continua de las clases pobres, que termina en su permanente aniquilamiento o marginación. Este Estado de cosas es el que ha destruido la libertad e igualdad natural de los hombres, que el contrato social limitó pero no suprimió

Dentro del iluminismo, si bien todas sus expresiones coinciden en cuanto a las limitaciones y condicionamientos originarios del poder, se pueden distinguir tres corrientes: las que pone el acento en planteamientos del derecho natural, la que destaca la racionalidad como cualidad inherente del hombre y también al Estado y la que pone su acento en el utilitarismo y pragmatismo.

Estas tres corrientes que juntas dan como expresión el iluminismo, se separan con el surgimiento del Estado de Derecho Liberal del siglo XIX. Una vertiente recogerá del iluminismo la racionalidad como un absoluto, sus aspectos teorizantes y abstractos, la tendencia hacia lo deductivo, hacia la filosofía, hacia el derecho natural. Ella dará origen a la llamada escuela clásica del derecho penal y en concreto al estudio del derecho penal como una disciplina autónoma dentro del fenómeno criminal. La otra vertiente recogerá del iluminismo su utilitarismo y pragmatismo, sobre todo, tenderá al análisis del nuevo estado de cosas existentes, a lo empírico; es el positivismo, que dará origen a la criminología como disciplina autónoma dentro del fenómeno delictivo. Posteriormente, esfuerzos eclécticos, dirigidos a construir un puente entre ambas disciplinas (derecho penal y criminología), darán nacimiento a la política criminal. El criterio globalizante y eminentemente político de los



iluministas ha quedado atomizado, predominan la separación y el antagonismo entre diferentes formas del ser respecto de un mismo fenómeno.

## 2.3 ESCUELA CARTOGRÁFICA (ESTADÍSTICA MORAL)

Va a ser el punto de enlace entre la escuela clásica y la escuela positiva. Lo característico es que no se va a ocupar del delincuente como ser individual ni se va a ocupar de la etiología (causas) del crimen. Se ocupa de un hecho social, magnitud colectiva, fenómeno de masas, utilizara métodos cuantitativos, fundamentalmente la estadística. No les interesa el delincuente sino el medio, no estudiaran las causas del delito sin sus formas de aparición, frecuencia, distribución, volumen, evolución y dinámica.

El representante de esta escuela es Quetelet, quien analizó las estadísticas referentes a todos los asesinatos que se cometieron en Francia entre 1826 y 1831. Y llegó a las siguientes conclusiones<sup>3</sup>:

- El crimen es un fenómeno social de masas no un acontecimiento individual.
- El crimen es una magnitud asombrosamente regular y constante.
- El crimen se repite con una precisión mecánica, es producto de leyes que el investigador debe descubrir y analizar.
- Normalidad del delito desde un punto de vista estadístico, el delito debe ser un fenómeno social, inevitable, necesario y constante.
- Método adecuado para la investigación, para él es el método estadístico.
- Observa que en invierno se cometen más delitos contra el patrimonio que en verano.
- Los delitos contra las personas suelen cometerse en verano.

---

<sup>3</sup> Criminología Femenina. Compilación MSC. Braulio Espinoza. Pag13.



- Los delitos sexuales suelen cometerse en primavera.

## 2.4 ESCUELA POSITIVA.

Luchara contra el delito, aportando cientificidad a las causas del delito. La escuela clásica centraba su estudio en el hecho y en el castigo y en el antiguo régimen; los positivistas centraran su estudio en la figura del delincuente, en materia política y protegerán el nuevo orden burgués.

La pena existirá como conservador del orden social, mediante el castigo se protege el orden social; a su vez el castigo cumple una función especial, enfocada a la figura del delincuente.

Los positivistas defienden la desigualdad de los hombres, porque entienden que el crimen responde a anomalías hereditarias, orgánicas, psicológicas. Creían en el libre albedrío, los positivistas serán deterministas, rechazan la idea de la libertad humana.

Para los positivistas la lucha contra el delito, es la lucha contra las causas del delito, clama por un diagnóstico científico el problema criminal y por la articulación de estrategias para neutralizar los factores criminológicos.

El positivismo hizo girar la criminología exclusivamente en torno al hombre, distinguiendo entre un hombre normal y un hombre anormal o peligroso, además plantea una tendencia en donde la criminología es una actividad científica dirigida a la investigación de las causas biológicas, antropológicas, psiquiátricas y psicológicas del delito.



Los grandes representantes de la escuela positiva son: Lombroso (1835-1909), Ferri (1856-1929) y Garófalo (1851-1934).

Según Lombroso determinados estigmas degenerativos de transmisión hereditaria permitían identificar tipológicamente al delincuente nato como una variedad mórbida del género humano inferior. Esta teoría evolucionó y este enfoque individualista da paso a la formación de factores ambientales. Representa la orientación antropobiológica, es decir su teoría de la criminalidad acentúa la relevancia de los factores biológicos individuales.

Era médico y antropólogo, escribió una obra que marcaría el inicio de unas nuevas teorías sobre criminalidad. "El Hombre Delincuente". Para Lombroso los criminales se clasifican en delincuente nato, delincuente loco moral, delincuente epiléptico, delincuente loco, delincuente ocasional y en delincuente pasional.

También escribió otra obra "La Mujer Delincuente", analizo muchos cráneos de mujeres lo que le permitió llegar a la conclusión de que hay grandes diferencias con el hombre, pero si se equipara a las mujeres con los niños. Además establecerá un paralelismo entre la prostituta y el ser atávico, concluye que entre las prostitutas el tipo de delincuente nato es el más frecuente. La prostituta es la representación genuina de la criminalidad, ya que a ésta le falta el sentido maternal. La pena es contraria a la retribución y a la venganza, el fin de la pena es proteger el orden social en casos extremos, puede aplicarse pena de muerte. (Para Lombroso el delincuente nace y no se hace).



El segundo autor en importancia en la escuela positiva era Enrico Ferri, quien era considerado el padre de la sociología criminal. Para ello los factores sociales van a ser fundamentalmente para la explicación de hechos criminales.

En psicología positiva demostró la falta de existencia del libre albedrío, no es más que una ilusión subjetiva, con esta postura, es obvio que Ferri sugiriere que todo esta predestinado.

Su alto ideal positivista lo manifiesta en su obra “Nuevos Horizontes del Derecho Penal”, al expresar que se debe estudiar primero el delito en su génesis natural y después en sus efectos jurídicos para adaptar jurídicamente a las varias causas que producen los diversos remedios, que por consiguiente serán más eficaces. Argumentó que la justicia criminal del futuro ha de ser administrada por jueces que tengan suficiente conocimientos, no de derecho civil o romano, sino de psicología, de Antropología y psiquiatría de tal forma que puedan llevar a acabo una profunda discusión científica sobre cada caso.

Para Ferri el delito es producto de una anomalía biológica, física y social a diferencia de otras tesis contemporáneas que veían en el hecho criminal el resultado de anomalías exclusivamente sociales.

Para Ferri la pena no es la venganza ni es el castigo, sino que su fin es la defensa de la sociedad, de acuerdo con el grado de peligrosidad del autor al ajustarse a las características individuales apreciadas caso a caso, es decir la pena no es el único remedio valido para todos los impulsos criminales ni para todos los delincuentes. Más importante que el castigo será la prevención.

Otro gran pionero de la escuela positiva fue Raffaele Garófalo, se destacó por ser jurista, uno de sus méritos fue el haber sido el autor que acuñó



el término criminología, el mérito principal ha sido el saber diversas ideas positivistas con una gran capacidad de síntesis y moderación.

Critica que el positivismo se haya centrado exclusivamente en la figura del delincuente en detrimento del delito. Para Garófalo no puede dividirse delito y delincuente. Coincide con Lombroso con la idea de anomalía psíquica o moral, pero para Garófalo no es patológico, sino una variación psíquica transmisible y hereditaria.

Para él los factores sociales y ambientales tienen escasa relevancia si parten del principio de la existencia de condiciones o valoraciones hereditarias, dado que su teoría potencia el carácter congénito o hereditario de la anomalía moral del delincuente.

Considera delincuente solo aquel que exhibe una falta de algunos de estos dos sentimientos, o de ambos sentimientos de piedad que sería el rechazo de la acusación voluntaria de sufrimiento de los demás y sufrimiento de probidad respecto a los derechos de propiedad ajenos.

Garófalo concibió y destacó la necesaria correlación entre el concepto de delito y delincuente, permite percibir la sociedad como un proceso, a demás no se trata ahora del análisis del hecho aislado, sino de la consideración del sistema, relación del contexto en general en que se dan las diversas manifestaciones.

Estableció una tipología de delincuentes donde distingue primeramente a los asesinos, a los delincuentes violentos, los ladrones y a los criminales lascivos (degenerados). Para Garófalo sólo será criminal el asesino.



### **3. CRIMINOLOGÍA MODERNA.**

#### **3.1 CRIMINOLOGÍA CRÍTICA:**

Este fenómeno se ha venido desarrollando con mayor tardanza que en Europa, pero no puede negarse que hoy en día existe una fuerte presencia de criminólogos críticos cuyos trabajos y participación en congresos internacionales es insustituible.

Valorar positivamente las corrientes críticas implica ciertamente una primera toma de posición. Se trata de oponer lo que en general se llama nuevo paradigma al viejo, clásico o tradicional, en base positivista y etiológica y sus desarrollados reformistas político – criminales, especialmente a través de diversas propuestas terapéuticas e institucionales. Algunas líneas evolutivas de esta criminología tradicional están cargadas de importantes propuestas humanitarias o éticas, sin perjuicio de sus limitaciones.

El paradigma criminológico tradicional no puede ser ya sostenido autosuficientemente, ni en el plano teórico ni en el plano práctico. A las deficiencias conceptuales se suman visibles e importantes fracasos de implementación práctica que no puede dejar de ser objetados. En suma, de lo que se trata es de ubicar, a priori, el sitio teórico más adecuado para la disciplina criminológica como auxiliar y complemento de las estructuras normativas o como disciplina que busca fuera de las normas su propio y especial objeto.

La certeza y consecuente euforia desatada por la afirmación de un nuevo enfoque criminológico tuvo también efectos negativos. En general, muchos criminólogos adoptaron tonos que llegan a rozar lo apocalíptico o



triumfalista. Gran parte de la labor teórica pareció concentrarse en el ataque, casi rutinario, al positivismo criminológico y su influencia regional. Cabe señalar que esto se vio facilitado por la casi inexistencia de representantes positivistas en el campo de las ciencias penales. Al menos en el campo criminológico éste era el caso, haciendo que tales ataques tuvieran connotaciones curiosas, de polémica tardía o ajuste de cuentas con Lombroso, Ferri y Garófalo, como si tal debate tuviera actualidad a esta altura del siglo.

La criminología crítica tiende a omitir el análisis de los mecanismos de control en las sociedades socialistas, lo que genera dudas respecto de sus ofrecimientos de cambio.

El marxismo tuvo fundamental influencia en la criminología crítica, especialmente en los desarrollos posteriores al enfoque del etiquetamiento y este aporte teórico fue también trasvasado a los desarrollos latinoamericanos. Puede decirse que esta influencia ha sido tan importante como necesaria, lo que sólo puede ser objetable desde posiciones o trasfondos macartistas o reaccionarios, que tradicionalmente identifican la obra de Marx como algo demoníaco o peligroso.

Los criminólogos Marxistas utilizaron el método Marxista para el análisis de la criminalidad, tal análisis lleva una crítica al sistema como tal, en tanto que el sistema capitalista es el que da origen a la criminalidad.

Son pocas las referencias concretas en la obra de Marx al fenómeno criminal, pero si podemos decir que Marx desarrolló una teoría de la criminalidad fundada en el hecho de clases, en la pauperización en el hecho de tratarse de una protesta inconsciente del proletariado y sobre la estructura económica de la sociedad.



Ahora bien la lucha de clases sólo puede terminar mediante el cambio de la estructura, es decir, mediante una revolución: el modo de producción tiene que pasar de capitalista a socialista, para lo cual es necesaria la documentación política del proletariado sobre la burguesía, con lo que la relación ya no será alienante entre una y otra clase, pues si bien el proletariado es alineado, se crea una relación de alienación que también afecta a la burguesía. Al cambiar el modo de producción se irá a la reorganización de la sociedad, ya que la producción se basará en la asociación libre de productores iguales; ello llevará a la desaparición de las clases sociales y por lo tanto la lucha de clases.

El planteamiento de Marx recoge y reivindica el pensamiento crítico iluminista. Desde un punto de vista teórico no hay diferencia: hasta el pensamiento utópico se hace carne en el Marxismo, y la utopía comunista cumple igual función teórica que la utópica, la diferencia está en que Marx emprende una crítica científica, es decir, no se queda en el plano de las ideas, sino por el contrario parte del análisis de la realidad concreta.

El Marxismo sólo se preocupa del estudio de la estructura y deja en segundo plano a la superestructura, lo cual no se corresponde con el pensamiento de Marx y ha dado lugar a un largo debate, que dura hasta nuestros días, sobre la importancia que ocupa la concepción de superestructura en Marx y respecto de las interrelaciones existentes entre ambos órdenes.

El Marxismo es una concepción global que excede del marco especial de la sociología, pero lo contiene.



Desde el punto de vista de la teoría de la ciencia, el Marxismo se opone al análisis reductivo del positivismo que prescinde de la peculiaridad cualitativa de los fenómenos complejos analizados y reducidos con lo cual sólo plantea enunciados generales, las llamadas leyes del positivismo o de la ciencia positiva, que informan también de modo general sobre toda clase de objetos, en contraposición a ello, el marxismo utiliza el análisis dialéctico, esto es, de recuperar lo concreto, la comprensión o totalidades sin postular más componentes de la misma que los resultantes de la abstracción y el análisis reductivo científico.

#### **4. TEORÍA DEL PROCESO SOCIAL. (LABELLING APPROACH)**

Se difunden en los años 60 y 70. Se destacan sobre todo porque critican abiertamente las teorías estructuralistas al desmificar el hecho de que deba concentrarse en los miembros de las capas más bajas, ellos opinan que también hay criminales en las capas superiores y consideran que tienen el potencial necesario para convertirse en delincuente.

Profundizaran en los delitos económicos, entrando estos delitos en legislaciones penales tipificando un mayor número de delitos de contenido económico.

Cabe hablar de sus tres orientaciones teóricas que son el aprendizaje social, el control social y la reacción social o etiquetamiento. La primera señala que el crimen es un proceso del aprendizaje social, normal. El comportamiento criminal se aprende, del mismo modo que el individuo aprende también tantas conductas delictivas, lícitas en su interacción con otras personas y grupos a través de un complejo proceso de comunicación. Esta teoría parte de la



hipótesis de que las claves de la conducta humana hay que buscarlas, no en determinados rasgos inconscientes de la personalidad, no en el desarrollo cognoscitivo de patrones de modelos o comportamientos durante la infancia del individuo, sino en el aprendizaje que la experiencia vital, diaria le depara a éste. Desde este punto de vista el crimen es una respuesta a situaciones reales que el sujeto aprende. El delincuente aprende normas, valores y conductas asociadas a la actividad criminal, el aprendizaje social influye no sólo las pautas delictivas, sino también las técnicas adecuadas para llevarlas a cabo y una gama de mecanismos psicológicos de autodefensa y aseguramiento.

Sin embargo, la teoría del control social considera que todo individuo podría actuar criminalmente, si bien el potencial delictivo, es neutralizado por sutiles vínculos sociales que reclaman de aquel una conducta conformista. Cuando fracasan dichos mecanismos de control, quiebra su lógico sometimiento al orden social y se produce el delito.

Esta teoría comprende una serie de mecanismos que lo determinan como son: el arraigo social, la conformidad diferencial, la contención, el control interior y la anticipación diferencial.

**El arraigo social**, fue formulado por Travis Hirschi en 1969, para quien todo individuo es un infractor potencial y sólo el miedo al daño irreparable que pudiera ocasionarle el delito en sus relaciones interpersonales (padre, amigos, vecinos, etc.) e institucionales (escuela, trabajo, etc.) lo frena. Cuando el individuo carece de necesario arraigo social o del interés y sensibilidad a los demás, carece también del indispensable control disuasorio, encontrando libre el camino hacia el crimen lo que puede suceder con independencia al estado social a que pertenece.



Este contiene cuatro factores que determinan el arraigo en la sociedad, tales como el apego y consideración hacia las personas, identificación y compromiso con los valores convencionales, participación en las actividades sociales y las creencias.

**Conformidad diferencial**, fue formulada por Briar y Piliavin. En situaciones equiparables, una persona con elevado grado de compromiso o conformidad hacia los valores convencionales es menos probable que se involucre en comportamientos delictivos que otro individuo con inferior nivel de conformismo. Y a la inversa; dado un cierto estímulo que ofrezca garantías de éxito o chances suficientes, incluso un individuo con alto coeficiente de conformidad puede sucumbir a la tentación del delito. Así se construyen los vínculos sociales que reclaman e imponen conformidad, lazos en cuyo desarrollo intervienen factores como el afecto por los padres, aspiraciones ocupacionales, miedo a las privaciones materiales y sanciones unidas al arresto.

