

EL FENOMENO CRIMINAL

Por: **Dr. Jorge Zavala Baquerizo**

A la memoria del que fuera ilustre Profesor universitario, Dr. RAUL GOMEZ LINCE.

El fenómeno criminal es el conjunto de tres realidades, a saber: a) realidad jurídica; b) realidad individual; y, c) realidad social. La primera se integra por el delito; la segunda, por el delincuente; y la tercera, por la delincuencia. Estos tres términos: delito, delincuente y delincuencia, integran todos ellos el fenómeno criminal. Haremos un rápido estudio de estas tres realidades.

El delito es una realidad jurídica en tanto se la diferencie del delito-tipo y del tipo de delito. Es común confundir los conceptos delito-tipo, tipo de delito y delito, pese a que son conceptos distintos.

En efecto, para poder conocer en su integridad el delito-tipo es necesario recordar que en toda sociedad existen ciertos valores o intereses que viven en la conciencia individual y colectiva, considerados necesarios para la supervivencia del hombre y de la comunidad. Estos valores, por su importancia, porque satisfacen necesidades individuales y sociales, se los conoce con el nombre de "bienes"; y en tanto, por dicha importancia, son protegidos por el orden jurídico se los llama "bienes jurídicos". La vida, el honor, la libertad, la salud, en tanto valores principales para el hombre y la comunidad, son bienes y por ser importantes, el Estado les ha dado la protección del Derecho, por lo que se los conoce, como antes dijimos, como "bienes jurídicos".

El antes mencionado bien jurídico constituye el objeto de la voluntad estatal contenida en la norma jurídica, que es aquella que prevé el comportamiento o la conducta del hombre impuesta por el Estado, con el fin que el habitante del país respete dichos bienes jurídicos. Cuando el Estado ordena que no se debe matar, o que el funcionario cumpla con su deber, está imponiendo un mandato y, por ende, esa conducta inmersa en la norma, debe ser respetada por toda persona sobre la cual impera. La norma "no matar" contiene el bien jurídico "vida", pues la prohibición que surge de la norma jurídica tiene como única finalidad proteger el indicado bien; como así mismo se protege el bien jurídico del honor cuando la norma jurídica impone el "no injuriar"; y así sucesivamente con todas las normas jurídicas.

En la norma jurídica, como se comprende, se encuentra el núcleo fundamental de la conducta que, como deber, impone el Estado y, por ende, cuando se prohíbe matar, por ejemplo, se desprende de tal norma que, en antítesis, una conducta antijurídica debe ser matar; cuando se prohíbe sustraer, se infiere que

la conducta indeseable es la de sustraer; y así igualmente con respecto a las demás normas jurídicas. Es este verbo rector contenido en la norma jurídica lo que constituye, al decir de Beling, el delito-tipo. Se trata, simplemente, de una conducta genérica, trazada a grandes rasgos, con perfiles imprecisos, sin características especiales, pero de la cual se van a derivar una serie de descripciones de comportamientos intolerables o contrarios a la norma jurídica, que se conocen con el nombre de tipos de delito, o figuras de delito.

El legislador que pretende proteger un determinado valor social, es decir, un concreto bien jurídico, toma en cuenta las diversas hipótesis como el hombre puede actuar para violentar la norma jurídica, que contiene el bien jurídico que desea proteger, y entonces, describe dicha conducta antijurídica y la enlaza con una pena. Esta descripción la hace a través de la Ley, que por contener una sanción especial llamada "pena", se la conoce con el nombre de ley penal. El tipo de delito, pues, surge en función de la Ley como una descripción típicamente antijurídica. El tipo de delito, desde el punto de vista conceptual, no es más que el delito-tipo objetivado y delineado con características especiales, que lo hacen único. De un mismo delito-tipo pueden surgir diversos tipos de delito. Del delito tipo "matar" se derivan el homicidio simple, el asesinato, el homicidio preterintencional, el homicidio culposo. Del delito tipo "sustraer" se derivan el hurto, el robo, el abigeato.

Pero el tipo de delito, mientras vive en la ley penal es sólo una hipótesis de conducta; una conducta potencial, una mera previsión legal. La pena, que se encuentra enlazada con la descripción legal, no es capaz de tomar vigencia, mientras la descripción legal viva como hipótesis, como posibilidad. Se necesita la presencia de algo objetivo, de algo real, de algo especial, para darle vida a la descripción legal como tipo de delito; y ese "algo", es "el" delito.

