

EL FENÓMENO CRIMINAL DENTRO DE LA VISIÓN GENERAL DE LA CULTURA

THE CRIMINAL PHENOMENON GENERAL INSIDE VIEW OF CULTURE

Lenin Teobaldo Arroyo Baltan, M.Sc.¹

In Memoriam

Jorge Ellicer Zavala Baquerizo (1922-2014)

Fecha de recepción: 27 Mayo 2014
Fecha de aceptación: 05 Junio 2014

Resumen

El saber del fenómeno criminal –necesariamente– hace referencia al tratamiento del delito o crimen, del delincuente o criminal y de la delincuencia o criminalidad. Se trata de indagar cuál es la lectura de interés criminológico que la doctrina nos suministra sobre cada uno de estos niveles de interpretación delictual. De manera que, el significado, al menos aparentemente, puede parecer distinto para el ordenamiento jurídico-penal, toda vez que, –si elaboramos el concepto *material* de delito– nos proporciona cuál es la particularidad del delito, esto es, nos indica en razón de qué criterios determinadas conductas deben expiarse como delitos.

Palabras Clave: Delito o crimen, delincuente o criminal, delincuencia o criminalidad, Fenómeno criminal,

Abstract:

The knowledge of the criminal phenomenon, necessarily, refers to the treatment of crime or crime or criminal offender and delinquency and crime. They are investigating what reading penological interest that the doctrine provides us about each of these levels of interpretation tort. So, the meaning, at least apparently, may look different to the criminal legal system, since, if we make the material-crime concept gives us what is the peculiarity of the crime, that is, because it indicates what criteria should be expiated certain behaviors as crimes.

Keywords: Offense or crime, delinquent or criminal, delinquency and crime, Criminal Phenomenon.

¹ Adscrito en la Facultad de Derecho, Doctor, Docente de la Universidad Laica “Eloy Alfaro” de Manabí, Manta, Ecuador, arroblente@hotmail.com

1. Introducción

Todo el conocimiento fenomenológico ha sido marcado por la historia de la criminología, más aun entre un sinnúmero de enfoques divergentes sobre la concepción del delito, del delincuente y de la delincuencia, expuestos por ilustrados pensadores y juristas iniciadores de nuestra disciplina. El estudio de este saber procura vislumbrarse dentro de la visión general de la cultura, como impronta de la criminología.

Puede definirse que el saber del fenómeno criminal –necesariamente– hace referencia al tratamiento del delito o crimen, del delincuente o criminal y de la delincuencia o criminalidad. Se trata de indagar cuál es la lectura de interés criminológico que la doctrina nos suministra sobre cada uno de estos niveles de interpretación delictual. El significado, al menos aparentemente, puede parecer distinto para el ordenamiento jurídico-penal, toda vez que, –si elaboramos el concepto *material* de delito– nos proporciona cuál es la particularidad del delito, esto es, nos indica en razón de qué criterios determinadas conductas deben expiarse como delitos. No obstante, la criminología y el derecho penal se manejan con conceptos diferentes sobre el delito lo que parece obvio. (García – Pablos de Molina, 1996, p. 29 y ss.)

En la actualidad estos niveles de interpretación no son muy clarificadores, sin embargo, es de mucho interés para la comunidad científica el estudio de cada uno de ellos, de manera particular como realidad y en conjunto como fenómeno criminal. También es imposible prescindir del redescubrimiento de la víctima y del control social, ya que también son parte de esa misma manifestación sin dejar de lado los criterios que provienen de las percepciones teóricas interdisciplinarias de nuestro tiempo. Por ello, hoy en día el estudio de la víctima se ha introducido de forma relevante dentro del objeto de las ciencias criminológicas.

Más claro lo vemos al discutirse en la doctrina si es preciso que el fenómeno criminal se exteriorice de forma expresa o, por el contrario, basta con que dicho fenómeno exista. Esta cuestión nos conduce al argumento de sí es necesario que surja dentro del contexto de la sociedad – políticamente organizada a través del Estado– en relación con el crimen, el criminal y la criminalidad. No obstante, hay que hacer frente a este fenómeno como reacción social, desde las aristas de un nuevo paradigma científico.

Esto sólo es pensable si uno parte de esta afirmación teorizante, para dogmatizar que este fenómeno se produce fundamentalmente por las desigualdades sociales y por ende se manifiesta a la luz de las ideas a través de mecanismos –evidentemente– explicativos. Quedando, no obstante, incluida la acción del hombre o de la mujer, como sujetos activos o pasivos del delito, es decir, que la actividad de los delincuentes desencadena en una realidad social o delincuencia.