**Contención**, sugerida por W. Reckless. Para quien la sociedad produce una serie de estímulos de presiones que impelen al individuo hacia la conducta delictiva que son impulsos internos, es decir factores personales (descontento individual, hostilidad, rebelión.), Presiones externas tales condiciones de vida adversas (pobreza, desempleo, seguridad, desigualdad, etc.) e influencias externas que son la conducta desviada de compañeros, subculturas criminales, medios de comunicación de masas. Pero éstos son contrarrestados por mecanismos de contención internos que son los que residen en la solidez de la personalidad individual (autoconcepto, ego, metas, proyectos, etc.) o externos que son los que proceden de la coacción normativa que ejerce la sociedad para controlar a sus miembros.



**Control interior**, formulado por A.J. Reiss, este autor contempla la delincuencia como resultado de una relativa falta de normas y reglas institucionalizadas, de un desmoronamiento de controles erigidos con anterioridad o de un conflicto de reglas y técnicas sociales.

La desviación social es entendida como la consecuencia funcional de controles personales y sociales débiles. Atribuye la conducta delictiva a un fracaso del grupo primario, en primer término a un fracaso de la familia, así explica el hecho de que hijos de familia con concepciones sociales contradictorias se hagan criminales con mucha mayor frecuencia que los de familias bien integradas. Este fracaso lo deduce también a un super yo poco pronunciado, base moral o control interior escaso.

**Anticipación diferencial**, formulada por D. Glaser, quien establece que la decisión de cometer o no, un delito se haya determinada por las consecuencias que el autor anticipa, por las expectativas que se derivan de su ejecución o no ejecución. Estas expectativas descansan en tres factores: los vínculos sociales que una persona desarrolla a lo largo de su vida, los que reclaman conformidad con el orden; el aprendizaje diferencial de modelos, justos y actitudes que determinarán si el individuo encuentra plena satisfacción con el comportamiento delictivo o con el convencional y la evaluación del propio individuo, según sus percepciones y experiencia personal, de los riesgos y perspectivas derivadas de la conducta conforme a derecho y de la conducta desviada.

De acuerdo a ésta teoría de Glaser, las expectativas deciden el comportamiento futuro. El individuo se inclina por el delito si de su comisión se deriva más ventajas que desventajas, considerando sus vínculos con el orden



social, relaciones con otras personas y experiencia precedente, tales expectativas dependen del mayor o menor contacto de cada individuo con los modelos delictivos, esto es del aprendizaje o asociación diferencial.

Por último tenemos la reacción social o etiquetamiento, que contempla el crimen como mero subproducto de control social, el individuo se convierte en delincuente no porque haya realizado una conducta negativa, sino porque determinadas instituciones sociales le han etiquetado como tal, habiendo asumido el mismo dicho “status criminal” que las agencias de control social distribuyen de forma selectiva y discriminatoria.

La reacción social o etiquetamiento, por si misma, no es una teoría de la criminalidad, sino de la criminalización, que se aparta del paradigma etiológico convencional y potencia al máximo el significado de la desviación secundaria (carreras criminales).

Dicha teoría parte de los conceptos de “conducta desviada” y “reacción social”, sin el rango de la teoría etiológica. Delito (conducta desviada) y reacción social son términos interdependientes, recíprocos, inseparables. La desviación no es una cualidad intrínseca de la conducta, sino atribuida a la misma a través de complejos procesos de interacción social. Según la teoría del etiquetamiento, por el contrario, el delito o el ser criminal como atributos de una persona tienen naturaleza social y definitoria, no ontológica.

Según este enfoque, una persona deviene en delincuente, cuando otras personas muy significativas le etiquetan con éxito como tal. El control social crea la criminalidad. Las carencias no se buscan en lo controlado, sino en quienes ejercen el control, y el desviado pasa a convertirse en víctima de los procesos de definición y selección (paradigma de control). El interaccionismo



simbólico pone énfasis en el significado que tiene el delito para su autor, en los efectos del etiquetamiento del mismo como desviado (estigmatización) y en su posterior asunción de su estado criminal (desviación secundaria), más aun que la etiología del propio comportamiento delictivo.

Las instancias del control social (policía y fiscalía) no detectan o declaran el carácter delictivo de un comportamiento, sino que lo generan o producen al etiquetarlo así (función constitutiva del control social).

El etiquetamiento tiene tres niveles explicativos como son:

- Impacto de la atribución del status criminal en la identidad del desviado: los teóricos del etiquetamiento se refieren a dos efectos concretos que son la estigmatización del desviado y la alteración sustancial de su identidad quien termina siendo aislado de los demás ciudadanos honorables y privan de todo beneficio social. La sociedad no contempla al desviado tal y como es, operan pues una serie de perjuicios respecto a aquel y su conducta previsible que limita sus oportunidades reales y lo consolidan en el status desviado.
- Proceso de atribución del status criminal. (Proceso de selección): la definición de la conducta desviada no se resuelve definitivamente en el momento normativo, todo lo contrario la Ley figura tan solo un marco abstracto de decisión, en cuyo seno los agentes del control social llevan a cabo una función creadora propicia por el carácter definitorio de la criminalidad y la inaccesibilidad de la esfera interna del delito.



- Proceso de criminalización primaria: el análisis del etiquetamiento aplicado a los procesos de criminalización primaria entronca con los “modelos conflictuales” en las formas penales y sus reglas de aplicación, se verá el resultado entre los grupos sociales, el que será resuelto a favor del que tiene mayor poder.



## CAPITULO II: TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA

### 1. TEORÍA DEL DELITO

El delito, generalmente se manifiesta por medio de actos en el mundo externo, donde adopta formas tan variadas, como las condiciones evolutivas de la vida social en cada época. Es grave error suponer que el progreso incesante de los pueblos, trae como consecuencia necesaria la desaparición del delito. Si la civilización ha suprimido ciertas formas de criminalidad ha creado, en cambio, otras nuevas, al utilizarse los medios que la misma civilización ofrece.

El crimen, es hoy una fuerza contraria a la civilización que lucha contra ella con sus propios medios materiales, con todos sus adelantos, vencéndola; solo accidentalmente, por fortuna. Como dice Niceforo<sup>4</sup> la civilización tiene sus crisis de pasión y sus paroxismos de dolor, lo mismo que tiene calderas que revientan, trenes que chocan e hilos eléctricos que fulminan la muerte.

Los pueblos modernos han creado inventos prodigiosos que les proporcionan bienestar y comodidades, pero se han rodeado a la vez, de múltiples peligros, que comprometen seriamente la vida y la tranquilidad de los hombres.

El delito, pues no se extingue, se transforma. A las antiguas formas de delitos han sustituido otras, que quizás no tienen el sello de crueldad de aquellas de tiempos de barbarie, pero revelan una completa falta de altruismo,

---

<sup>4</sup> La Transformación del delito en la sociedad Moderna, Madrid, 1902, Pág. 4



una antisocialidad que representa un peligro constante para la seguridad de los hombres.

No es cierto en absoluto que el homicidio vaya siempre disminuyendo, mientras aumentan, sobre todo los delitos contra la costumbre, la bancarrota, la estafa, etc y el bandido y el asesino se transforman en estafadores con daño máximo de las cosas y mínimo de la vida; cierta es la evolución de la violencia al fraude, también lo es, la disminución de la ferocidad en la comisión del delito; la misma civilización presta medios, adelantos y he aquí como el delito que es imperfección se perfecciona.

A veces el delito viste el traje de la buena sociedad, y la falta de altruismo es la nota diferencial de gran parte de las omisiones, uno de los más grandes e interesantes problemas de la ciencia penal, pero el Derecho Penal no permanece, no podría permanecer indiferente a las transformaciones del delito y también se transforma. La sociedad debe oponer una fuerza a esa otra fuerza, representada por el delito. Es axioma fundamental de la doctrina de la defensa social, en su orientación pragmática. El Derecho Penal hoy es defensa y prevención social.

El Delito significa pues, en su aspecto formal, el incumplimiento de una prohibición o imposición contenido en el ordenamiento jurídico y amenazado con sanción penal; desde el punto de vista social, es la lesión o peligro de un interés de la comunidad o de uno de los miembros, elevado a bien jurídico por el amparo del derecho. La palabra delito no es usada en el sentido técnico sino como comprensiva de todas las especies de acciones punibles, por tanto delito es la transgresión culpable de la norma.



Hay características comunes a todos los delitos y otras que diferencian entre sí los distintos tipos de delito; así por ejemplo un asesinato se muestra de modo distinto a un hurto o a una estafa. En la vida todos los casos delictuales se distinguen entre sí, sea por las personas participantes, por la forma de ejecución, por los motivos del autor o por otras circunstancias, en ello radica el motivo de la muy distinta valoración moral y de la muy variable medida de la pena; pero las características conceptuales son las mismas para delitos previstos en una misma figura, en cambio, se diferencian los distintos delitos entre sí a través de las distintas características conceptuales, ciertas características, sin embargo son comunes a todos los delitos, de ellas se ocupa la teoría general del delito se presentará como segunda característica general del delito, la antijuricidad, como tercera, la culpabilidad; por tanto Delito es acción antijurídica y culpable.

Frente al tipo particular de delito, como suma de aquellas características diferenciales de uno y otro tipo de delito se sitúa el tipo general, al que se hace comprender las características propias y comunes a todos los delitos (acción, antijuricidad y culpa).

En toda formulación causalista del delito existe una inflexible diferenciación entre la voluntad y el contenido de la voluntad, y por tanto, entre los contenidos sistemáticos del delito cuyo objeto de referencia es objetivo o subjetivo; por eso toda acción implica para el causalismo un momento voluntario pero no implica una determinada conducción, es decir el “hacia donde” se dirige este movimiento voluntario.

La acción, pues es concebida como comportamiento humano, es decir como realización de la voluntad de esa conducta humana el punto de partida de tasa reacción jurídico-penal y el objeto al que se le agregan determinados predicados que convierten esa conducta humana en delito un



ser humano, aparentemente se trata de un matiz escasamente relevante respecto a la definición causal naturalista de acción que coordina, igualmente un mínimo elemento volitivo en la acción. Se trata de un matiz, en efecto, pero importante para la teoría del delito, porque se abandona el estricto naturalismo clásico. La voluntad no es concebida ya en su aspecto mecánico natural, es decir como característica humana que se manifiesta en la producción de un movimiento corporal, que causa a su vez, una modificación perceptible por los sentidos, sino como característica que dota de cierto sentido al actuar humano, que es el que permite afirmar que un ser humano realiza un comportamiento determinado. El matiz al que está aludido es pues, el que permite pasar de la mera innervación al comportamiento humano que es una base de la teoría del delito.

Acción es ejercicio de finalidad. Toda acción es un acontecer finalista y no solamente causal. Acción es, precisamente, predeterminación de cursos causales. El contenido de la voluntad y no sólo la voluntad causal es ya definitoria de la acción humana.

En palabras de Werzel<sup>5</sup> : “La finalidad o actividad finalista se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de un acto, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir sus actos según un plan tendente a la consecución de esos objetivos... Dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo predetermina así de modo finalista”.

Podemos distinguir tres elementos de la acción: Decisión de voluntad, manifestación de voluntad y resultado, pero únicamente en los delitos dolosos de resultado se encuentran reunidos. La acción constituye el núcleo del tipo.



Fuera de los elementos de la acción, el tipo contiene una mayor o menor cantidad de circunstancias de hecho, a las cuales designamos como modalidades de la acción, ellas se refieren al sujeto, al objeto, a los medios, al modo de ejecución y a las relaciones de lugar y tiempo de la acción. Frente a ese llamado objeto material, se sitúa el llamado objeto tutela, este último no pertenece nunca a las características del tipo, porque la ley guarda silencio en cuanto a él; así es objeto material en el delito la traición del documento transmitido y objeto de tutela de la seguridad del Estado.

El objeto de la acción propiamente dicha y las circunstancias de hecho que la acompañan pueden ser significativas en algunos aspectos. Solamente el primero puede ser comprendido por la voluntad del autor, en tanto que las segundas puede, en el mejor de los casos tener conocimiento.

Por eso para Pagano<sup>6</sup> es necesario que para la existencia del delito concurren simultáneamente dos calidades: El ánimo y el efecto, luego la gravedad del delito ha de medirse desde el doble aspecto del daño causado y del dolo del delincuente; por consiguiente la gravedad se mide por el daño tanto como por el dolo. Sin embargo para Beccaria<sup>7</sup> debe medirse el delito por el daño de las sociedades y no por la intención de quienes los cometen. Esta depende de la impresión actual de los objetos y de la precedente disposición de la mente, aquellas varían en todos los hombres y en cada uno de ellos, con la rapidísima sucesión de las ideas, de las pasiones y de las circunstancias. En ocasiones los hombres, con la mejor intención, hacen el mayor mal a la sociedad y en otras ocasiones con la peor voluntad le hacen el mayor bien.

---

<sup>5</sup> Citado por Gomez Benitez, Jos´ne Manuel. Teoría Jurídica del Delito. España 1984. Pág. 68.

<sup>6</sup> Pagano, Francisco Mario. Principios del Código Penal. Pág. 46

<sup>7</sup> Becaria, Cesare. De los delitos y de las penas. Pág. 105.



Otros miden los delitos más por la dignidad de la persona ofendida que por su importancia, también por la gravedad del pecado.

En todo delito dice Beccaria, el juez debe hacer un silogismo perfecto en el cual la mayor debe ser la ley general, la menor la acción conforme o no a la ley y la consecuencia la libertad o pena.

Unos delitos destruyen inmediatamente la sociedad, o a quien la representa, otros ofenden la seguridad particular de un ciudadano en su vida, en sus bienes o en su honor; otros son acciones contrarias a lo que cada cual está obligado a hacer o no hacer con miras al bien público. Cualquier acción no comprendida entre los dos antedichos límites, no puede llamarse delito, o ser castigada como tal sino por quienes encuentran su interés en llamarla así.

La opinión de que cada ciudadano tiene que poder hacer todo lo que no es contrario a las leyes, sin tener otro inconveniente que el que pueda surgir de la acción misma, he aquí el dogma político que debería ser creído por los pueblos y predicado por los magistrados supremos, con la incorruptible custodia de las leyes: dogma sagrado, sin el cual no puede haber sociedad legítima; justa recompensa del sacrificio hecho por los hombres de aquella acción universal sobre todas las cosas que es común a todo ser sensible y está limitada únicamente por las propias fuerzas.

Sin embargo Beccaria<sup>8</sup> manifiesta que es mejor prevenir los delitos que castigarlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de los bienes y de los males de

---

<sup>8</sup> Ibidem



la vida, pero los medios hasta ahora empleados son falsos y opuestos al fin apetecido.

Como las constantes y simplísimas leyes de la naturaleza no impiden que los planetas no se perturben en sus movimientos, tampoco en las infinitas y contrapuestas atracciones del placer y del dolor pueden las leyes humanas impedir sus perturbaciones y desórdenes. Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellas puedan surgir, sino crear otros nuevos.

¿A que quedaríamos reducidos si hubiera de prohibírsenos todo lo que pueda inducirnos al delito?, habría que privar al hombre del uso de los sentidos, por un motivo que impulsa a los hombres a cometer un verdadero delito, hay miles que lo inducen a cometer las acciones indiferentes que las malas leyes llaman delito; y si la probabilidad de los delitos es proporcional al número de los motivos, ampliar la esfera de los delitos es aumentar la probabilidad de cometerlos.

Si queremos prevenir los delitos, hay que hacer que las leyes sean claras, sencillas y que toda la fuerza de la nación se concentre para defenderlas y ninguna parte de ella se empeñe en distribuir las, también hay que hacer que las mismas leyes favorezcan menos a las clases de hombres que a los hombres mismos; por tanto los hombres deben temer a las leyes. Quién tenga un alma sensible y eche una mirada sobre un código de leyes bien hechas y encuentre que no perdió más que la libertad por hacer el mal a otros, se verá constreñido a bendecir el trono y a quien lo ocupa.

No es verdad que las ciencias sean siempre perjudiciales a la humanidad; y cuando lo fueron, era un mal inevitable para los hombres. La



multiplicación del género humano introdujo la guerra, las artes más burdas y las primeras leyes, que eran pactos momentáneos que nacían con la necesidad y desaparecían con ella; esta fue la primera filosofía de los hombres, bastándoles sus pocos elementos porque su indolencia y poca sagacidad los preservaba del error. Pero las necesidades se multiplicaban cada vez más a medida que se multiplicaban los hombres. Eran pues, necesarios, impresiones más fuertes y duraderas, que los apartasen de los reiterados retornos al primitivo estado, insociabilidad, que se hacía cada vez más funesto. Hicieron, pues, un gran bien a la humanidad aquellos primeros errores que poblaron la tierra de falsas vanidades, y que crearon un universo invisible, regulador.