El delito es un acto y, por lo tanto, una manifestación de voluntad. Es un acto que debe ser típico y que, además, debe ser antijurídico para que pueda motivar la pena, es decir, para que ésta pueda adquirir la vigencia fáctica en relación con una persona claramente identificada. El delito -en su expresión más lata, induciendo a las contravenciones- no es más que un acto típico y antijurídico. Ese acto típico y antijurídico debe ser atribuible a un autor imputable y culpable, quien sufre una pena como consecuencia del indicado acto.

Como se observa, nos apartamos de la concepción tradicional de considerar al delito como un acto típico, antijurídico y culpable sancionado con una pena. Para nosotros, los conceptos delito, autor, pena, son entes claramente diferenciados desde el punto de vista conceptual.

De lo expuesto se puede apreciar en forma nítida que la diferencia entre delito-tipo, tipo de delito y delito, es real. Lo que nos interesa, por el momento, es destacar, ante todo, la diferencia entre el tipo de delito y el delito. El pri-

mero es la descripción de un comportamiento humano que el Estado considera intolerable por antijurídico; el segundo es el comportamiento humano intolerable. El primero es una previsión legal; el segundo, una realidad jurídica. El primero sólo toma vigencia fenomenológica en el momento en que surge en el mundo físico el segundo. "El" delito existe sólo cuando ha surgido en la sociedad la conducta que se encontraba prevista en el tipo de delito como hipótesis, como posibilidad.

Pero el delito es un acto y, como tal, contiene dentro de sí la voluntad. A su vez, la voluntad contiene dentro de sí los móviles, los motivos, las tendencias y las representaciones. Por lo tanto, el delito es una realidad jurídica que trasciende en la sociedad a través de una persona, de aquella persona a quien se le imputa la comisión de ese acto típicamente antijurídico, de aquella persona que, dentro de la Criminología, se la conoce con el nombre de "delincuente", que constituye la realidad individual del fenómeno criminal, sin cuya realidad la existencia del delito sería imposible.

El delincuente es la persona que, como cualquier otra, dentro de la sociedad recibe influencias de todo orden, física, sociales, biológicas y psicológicas. Pero es necesario tomar en consideración que, jurídicamente, el individuo que delinque debe ser alguien que tenga capacidad de entender y de querer, o sea, aquella persona a quien los penalistas llaman "imputable", es decir, que cumple con las exigencias de la imputabilidad. No le interesa a la ley penal -en **función de** la aplicación de la pena- que el individuo sea inimputable; le interesa la persona que es imputable y que, por ende, puede cumplir el mandato contenido en la norma.

De lo expuesto se destaca en toda su importancia jurídica la realidad individual del fenómeno criminal, por lo que es necesario destinar algunas páginas, dentro de los estrechos límites de este artículo, a estudiar dicha realidad.

Cuando procesalmente se establece la existencia del acto adecuadamente típico y, por ende, antijurídico, esto es, cuando el Juez ha hecho el juicio de desvalor sobre el acto, es necesario establecer el nexo causal con su autor; es necesario que se enlace el acto indicado con una persona concretamente singularizada, individualizada. Este enlace que se establece entre el acto y su autor nos permite conocer y concluir que ese acto es "propiedad" de un autor concretamente

■

simple, que es la mera atribución de un acto típicamente antijurídico a una persona plenamente identificada, es decir, que el autor es dueño de ese acto típicamente antijurídico. Se le atribuye el acto al autor que lo ha generado. Pero no se **debe** confundir la responsabilidad simple con la responsabilidad penal (compleja) que, como se hará presente posteriormente, es distinta de la primera. Por

la responsabilidad simple sólo se logra descubrir que un acto típicamente anti-jurídico ha sido obra de un autor concretamente individualizado.

De lo expuesto se arriba a una conclusión de gran importancia en el estudio del sistema penal. Responsables simples pueden serlo no sólo los imputables, sino también los inimputables. El menor de quince años que mata a su padre. v. gr., de manera intencional comete un delito. Ese menor es "dueño" del acto que provocó el resultado antijurídico; por lo tanto, ese menor es responsable simple, es decir, objetivamente responsable del acto antijurídico. Al Estado, hasta ese momento, sólo le interesa enlazar el acto con su autor. Y ese enlace es necesario hacerlo sin tomar en consideración si el autor es imputable o no lo es. Simplemente debe establecer la "mismidad", como dice Jiménez de Asúa, del acto, es decir, a quien "mismo" pertenece ese acto que ha provocado el resultado antijurídico.