Ahora bien, dicha afirmación tiene, sobre todo, una lectura integral del fenómeno criminal ostensible al interés criminológico de la persona del delincuente y del delito a la víctima, a la preservación y al control social (García – Pablos de Molina, 1996, p. 26), lo que a mi juicio sería parte del desarrollo dinámico de la ciencia criminológica, por cuanto, asume una nueva auto comprensión del mapa fenomenológico de dichas manifestaciones delictuales que deben ser interpretadas a través del nuevo paradigma científico.

2. ¿En qué consiste el Fenómeno Criminal?

Jean Pinatel, (1974, p. 69) propone un conjunto de tres realidades al momento de definir al fenómeno criminal desde el punto de vista criminológico, y para diferenciar claramente esas realidades, recurre a distinguir que “en criminología existen tres niveles de interpretación, frecuentemente confundidas: el de la delincuencia, el del delincuente y el del delito. Es esencial distinguirlos, a saber, agrupar los hechos recogidos bajo la rúbrica a la cual corresponden”. Puede verse entonces que en palabras más simples, “a estos tres conceptos fundamentales conviene añadir la noción más vaga y moderna de desviación”(Rico, 1991, 69), que al integrarse como un solo conjunto constituyen el fenómeno criminal o antisocial.

El insigne profesor Jorge Zavala Baquerizo (1991, p. 69) sintetiza esta manifestación delictual del fenómeno criminal como 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. El autor clarifica su definición a renglón seguido diciendo que “estos tres términos: delito, delincuente y delincuencia, integrados todos ellos en el fenómeno criminal”. Lo medular de esta clarificación encuentra relevancia, por cuanto cada una de las realidades integradas todas ellas en el fenómeno criminal, sin duda, son manifestaciones delictuales distintas.

A mi juicio el fenómeno criminal es la fusión entre sí de tres escenarios distintos de explicación delictual: el del delito, el del delincuente-víctima y el de la delincuencia, y tiene como contrapartida el escenario de la reacción social. No obstante, es conveniente examinar progresivamente las distintas travesías por las que ha transitado este fenómeno, que presumiblemente dentro del contexto de las ciencias criminológicas adquiere expectativas sociales.

Es de aclararse que la esencia de este fenómeno ha sido observada por la doctrina y resulta evidente desde diferentes puntos de vista que ha dado lugar a diversos contenidos conceptuales. Por ello, podrá examinarse cuáles han sido o son las principales ideas esgrimidas al respecto, sin perjuicio de la posibilidad de estudiar ciertos aspectos relevantes de dichos escenarios como conjunto fenomenológico cognitivo de un comportamiento derivado de la propia persona humana y de su situación en el sistema social para evitar que las desigualdades existentes conduzcan o permitan el incremento cuantitativo y cualitativo de la delincuencia.

3. El Delito como Realidad Jurídica

Conviene adelantar que si se defiende que el delito es una realidad jurídica en tanto se la diferencie del *delito-tipo*, del *tipo de delito* y del *delito*. En palabras de Zavala Baquerizo (1991, p. 69), es común confundir los conceptos delito tipo, tipo de delito y delito, pese a que son conceptos distintos. Ahora bien –y sin perjuicio de que defiende esta posición y que por ello, tal vez, vinculadamente me obligaría a organizar la exposición en forma diferente–, a mi juicio, es importante partir de esa diferenciación para lograr, de esa manera, una más sencilla y completa exposición de la problemática que el tema del delito como realidad jurídica integradora del fenómeno criminal encierra, así como para poder obtener un enfoque de las teorías que los diversos autores han sostenido respecto al mismo y, de esta forma, por consiguiente, indicar en cuál de las tres realidades existe mayor discrepancia doctrinal.

Así pues, para clarificar más aun el panorama veamos: que desde los inicios de la sociedad, las acciones a las que llamamos “delitos” atraen además, desde hace tiempo el interés general. Como se

puede observar en el *Código de Hammurabi*; en el *Antiguo Testamento*, entre otros. Diversos son los pasos por los que ha transitado la evolución de la sociedad y la cultura desde el punto de vista de su esencia, ha cambiado también el contenido y número de las conductas consideradas punibles. De manera que la esencia del concepto de delito sea distinta, según el tiempo, espacio, lugar y contenido del sistema social.

En efecto, siempre ha servido a la sociedad como un medio relevante para el control de la conducta. Correlativamente, cuando nos remitimos al concepto de delito, éste debe reunir los actos o acciones consideradas particularmente nocivas para la sociedad: qué lo caracteriza y qué lo esclarece. En esencia, a través de él, se ha podido delimitar, describir y reprimir intencionalmente los comportamientos criminalizados. Desde esta consideración –la definición conceptual del delito– se contribuye, desde luego, a la integración social y a la preservación del entorno del comportamiento humano.

He dejado reconocido que, dentro de la concepción del delito como una realidad jurídica, debe establecerse la diferencia entre: delito-tipo; tipo de delito; y, delito, por cuanto parecieran ser lo mismo, sin embargo, son conceptos distintos, que a continuación se examinan.