Fueron benefactores de los hombres aquellos que osaron sorprenderlos y arrastraron a los altares la dócil ignorancia. Presentándoles objetos situados más allá de los sentidos, que huían ante ellos a medida que creían alcanzarlos, nunca despreciados, porque nunca bien conocidos, agruparon y condensaron las divinas pasiones en un solo objeto, que los ocupaba fuertemente. Estos fueron los primeros pasos de todas las naciones que se formaron de pueblos salvajes. Esta fue la época de la formación de grandes sociedades y éste fue su vínculo necesario y tal vez el único.

El choque inmenso de los errores útiles a unos pocos poderosos contra las verdades útiles a muchos débiles, la proximidad y el fermento de las pasiones que se despiertan en tal ocasión, hacen infinitos males a la desdichada humanidad.

Otro medio de prevenir los delitos es el de interesar al consenso ejecutar de las leyes, más en la observación que en la corrupción de ellas. Cuanto mayor sea el número que lo compone, tanto menos peligrosa será la



usurpación de las leyes. Otro medio de prevenir es el de recompensar la virtud. A este propósito se observa un silencio universal en las leyes actuales de todas las naciones. Finalmente, el más seguro, pero el más difícil medio de prevenir los delitos, es el de perfeccionar la educación que consiste en una estéril multitud de objetos, que en la selección y precisión de ellos, en sustituir los originales a las copias en los fenómenos tanto morales como físicos, que al azar la industria presenta a los noveles ánimos de los jóvenes; en inducir a la virtud por el fácil camino del sentimiento y en desviarlos del mal por el infalible de la necesidad y de la conveniencia y no por el incierto del mando, que no obtiene más que una simulada y momentánea obediencia.

## **2. TEORÍA DE LA CULPABILIDAD**

La culpabilidad es una categoría cuya función consiste, precisamente, en acoger aquellos elementos que, sin pertenecer al tipo de injusto, determinan la imposición de una pena. Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídica penal del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico. Como se deduce en algunos preceptos del derecho penal vigente en cualquier país civilizado, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico y antijurídico, no acarrea automáticamente la imposición de una pena al autor de ese hecho. Existen determinados casos en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de responsabilidad penal.

La distinción entre antijuridicidad y culpabilidad y consiguientemente entre causa de justificación y causa de exclusión de la culpabilidad, es uno de los hallazgos técnico – jurídicos más importantes de la ciencia del derecho penal en nuestro siglo.



Actúa antijurídicamente quien, sin estar autorizado, realiza un tipo jurídico-penal y ataca con ello un bien jurídico penalmente protegido, actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir conforme a derecho.

Sin embargo existen unas insuficiencias del concepto tradicional de culpabilidad que según Rodríguez Devesa<sup>9</sup> explica y dice: “Actúa culpablemente el que con arreglo al ordenamiento jurídico pudo proceder de otra manera a como lo hizo”. Esta definición refleja claramente el concepto tradicional de la culpabilidad que se encuentra en cualquier manual o tratado de derecho penal, pero esta concepción, cuyas raíces ideológicas e históricas no vienen ahora a cuento, es científicamente insostenible, ya que se basa en argumentos racionalmente indemostrables, la capacidad de poder actuar de un modo distinto a como realmente se hizo, algo en lo que se puede creer, pero que no se puede demostrar.

Una cosa es segura: entre varias opciones posibles siempre se puede elegir, pero no sabemos cuáles son las razones últimas que impulsan a elegir entre una y otra opción, por eso no es posible fundamentar la culpabilidad en algo que no conocemos suficientemente.

Pero es que además, en el derecho penal, igual que en el resto del derecho y de la vida social, existen casos en los que una persona, entre varios haceres posibles, elige uno que es perjudicial para otros, sin que ello le proporcione un juicio negativo por su conducta. La culpabilidad supone algo

---

<sup>9</sup> Citado por Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. Pág. 128.



más que la mera posibilidad de poder actuar de un modo distinto a como se actúo.

Rechazar el concepto tradicional de culpabilidad no significa necesariamente tener que renunciar al mismo como categoría jurídico-penal, sino la necesidad de buscarle un fundamento distinto, para ello hay que empezar por abandonar de una vez la vieja concepción, producto de la ideología individualista ya que ve en la culpabilidad no es un fenómeno individual sino social. No es una cualidad de la acción, sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a quien como su autor y hacerle responder por ella, es pues la sociedad quien define los límites de la culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad.

La correlación entre culpabilidad y prevención general, es decir defensa de determinados intereses, legítimos o ilegítimos por medio de la pena, es pues, evidente. En un Estado democrático y social de derecho, el Estado debe estar en condiciones de demostrar porque hace uso de la pena y a que personas la aplica y ello siempre para proteger el modo eficaz y racional. Una sociedad que si no es plenamente justa, tiene en su seno y en su configuración jurídica, la posibilidad de llegar a serlo.

Cuestión distinta de las tratadas hasta ahora es la del fundamento material específico que sirve de base a la culpabilidad. Fuera del tipo de injusto, es decir, de tipicidad y de antijuridicidad, existen una serie de elementos (capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, no exigibilidad de otra conducta) que forman parte de la teoría general del delito y también condicionan la aplicación de una pena; este fundamento material de la culpabilidad hay que buscarlo en la función motivadora de la norma penal la que está dirigida a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por



los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles, lo importante es que la norma penal lo motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se obtenga de realizar uno de sus varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena.

A partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que éste pueda motivarse por los mandatos normativos. La evolución cultural y de los conocimientos sociológicos, psicológicos y biológicos, ha permitido fijar en la legislación unos criterios para determinar los casos en los que a partir de un determinado grado de desarrollo biológico, psíquico y cultural, es imposible atribuir a un individuo el hecho típico y antijurídico y hacerle responsable del mismo.

La motivabilidad, la capacidad para reaccionar frente las exigencias normativas, es la facultad humana fundamental que unida a otras, tales como la inteligencia, la afectividad, etc, permite la atribución de una acción a un sujeto y en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida. Cualquier alteración importante de esa facultad deberá determinar la exclusión o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad.

Para poder afirmar la culpabilidad de una persona que, en el caso concreto, ha cometido un hecho típico y antijurídico, es necesario que se den en esa persona una serie de requisitos sin las cuales no se puede hablar de culpabilidad; de aquí se deduce que la culpabilidad, junto a ese fundamento material antes aludido de participación en los bienes jurídicos protegidos y motivación racional de los mandatos normativos, tiene unos elementos específicos, sin cuya presencia no podrá atribuirse culpable al infractor y estos son:



- ❖ Imputabilidad o capacidad de culpabilidad; en este se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse como la edad, enfermedad mental, etc; ya que sino se tiene dichas facultades no puede haber culpabilidad.
  
- ❖ El conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido: La norma penal solo puede motivar al individuo en la medida en que éste pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no lo motiva y su infracción no puede atribuírsele a título de culpabilidad, por tanto este elemento es el que le da razón de ser a la culpabilidad.
  
- ❖ La exigibilidad de un comportamiento distinto: el derecho no puede exigir comportamientos heroicos, toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna. Esta exigibilidad, aunque se rija por patrones objetivos, es en último instancia, un problema individual: es el autor concreto, en el caso concreto, quien tiene que comportarse de un modo o de otro. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad, faltará este elemento y con él la culpabilidad.

Estos tres elementos son graduales y por eso, cuando hay alguna causa que los modifica, éstas pueden tener sólo un efecto atenuante de la culpabilidad, cuando no tienen la entidad suficiente para excluirla totalmente.



Sólo algunos autores como Bacigalupo, Fragoso, Zaffaroni y Bustos<sup>10</sup> son quienes señalan expresamente como elementos de la culpabilidad, la imputabilidad o capacidad de ser culpable; el conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido y la exigibilidad de un comportamiento distinto; sin embargo dentro de estos autores hay diferencias, ya que para Fragoso<sup>11</sup>, la imputabilidad en realidad es solo presupuesto de la culpabilidad, para la mayoría, en cambio, elementos fundamentales de la culpabilidad son el dolo y la culpa que son formas como se manifiesta una conducta defectuosa, la imputabilidad es un presupuesto y con muchas prevenciones se acepta el conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de otra conducta; esto quiere decir que la culpabilidad es un juicio de reproche por la voluntad defectuosa, es decir, por la realización de un hecho antijurídico cuando era exigible una actuación conforme a derecho.

La culpabilidad según la teoría finalista, es una culpabilidad normativa, es decir, no se trata de un juicio sobre la relación psicológica entre el hecho y su autor, sino de reproche por la realización de un hecho antijurídico, cuando sin embargo era jurídicamente exigible una actuación conforme a derecho. La culpabilidad es, pues, puro reproche por haber realizado un injusto cuando el sujeto podía haber actuado conforme a derecho. Se trata de un reproche personal contra el autor porque no se ha actuado como le exige el derecho, aunque podía haberlo hecho. Un reproche, pues, porque pudo actuar de otra manera y no lo hizo. El sujeto habría podido motivarse conforme a la norma, por tanto, los elementos de la culpabilidad son aquellos que actúan como condiciones establecidas por el derecho para que el sujeto pudiese haber actuado conforme a derecho. Los elementos del reproche o mejor de la reprochabilidad son:

---

<sup>10</sup> Citado por Gomez Benitez, Jose Manuel. Teoria Juridica del delito. Pag 137.

<sup>11</sup> Ibidem.



- ❖ La imputabilidad, que es la genuina definición del poder actuar de otra manera y por tanto, el contenido básico de la culpabilidad y no el presupuesto de la misma.
  
- ❖ La posibilidad del conocimiento de la antijuricidad: el conocimiento actual de la antijuricidad, es decir, efectivo en el momento de la realización del hecho, así como se sabe un componente del dolo para la doctrina causalista. Esto era consecuente con la ubicación del dolo en la culpabilidad y con la consideración de que ésta reunía también una serie de características psicológicas constatables en el momento de la realización del hecho.

Ahora bien, al concebir la culpabilidad como reproche por haber podido actuar conforme al derecho y sin embargo, haber realizado un injusto penal, carecía de sentido seguir exigiéndole al autor que conociese efectivamente la antijuricidad de su acción en el momento de realizarla. Lo que procede es exigirle, por el contrario, que hubiese actuado conforme a derecho porque podía conocer que su acción era antijurídica. El conocimiento de la antijuricidad, que forma, efectivamente, parte esencial del reproche de culpabilidad, es pues, un conocimiento potencial: es intrascendente para la culpabilidad si el sujeto conoció, o no la antijuricidad de lo que hacía en el momento de su acción. Lo que importa a efectos del reproche es si podía conocerlo, o no. Por eso se habla en caso de prohibición de si el error era inevitable o evitable. En el primer caso no puede haber culpabilidad; en el segundo si. En todo caso, el hecho realizado en error de prohibición es doloso: si el error fue inevitable, entonces el sujeto actúo sin culpabilidad; si fue vencible, puede concurrir una culpabilidad disminuida.



Hay que destacar que esta doctrina sobre el error de prohibición es denominada teoría de la culpabilidad, por oposición a la denominada teoría del dolo, defendido sobre todo, por los causalistas. La primera alude, a que el error de prohibición excluye la culpabilidad, si es inevitable y puede disminuirla, aunque en todo caso no excluirla, si es evitable, pero el hecho es en ambos casos doloso porque el dolo no tiene que ver con la culpabilidad; por el contrario la teoría del dolo entiende que todo error de prohibición excluye el dolo del sujeto, pero que si el error de prohibición se debió a imprudencia del sujeto, entonces debe ser penado por su conducta imprudente.

### 3. TEORÍA DE LA PENA

La pena debe obtener sus efectos más intensos en aquellos que no han cometido una falta, en el límite si se pudiera estar seguro de que el culpable es incapaz de reincidir, bastaría con hacer creer a los demás que ha sido castigado. Beccaria<sup>12</sup> ha ilustrado esta paradoja en el castigo que propone en lugar de la pena de muerte como es la esclavitud a perpetuidad, porque el dolor de la esclavitud esta dividida para el condenado en tantas parcelas como instantes le quedan de vivir. Es la pena económicamente ideal, es mínima para aquel que la sufre y es máxima para aquel que la representa. “Entre las penas y en la manera de aplicarlas en proporción a los delitos hay que elegir los medios que hagan en el ánimo del pueblo la impresión más eficaz y la más duradera, y al mismo tiempo la menos cruel sobre el cuerpo del culpable”.

---

<sup>12</sup> Op Cit.



Las leyes son las condiciones bajo las cuales hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, hastiados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad que resultaba inútil por la incertidumbre de conservarla. Se necesitaba motivos sensibles, que bastasen para desviar el ánimo despótico de cada uno de los hombres de volver a sumergir en el antiguo caos las leyes de la sociedad. Esos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de las leyes. Fue, pues, la necesidad lo que constriñó a los hombres a ceder parte de la propia libertad; es decir, por consiguiente, que nadie quiere poner de ella en el fondo público más que la mínima porción posible, la exclusivamente suficiente para inducir a los demás a que lo defiendan a él. La suma de esas mínimas porciones posibles constituye el derecho a castigar; todo lo demás es abuso, no justicia; es hecho, no derecho.

Las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, son por su naturaleza injustas y tanto más justas son las penas, cuando más sagrada e inviolable sea la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserve a sus súbditos

La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social. La segunda consecuencia es que el soberano, que representa a la sociedad misma, no puede promulgar más que las leyes generales, que obliguen a todos los miembros, pero no ya juzgar si alguien ha violado o no el contrato social, puesto que entonces la noción se dividiría en dos partes, una representada por el soberano que afirmaría la violación del contrato y la otra por el acusado que la negaría. Se impone, pues que un tercero juzgue acerca de la verdad del hecho. La tercera consecuencia es que si se llegara a probar



que la atrocidad de las penas, sino inmediatamente opuesta al bien público y al fin mismo de impedir los delitos, era por lo menos inútil, también en tal caso sería, no sólo contraria a las virtudes benéficas, que son el efecto de una razón ilustrada que prefiere mandar a hombres felices antes que conducir una manada de esclavos en la cual se haga circular perpetuamente una corriente de temor y crueldad, sino que lo sería también contra la justicia y la naturaleza misma del contrato social.

La prisión es una pena que necesariamente debe preceder a diferencia de todas las demás, a la declaración del delito; pero este carácter diferencial no le quita el otro esencial, a saber que sople la ley, pues determinará los indicios de un delito que merezcan la custodia del reo, que lo sometan a un examen o a una pena. En el presente sistema criminal prevalece la idea de la fuerza y de la prepotencia sobre la de la justicia; porque se arrojan confundidos en la misma mazmorra a los meramente acusados y a los convictos; porque la prisión es más bien un suplido que una custodia del reo, y porque la fuerza interna protectora de las leyes está separada de la externa, defensora del trono y de la nación, cuando deberían ir unidas.

Hay un teorema general muy útil para calcular la certeza de un hecho, por ejemplo, la fuerza de los indicios de un delito. Cuando los indicios no se prueban más que recíprocamente, cuantas más pruebas se aduzcan, tanto menor será la probabilidad del hecho, pues lo que haría que fallecen las pruebas antecedentes, hace que fallen las subsiguientes. Cuando las pruebas de un hecho dependen todas ellas por igual de una sola, el número de las pruebas no aumenta, ni disminuye la probabilidad del hecho, puesto que todo su valor se resuelve en el de la única de que dependen, cuando los indicios se prueban por otra razón que por si mismos, cuanto más pruebas se aducen,



tanto mayor es la probabilidad del hecho, pues la falacia de una prueba no influye sobre la otra.

Las pruebas de un delito se pueden distinguir en perfectas e imperfectas. Las primeras excluyen la posibilidad de que un individuo no se reo, las segundas a las que no la excluyen sobre el cuerpo del reo.

Para que una persona consiga su efecto, basta que el mal de la pena supere al bien que nace del delito; y en ese exceso del mal debe calcularse la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que el delito producirá. Los hombres se rigen por la reiterada acción de los males que conocen y no por los que ignoran. La atrocidad misma de la pena hace que se arriesgue tanto más por eludirla cuando mayor sea el mal a que se expone; hace que se cometan nuevos delitos para rehuir la pena de uno solo y el objeto y la sensación.

Cuanto la pena sea más pronta y más próxima al delito cometido, tanto más justa y más provechosa será. La cárcel es, pues, la simple custodia de un ciudadano, hasta que se los juzgue reo y esa custodia, siendo esencialmente penosa, debe durar el menor tiempo posible y debe ser lo menos dura posible. El rigor de la cárcel no puede ser más que el necesario, bien para impedir una fuga, o bien para que no se oculten las pruebas de los delitos. El peso de la pena y la consecuencia de un delito debe ser lo más eficaz que sea posible para los demás y lo menos dura para quien la sufre.