Planteado así el problema, se entiende la razón por la que el Código Penal prevé la posibilidad de la comisión de infracciones por parte de personas inimputables (Arts. 34 y 39) y legisla sobre ellos. En efecto, cuando ya se ha establecido procesalmente la existencia del acto típico y antijurídico, y la responsabilidad simple, es decir, cuando ya se ha logrado enlazar el acto con su autor, entonces, es necesario entrar al análisis de la personalidad del agente. En ese momento comienza el juicio de desvalor sobre el autor. Se inquiriere si el autor a quien se le atribuyó el acto típico "pudo" cumplir con la norma jurídica por cuanto estaba en capacidad de hacerlo; es decir, si es que el autor era imputable. La imputabilidad, pues, es la capacidad que tienen las personas para comprender la naturaleza de sus actos y las consecuencias de los mismos, y comportarse conforme a esa comprensión. Si dicha capacidad se encuentra afectada por la edad, o por cualquier anomalía psíquica o biológica, entonces, se dice que esa persona es inimputable, por cuanto en el momento en que ejecutó el acto no podía entender la naturaleza de su acto, ni las consecuencias del mismo. Pero si no existió anomalía alguna que afecte la personalidad del autor, entonces, el individuo es imputable y, por ende, podía cumplir con el deber impuesto por la norma jurídica. Cuando el Estado arriba a esa conclusión, se radica un juicio de desaprobación contra el autor, pues pudiendo éste cumplir con el mandato normativo, actuó contra él.

Se ha discutido dogmáticamente si la imputabilidad es un "presupuesto" o un "elemento" de la culpabilidad. Autores como Mezger sostienen que la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad, es decir, que es parte integrante de la culpabilidad, afirmación que se destruye pensando sólo que la imputabilidad es general, en tanto que la culpabilidad es concreta; y que las causas que excluyen a la una y a la otra son diversas.

Nosotros, como la mayoría de los estudiosos contemporáneos, opinamos que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad. Si por imputabili-

dad entendemos, como en efecto lo entendemos, como la capacidad -o facultad, según otros- para comprender la naturaleza de sus actos, previendo las consecuencias de los mismos, es evidente que no puede ser "elemento" o "característica" de la culpabilidad, entendida ésta como la entendemos nosotros, primero, como la situación o posición psicológica del hombre frente a un acto propio contrario a la norma jurídica; y segundo, como un juicio de reproche judicialmente elaborado. De lo dicho se comprende fácilmente que la capacidad o facultad del hombre es general, sin relación específica a un acto concreto, esto es, se es generalmente capaz; en tanto que cuando una persona comete conscientemente un acto injusto, con motivo de tal acto y en relación concreta con el mismo es que asume una situación psicológica especial, situación que no la asumiría si no fuera imputable; situación que es la que se denomina culpabilidad. La culpabilidad, por ende, está en el autor; el reproche de culpabilidad está fuera del autor, pues lo hace el Estado a través del Juez.

Algunos autores, como Beling y Mezger, consideran la imputabilidad como "capacidad de culpabilidad", tesis rechazada por Jiménez de Asúa "no porque sea falsa, sino por su flagrante vicio metódico y su evidente tautología", pues si la imputabilidad "es un presupuesto psicológico de la culpabilidad normativa, asume autonomía y tiene propias características, siendo difícil salir del paso diciendo que aquella es la capacidad de ésta".

Para el citado autor español, la imputabilidad "como presupuesto psicológico de la culpabilidad, es la capacidad de conocer y valorar el deber de respetar la norma y de autodeterminarse espontáneamente". De esta manera pretende el insigne tratadista hispano destacar que en la imputabilidad deben estar presentes "la madurez y salud mentales", al referirse a "la capacidad de conocer" y a "la libre determinación"; o sea, la posibilidad de inhibir los impulsos delictivos. Y con ese antecedente, Jiménez remata su discurso entregándonos su definición sobre la culpabilidad la que, según él, "es la reprochabilidad personal de la acción u omisión antijurídicas, fundada en el nexo espiritual que liga al sujeto con su acto".

Nosotros diferimos del concepto de Jiménez de Asúa en relación con la imputabilidad en la parte que se refiere a que ella implica "el valorar el deber de respetar la norma", pues no creemos que el juicio de valor lo haga la persona que ejecuta el acto, sino que ese juicio lo hace el Juez a posteriori del acto, en tanto examina si es que el autor fue capaz de comprender y de prever y, si lo fue, debía haber cumplido con la norma jurídica. Pensamos que la persona tiene la obligación de cumplir con el deber que le impone dicha norma, pero no valora ésta, simplemente la cumple, o la desobedece. Si lo primero, será un acto socialmente aceptado; si lo segundo, será un acto reprochable, reproche que se hace al autor luego de haber establecido su capacidad personal. Para Jiménez de Asúa la imputabilidad está dada por una capacidad general que significa conoci-

miento y libre determinación, además de juicio de valor respecto al deber de cumplir con la norma. Nosotros pensamos que la imputabilidad es la capacidad de entender la naturaleza de los actos, previstos o previsibles, y quererlos, pese a las consecuencias de los mismos. Está ínsita en **el concepto** la libre determinación del agente, pues si no es así, no sería capaz y, por ende, no procederá el juicio de reproche.

Pero la desaprobación no es suficiente para estimular la vigencia de la pena. Es necesario que se desarrolle aún otro juicio -el de reproche- por el cual el Estado, considerando que el autor "pudo" cumplir con la norma, porque era imputable, la incumplió pese a que no existió causal alguna de inculpabilidad que le impidiera tal cumplimiento. Es decir, que puede suceder en la realidad que la persona, comprendiendo la naturaleza de su acto y previendo las consecuencias del mismo, y pese a tener conciencia y voluntad libres de cualquier vicio que disminuya dicha capacidad, actúa en forma diversa, ya **por error** invencible e insuperable, ya por coacción, que no le permiten cumplir con **el mandato** de la norma jurídica. Esta libertad de actuación que tiene el imputable **que no** está sujeto a error, o a coacción, es lo que permite el juicio de reproche **que se llama** "culpabilidad". La culpabilidad, pues, desde el punto de vista jurídico-penal, es el juicio que hace el Estado sobre la conducta de una persona imputable que debiendo cumplir con la norma jurídica, se rebela contra ella. En **resúmen**, el imputable "pudo" cumplir con la norma jurídica; el culpable "debió" hacerlo.

Según nuestra opinión, la culpabilidad **debe ser analizada desde dos** puntos de vista: subjetivo, el uno; y objetivo, el otro. Desde el punto de **vista** subjetivo, la culpabilidad es el estado o situación psicológica **en que se encuentra** la persona al estar consciente de haber ejecutado un acto contrario a la **norma**, sea ésta, ética, social, o jurídica. **Desde el punto de vista objetivo**, la culpabilidad es el juicio de reproche que la comunidad hace a aquel que ha violado **la norma** jurídica penal pudiendo y debiendo haber actuado conforme a ella.

Desde el primer punto de vista la culpabilidad es **general** y, **por ende**, puede ser referida a cualquier conducta que no se ajuste a las **reglas del juego** ético, social o sectorial. El dirigente laboral, por ejemplo, **que por dinero** traiciona a sus compañeros se "siente" culpable de una acción inmoral, deshonesta. Pero el juicio que sus compañeros hagan de la predicha conducta **no es el que va a** tener como consecuencia una reacción estatal como la pena. **Ese juicio de los sindicalizados** servirá para que se impongan otro tipo **de sanciones**, como la destitución de la dirigencia o la expulsión del sindicato; **pero esa reacción será** mantenida dentro de los estrechos límites del gremio laboral, **pero no rebasará** hacia la comunidad social en forma tal que provoque la **reacción de ésta**

Desde el segundo punto de vista, esto es, del objetivo -que es el único que interesa del Derecho Penal- la culpabilidad está referida al reproche **que el**

Estado, a través del juez penal, hace a quien pudiendo entender y querer (imputabilidad) debió ajustar su conducta a las exigencias de la norma, y no lo hizo. No se refiere la culpabilidad penal a la esfera psicológica del individuo. Sólo **tiene** como antecedente un acto típicamente antijurídico ejecutado por una persona imputable y pasible de pena. Carece, pues, la culpabilidad de elementos psicológicos. Es únicamente normativa.

Terminados los juicios de desaprobación y de reproche, el Juez declara la responsabilidad penal. Es importante destacar que la responsabilidad penal es consecuencia de dos circunstancias personales que viven en el autor: la imputabilidad (poder de actuación), y culpabilidad (deber de actuación). Si el agente pudo cumplir la norma jurídica, debió cumplirla. Si no lo hizo, pese a no existir causas de exclusión de la imputabilidad, o de la culpabilidad, entonces, el Estado declara la responsabilidad penal del autor y, por ende, activa la pena, la cual es impuesta sólo después de haber declarado la responsabilidad penal del autor.