Las penas deben ser proporcionadas entre si y en relación a los delitos, no sólo en la fuerza, sino también en el modo de infringirlas.

La certeza de un castigo, aunque moderado, hará siempre una mayor impresión, que el temor de otro más temible unido a la esperanza de la



impunidad; pues los males, aunque mínimos, cuando son ciertos, asustan siempre el ánimo del hombre. Algunos quedan libres de la pena por un pequeño delito cuando lo perdona la parte ofendida. El derecho a hacer castigado no es de uno solo, sino de todos los ciudadanos o del soberano no puede denunciar más que a su porción de derecho, pero no anular las de los demás.

A medida que las penas se hagan más suaves, de clemencia y el perdón vienen a ser menos necesarios, la clemencia es pues, la virtud del legislador y no la del ejecutor de las leyes, que debe brillar en el Código, no en los juicios particulares; que el hacer ver a los hombres que se pudo perdonar los delitos o que la pena no es su necesaria consecuencia, es fomentar el aliciente de la impunidad y hacer creer que pudiéndose perdonar, las condenas no perdonadas son más bien violencia de la fuerza que resoluciones.

No se castiga porque una voluntad libre haya causado un hecho o puesto en peligro de producir un resultado dañoso, sino porque así lo exige la necesidad de la defensa social. La nueva política criminal exige en general, que la defensa social sobre todo que la pena como pena de fin en particular, se adopte en su especie y medida a la naturaleza propia del delincuente<sup>13</sup>.

Para que una pena consiga su efecto, basta que el mal de la pena supere el bien que hace del delito y en ese exceso del mal debe calcularse la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que el delito producirá. El arte de castigar debe apoyarse en toda una tecnología de representación. El castigo ideal será transparente al crimen que sanciona, así para el que contempla,

---

<sup>13</sup> Franz Vpm Liszt. Tratado de Derecho Penal. Pág. 15



será infaliblemente el signo del delito que castiga y para aquel que piensa en el crimen la sola idea del acto punible despertará el signo punitivo.

Para Foucault<sup>14</sup> las penas deben ser moderadas y proporcionadas a los delitos, que la muerte no se pronuncie ya sino contra los culpables de asesinato, y que los suplicios que indignan a la humanidad sean abolidos. Esta necesidad de un castigo sin suplicio se formula en primer lugar como un grito del corazón o de la naturaleza indignada: en el peor de los asesinos, una casa al menos es de respetar cuando se castiga: su humanidad.

El arte de castigar debe apoyarse, por lo tanto, en toda una tecnología de la representación. Todas las acciones diversas del hombre son los efectos de esta tendencia interna; encontrar para un delito el castigo que conviene es encontrar la desventaja cuya idea sea tal que vuelva definitivamente sin seducción la idea de una acción reprobable.

#### **4. EL FIN DE LA PENA**

En el derecho penal el fundamento y el fin de la pena no puede resolverse de forma satisfactoria, sino que deben sobrepasar los límites dogmáticos de la cuestión e introducirse en el centro de la filosofía jurídica: la cual es la encargada de elaborar las distintas teorías con el fin de fundamentar y buscarle un fin a la pena. A lo largo de la historia la doctrina penal sólo ha satisfecho la justificación del Derecho Penal de forma muy parcial. Los criminalistas la dividen en: Absolutas y Relativas.

---

<sup>14</sup> Foucault, Michael. Vigilar y Castigar. Pág. 77.



Según Jakobs<sup>15</sup> son absolutos aquellos elementos de la teoría de la pena, cuyo contenido surge sin consideración a la contribución de la norma a mantener el orden social, éstas son teorías que describen la evolución de la pena. La legislación de la pena se ha llevado a cabo con el establecimiento de tres ideas permanentes que son: Retribución, prevención general y prevención especial.

Kant y Hegel, centran la función de la pena en la más pura realización de la justicia sobre la base de su consideración liberal del mundo. Kant<sup>16</sup>, sostiene que la pena es una retribución ética justificada por el valor moral de la ley infringida por el culpable, por lo tanto hay una estrecha relación entre la ley penal y el principio ético. El que la pena sea útil o inútil para asegurar la paz social, es algo irrelevante ya que debe imponerse siempre que así lo exija la justicia, aunque no resulte necesario en caso concreto. Para Kant la pena no puede servir a la protección de la sociedad porque instrumentalizaría al individuo.

Hegel<sup>17</sup> habla de la retribución jurídica y, en base a ella justifica la pena en necesidad se reparar el derecho con una violencia contraria que restablece el orden violado. Para él la esencia de la pena estaría en la negación de la negación del Derecho. “El Derecho es aniquilado”, negado, expiado por sufrimiento de la pena, que de ese modo restablece el Derecho lesionado.

Para Hegel<sup>18</sup> solo la pena justa trata al hombre como un ser racional, coincide con Kant, en afirmar que la pena se concibe como reacción que mira

---

<sup>15</sup> Jakobs, G. Derecho Penal. Parte General. Fundamento y Teorías de la Imputación. Madrid, 1995. P.20.

<sup>16</sup> Kant. Metafísica de las Costumbres. Hamburgo 1959. Pág. 61.

<sup>17</sup> Citado por Ferrajoli, L. Derecho y Razón. Pág. 254.

<sup>18</sup> Hegel, F. Filosofía del Derecho.



al pasado, y no como instrumento de fines utilitarios posteriores porque ambos rechazan la búsqueda de alguna utilidad a la pena, dirigiendo su mirada no al fin de la pena, sino hacia su fundamento. Por este motivo basan la existencia de la pena en una exigencia incondicionada de justicia, ya sea religiosa, moral o jurídica.

Roxin<sup>19</sup> le hace a la teoría de la retribución tres críticas:

- ❖ La retribución fracasa en algo esencial: su falta de límites, al no buscarle finalidad alguna, de esta manera el legislador tiene la libertad de decidir cuándo y cómo castigar, sin ver limitada su subjetividad y particular idea de justicia.
- ❖ La insatisfactoria justificación de la pena al pretender compensarla con la oportuna culpabilidad.
- ❖ La proporcionalidad entre el hecho cometido y la pena con que se castiga, evitando caer en la contradicción de negarla como fundamento y, al mismo tiempo admitirla como límite.

Otra crítica es que confunde la ética con el Derecho, dando lugar a la utilización absoluta de lo jurídico, su pretensión de borrar un mal con otro mal.

Según Rivas,<sup>20</sup> la teoría retributiva en su deficiente fundamentación, acerca de la correlación que existe entre la retribución y la culpabilidad. Esto ha ocasionado la imposibilidad y la culpabilidad del libre albedrío.

---

<sup>19</sup> Roxin, C. Sentido y Límites de la Pena Estatal. Pág. 12.

<sup>20</sup> García Rivas, N. El Poder Punitivo en el Estado democrático. Pág. 31.



Según Hassemer<sup>21</sup>, las penas no se eligen, sino que se sitúan y se enraízan en una cultura jurídica, en ellas quedan reflejadas las concepciones sobre el poder del Estado y su modus operandi, por lo que el peso de la sanción no puede determinarse independientemente del estadio evolutivo de la sociedad en la que debe aplicarse. Estas doctrinas buscan la proporcionalidad entre el delito y la pena correspondiente, evitando de éste modo todo exceso en la respuesta total.

Las concepciones retributivas se formulan sobre una base conformada por un elenco de valores y verdades absolutas. Ferrajoli<sup>22</sup> afirman que son doctrinas idóneas uno de los autoritarios de Derecho Penal máximo, que al igual que ellos confunden Derecho moral, validez y justicia, legitimación interna y externa. Lo cierto es que el Derecho Penal tiene elementos represivos y negarlo sería ir en contra de su propia esencia.

A lo largo de su historia ha brillado por su ausencia las teorías absolutas.<sup>23</sup>

Kant y Hegel, conciben la pena como límite de garantía para el ciudadano y al reivindicar al hombre y a su dignidad como ideario de justicia, la retribución se defiende como función o fin de la pena, como su fundamento de incluso como su concepto.

---

<sup>21</sup> Hassemer. W. Fundamentos de Derecho Penal. Pág. 351.

<sup>22</sup> Ferrajoli. Op cit. Pág. 257.

<sup>23</sup> Maurach. Tratado de Derecho Penal I. Barcelona 1962. Pág. 79.



En el instante en que la pena no aparezca justificada en sí misma de forma absoluta, sino por los efectos psicosociales se está hablando de retribución, cuando la pena ha sido desprovista de sus valores absolutos, ésta sólo regula la vida social, y la retribución del hecho cometido deja de ser el fundamento para convertirse en un medio o para la prevención del delito. Retribución y prevención son la consecuencia, visiones correlativas, traducida en una pérdida de valores absoluto a favor de los relativos, donde la pena se halla sometida a la reserva de su necesidad social como vía que lleva a modelos preventivos, la retribución en los últimos años.

Las teorías relativas o utilitaristas parten que está fuera de toda discusión que el Derecho Penal se haya al servicio del mantenimiento del orden social, la pena en definitiva, deja de ser un fin para pasar a tener un fin,<sup>24</sup> porque al contrario de las absolutas, éstas buscan lograr unos fines que están fuera de la propia pena, por lo que se les denomina utilitaristas ya que considera la pena como un medio para la prevención de futuros delitos, es decir la pena se orienta hacia el futuro y su fin en prevenir aquellas conductas que alteren la conducta social, para contribuir al mantenimiento de la paz en la comunidad.

La combinación de las grandes categorías (prevención genetal y especial), con las dos subcategorías (positivas y negativas) concluiría con la siguiente clasificación:

- ❖ Prevención especial positiva (La función de la pena, sería corregir al reo resocialización).
- ❖ Prevención especial negativa (La función de la pena es la eliminar o neutralizar al reo).

---

<sup>24</sup> Pelliza, S. J. Teorías de la Pena. Pág. 75



- ❖ Prevención general Positivo (La función de la pena es la de reforzar la fidelidad de los asociados al orden constitutivo).
- ❖ Prevención general Negativa (La Función de la pena es la de disuadir a los ciudadanos mediante el empleo o la amenaza de la pena).

La prevención general persigue evitar la comisión de nuevos delitos por parte de todos los ciudadanos, con independencia de que en algún momento anterior haya o no delinquido. La norma penal cumple una función de motivación que persigue que los ciudadanos se abstengan en cometer delitos, si no lo logra y viola la ley, la pena impuesta difundirá el temor necesario a los posibles delincuentes para que en futuro no sigan su ejemplo.

El objetivo de la pena es pedagógico o formativo y al mismo tiempo asume la función político criminal de encausar conductas y de control social (es la lección ofrecida por el Estado).<sup>25</sup>

El primero en utilizar penas capitales, corporales etc. Fue Feuerbach<sup>26</sup>. Esta teoría de la coacción psicológica fija su atención en un momento distinto de la vida de la pena, aquí la pena se utiliza como amenaza dirigida a la colectividad en su propia norma y de éste modo evita que los ciudadanos delincan quedando la ejecución de la pena en segundo plano, convirtiéndose en una confirmación de que la amenaza iba en serio. De éste momento este tipo de prevención constituye una constante en el pensamiento penal llegando hasta nuestros días, clasificándose en las últimas décadas en: Prevención general negativa y Prevención general positiva.

---

<sup>25</sup> Antón Oneca. J. La prevención especial en la Teoría de la Pena. Pág. 7.

<sup>26</sup> Citado por Sanz Mulas Nieves. Alternativas de la pena primitiva de libertad. Colex 2000



La prevención general negativa, es la vía utilizada en la intimidación, se dirige a los eventuales delincuentes amenazándolos con una pena que persigue el freno a su posible tentación de delinquir. A diferencia de la positiva no atribuye valor apriorístico a la obediencia política de los delincuentes a las leyes.

Estas Teorías generales son las únicas que no confunden el derecho con la moral o la naturaleza o al menos que se muestren neutrales. Tienen el mérito de disociar los medios penales concebidos como males de los fines extrapenales.

Según ésta teoría la amenaza se contiene en la propia ley y asegura tres principios de delimitadores de ius puniendo estatal.

- ❖ El principio de restricta legalidad.
- ❖ El principio de materialidad de los delitos.
- ❖ El principio de culpabilidad y responsabilidad personal.

Esta teoría tiene dos carencias:

- ❖ Su falta de legitimidad axiológica.
- ❖ Su falta de legitimidad empírica.

Su falta de legitimidad axiológica,<sup>27</sup> Los problemas comienzan con la imposibilidad de legitimar axiológicamente dado que los efectos intimidantes

---

<sup>27</sup> Ferrajoli. L. Derecho y Razón. Pág. 276.



perseguidos serán más fácilmente alcanzados cuando, más elevado y severas sean las penas con las que se amenaza y en su momento las ejecuten.

La falta de legitimidad empírica,<sup>28</sup> permite la imposición de la sanción que en incremento de su severidad aceptando así que la pena de una u otra manera intimida.

La prevención general positiva es la teoría que dirige a toda la comunidad como prevención general, es decir que las penas tienen funciones de integración social a través del general reforzamiento de la fidelidad al estado así como la promoción del conformismo de las conductas. En ésta concepción el Derecho penal no puede reducirse a la intimidación de los posibles delincuentes, sino que debe tratar de influir positivamente sobre el arraigo de las normas.

Esta pretende alcanzar una verdadera afirmación y un asentamiento social de las normas fundamentales mediante una actitud de respeto por el Derecho. La prevención general no solo es intimidación, su misión más alta es reafirmar la moral para el mantenimiento y desarrollo de la colectividad.

El Derecho Penal se alza como una parte del control social de la desviación y se distingue de las demás partes por su formalización. El Derecho penal debe dar lugar a una adecuada configuración de las normas penales, que propicie una imposición de la pena, “que se siente como justa”<sup>29</sup>, por la comunidad redundando así en el aspecto de estabilización de las normas. Tiene como consecuencia el que la sentencia sea aceptada por la

---

<sup>28</sup> Roxin C. Sentido y Límite de la Pena Estatal. Pág. 18.

<sup>29</sup> Silva Sánchez, J. M. Aproximación al Derecho contemporáneo. Pág. 140.



sociedad como adecuada, como justa, y de éste modo, se contribuye a la estabilización de la conciencia jurídica general y al mantenimiento de la fidelidad al Derecho de la población, que siente satisfecho tanto su sentimiento jurídico como la justicia. Su finalidad es, en consecuencia, la de tratar de armonizar las exigencias propias de la prevención y las inherentes a la retribución.

Dentro de la versión positiva de la prevención general cabe ubicar dos posturas contradictorias, ya que mientras unas las acogen como fundamento de la pena, porque limita la tendencia al terror penal de la intimidación o prevención negativa otros la sumen como límite. Los primeros en definitiva apoyarían la versión fundamentada de la prevención general positiva, que básicamente coincide con lo hasta ahora expuesto respecto de la prevención general positiva tomada de forma amplia. Los segundos, por ende, la adoptarían como límite necesario de otras consideraciones, que generalmente suelen ser preventivo, generales negativos, pero que también pueden ser retributivas o preventivo especiales y de las que parten como fundamento.

La prevención general positiva considera que el derecho penal, junto al resto de los medios de control social, debe tratar de influir positivamente sobre el arraigo de las formas, la prevención general positiva fundamental en ella la pena y sustituye al principio de culpabilidad por el de prevención, por lo que trabaja sobre la conciencia ético valorativo de la colectividad.

La prevención general positiva es, por todo ello, una doctrina más de la pena impuesta que la de las conminaciones penales abstracta, ya que si al establecimiento de las conminaciones penales no le sigue la imposición penal



ante las infracciones cometidas, se perderá la confianza en el ordenamiento y con ello la no estabilización de la norma.<sup>30</sup>

La expansión posterior, y hasta el momento actual, de la prevención general positiva se debe a Jakobs, en su Tratado de Derecho Penal de 1983, reelabora la explicación dialéctica de Hegel e interpreta la pena como prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento en la norma, y solo de forma secundaria como intimidación<sup>31</sup>, coincide con Welzel<sup>32</sup> en buscar la fidelidad colectiva en el mantenimiento de las normas, pero a diferencia de éste, no considera que la finalidad última de la pena sea la búsqueda de la protección de determinados bienes jurídicos, sino garantizar la función orientadora de las normas.

Jakobs<sup>33</sup> a través de su teoría de los sistemas, justifica la pena como factor de cohesión del sistema político social. Merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva alterada por las actuaciones delictivas, de estabilización, de ordenamiento y de renovación de la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones. Para él, la infracción de la norma significa su contracción y ante tal desautorización la pena debe entenderse como reacción al conflicto. Con la pena lo que se quiere demostrar es que el comportamiento infractor no es lo determinante, sino que lo determinante es la norma. El contenido de la pena es, por tanto, la réplica que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.

---

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> García Rivas, N. El Poder Punitivo en el Estado Democrático. Pág. 35.