Pero cuando falla uno de los extremos de la responsabilidad penal, es decir, **la imputabilidad**, la conclusión procesal penal no es la misma. Si el autor, responsable simple del acto típico, es inimputable, el Estado no puede establecer contra él un juicio de desaprobación, pues no estaba en capacidad de entender o de querer. Pero el hecho que sea inimputable no significa que el acto ejecutado **por el** inimputable -que es un acto típicamente antijurídico, es decir, una infracción desaparezca, o la sociedad no lo tome en consideración. El Estado acepta **que el** acto ejecutado por el inimputable ha puesto en peligro o ha lesionado un bien jurídico protegido por el Estado de manera especial, tan especial que la lesión a dicho bien jurídico la sanciona con una pena. En consecuencia, surge el **juicio de** peligrosidad para el inimputable. Este juicio de peligrosidad no es lo **suficientemente** intenso, como los de desaprobación y reproche, para hacer **surgir la** declaración de responsabilidad penal contra el autor; pero sí lo **suficientemente** intenso para obligar al Estado a defender a la comunidad y a sus **asociados**; y por ello impone la medida de seguridad. Es ésta, pues, un correctivo que sólo aparece en función de haberse establecido previamente: a) el acto típicamente antijurídico; b) la inimputabilidad del autor; y, c) como consecuencia de ambas, la declaración de peligrosidad.

Se llama la atención al hecho de que, tanto la pena, como la medida de **seguridad**, parten de un nexo de causalidad común, esto es, sólo es posible de **aplicar** una u otra cuando se ha establecido de manera nítida que el acto **típicamente** antijurídico pertenece a una persona concretamente identificada. Si esa **persona** resulta imputable y culpable, será penalmente responsable y, ^Por ende,

se le impondrá una pena. Si esa persona resulta inimputable y peligrosa, se le impondrá una medida de seguridad.

Pero si el autor es imputable, pero no es culpable por haber ejecutado el acto típicamente antijurídico, por error invencible, o por coacción, entonces, no será responsable penalmente y, por ende, no recibirá pena alguna. Tampoco puede imponerle medida de seguridad porque se reconoce que el autor, pudiendo cumplir la norma jurídica, su voluntad estuvo viciada por error, fuerza, o coacción.

Explicado lo anterior es forzoso hacernos una pregunta: ¿que hace delincuente al hombre?. Se ha dicho que lo normal es que la persona respete la norma jurídica y, por ende, dicho comportamiento no es necesario que sea objeto de investigación especial. En cambio, como lo anormal es la conducta delictuosa, la sociedad está obligada a hacer una investigación respecto a las causas, a los modos, a las circunstancias y a los efectos de ese comportamiento anormal.

La pregunta que hicimos anteriormente puede tener diversas respuestas, según quien haga la investigación, el criterio que asuma en ella, el sistema que escoja, el objeto que busca y los fines que persigue. Lo que sí es necesario dejar sentada como premisa fundamental es que "no existen factores específicos de la criminalidad en el dominio de la anatomía y de la fisiología". El hecho que en ciertos delincuentes se haya encontrado determinadas anomalías anatomo-fisiológicas no nos permite concluir que cada vez que se presentan dichas anomalías se provocará el delito. Tal conclusión, por aventurada y falaz, no es científica.

En lo que se refiere al aspecto psicológico del delincuente -dejando a un lado las anomalías que lo convierten en inimputable- nadie puede dudar que el hombre en general está sometido a influencias del medio circundante desde que nace y aún, antes de nacer, en el período de gestación, que va modelando el temperamento, el carácter y la concepción del hombre frente a la vida y a los co-sociados.

Se ha llegado a establecer de manera precisa que los hombres nacen con ciertas tendencias que, en un momento dado, en un medio adecuado, puede impulsarlo a la comisión de delitos. Pero no es que la persona es receptora hereditaria de un imperativo biológico que lo incline fatalmente a delinquir. Tal imperativo no existe, desde el momento en que, como se sabe, no sólo uno de los progenitores es capaz de entregar la vivencia al nuevo ser, sino que, por lo general, existe una mixtificación pareada de los aportes de cada padre; y en algunos casos, existe preponderancia de uno de ellos, sin que aquella preponde-

rancia signifique la exclusión o eliminación de las aportaciones del otro progenitor.

Así, la excitabilidad, la agresividad, la violencia, la irritabilidad, son tendencias criminógenas que pueden impulsar a una persona a la comisión de un delito, con mas facilidad que a otras personas que carecen de dichas tendencias.