<sup>32</sup> Mir Puig, S. Función Fundamentadota y Función Limitadora de la Prevención General Positiva. Pág. 133.

<sup>33</sup> Arroyo Gutiérrez, J. M. El Sistema Penal ante el dilema de sus alternativas, Pág. 26.



Con la pena no se pretende impresionar ni al delincuente ni al resto de la colectividad para que no cometan delitos, de ahí su alejamiento con respecto a la doctrina de Wezel. Su concepción como teoría preventivo general se debe, según Jakobs, a la búsqueda de la protección de las condiciones de la interacción social, las expectativas y las orientaciones estables de las cuales no cabe prescindir en la vida social. Se sustituye la prevención especial positiva o reeducación y la prevención general negativa o disuasión por la versión positiva de la prevención general o adopción de la pena como ejercicio del reconocimiento y de fidelidad a la norma, esto es, la pena como prevención.

Con esta postura destaca, el formalismo del Derecho Penal frente a los demás medios de control social, sin embargo, no se trata de un formalismo de garantía, sino, que se supedita al individuo a favor de la colectividad. Se aleja del sujeto como centro y fin del Derecho y se le convierte en objeto de abstracciones normativas e instrumentos de funciones sociales<sup>34</sup>.

A juicio de Baratta<sup>35</sup> este planteamiento da demasiada importancia a la pena olvidando la teoría de los sistemas, que permite prescindir de la sanción, por supuesto solo en determinados casos, mediante alternativas al sistema penal, y propugna intervenir en la causa del conflicto, y no únicamente en su manifestación externa, (el delito).

---

<sup>34</sup> Baratta. A. Integración – Prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática. Pág. 550.

<sup>35</sup> Ibidem.



Un Derecho Penal concebido del modo en que lo hace Jakobs, no se limita a castigar las lesiones cometidas a los bienes jurídicos, no se conforma con evitar determinadas conductas nocivas para la sociedad, sino que persigue algo mucho más ambicioso, influir en la actitud de los ciudadanos frente al ordenamiento, desvalora los comportamientos manifiestos de una actitud infiel al Derecho, éste modelo no justifica porque debe garantizarse la seguridad de las expectativas en los contactos sociales, posibilitando la exigencia de la propia sociedad, sino que presupone que el orden social bien vale el costo que se impone al infractor de la norma.

Baratta considera que cuando Jakobs se decanta por la conservación del sistema social, en detrimento de las necesidades y valores de los individuos a los que reduce a unos subsistemas psicofísicos, que únicamente son valorados en tanto sean funcionales para el sistema social en su conjunto, negando así la función limitadora de algunos principios fundamentales del Derecho Penal liberal, como (Exclusiva Protección y de bienes jurídicos, proporcionalidad, culpabilidad del Derecho Penal).

Como consecuencia, una muy clara: la versión sistemática o fundamentadita de la prevención general se alza como más peligrosa que las teorías absolutas surgidas con el liberalismo y deja el delito vacío de contenido intrínseco y, al definirlo únicamente como función de la norma sin importarle cual sea ésta hace que desaparezcan incluso los límites aportados por la tradicional concepción retributiva sobre la base del criterio de la proporcionalidad.



Hassemer<sup>36</sup> pone en evidencia las dificultades de una comprobación empírica de la eficacia de la prevención general intimidatorio o prevención general negativa, por lo que opta por una versión positiva como medio de control social formalizado, vinculado a las normas y por consiguiente limitado en cuanto a la intervención punitiva sobre los derechos de los individuos.

La función de la pena, en este punto, sería la protección efectiva de la conciencia social respecto de las normas, y por ello, Hassemer<sup>37</sup> propone una reformulación de la idea retributiva en tanto rescatadora del principio de culpabilidad como limite racional de la pena.

Con esta versión limitadora de la prevención general positiva, se haya una idea restrictiva del derecho penal, su carácter de ultimaratio, no tendría lugar el exceso de la sanción de los hechos, el castigar con mayor dureza. Su pretensión se reduciría a limitar los excesos de pena debido a razones intimidatorios, exigiendo la imposición de penas que responda a la conciencia social.

Ya en nuestro país se decanta por esta concepción limitadora de la prevención general positiva, no solo como una forma admisible de prevención en un modelo de estado como el social y democrático de Derecho, respetuoso de la autonomía moral del individuo, sino, incluso “como la mejor opción para un Derecho Penal democrático”<sup>38</sup>. La concepción limitadora de la prevención general positiva se alzaría, de este modo, como punto más respetuoso de la individualidad frente al sistema social que la sostenida por Jakcobs.

---

<sup>36</sup> Hassemer, W. Fines de la Pena en el Derecho Penal de Orientación Científica – Social. Pág. 35.

<sup>37</sup> Hassemer, W. Fundamentos de Derecho Penal. Pág. 398.

<sup>38</sup> Mir Puig. S. Función Fundamentadota y Función Limitadora de la Prevención General Positiva. Pág. 137.



La prevención general positiva ha sido criticada desde muchos sectores y por muchas razones, de forma especialmente marcada por su parecido con las teorías retribucionistas. Se trata simplemente de una actualización del pensamiento retribucionista que sustituye la exigencia de justicia por la desnuda exigencia funcionalista derivada del orden social vivido. Aunque a favor de la prevención general positiva se dice que es una doctrina más idónea que su versión negativa o intimidatorio, por asumir en su seno los contenidos de principios como el de justicia, el de proporcionalidad o el de humanidad. Para este autor cuando se habla de lo que siente como justo de la colectividad, no se trata de nada diferente a la necesidad irracional de la pena para contener los impulsos del subconsciente con lo que se está instrumentalizando al delincuente. En estos casos es irónico pretender sustituir el concepto de lo justo que, en un determinado momento, puedan tener los miembros de un cuerpo social.

Luzón<sup>39</sup> advierte el peligro que conlleva la prevención general estabilizadora o integradoras cuando utiliza como criterio la necesidad coactiva de castigo por parte de la sociedad, porque cuando así lo hace, se está oponiéndose a toda reducción de pena alguna requerida desde el punto de vista preventivo especial aunque todo ello no implica la disminución del efecto intimidatorio general. Se trata pues, de una concepción general basada en la hipótesis del “chivo expiatorio” o de expiación del Pecado, de satisfacción de los instintos de venganzas latentes en la sociedad. Sin embargo, todo esto encierra las dos versiones (negativa y positiva), han querido sustraer de la propia esencia teórica de la prevención general a situaciones muy cercanas al retribucionismo ambas vías, por tender a fines disuasorios más que la amenaza de la pena, pueden llevar a castigos discrecionales y desiguales.



Cierto es, como nos advierte Muñoz Conde que la llegada al temido terror, o terrorismo penal, es factible como cualquier teoría de la pena, porque no es la prevención general como tal, sino la manipulación del concepto por la doctrina y la jurisprudencia o legislación, lo que puede hacer el Derecho Penal “Un Derecho de Sangre y Lágrima”,<sup>40</sup> pero también es cierto que, precisamente por ello, se tornan como absolutamente imprescindible unos límites que eviten toda tergiversación de los términos. Unos límites que le vengan desde fuera.

Porque la legitimación axiológica de acuerdo con Silva no la posee de prevención general en sí misma, sino, en relación dialéctica con los demás fines del derecho penal, como son la máxima prevención, la utilidad social y las garantías individuales.<sup>41</sup>

La controversia está servida. Tal y como hemos comprobado a lo largo de este estudio, mientras por algunos autores como “Hassemer, Ferrajoli y Callies será el integrador, para otros como Silva o Muñoz Conde”, está claro que la versión apropiada es la negativa o intimidatorio. Sin embargo, es muy posible que la solución no sea ni la una ni la otra. De acuerdo con Luzón<sup>42</sup> la solución quizás esté en una toma de contacto entre ambas prevenciones generales, tanto en subversión negativa, como positiva, a la que más tarde se le unirían consideración preventiva especial. Para dicho actor, ambas vertientes de la prevención general estabilizadora e intimidatoria, desde un prisma político criminal, son aspectos correlativos y por ende, perfectamente admisibles a un tiempo. Esta teoría, como utilitarista que es, no busca retribuir el hecho pasado, sino justifica la pena en el fin de prevenir nuevos delitos del

---

<sup>39</sup> Luzón Peña, D. M. Prevención General, Sociedad y Psicoanálisis. Pág. 101.

<sup>40</sup> Muñoz Conde F. Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal. Pág. 53.

<sup>41</sup> Silva Sánchez. T. M. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. Pág. 214.

<sup>42</sup> Luzón Peña. D. M. Medición de la Pena y Sustitutivos Penales. Pág. 35.



autor. Y su deficiencia general estriba en el hecho de que no se dirige a la colectividad sino a una determinada “prevención individual”, su pretensión en definitiva, es evitar que el que delinquiró lo vuelva a hacer, y por ello, se convierte en una teoría imprescindible, como forma de evitar el delito.

Podemos decir que la prevención especial surge en la ilustración y retrocede en el siglo XX a favor de la retribución, renace con fuerza a finales de ese mismo siglo de la mano de tendencias como la de “dirección moderada”. Las legislaciones claramente correlacionales, como las desviaciones más importantes de la teoría de la prevención especial, se empiezan a manifestar a finales del siglo XIX, pero no es, sino hasta comienzos del siglo XX que sus dictados son desarrollados ampliamente en Europa, y especialmente en torno al pensamiento resocializador.

- ❖ La Doctrina de la prevención especial no es, única, sino que en ella cabe distinguir tres tendencias:<sup>43</sup>
- ❖ La Doctrina moralista de la enmienda, de la que tenemos testimonio en nuestro país gracias a Concepción Arenal.
- ❖ La Doctrina teleológica de la diferenciación de la pena que en cualquier caso, es por esta última opción por la que desde aquí nos decantamos.

---

<sup>43</sup> Ferrojoli. L. Derecho y Razón. Pág. 268.



En lo que respecta a la prevención especial en su modalidad negativa, busca el evitar la reincidencia a través de técnicas al mismo tiempo, tan eficaces como discutibles, tales como la pena de muerte, la desaparición, el encierro, el aislamiento e incluso la intervención corporal o psicológica. Lo cual, es evidente, más que servirle de límite al ius puniendo estatal, favorece la pena indeterminada, suspendiendo la duración del tratamiento del delincuente. Nadie puede negar su efectividad en el logro de sus fines cuyos resultados, para variar, puede inclusive comprobarse empíricamente, sin embargo la objeción ética es contundente.

En su versión más radical la resocialización aparece como la finalidad de la pena – tratamiento, y ésta a su vez como parte de la acción de protección social en la lucha contra la criminalidad<sup>44</sup>. En las actuales legislaciones su influencia es directa, y ha provocado la introducción en ellas de instituciones que permiten suspender e incluso no imponer, la pena privativa de la libertad. En delitos poco graves.

Cierto es que la teoría de la prevención especial no justifica el Derecho penal si se toma de forma unitaria y absoluta, sin embargo la pretensión no es, ni mucho menos, la de rechazarla o descalificarla, sino la de someterla a estrictos límites que impidan su tendencia expansiva, la propia prevención especial no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias porque explica la punibilidad de sus delitos sin peligro de repetición, y porque la idea de adaptación social forzosa mediante una pena que no contiene en sí misma su legitimación.

---

<sup>44</sup> Fernández García, J. El tratamiento Penitenciario Resocializador. Pág. 96.



Las denominadas teorías aditivas o unificadoras<sup>45</sup> como “aquellas fundamentaciones teóricas que, con criterios completamente estáticos, se limitan acumular en una mera adición los puntos de vistas particulares de las distintas opciones, sin establecer ningún orden entre ellos”.

En este punto las opiniones, nuevamente se vuelven a dividir, y las discrepancias surgen con base en dos grandes motivos. De una parte la determinación de la relación entre la proporcionalidad del delito con la pena y las necesidades de prevención y de otra, la relación en que, finalmente, deben ser concebidas ambas prevenciones (general y especial).

Los que se adhieren a esta concepción ven en la retribución el fundamento de la pena en un papel secundario y se conoce como posición conservadora.

Los llegados a esta postura son aquellos que fundamentan la pena en la defensa de la sociedad, o protección de bienes jurídicos y en consecuencia, al retribución se le atribuyen tan solo una función de limitación de las exigencias preventivas. Es denominado sector progresista.

Para sus seguidoras, la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, donde la gravedad del hecho y la culpabilidad de su autor solo ejercen como límites al ejercicio de esa función. Se le comienza dar importancia a la prevención especial y en consecuencia, se menciona la reincorporación del delincuente a la sociedad como finalidad de la pena junto a la protección de bienes jurídicos o prevención general.<sup>46</sup> A su juicio la retribución de la culpabilidad reduciría su papel al de límite máximo, por lo que

---

<sup>45</sup> Roxin, C. Sentido y Límites de la Pena Estatal. Pág. 19.

<sup>46</sup> Mir. Puig. S. Introducción a las bases del Derecho Penal.



es factible, con arreglo a las finalidades anteriores, el disminuir, o incluso prescindir de pena, por debajo de lo que exige la retribución.

Entre las diversas teorías de la pena se da el problema tradicionalmente conocido como “antimonías de la pena”, o lo que, es lo mismo, el reflejo de una evidencia: el hecho de que los distintos fines penas persiguen cosas distintas y proceden de mundos distintos por lo cual descansan en distintos presupuestos.<sup>47</sup>

Son composiciones doctrinales que de acuerdo con Hassemer<sup>48</sup> ofrecen distintas posibilidades como ninguna recomendación fundada, y en consecuencia, no están en condiciones de dar una orientación y una fundamentación consistente a las finalidades de la pena.

Este grupo de teorías viene conformado por todas aquellas que, recurriendo a criterios dinámicos, asignan a cada uno de los momentos de la pena conminación legislativa, aplicación judicial y ejecución penitenciaria.

Roxin ante el fracaso de las teorías de la unión, desarrolla en 1966 su “teoría unificadora dialéctica”, que con el fin de evitar la exageración unilateral, dirige sus esfuerzos a buscar las conexiones unilaterales entre prevención general y prevención especial. Mediante restricciones recíprocas, y a partir de la delimitación de los sucesivos estadios de la forma conminación, aplicación judicial y ejecución.

---

<sup>47</sup> Hassemer, W. Fundamentos del Derecho Penal. Pág. 359.

<sup>48</sup> Hassemer Muñoz, Conde. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Pág. 161.



Para la elaboración de esta concepción, Roxin<sup>49</sup> parte de que es la prevención en sus dos vertientes general y especial la que debe afrontar la pena en el marco de un Estado Social y democrático de Derecho, pues ambas aparecen como adecuadas para la prevención del delito.

A su juicio, por tanto, la misión del Derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones de servicios, mediante una prevención general y una prevención especial que salvaguarden la posibilidad en el marco señalado por la medida de la culpabilidad individual<sup>50</sup>. Una función para cuyo cumplimiento el derecho penal se enfrenta al individuo de tres formas:

- ❖ Amenazando.
- ❖ Imponiendo.
- ❖ Ejecutando Penas.

La conminación penal en esta primera etapa es la fijación por la ley, de forma general y abstracta, de la pena correspondiente a cada delito, se considera que solo tienen cabida fines preventivos generales que se satisfacen a través de una cantidad de pena establecida en un marco penal, dentro del cual se produce la concreción general, si pero no como finalidad vacía sino como un instrumento únicamente al servicio de la función de protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas fundamentales.<sup>51</sup>

En esta fase resulta, por tanto, evidente e indudable el interés social en que se aproveche y oriente la pena al intentar conseguir ese fin preventivo especial, sin olvidar que si bien se toma en consideración ciertas

---

<sup>49</sup> Berdugo Gómez de la Torre I. Lecciones de Derecho Penal. Pág. 27.

<sup>50</sup> Roxin C. Sentido y Límites de la Pena Estatal. Pág. 33.



circunstancias especiales del hecho y del culpable, todo ello se hace en abstracto, lo cual no aparece coincidir con la concepción de prevención especial que se maneje en este trabajo.

En un segundo momento en la vida de la pena nos situamos ante la fase de su imposición y medición judicial, comenzando con el proceso penal y concluyendo en la sentencia, se vislumbra como la más delicada por converger en ella ambas prevenciones de forma decisiva. EL momento crucial en la vida de la norma ya es permeable a las exigencias preventivas especial, por lo que la imposición de la pena estará únicamente justificada si se consigue compaginar su necesidad para la comunidad jurídica con la autonomía de la personalidad del delincuente que el Derecho asimismo tiene que garantizar. En este último estadio de la pena el de su cumplimiento esta solo puede estar justificada si tiene como contenido la reincorporación del delincuente a la comunidad, sólo está indicada una ejecución “resocializadora” en la que coincidan los derechos y deberes de la colectividad y los del particular<sup>52</sup> en tanto la autonomía de la personalidad del condenado y las exigencias ineludibles de prevención general lo permitan.