Lo que no se debe dejar de reconocer es que si bien no se puede establecer la regla general de que se transmiten hereditariamente las tendencias al delito, sino las tendencias a ciertas actitudes que, en ciertas circunstancias, acercan mas a esa persona a violar la norma jurídica que a otras, no se puede desconocer la importancia e influencia que tienen los antecedentes personales sobre la conducta de los hombres. Estos antecedentes personales pueden ser de varias clases, pero se los puede agrupar en antecedentes pre-natales, antecedentes con-natales, y antecedentes post-natales. Los primeros son los llamados congénitos y pueden afectar la inteligencia del ser que ha sido concebido, como la falta de alimentación de la madre, la insuficiencia de minerales y vitaminas; en una palabra, la desnutrición; o la avanzada edad de la madre en el momento de la concepción; o la aplicación de rayos "X" sobre la madre embarazada, etc. .

Los antecedentes con-natales son aquellos que se presentan al momento del nacimiento del ser humano, ocupando en importancia, en primer lugar, los traumatismos provocados con motivo de la intervención obstétrica, lo que puede provocar la debilidad mental en el ser que, hasta ese momento, había evolucionado normalmente. En general, cuando existen casos de partos difíciles se corre el riesgo de provocar alguna anomalía intelectual en el que está naciendo, que puede tener influencia delictual en el futuro.

Los antecedentes post-natales son aquellos que entran en juego una vez que el ser ha nacido y éste se incorpora, todavía imperfectamente desarrollado, al mundo físico y social. Estas anomalías pueden manifestarse a través del atraso del primer desarrollo, como puede ser el retardo en la motilidad, o en la **expresión**; todo lo cual tiene relación inmediata con la inteligencia de la persona. Pero de manera general estos antecedentes post-natales se encuentran directamente conectados con las enfermedades infantiles, muchas de las cuales, como los fiebres eruptivas, son capaces de dejar secuelas muy graves en la inteligencia del niño y provocar perversiones o perturbaciones subsecuentes.

Una vez que el hombre nace entra a tomar parte de un medio que Pinatel, con mucha agudeza, llama el "medio ineludible" que, por lo general, es el de la familia del recién nacido, pero que, en ocasiones, es una casa asistencial, o asilo, o el hogar de un pariente, o de un extraño. Las influencias provenientes de

dicho medio ineludible, al cual también se debe incorporar al vecindario, son de importancia fundamental, como es fácil comprender.

Se conoce como "medio ocasional" aquel que debe frecuentar el hombre cuando entra a la edad escolar, o cuando trabaja, o cuando cumple con el servicio militar, en cuyos lugares también recibe infinidad de influencias y, a la vez, aporta sobre otros seres influencias personales.

El "medio escogido" es el que selecciona el hombre, especialmente cuando se orienta hacia una profesión, o hacia un oficio. Es también un medio escogido el que estructura una persona cuando se apareja, ya en función del matrimonio, ya en la unión libre, o concubinato simple. Igualmente es medio escogido el que selecciona el individuo cuando busca lugares de esparcimiento, recreo, vacaciones, etc. Estos lugares también influyen de manera directa, o indirecta, en el comportamiento del ser humano.

Finalmente, el "medio obligado" -que Pinatel llama "medio sufrido" y que nosotros preferimos llamar "medio doliente"- es aquel que le es impuesto al hombre una vez que ha cometido un delito, ya en razón de la prisión preventiva, ya en razón de la pena, cuando ya ha sido condenado.

Explicadas, aunque a grandes trazos, las realidades jurídica e individual del fenómeno criminal, examinaremos, también a grandes rasgos, la realidad social de dicho fenómeno.

La delincuencia es una realidad que tiene como contenido el conjunto de delitos que en un momento dado y dentro de una sociedad determinada, se presentan; o el conjunto de delitos que se presentan en el mundo. Cuando a la delincuencia se la relaciona con un país, o con una región, o con una raza, o con una religión, etc., adopta particularidades que permiten conocer las causas que pueden generar dicha delincuencia, no tan solo analizando al individuo, sino también al país, a la región, a la raza, etc. A la delincuencia, pues, se la puede examinar desde el punto de vista de su extensión, de su intensidad, de su orientación y de su frecuencia.

La extensión de la delincuencia se refiere a la hipotética área social que ocupa en relación con el resto del comportamiento humano, es decir, el lugar de importancia que se le reserva en relación con el resto de las actividades humanas. Es difícil determinar dicha área, pero lo que sí se puede afirmar es que en toda sociedad, cualquiera que sea ésta (desarrollada, sub-desarrollada, o en vías de desarrollo), siempre se engendrará un "núcleo delincencial", como lo llamamos nosotros que, en cuanto a su extensión, puede ocupar un porcentaje mí-

nimo, o medio, o grande, de acuerdo con la cantidad de delitos que se presentan en una sociedad, en relación con el número total de habitantes.