---

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> Sobremonte Ramírez. J. E. La constitución y Reeducción del Delincuente. Pág. 98



## CAPITULO III. CRIMINALIDAD FEMENINA

### 1. FACTORES DE LA CRIMINOLOGÍA.

#### 1.1 Factor Sociológico.

La sociología se ocupa de realidades, no será motivo de su estudio un pensamiento teórico sino cuando se presente como comúnmente existente en una colectividad. Es en ese sentido que abordamos el tema de este capítulo, pues es idea usual que la delincuencia, cualquiera que sea su intensidad, pertenece a la patología social, con lo cual no estamos de acuerdo ya que siempre existe tal fenómeno en toda sociedad, aunque con diferentes profundidades.

Durkheim<sup>53</sup> indica que para que la Sociología sea verdaderamente una ciencia de la realidad, hace falta que la generalidad de los fenómenos sea tomada como un criterio de su normalidad. Y es natural y lógico que así sea: ¿Cómo, si no, podríamos encontrar objetivamente lo que es normal? Por ello es que la Estadística, a pesar de todas las imperfecciones humanas de su realización, tiene que ser un auxiliar de primera categoría para encontrar la generalidad, la evolución de un fenómeno y la zona de normalidad, ya que fuera de ella, tanto en el mínimo como en el máximo, se encuentra lo probablemente patológico en términos cuantitativos.

---

<sup>53</sup> Citado por Héctor Solís Quiroga. Industrialización y delincuencia. Revista criminalia, México. Julio 1957 Pág. 74.



¿Es la delincuencia en fenómeno patológico? ante esta interrogante Durkheim<sup>54</sup> Afirma que hay un hecho donde el carácter patológico parece incontestable: es el crimen. El crimen es observado en todas las sociedades de todos los tipos; cambia de forma pero siempre hallamos hombres que se conducen de manera que cae sobre ellos la represión penal. Con el aumento de la cultura y de la civilización, hacia sociedades más elevadas, la delincuencia no disminuye, sino parece aumentar.

Afirmar, paradójicamente, que el delito puede ser clasificado como uno de los fenómenos de sociología normal, no es solamente decir que es inevitable y de retroceso social, sino que es una parte integrante de toda sociedad sana, porque es imposible que exista una completamente exenta de él, dadas las diferencias de criterios y sentimientos y la variabilidad de las influencias sobre los hombres y los fenómenos sociales. La delincuencia es una consecuencia necesaria y útil de toda vida social y está ligada a sus realidades. Serviría el delito para una doble finalidad: localización y tratamiento de los inadaptados y estímulo para la búsqueda de los males, de sus causas y sus remedios, como base de una política concreta de mejoramiento futuro, con espíritu preventivo.

Estimamos normal que, mientras crezca la población y se compliquen más las condiciones de vida, sufriendo la influencia del urbanismo de las complejidades económicas, la criminalidad sea más potente también.

---

<sup>54</sup> Op. Cit. Pág. 64



Contra el pensamiento común, no debe extrañarnos que haya delincuencia y otros aspectos llamados de patología social, cuando la existencia transcurre precisamente en la forma necesaria para producir la conducta “patológica”. Es decir que lo habitual sería precisamente lo “anormal” y debería admirarnos que, en tales situaciones los individuos se comportaran de manera conveniente al interés social.

La dinamicidad social, favorece la aparición de los morbos sociales. En la consideración de los factores individuales, de desajuste sería menester referirse a las excedencias tanto como a las deficiencias individuales, pues ambas producen ese malestar social que es síntoma y causa de las crisis.

El fenómeno de la criminalidad es normal en toda sociedad y solamente es patológica cuando presenta excedencias o deficiencias respecto de la normalidad estadística esperada.

¿Es patológica la criminalidad actual? A este respecto Edmond de S. Brunner<sup>55</sup> dice que hay cuatro categorías de condiciones patológicas en las cuales puede caer una comunidad: La debilidad en su estructura, las inadecuaciones funcionales, las infecciones y la pobreza psicológica de la comunidad.

La debilidad en la estructura, relativa al problema de la delincuencia, ya que, una vez presente el fenómeno general, la policía es frecuentemente débil o pervertida; los funcionarios administrativos y judiciales, a menudo, están mal pagados y muchos son ineficaces; los funcionarios y empleados de las prisiones e internados para menores, a menudo son incultos y algunos son

---

<sup>55</sup> Edmond de S. Brunner: American Society: Urban and Rural Patterns, Harper and BROS. New York, 1955. Págs. 501 a 519.



pervertidos; los edificios tienen numerosas inadecuaciones; las instituciones que deben rendir trabajo social padecen un personal mal pagado, y a menudo impreparado, enfermo o pervertido y pocas veces competente y titulados; y los internados en general sufren grandes deficiencias de organización, de comprensión del problema o de economía. La dureza con que las autoridades tratan comúnmente a los delincuentes, ha resultado poco efectiva pues, unida a las demás deficiencias, hace que la criminalidad se vea impulsada por aquellos mismos que deberían combatirla.

Las inadecuaciones funcionales existen porque las organizaciones contra la delincuencia hacen constantemente cosas equivocadas; en vez de combatir las causas, luchan contra los delincuentes cerrándoles las puertas y evitando su rehabilitación, persiguiéndolos o explotándolos, destrozan moralmente a quienes son objeto de sospechas; protegen ciertos delitos; tienen equipos materiales o de personal inadecuados para resolver cuestiones de responsabilidad de antecedentes, de investigación de condiciones psíquicas o fisiológicas; y hacen el trabajo sin planes adecuados y unitarios para cada país, etc.

En lo relativo a las infecciones, la corrupción de los altos funcionarios, el descuido de la salud, el problema de la vivienda, la desocupación, se presentan en constelación.

En efecto, la delincuencia ha invadido a menudo las esferas oficiales, las escuelas, las oficinas públicas y privadas, la familia, etc y hay otros problemas sociales en una constelación variable según la época y el lugar.

Las concomitancias resultantes entre los hechos y las dificultades que presentan, ponen de relieve la necesidad de investigaciones pacientes,



análisis cuidadosos y buen sostenimiento por largos períodos de tiempo, en una bien orientada política, hacia la resolución auténtica de los problemas, que han sido descuidados hasta ahora en la mayoría de los países.

Una comunidad llena de ideales y que lucha por su mejoramiento coordinando sus esfuerzos. El conglomerado humano es esencialmente inquieto y deseoso de superación; por eso no se resignan las diversas capas sociales con el incremento de la delincuencia y se oyen protestas constantes.

De lo expuesto resulta que la criminalidad puede tener aspectos claramente patológicos en algunos países en que, habiéndose incrementado numéricamente la población, se tolera de hecho la delincuencia sin perseguirla y ha adquirido numerosísimas y constantes manifestaciones. También donde las personas de vida productiva se ven obligadas a huir ante la inseguridad general, a pesar de la escasísima población, abandonando sus actividades.

Los artículos periodísticos y las transmisiones de radio y televisión son verdaderas fuentes de delitos, sea por la enorme fuerza de la propagada directa o bien por sus consecuencias de desprestigio contra los débiles sociales y aún contra individuos que tienen fuerte arraigo.

Kimberg<sup>56</sup> señala que la criminalidad es una especie de enfermedad social, cuyas raíces profundas... están repartidas por toda la sociedad. No estamos de acuerdo con quienes la consideran una enfermedad, así sea crónica, pues decir enfermedad es afirmar que en algún tiempo anterior se gozó de salud, cosa que en la sociedad humana parece no haber sido regla general, ya que desde sus albores ha existido la delincuencia.

---

<sup>56</sup> Citado por Uribe Vallegas. Introducción a la sociopatología. Revista Mexicana de Sociología. Sept. – Dic. 1952.



Tampoco se trata de una anomalía congénita ni hereditaria, porque, para que lo primero sea, debe considerarse lo normal como la negación de toda delincuencia, cosa errónea como ya dijimos; tampoco es anomalía hereditaria, porque la delincuencia no se hereda biológicamente, ya que es creación de la ley penal y ella es variable según las necesidades de la sociedad a que debe servir.

De todo lo expuesto podemos afirmar que en toda sociedad y en toda época histórica ha existido el fenómeno de la criminalidad, éste puede ser considerado como normal en la vida social humana.; que la intensidad con que se presenta, varía con cada comunidad y en cada época; que toda sociedad experimenta la influencia de hechos positivos (orden, comodidad, cultura, etc) y de hechos negativos (hambre, desempleo, vicio, etc) y ellos permiten el funcionamiento equilibrado de la comunidad; que tal equilibrio nunca es absoluto, por cuanto predominan los factores positivos o los negativos; que si predominaran absolutamente unos u otros, se estaría en una situación crítica, anuncio de un próximo cambio, que dentro del equilibrio relativo, parece ser que cuando predominan los factores positivos se tiende a evolucionar y si son los negativos se tiende a retrogradar; que estadísticamente es normal todo fenómeno mientras éste comprendido en la zona de normalidad y patológico cuando se presente fuera de dicha zona en exceso o defecto y que las comparaciones entre fenómenos iguales de sociedades diferentes, sólo puede hacerse con éxito mientras mayores sean las similitudes grupales, o la comprensión de sus diferencias.

En el siglo XIX se explicaba el delito y su autor por la estadística. La singularidad y la rareza del comportamiento delincuente son las características que se atribuyen a la mujer como sexo femenino. Se siguen las concepciones clásicas de la biología y la psicología, como ideología



dominante. Las teorías sociológicas han olvidado el tema de la delincuencia femenina. Existe una actitud social de desinterés hacia la mujer, ausente de la vida social y profesional en general. La marginalidad social de la mujer ilustra la especificidad de su delincuencia, cuando la hay. La mujer se ha visto restringida al área de acciones más arriesgadas y de las pequeñas ofensas. La criminalidad de la mujer en cuanto a su volumen puede ser poco importante, aunque es considerable la gravedad del castigo que recibe. Por lo que se ha de descartar la tesis de que la delincuencia femenina no supone un ataque significativo al orden social.

La imaginación sociológica nos permite colocar la historia y la biografía con sus relaciones dentro de la sociedad. El nuevo enfoque de estudio desarrollado dentro de la postura crítica de la criminología se centra en la problemática del Estado y su control, ubicando la desviación de la mujer dentro de cada institución de control - informal en las que tiene un rol específico determinado por el tipo de Estado y sociedad, es decir, según la orientación político - económica y los intereses que se derivan de ella. La escasez numérica de la delincuencia femenina es vista como el resultado de una distinta proyección de los controles sociales sobre la mujer. El primer control que se coloca ante la mujer, si lo acepta, se reintegra dentro del orden familiar en su rol, lo que hace difícilmente llegue a la delincuencia, pero sino lo acepta actúan la psiquiatría y la clínica absorbiendo en el marco de su contexto esta primera rebelión. Cuando falla el entorno informal pasa a actuar el control formal con la formalización del estatus de delincuente. Aquí el control no actúa en términos de protección sino de disciplina y castigo de contención y de exclusión, a él van las mujeres más desfavorecidas: las más pobres, más negras, más gitanas, más jóvenes.



Sin embargo el control social informal es un fenómeno complejo con distintas dimensiones que recubren las diversas formas de opresión a que la mujer está sometida. La mujer es realmente mujer cuando es femenina es decir: suave, dulce, dependiente, obediente, obsequiosa, agradable etc. El núcleo familiar es el primer control de la mujer en el sentido de que debe mantenerse dentro del cauce de estas características para ser apreciada y valorada como persona, muy importante la posición subordinada. La Desviación de la mujer de su estrecho rol sexual implica en seguida una criminalización de su conducta, cuando la misma acción en el hombre no es castigada, así como cualquier tipo de actividad delincuente es traducida por la sociedad en términos que entran en la esfera sexual. La tarea de la mujer, es una tarea social desvalorada: sólo tiene importancia dentro del entorno familiar y en las exiguas derivaciones de este entorno: grupo de amigos comunes de la pareja, amistades de negocios o del marido en los que perpetúa su papel secundario. Hay pues un primer control en el sentido de la coerción, al mantener a la mujer en el área privada y esta coerción juega un papel fundamental en la perpetuación del orden social existente que perfila las características de su desviación, de su delincuencia y de su comportamiento anormal. La mujer es una marginada dentro del mundo de la producción, su trabajo no es visto como una fuente de autosatisfacción y desarrollo, sino como subordinación a la familia como medio para compensar la crisis económica familiar. La coerción de la mujer en la esfera doméstica es el primer control para la mujer. El segundo autocontrol o reacción privada al stress producido por presiones familiares es la fuerte dependencia de sedantes y tranquilizantes, el uso de fármacos. Otro tipo de autocontrol muy extendido, que se lleva a cabo de modo muy privado y escondido es la dependencia alcohólica de la mujer. Otro mecanismo de control invisible consiste en la autohospitalización diurna de la mujer a escondidas de los demás miembros de la familia. Un control paralelo a este es la consulta



psiquiatría por parte de la mujer sin la intromisión familiar. La clínica aparentemente ejerce una función asistencial y curativa, pero no es más que una prisión blanca con tortura blanca ante la rebelión, porque las horas de terapia son muy escasas, ya que los conflictos se resuelven prioritariamente con medicinas, electroshock o coma de insulina, entre otros medios. Cuando la mujer se adapta a las prescripciones médicas y colabora en todo es considerada un buen paciente. Se lleva con ello a una desintegración personal en que la enfermedad queda olvidada y sólo interesa la adaptación de la mujer al medio clínico.

El ámbito de la mujer está reducido a las conductas que sobrepasan el marco de los desórdenes y conflictos morales originados en las relaciones privadas y pasan a afectar directamente el orden social y moral de interés público, ofendiendo bienes jurídicamente protegidos, en esta esfera actúan la instancia policial, judicial y ejecutoria – penitenciaria. Hay dos instituciones de control formal para la ejecución de las condenas de privación de libertad: la carcelaria o la clínica. Los aspectos de interés en el estudio del control formal de la mujer son: el perfil de la delincuencia de la mujer, que muestra el tipo de desviaciones que se criminalizan en la mujer: la aplicación de la medida terapéutica, principalmente en establecimientos y clínicas especializados; las cárceles para mujeres y el sistema disciplinario. El perfil de la delincuencia en la mujer, en las conductas de ámbito público y de índole moral pública, la mujer es condenada con mayor frecuencia que el hombre. Esta variable actúa como constante para dirigir la actuación de las instancias de control formal por medio del filtro que su actuación conlleva, para asegurar que el máximo de poder el Estado se ejerza sobre las zonas que tienen un mínimo de poder. El tratamiento social terapéutico, consiste en que la terapia opera en amplios márgenes. La terapia social es un sistema que tiene este modelo: se encierra al individuo y por la segregación de la sociedad y el aislamiento en el propio



establecimiento tratando así llegar a la resocialización. La terapia social es uno de los métodos terapéuticos decididamente más amplios y más exigentes, por ello la terapia social está en situación de dar un impulso innovatorio a la ejecución penal normal. Se ha de distinguir entre ejecución de tratamiento (ejecución penal normal que trata un régimen cerrado a reclusos seleccionados con su asentimiento) y terapia social, que puede ser también llevada a cabo en la ejecución penal ya que tienen un mismo objetivo: la prevención de la reincidencia, pero se separan por los métodos, ya que en toda ejecución de tratamiento hay implícita una subordinación a las necesidades regiminales disciplinarias, mientras que en la terapia social priman sobre las normas disciplinarias las necesidades de resocialización. Estas clínicas terapéuticas son las que dan la definición específica de la enfermedad mental.

La estancia en la clínica es indeterminada, hasta que el psiquiatra o psicólogo considere que la persona en terapia está rehabilitada en armonía con el mundo y con su víctima, sólo así saldrá de la clínica. El régimen penitenciario en las cárceles de mujeres, es un régimen de aislamiento de reclusas encerradas en sus celdas. Hay dos categorías de reclusas: las preventivas y las condenadas. La cárcel como control formal continúa tratando a la mujer a partir de las expectativas sociales sobre su papel tradicional y de las valoraciones en él implícitas.

## **1.2 Factor Biológico:**

La biología criminal, el concepto de “rareza femenina”, los procesos biológicos propios de su sexo, demuestran que la delincuencia de la mujer se ha sexualizado, la única vía es: los atributos de la esencial sexual de la mujer.



Lombroso y Ferrero<sup>57</sup> (1895), hablaban del delincuente nato, además se hablaba de una anomalía biológica como factor básico de su delincuencia: la mujer delincuente es una anormal, porque lo normal en toda mujer supone unas características biológicas que por si mismas son auténticas respecto del delito. Se da entonces un doble aprobio: la condena legal por el delito y la condena social por la anormalidad biológica o sexual. Estas características sexuales biológicas de la mujer (desarrollo sexual, incluidos el embarazo y la menstruación) en su análisis de la delincuencia femenina, procesos fisiológicos anormales, influyen en los aspectos psicológicos y sociales de la mujer criminal. Se dijo que la mujer durante la menstruación comete actos por venganza al sentirse en un estatus inferior al hombre (Lombroso).