En el análisis de la extensión de la delincuencia es necesario tener presente que ella puede dividirse en extensión legal, aparente, o real. La primera se refiere a la delincuencia declarada oficialmente por el Estado a base de las condenas impuestas a los delincuentes; la segunda es aquella que llega a las oficinas policiales pero que no logran motivar un proceso penal; o que, llegadas a la esfera judicial, el proceso termina por sobreseimiento, o por absolución. Y la tercera es aquella que, efectivamente, vive en la sociedad y que no llega a conocerse de manera precisa por no ser receptadas ni por los órganos policiales, ni por los órganos judiciales. La serie de hurtos pequeños, los robos en los supermercados, los abortos, etc., cuya verdadera extensión se la intuye de manera remota sin que exista la posibilidad de acercarse a la realidad. Es la llamada por los criminólogos la "cifra negra", la cifra escondida que no consta en las estadísticas policiales, judiciales o penitenciarias.

La intensidad de la delincuencia se refiere a la cualidad de los delitos, es decir, a la mayor o menor gravedad de los mismos. Tradicionalmente se ha reconocido la intensidad de la delincuencia a base de una clasificación de los delitos en graves, menos graves y leves. Esta clasificación nos parece arbitraria, pues realmente esa mas o menos gravedad se fundamenta en la cantidad de la pena señalada para el delito respectivo; y tal fundamentación nos parece poco feliz, ya que la intensidad de la pena debe considerarse en base del bien jurídico protegido por la norma jurídica, esto es, de la mayor o menor importancia que el Estado ha acordado para un concreto bien jurídico, atendiendo al efecto -dañoso o peligroso- que para la comunidad y para el hombre tiene la destrucción o el atentado a dicho bien.

La orientación o dirección de la delincuencia se refiere a la naturaleza del objeto de la acción delictuosa: contra las personas, contra el honor, contra la libertad, la salud, etc. Hay sociedades que tienen de manera particular y suprema una delincuencia adquisitiva mayor que la violenta; otras la tienen de manera inversa.

Finalmente, la frecuencia de la delincuencia dice relación con su mayor o menor aparición dentro del medio social. Unas veces cierta clase de delitos surgen sólo en determinadas épocas; otras, en cambio, son diarias. Ejemplo del primer caso es aquel que dice relación con el hurto de ciertos productos de moda; ejemplo de los segundos son los robos de automotores, o los hurtos dentro de los medios de transporte.

Los factores de la delincuencia pueden ser agrupados en cuatro grandes grupos: geográfico, económico, cultural y político.

Durante mucho tiempo se ha venido sosteniendo el criterio que en ciertas zonas geográficas son mas numerosos algunos delitos que en otras. Nosotros pensamos que el factor geográfico de la delincuencia asume importancia al hacer el estudio de la delincuencia por regiones, o por ciudades, o por aldeas. Las características de las diversas zonas geográficas son también diversas, particularmente si se compara la delincuencia citadina con la rural; o la delincuencia urbana con la suburbana. Es indudable que con el criterio antes indicado se puede arribar a conclusiones mas o menos precisas, desde el momento en que permite, estudiar no sólo la cantidad de delitos en cada zona, sino también la naturaleza de dichos delitos, así como la etiología y orientación respectiva de los mismos. Del diagnóstico de la delincuencia regional se puede establecer el pronóstico con fines de política criminal. De dichos estudios se ha concluido, por ejemplo, que en la ciudad los delitos son mas numerosos que en el agro y que, además, difieren en cuanto al objetivo, esto es, a los bienes lesionados. En la ciudad prevalecen los delitos adquisitivos y violentos; en tanto que en la zona rural, los delitos de sangre y sexuales.

En lo que se refiere al factor económico no se puede dudar que la rápida evolución de la economía de los pueblos puede influenciar decididamente en la mayor o menor extensión de la delincuencia. Y no sólo es que la economía cerrada, doméstica, es la que puede incidir en dicha delincuencia, sino que, dadas la técnica y la civilización actuales, la mayoría de los países se encuentran económicamente inter-relacionados de modo tal que la crisis económica del uno puede repercutir en la economía del otro, con todas las consecuencias principales y secundarias que pueden sobrevenir. Y no se debe olvidar que la integración también se produce en la delincuencia y, por ende, una integración económica probablemente provocará la integración delincencial.

Es un lugar común entre los criminólogos de los países desarrollados afirmar que "la pobreza general de una región no es factor criminógeno". Estamos de acuerdo que no todo pobre es delincuente; pero lo que nadie puede dudar es que la pobreza" general es un factor criminógeno de mayor importancia que "la riqueza" general, la cual también es un factor ciminógeno, que, como se sabe, genera delitos diversos a los que genera la pobreza. Si se Quiere encontrar delincuencia adquisitiva "dentro" de un medio de absoluta pobreza general se estará, buscando lo imposible. Esta delincuencia se desarrolla en los medios en donde se puede tener la oportunidad de encontrar bienes susceptibles de ser apropiados y de ser convertidos en dinero, es decir, en lugares en donde la pobreza no sea un denominador común.

En lo que se refiere al factor cultural, juegan dentro del mismo la educación. la instrucción, la prensa, el cine y la televisión.

La educación es la formación de la conducta; la instrucción, la formación de la inteligencia. La primera se adquiere en la familia, medio ineludible de todo hombre, pues nadie escoge el medio en que nace. La instrucción desarrolla la inteligencia. La educación mira al espíritu; la instrucción, al talento.

Nadie duda que lo que los padres, o tutores, hagan o dejen de hacer en la educación de los infantes, tendrá repercusión en el futuro del mismo. La desadaptación, la inadaptación y la delincuencia de los menores, por lo general, tienen su origen, mediato o inmediato, en la deficiencia mayor o menor de la educación.

La instrucción, esto es, la adquisición intencional de conocimientos por parte del hombre, es un factor negativo para la delincuencia y, por lo tanto, la ignorancia pasa a ser un factor criminógeno de gran importancia, particularmente cuando se la asocia con la pobreza y la miseria. El Estado debe procurar, al mismo tiempo que elevar el nivel económico de sus habitantes, extender la instrucción hacia todas las regiones del país, adecuando sus escuelas y colegios en forma tal que los maestros no sufran la angustia de no poder cumplir con su deber por la falta de medios técnicos y físicos. La escuela rural es conmovedoramente pobre; el maestro rural es conmovedoramente abnegado. Mucho se podría escribir sobre la una y el otro. Por el momento sólo destacamos el hecho que la falta de instrucción es uno de los factores criminógenos de mayor incidencia en la proliferación de la delincuencia.

La prensa escrita, radial, televisada y el cine, en nuestra opinión, dejando a salvo mejores criterios, constituyen en los países sub-desarrollados, especialmente, un factor criminógeno, particularmente en el área de los niños y los jóvenes.

Los factores políticos se refieren a las guerras (factor externo), a las revoluciones (factor interno), y al sistema penal y penitenciario.

No nos detendremos sobre los dos primeros factores porque, como se sabe, son situaciones extraordinarias, que no permiten extraer conclusiones válidas para una sociedad, sino que son conclusiones referidas únicamente para hacer presente que en esos casos de emergencia nacional, al alterarse el ritmo normal del Estado y de la sociedad, las defensas sociales disminuyen sensiblemente, lo que permite el desarrollo de la delincuencia con menos peligro y con más provecho; amén que en esas emergencias surgen delitos típicos de dichas catástrofes internacionales o nacionales.

En lo que dice relación con el sistema penal, dados los límites de este trabajo, no nos es posible desarrollar la importancia que tiene un mal organizado sistema penal o mal ejecutado sistema penal como factor etiológico del delito.

Lo que sí debemos dejar constancia es que en la técnica de la criminalización y de la penalización; así como en la técnica de la descriminalización y despenalización, depende mucho el control de la delincuencia.

Y en lo que se refiere al sistema penitenciario, para nadie es desconocido que en el Ecuador, como en muchos países del llamado tercer mundo, y en no del mundo industrializado, el tal sistema es atentatorio contra los mas elementales derechos humanos, por una parte; y, por otra, constituye la escuela de iniciación y la academia de especialización y perfeccionamiento del delincuente y de donde la delincuencia obtiene los productos mas acabados y decididos.

Al respecto debemos recordar que desde el año 1987 nosotros venimos abogando porque se establezca el Ministerio de Justicia en el Ecuador, el cual tendría a cargo tanto la formulación de la política criminal que debe seguir el Estado "en su lucha contra la delincuencia, como la fundación de los Institutos de Criminología, de Criminalística y de Derecho Penitenciario. Además, sería de cargo de dicho Ministerio el control de las Cárceles y Penitenciarías; la construcción de los locales funcionales para dichos Institutos de "Rehabilitación", etc.

Confiamos que alguna vez se oiga a tiempo y no cuando la situación social sea catastrófica por falta de atención oportuna al fenómeno criminal.

Guayaquil, ciudad universitaria, Septiembre de 1991