La psiquiatría también ha estudiado la anormalidad de la mujer delincuente y la rareza estadística de su conducta, e incluso se habla de un mayor número de mujeres colocadas en hospitales psiquiátricos que enviadas a prisión. Dentro de esta patología social se establece una estrecha conexión entre la delincuencia de la mujer y su infrasocialización y adaptación a los valores sociales, a causa de su enfermedad, estimando la necesidad del tratamiento individual para su curación.

Dentro de la biología criminal se analizan algunos factores que nos ayudan a determinar las causas de la criminalidad de la mujer, estos son el sexo y la edad.

---

<sup>57</sup> Citado por Teresa Millares. XV. La Mujer: El control Informal.



En relación con el sexo, dadas las diferencias somáticas y anímicas de ambos sexos, la diferencia de su tarea y dirección mental es comprensible que se refleje también en su conducta delictiva, la criminalidad del hombre es en tal medida, superior a la de la mujer en lo que se refiere a todos los tipos de delitos que puede renunciarse a una investigación biológico-criminal de los sexos sobre una consideración especial del delito masculino.

Por consiguiente, aquí sólo tratamos de presentar la característica de la criminalidad femenina, en comparación con la masculina.

Se ha tratado ocasionalmente de debilitar esta diferencia mediante la afirmación de que la probabilidad de la conducción y condena de la mujer es menor que en el hombre, a favor de lo cual hablaría el alto porcentaje de mujeres absueltas. Pero aunque esta conclusión se basara en la realidad no cambiaría para nada en lo esencial la enorme diferencia de ambos sexos indicado antes. El hecho de la criminalidad considerablemente escaso de la mujer permanece.

La delincuencia femenina también evoluciona cualitativa y cualitativamente. Por lo general es primitiva y emocional por lo menos cultura de su autora que se deja arrastrar por situaciones muy repentinas. Franz Exner<sup>58</sup> hace justo mérito de que la menstruación, el embarazo y el climaterio comportan cambios anímicos durante los cuales cometen sus delitos.

La participación de la mujer se eleva especialmente en todos los delitos que se relacionan, con su tarea de la educación y cuidados infantiles. Esto es, prescindiendo del infanticidio único en que la mujer no concibe como delincuente el aborto y el abandono de niños. Podría hablarse aquí de un tipo



de criminalidad profesional si tenemos en cuenta que estos delitos están unidos íntimamente a la misión que en la vida le esta encomendada naturalmente a la mujer. Por lo demás, en lo que se refiere al aborto, la cifras de condena no dan ni aproximadamente una imagen de la criminalidad real; dicho delito alcanzó, sobre todo en el tiempo inmediato a lo post guerra, una extensión extraordinario.

Por el contrario, la mujer participa en muy escasa escala en los delitos de fuerza, lesiones corporales, violencia contra los empleados, violación de domicilio, atraco, robo grave, daños materiales.

En el asesinato las cosas se presentan de otro modo. No obstante, el asesinato, bajo el punto de vista Psicológico-criminal no puede ser considerado sencillamente como un delito de fuerza, si se tiene en cuenta, en esta relación, el medio empleado. En efecto, la participación de la mujer en las condenas por asesinato es bastante más alto que lo que sucede con el delito de fuerza de lesiones corporales graves<sup>59</sup>.

La característica principal de la criminalidad masculina, la comisión de delitos de fuerza; de la de la mujer, la de delitos contra el honor. La primera afirmación es cierta, pues la participación del sexo masculino en los delitos contra el cuerpo y la vida, resistencia, amenaza, violación de domicilio, etc, es considerablemente más elevada que en el sexo femenino. También la segunda afirmación tiene su parte de verdad, pues son ante todo el robo y la complicidad los que ocupan en la criminalidad femenina el lugar preponderante, más importante que en el sexo masculino.

---

<sup>58</sup> Exner, Franz. Biología Criminal. Barcelona. 1946. Pag. 250

<sup>59</sup> Ibidem



Para la comprensión de la diferencia en la conducta criminal de ambos sexos hemos de partir de su carácter biológico y también de la misión vital que corresponde a este carácter. Somáticamente, la mujer es más débil; esto, sin embargo, no quiere decir mucho, pues todos sabemos que en ciertos terrenos son capaces de rendir energías que sobrepasan la capacidad masculina. Pero hay otra cosa decisiva la fuerza del hombre yace en el hacer y en el mando; de la mujer, en la resignación y en el sacrificio.

Los hechos que ponen en relación una serie de delitos distintos con la vida sexual de la mujer, inducen a Wulefen a ver en los delitos contra la moral la esencia de la criminalidad femenina y a marcar a la mujer “delincuente congénita contra la moral<sup>60</sup>”. Esto es juego de palabras que necesita una refutación, pues si el perjurio de una muchacha en el proceso de paternidad pertenece, a dicha clase de delitos, entonces también debería inducirse entre ellos el robo de necesidad, ejecutado por un padre de familia.

En conclusión, podemos considerar en su totalidad la escasez y distinta criminalidad de la mujer, hay que entenderla como expresión de su ser femenino. Pero también tiene importancia la protección que disfruta su situación social. Como prueba de esta suficientemente clara en la diferencia estadística de la criminalidad femenina en los distintos pueblos.

En cuanto a la edad, a nadie puede sorprender que la edad de un ser humano sea de importancia decisiva para el sí y el cómo de su criminalidad. En efecto, la criminalidad de los jóvenes es tan distinta de la de los ancianos, como fundamentalmente distinta es la criminalidad de ambos sexos aunque en su sentido completamente distinto y lo mismo que entre los sexos, existe también aquí una acción conjunta de hechos presentes en y fuera de la



personalidad, lo que da un sello característico a la criminalidad de cada una de las edades.

Si el criminólogo comprueba en los primeros 15 años de edad de responsabilidad criminal un ascenso o descenso de la delincuencia, sería prematura querer atribuirlo al cambio de las circunstancias externas. No sólo el mundo circundante, sino también el mundo interno, se transforma por razones biológicas, precisamente en estos años, de un modo especialísimo y cuando en la edad avanzada las circunstancias vitales externas no cambian más esencialmente, entonces han de atribuirse las considerables variaciones en el tipo y proporción de la delincuencia, que ahora se observo, principalmente en el desarrollo del mundo interno del individuo.

La delincuencia masculina muestra una línea agudamente ascendente en los años de juventud, cuyo punto más elevado actualmente, se encuentra en el periodo que va de 21 a 25 años, para descender de nuevo después rápidamente. Frente a esto, ofrece la delincuencia femenina una curva vana; también ella sube al principio agudamente, también alcanza entre los 21 y 25 años su punto más alto, pero en total, los números cambian entre los 18 y 50 años de un modo mucho menos intenso que en el hombre. Esta pequeña variación en la delincuencia femenina se halla en relación con el hecho de que la maduración completa de la mujer es mucho más precoz y rápida que la del hombre, y de que a partir de este momento, la curva de su destino transcurre también más “tranquilamente”<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Citado por Exner Franz. Op Cit

<sup>61</sup> Ibidem



Podemos aclararnos un poco las cosas si consideramos no solamente los números totales, sino los distintos tipos de delitos, de manera que se nos informe en que edad son cometidos más frecuentemente los delitos especialmente importantes criminológicamente. *Natura non saltat*; por ello podemos obtener un cuadro aproximado de la “curva de la edad” para cada tipo de delito. Desgraciadamente, falta en la estadística de la época de la post – guerra un cálculo de la cifra de la criminalidad según la edad para los distintos; no obstante, Roesner ha hecho un cálculo par algunos tipos de delitos, que nos puede vales, aun cuando corresponde nada más que a un solo año de 1929.

Para Exner<sup>62</sup> la edad de mas elevada criminalidad en el hombre son: De 16-18 años Abusos deshonesto y violación, de 18-21 años robo sencillo y grave; atraco y extorsión por atraco, daños materiales, de 21-25 años Resistencia contra funcionarios y lesiones corporales, allanamiento de morada, encubrimiento sencillo, alcahuetería y rufianismo, de 25-30 años Homicidio, coacción y amenaza, apropiación, estafa y de 30-40 años Injurias, lesión de la fe jurada. Y en la mujer son: De 16-18 años Obscenidad y violación, de 18-21 años robo sencillo y grave, de 21-25 años Homicidio, atraco y extorsión con atraco, estafa, violación de la fe jurada, de 25-30 años resistencia contra funcionarios, allanamientos de morada, apropiación, de 30-40 años Lesiones corporales, coacción y amenazas, encubrimiento sencillo, daño materiales y de 40-50 años Alcahuetismo, injurias. De todas las edades, dos ofrecen una consideración especial la juventud y la vejez.

---

<sup>62</sup> Exner Franz. *Biología Criminal*. Barcelona 1946. Pág. 254



Sobre la juventud el Derecho Penal Alemán, afirma que, la edad de responsabilidad criminal comienza en los 14 años “niños por debajo de esta edad no son penables la adolescencia”, que comprende individuos entre 14 y 18 años, sólo lo son cuando, después de su desarrollo moral y espiritual, son capaces de comprender la ilegalidad de su acción y cuando su voluntad determina esta inteligencia adecuadamente. El número de adolescente que por falta de esta inteligencia quedan libres no es grande, pero no son muchos las denuncias a pesar de que el acto cometido sea indudable. Así mismo, numerosos adolescentes dejan de ser denunciados y condenados porque ya anteriormente fueron empleados contra ellos medios de educación y otras medidas que se creyeron necesarias, o bien porque el tribunal prescindió de la pena.

Hacia los trece años se presentan, exteriormente visibles, las características críticas del cambio bio – psico – social del adolescente, con su fanfarronería, su prepotencia y las compensaciones violentas de su terrible inseguridad. Ya ni la víctima, ni la policía, ni el ministerio público, ni los jueces pretenden exculparlo y muchas veces ni protegerlos, sino perseguirlo y causarle dolor. Es entonces cuando comienza el aumento estadístico de la delincuencia juvenil, que tiene tan altamente preocupado al mundo actual.

Parecen favorecer la delincuencia juvenil la falta de amor de los padres, la falta de estímulo para la acción constructiva, de los menores, la falta de estimación de lo y a hecho, la falta de libertad progresiva y la falta de atención y ayuda al menor ante sus problemas, ya que quienes carecen de esas condiciones primordiales han obedecido a los estímulos del cine, de las amistades peligrosas, de la televisión, de los centros de vicios y de prostitución, etc y a todas las influencias deletéreas del exterior de la familia.



En la vejez la edad, pues, tiene gran importancia general en los delitos cometidos, pero vuelve a tener especial significación en la senectud a pesar de su escasa incidencia estadística.

También en este caso, para la comprensión de la criminalidad, debemos partir, de un lado, de las relaciones biológicas; de otro, de las relaciones sociológicas características de esta edad. En la edad avanzada, la fuerza corporal, la sexualidad y a menudo, la inteligencia están en período de decadencia, se presenta una cierta torpeza; en la vida social, el viejo está al margen de la corriente, la actividad profesional está limitada o ha cesado, en lugar del servicio del trabajo se presenta cada vez más el cuidado de la vejez. De estos individuos no hay que esperar una criminalidad elevada. En efecto, es menor que la juventud, en que despierta la edad de la responsabilidad criminal, incluso la estadística de tiempos anteriores ha demostrado que la delincuencia de los viejos es menor que la de los jóvenes de 12 – 15 años.

Puede decirse, en pocas palabras, que es la criminalidad de los débiles la que encontramos preferentemente. Para mostrar esto, en primer lugar, en los hombres viejos destaquemos aquellos delitos que juegan un papel especial en el cuadro general de la delincuencia de la edad senil como la injuria, incendio, el encubrimiento y los delitos contra la moral.

### **1.3 Factor Psicológico.**

Entre los factores psicológicos se pueden mencionar entre otros:

1.3.1 La Herencia como factor influyente en el delito, el crimen no es un fenómeno producido por un solo factor, sino por varios, uno de ellos, aunque quizás no el más decisivo, es la herencia; con esto no queremos decir que ésta es la causa del delito, la herencia representa el



juego de los factores intrínsecos. El ambiente, el de los factores extrínsecos.

El delito no es hereditario, todo lo demás sin embargo diríamos que se hereda, la herencia desempeña el papel de una condición a veces sine qua non en un gran número de casos, pero no actúa sin la colaboración de causas específicas del crimen, tales como las perturbaciones del instinto genético que en ocasiones se dan en el individuo aparentemente sano y pueden producir delitos de abusos deshonestos, los desengaños amorosos, las preocupaciones de los negocios, etc. Pueden conducir al delito. Si tales causas específicas concurren con una predisposición hereditaria, el crimen surge con facilidad, por eso es que la predisposición hereditaria juega un papel preponderante absoluto entre las causas del delito.

Suele esgrimirse la herencia con excesiva facilidad para justificar una reacción criminosa; en la actualidad se puede decir que la herencia por si sola no es un dato irrefutable para diagnosticar una anomalía o una enfermedad, ni para demostrar una fatal e ineludible predisposición para el crimen.

1.3.2 El Medio Ambiente como factor del delito, es un factor innegable del delito, no determinadamente fatal, pero si influyente.

El medio ambiente en sus múltiples factores tales como el clima, los días de semana, las fiestas, el lugar de la comisión del delito, etc, pueden estimular o frenar su producción. Casi toda la criminalidad alcohólica cometida en los días de la semana es de sábado a lunes y dentro de cada día a las horas en que el despacho de bebidas es más intenso.



El llamado mal ambiente ejerce un influjo poderoso sobre la personalidad. El ambiente criminógeno actúa en la medida en que el individuo que lo vive tiene disposiciones criminales propias, más entre las personas inclinadas al delito y el medio ambiente delictivo por lo que hay una mutualidad: el individuo predispuesto cae en el ambiente pernicioso y vive en él como pez en el agua.

## **2. La Criminalidad en Nicaragua**

La criminalidad en Nicaragua esta en función de muchos factores y varia en la función de la configuración de cada sociedad, en cada época, los aumentos del numero de delitos variando el marco histórico y social no necesariamente corresponde a la perdida o mejora de eficacia del sistema penal si no de la evolución y configuración de la sociedad en cada época. Para conocer esta situación realizamos 150 encuestas en el sistema penitenciario La Esperanza y en el sistema penitenciario de Granada.

En base a los datos aportados, podemos concluir que las mujeres encuestadas en dichos sistemas Penitenciarios, oscilan entre los 18 y 70 años de edad, predominando las mujeres con edades entre 30 y 39 años con un 34 %, seguidas las de 18 a 29 años con un 31.3 %, luego encontramos a las de 40 a 49 años con 25.3 %, teniendo por ultimo a las de 50 a 59 años con un 6 % y las de 60 a 70 años con un 3.3 %.

De la Investigación se deduce el escaso nivel cultural y casi nula especialización profesional de las encuestas, de las que apenas el 6 % ha obtenido titulo Universitario; Sin embargo de una población de 150 mujeres el 48.67% se encuentran cursando bachillerato o formación profesional, un 34.67 % tienen una formación elemental, es decir, saben leer y escribir



correctamente, correspondiendo a estudios primarios y un 10.67 % analfabetas.

En cuanto a la actividad laboral desarrollada, un 34.67 % se dedicaba a trabajar por cuenta propia, un 31.3 % era desempleada, un 16.67 % era ama de casa, el 14.67 % trabajaba para un empleador y el 2.67 % era estudiante.

En cuanto a la situación familiar de las mujeres analizadas, se destaca así mismo el 53.33 % de mujeres casadas y el 46.67 % de mujeres solteras, del cual el 96 % tiene hijos y el 4 % no tiene hijos, observando que de ese 46.67% un 31 % posee 5 hijos, el 20% tiene 3 hijos, el 18.67% posee 2 hijos, el 17.3% tiene 4 hijos y el 8.67% poseen un hijos. De éstas mujeres el 66 % poseen buena relación con sus padres; así mismo un 50% de ellas tienen familiares con antecedentes penales y otro 50% no, de las cuales el 68.67 % no sufría de violencia intrafamiliar pero un 31.3 % si padeció de éste problema.

En cuanto al entorno social el 88% tenían amistades con antecedentes penales y el 12% no, por lo que el 50% de éstas mujeres manifestaban que en su barrio de origen era frecuente la delincuencia sin embargo el 50 % decía que no. Del estudio realizado podemos comprobar que el 66.67 % no eran consumidores de droga y alcohol, en cambio el 39.3 % si lo eran, del cual el 32.67 % alcohol, el 0.67 % consumía droga y el 6 % ambas. Según el factor biológico el 56 % de estas mujeres se encontraba en período menstrual al momento de cometer el delito y el 44 % no.

Los delitos que más se cometieron en nuestro país por las mujeres son delito contra la salud equivalente a 86.67 %, el 7.31 % corresponde a delitos contra las personas, el 4.64 % delitos contra la propiedad, el 0.67 % contra la administración pública y contra la seguridad interior del Estado otro 0.67%



estos delitos fueron cometidos después de los 18 años con un 86 % y un 14% antes de los 18 años. Entre los motivos que las llevaron a cometer estos delitos la mayoría dice ser inocente con un 36.67%, otras manifestaban que lo hacían por necesidad con un 36% sin motivo un 11.3% por desempleo un 6.67%, por influencia 3.3%, otros 2%, y por alcohol, droga y por involucradas un 3.9 % de estas mujeres un 90 % poseen sentencia y un 10 % aun no.

De este 90 % de mujeres sentenciadas, un 34 % fue procesada por tráfico interno de droga las cuales, fueron condenadas de 5 a 20 años de prisión, por expendio, el 29.3 % con una condena de 3 a 10 años, un 5.3 % por transporte ilegal de droga, siendo castigadas con una pena de 5 a 15 años, de igual manera con un 5.3 % por almacenamiento de droga con una sanción de 6 a 8 prisión, el 2 % equivale al asesinato atroz castigado con 30 años de prisión, un 1.3 % por cómplice de vendedor con 5 años de prisión, otro 1.3% por posesión ilegal de droga con 5 años, el 1.3% comprende al robo con intimidación castigado con 5 a 6 años de prisión, el 1.3% robo con fuerza de 21 a 21 ½ años de prisión, 1.3% por estafa penado con 3 a 5 años, 1.3% por parricidio de 20 a 25 años de prisión, un 0.67% por consumo de droga con 5 años, un 0.67% por violación con 16 años de prisión, un 0.67% por cómplice de violación con 16 ½ años de presidio, un 0.67% por hurto con 5 años, un 0.67% por posesión ilegal de armas con 8 años de prisión, un 0.67% por cómplice de parricidio con 15 años de prisión, un 0.67% por homicidio con 13 años de prisión, un 0.67% por tráfico de inmigrantes con 11 años y un 0.67% desacato a la autoridad con 11 años.

De las 150 mujeres encuestadas un 46.67% manifiesta que el tratamiento de las autoridades del sistema es bueno, el 38.67% dice que es regular, el 12.67% opina que es malo y el 2% que es preferencial. Así mismo el 8.67% no dejo de omitir que existía conflictos entre las reclusas y el 14.3%



manifiesta que no habían conflictos. El 31.3% dijo que no existía sanciones para estos conflictos sin embargo el 68.67% expreso que si existen sanciones para esos conflictos y que consisten en:

- De 1 a 3 meses de suspensión de actividades laborales y de recreación (aislamiento) cuando son riñas verbales.
- De 3 a 6 meses de suspensión de actividades laborales y de recreación bajo candado además de 1 mes sin visita conyugal cuando se dan enfrentamiento físico.

Del análisis de las encuestas se puede observar el incremento de la participación de la mujer en la actividad delictiva, así se demuestra que en el año 1994 un 0.67% era el índice delictivo, en 1999 era de 1.3%, en el 2000 era de 0.67%, en el 2001 era de 1.3%, en el 2002 de 6%, en el 2003 de 22.67%, en el 2004 de 23.3% en el 2005 de 34% y en los primeros 3 meses del año 2006 ya hay un 10%.

De éste trabajo se puede concluir que la delincuencia es un gran problema social que afecta gravemente a la sociedad y que existen diversas causas que desencadena la conducta delictiva en cualquier individuo. Existen muchas situaciones que afectan el sentimiento de seguridad en los ciudadanos y unas de las más importantes es la delincuencia que ha ido en creciente aumento.

En base a todos los datos aportados podemos concluir que las mujeres que se encuentran cumpliendo condena en los sistemas, proceden mayoritariamente de clases bajas y marginales, con escasos recursos económicos y prácticamente nula formación profesional.



La inestabilidad personal, el escaso a nivel cultural y las profundas transformaciones sociales producidas, que en estas capas marginales de la sociedad dejan a la mujer sin la cobertura económica que suponía tradicionalmente el matrimonio y la falta de una simultánea labor de instrucción, formación y oferta de oportunidades en el ámbito laboral, empuja a estas mujeres a encontrar la delincuencia su modo de vida. De esta forma mediante la comisión de delitos contra la propiedad (Hurtos y robos) o el tráfico ilegal de drogas, se obtiene el dinero necesario para subsistir y subvenir a las altísimas costas de drogadicción en este tipo de delincuencia.

La mujer delincuente también deja de ser la envenenadora, y ya no se caracteriza por una mayor crueldad que los hombre, ni por ser más peligrosas. Al contrario, las cárceles requieren unas medidas muy inferiores de seguridad a la de los hombre y son por lo general menos conflictivas pese a la abismal diferencia de instalaciones, medios técnicos y económicos existentes entre unas y otras.



## CONCLUSIONES

En la elaboración del presente trabajo a lo largo de toda la temática abordada, con relación a la criminología femenina en Nicaragua a partir de 1990, la cual desarrollamos, guiándonos en estudios bibliográficos con temas referentes, estudios de campos, como encuestas a reclusas de diferentes sistemas penitenciarios, hemos tomado conciencia, que a través de los años la criminología femenina ha venido aumentando paulatinamente en un 34%.

Si queremos explicar a que responde el incremento experimentando en los últimos años, en cuanto al número de mujeres presas hay que tener en cuenta que a lo largo de la historia, la delincuencia de la mujer siempre un apéndice de la delincuencia que es la de los varones. A la criminología, disciplina que analiza la delincuencia desde el punto de vista empírico, no le ha interesado la problemática específica de la mujer. Ha habido que esperar a que haya criminólogos que llamen la atención sobre determinados temas, y a que surjan y desarrollen el pensamiento y las teorías feministas que se han interesado por las mujeres criminalizadas.

La criminología tradicional explica la delincuencia femenina a partir de sus características individuales, que en última instancia se asocian a su sexualidad, la naturaleza femenina permite explicar tanto su comportamiento general como su criminalidad.

A pesar del crecimiento del delito en las mujeres, sigue existiendo en el sistema judicial y en las fuerzas de seguridad, entre jueces y policías la percepción tradicional de la mujer débil, cómplice, ignorante, sin conciencia de la gravedad de los delitos que se le imputan, visión que no siempre responde a la realidad de los hechos.



Las estadísticas hablan de robo, homicidio, pero sobre todo de violación a la ley de estupefacientes, lo que nos indica la incorporación de la mujer en actos de conducta desviados pues antes se consideraba al hombre mas violador, ladrón, asesino, etc., sin embargo las mujeres poco a poco han venido ocupando un lugar en estos actos delictivos.

En síntesis podemos decir que la criminalidad femenina ha venido aumentando al pasar los años y que existen factores que inciden en la mujer a la comisión del delito, tales como afectaciones biológicas, pues las alteraciones de genio producidas al momento de cometer el delito son consecuencia de cambios producidos por el ciclo biológico, se dice que la mayoría de las mujeres se encontraban en su periodo menstrual al momento de cometer el delito, también el factor social es influyente pues el entorno donde se desarrolla la mujer marginada de escasos niveles culturales es propicio para cometer un delito, así mismo el factor psicológico es determinante pues nos indica como la mujer a raíz de problemas familiares o sociales la llevan a ser una delincuente.

Sin embargo, es posible que la menor delincuencia de las mujeres comparadas con la de los hombre recurre tanto a las condiciones socioculturales a que tradicionalmente ha estado sometida la mujer, como a que es evidente que la inferioridad física de la mujer, en cuanto a su naturaleza física le impide o le dificulta grandemente un gran numero de delitos que requieren fortaleza y audacia; pues los delitos mas comunes cometidos por ellas son los relacionados las drogas, el robo, hurto, parricidio, homicidio, asesinato.



## BIBLIOGRAFÍA

- ☞ Arroyo Gutiérrez, J. M. El Sistema Penal ante el dilema de sus alternativas. UNED, Costa Rica. 2005.
- ☞ Arroyo Gutierrez, J. M. Antología: Estudio Profundizado de Tems de Sociología Criminal. UNED, Costa Rica. 2005.
- ☞ Arroyo Gutiérrez, J. M. Lecturas sobre criminología latinoamericana. UNED, Costa Rica 2005.
- ☞ Beccaria, Cesare. De los Delitos y de las Penas. Managua 2001.
- ☞ Claus Roxin. Derecho Penal. Parte general Tomo I. Fundamentos, la estructura del delito, 1997.
- ☞ Cuarezma Terán, Sergio J. Derecho Penal. Criminología y derecho procesal penal. 1era edición. Managua. Hispamer 2000.
- ☞ Espinoza Mondragón, Braulio. Compilación: Criminología Femenina. Nicaragua 2005.
- ☞ Edmond de S. Brunmer. American Society: Urban and Rural Pattens, Harper and BROS, New York. 1955.
- ☞ Exner, Franza. Biología Criminal. Barcelona. 1946.
- ☞ Foucault Michael. Vigilar y Castigar. Argentina 2004.
- ☞ Gómez Benítez, José Manuel. Teoría Jurídica del delito. España 1984.
- ☞ Hassemer W. Fines de la Pena en el Derecho Penal de Orientación Científico – Social. Barcelona 1984
- ☞ Hassemer W. Fundamentos de Derecho Penal. Barcelona 1984.
- ☞ Hassemer Muñoz Conde. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. España 1985.
- ☞ Jakobs G. Derecho Penal Parte General. Fundamento y teorías de la imputación. Madrid 1995.
- ☞ Kant. Metafísica de las costumbres. Hamburgo 1959.
- ☞ Maurach. Tratado de Derecho Penal I. Barcelona 1962.



- ☞ Muñoz Conde, Francisco. Culpabilidad y prevención en el derecho penal. Bogota, Colombia. 1984.
- ☞ Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del delito. Bogota, Colombia. 1984.
- ☞ Pagano, Francisco Mario. Principios del Código Penal. Milán 1803.
- ☞ Rizo Castellón, Simeón. Escritos criminológicos. Hispamer. Managua. 2003
- ☞ Sánchez Tijerino, Isaías, S. Teoría de los delitos de omisión. Madrid 1918.
- ☞ Sanz Mulas, Nieves. Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades españolas y centroamericanas. Colex 2000.
- ☞ Solís Quiroga, Héctor. Industrialización y Delincuencia. Revista criminalista. México. Julio 1957
- ☞ Uribe Vallegas. Introducción a la sociopatología. Revista Mexicana de Sociología. Dic. 1952.

**ANEXOS**

## TABLAS

### 1. CRIMINALIZACIÓN POR EDADES

18 a 29 años	31.3 %
30 a 39 años	34 %
40 a 49 años	25.3 %
50 a 59 años	6 %
60 a 70 años	3.3 %
Total	100%

## 2. LUGAR DE ORIGEN DE LAS RECLUSAS

Masaya	8 %
Granada	4 %
Rivas	7.3 %
Diriamba	6 %
Managua	56 %
Carazo	3.3 %
Masatepe	0.67 %
Nandaime	1.3 %
Ciudad Sandino	5.3 %
Carretera vieja a León	0.67 %
Sabana Grande	0.67 %
Chinandega	1.3 %
Blufields	1.3 %
San Rafael del Sur	1.3 %
Masachapa	0.67 %
Puerto Sandino	0.67 %
Puerto Cabeza	1.3 %
Total	100%

### 3. NIVEL ACADÉMICO DE LAS RECLUSAS

Analfabeta	10.67 %
Primaria	34.67 %
Secundaria	48.67 %
Universitaria	6 %
Total	100%

#### 4. SITUACIÓN LABORAL DE LAS RECLUSAS

Trabaja para empleador	14.67 %
Trabaja para cuenta propia	34.67 %
Desempleada	31.67 %
Ama de casa	16.67 %
Estudiante	2.67 %
Total	100%

## 5. NUMERO DE HIJOS DE LAS RECLUSAS

1 Hijo	8.67 %
2 Hijos	18.67 %
3 Hijos	20 %
4 Hijos	17.3 %
5 a mas hijos	31.3 %
Total	100%

## 6. PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN POR AÑO.

1994	0.67
1999	1.3
2000	0.67
2001	1.3
2002	6
2003	22.67
2004	23.3
2005	34
2006	10
Total	100%

## 7. TIPOS DE DELITOS SEGÚN LAS ENCUESTADAS

Hurto	0.67 %
Robo	2.67 %
Asesinato	2 %
Violación	1.3 %
Droga	86.67 %
Homicidio	0.67 %
Abusos Deshonestos	0.67 %
Trata de blanca	0.67 %
Delitos económicos	1.3 %
Posesión ilegal de armas	0.67 %
Parricidio	2 %
Desacato a la autoridad	0.67 %
Total	100%

## 8. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS SEGÚN LEGISLACIÓN PENAL

Por expendio (Droga)	29.3 %
Por trafico interno (Droga)	34 %
Transporte ilegal de droga	5.3 %
Cómplice de vendedor (droga)	1.3 %
Posesión ilegal (droga)	1.3 %
Almacenamiento (droga)	5.3 %
Consumidor (droga)	0.67 %
Asesinato atroz	2 %
Robo con intimidación	1.3 %
Robo con fuerza	1.3 %
Violación	0.67 %
Cómplice de violación	0.67 %
Hurto	0.67 %
Estafa	1.3 %
Posesión ilegal de armas	0.67 %
Parricidio	1.3 %
Cómplice de parricidio	0.67 %
Homicidio	0.67 %
Trafico de inmigrantes	0.67 %
Desacato a la autoridad	0.67 %
Total	100%

## 9. CAUSAS POR LAS QUE DELINQUIERON

Necesidad	36 %
Desempleo	6.67 %
Influencia	3.3 %
Alcohol	1.3 %
Droga	1.3 %
Sin motivos	11.3 %
Involucrada	36.67 %
Inocencia	2 %
Total	100%

## ENCUESTA

Buenos días / tardes, nuestros nombres son:  
\_\_\_\_\_, somos  
estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNAN – León. Estamos  
realizando un estudio sobre criminalidad femenina en Nicaragua a partir de  
1990, con el objetivo de determinar las causas y los factores que las inducen a  
la comisión del delito, así como al análisis del entorno social y los delitos que  
con mayor frecuencia se cometen.

### Datos Generales:

Para iniciar queremos recordarle que sus respuestas no serán juzgadas  
como correctas o incorrectas, son sólo respuestas sinceras, a demás todo lo  
que nos digan será mantenido en estricto secreto, no será divulgado.

01. ¿Cuántos Años tiene usted?

02. Sexo:

1. Hombre

2. Mujer

03. ¿Es soltera o casada?

1. Soltera

2. Casada

04. ¿Cual es tu dirección exacta?

---

---

05. ¿Cuál fue el ultimo grado o año que aprobó?

- a. Analfabeta
- b. Alfabeto
- c. Primaria
- d. Secundaria
- e. Técnico básico
- f. Técnico superior
- g. Universitario o más


06. ¿Cómo describiría su estado laboral?

- 1. Trabaja para un empleador
- 2. Trabaja por cuenta propia
- 3. Desempleada
- 4. Ama de casa
- 5. Estudiante

07. ¿Tiene hijos?

- 1. Si
- 2. No

08. ¿Cuántos hijos tiene?

1	2	3	4	5 o más

09. ¿Por qué esta detenida?

---

---

10. ¿Cuándo la detuvieron o procesaron?

---

11. ¿Qué delito cometiste?

---

12. ¿Ya tiene sentencia?

1. Si

2. No

13. ¿Cuántos años le dieron?

---

14. ¿Cometió su primer delito antes de los 18?

1. Si

2. No

15. ¿Cuáles fueron los motivos que la llevaron a delinquir?

---

---

16. ¿Adquieren en su familia a parte de usted, ha sido procesado por algún delito?

1. Si

2. No

3.

Cuál \_\_\_\_\_

17. ¿Posee una relación regular con sus padres?

1. Si

2. No

18. ¿Ha consumido usted droga o alcohol?

1. Si

2. No

3.

Cuál \_\_\_\_\_

19. ¿Has sufrido de violencia intrafamiliar?

1. Si

2. No

20. ¿Recuerda usted, si en el momento de cometer el delito se encontraba en estado menstrual?

1. Si

2. No

21. ¿El grupo de sus amigos presenta antecedentes delictivos?

1. Si

2. No

22. ¿En su barrio es frecuente la delincuencia?

1. Si

2. No

23. ¿Cómo es el tratamiento en este sistema penitenciario?

1. Bueno \_\_\_\_\_

2. Malo \_\_\_\_\_

3. Regular \_\_\_\_\_

4. Preferencial \_\_\_\_\_

24. ¿Existen conflictos entre ustedes?

1. Si

2. No

25. ¿Hay algunas sanciones para estos conflictos?

1. Si

2. No

3.

Cuál \_\_\_\_\_