Jorge Zavala Baquerizo (1991, p. 69) ha afirmado que para poder conocer en su integridad el *delito-tipo* es necesario acordarse que en toda sociedad existen ciertos valores o intereses que viven en la conciencia individual y colectiva, considerados necesarios e indispensables para la supervivencia del hombre, de la mujer y de la comunidad.

En definitiva, estos valores, son de vital importancia y trascienden de manera relevante, porque satisfacen necesidades individuales y sociales. Por ello, se los conocen con el nombre de “bienes”; y en tanto, por dicha importancia, son protegidos por el orden jurídico y se los denomina “bienes jurídicos”.

Considera este autor que la vida, el honor, la libertad, la salud, son valores principales para el hombre, la mujer y la comunidad. En otras palabras, son bienes valiosos para la comunidad a estados o situaciones jurídicamente protegidas por el Estado a través del derecho. Construyéndose de esta manera la teoría del bien jurídico (Hans, 1970, 15) como legitimación material del derecho penal y como sistema limitador del legislador para impedirle legislar de forma irracional (teoría liberal del bien jurídico). Pues, como bien indica Jacobo López Barja de Quiroga (2004, p. 20) dicha teoría “se encuentra hoy en día en una profunda crisis. Es difícil defender que mediante aquella el legislador se encuentre limitado en su actividad y que, por ello, se vea constreñido a utilizar el derecho penal como último instrumento, y solo para los ataques más importantes con relación a los bienes más preciados e indispensables de la sociedad”. Piensa además este autor que la teoría del bien jurídico lo único que nos dice es que ciertos bienes han sido valorados por el legislador de forma valiosa, pero no nos proporciona ningún dato acerca de la necesidad o conveniencia de que tal “bien” sea considerado “bien jurídico”.

Dada la multiplicidad de direcciones, teorías y matices entre los diversos autores, la cuestión del bien jurídico –como acertadamente indica Jorge Zavala Baquerizo – “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 los habitantes del país respeten dichos bienes jurídicos. Cuando el Estado ordena que no se deba 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” (Zavala, 1991, p. 69).

Por mi parte, considero que es admisible que en la norma debe indicarse la identificación que en ocasiones se hace del bien jurídico con el fin de la norma, concepción que da lugar a un “concepto metodológico de bien jurídico”, que en realidad como apunta Claus Roxin, (1997, pp. 55 y 56) supone una renuncia completa al significado de “bien jurídico”. Pues, dicho concepto solo sigue teniendo una función como medio de interpretación teleológica –según el bien jurídico– y para la estructuración sistémica de la parte especial del código penal, pero en cuanto a lo político-criminal carece de jerarquía.

Hay que resaltar que una de las construcciones más actuales con relación a la cuestión sobre el bien jurídico es la elaborada recientemente por Claus Roxin en la que considera que el concepto de bien jurídico solo puede obtenerse por derivación constitucional y, por ello, dogmatiza que “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.

Como se ve, Claus Roxin (1997, p. 58) al definir el bien jurídico en función de las finalidades constitucionales, considera que se trata de una idea no estática y que “está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico”.

Así pues, cuando se afirma –mayoritariamente en la doctrina– que la concepción del delito en razón del bien jurídico, no ha estado exenta de importantes críticas. En efecto, una de las más conocidas es la de Hans Welzel (1970, p. 13, 15) para quien “la misión del derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad, etc. Pues, cuando entra efectivamente en acción, por lo general ya es demasiado tarde”. Por otra parte, señala que “la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores del acto de la conciencia jurídica”. Finalmente este autor concluye dogmatizando que la misión del derecho penal consiste en “la protección de los valores elementales de la conciencia, de carácter ético-social, y solo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares”.

No obstante, lo cierto es que la norma jurídica debe necesariamente contener 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. En Beling –citado por Zavala (1991, p. 70) es observable una posición dogmática: pues, afirma que ese verbo rector contenido en la norma jurídica es lo que constituye el delito-tipo. De ahí que para el referido profesor ecuatoriano, “se trate, 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”.

Evidentemente, por una parte, señala Zavala Baquerizo (1991, p. 70) que el legislador pretende proteger un determinado valor social, es decir, un concreto bien jurídico, tomando, desde luego, las diversas hipótesis como el hombre y la mujer pueden 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. Por consiguiente, la pena expresa que la

norma rige y que debe ser observada; por lo tanto, como enseña Gunther Jakobs, (1995, p. 9) la pena es siempre “una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable”. Sin duda, con ello la pena plasma su efecto de estabilización de la norma jurídica lesionada por el delito como realidad jurídica.

Por otra parte, para el referido autor ecuatoriano, 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. Por ejemplo, del delito tipo “matar” se deriva el homicidio simple, el asesinato, el homicidio preterintencional, el homicidio culposo Zavala Baquerizo (1991, p. 70). Pues, así, sucesivamente, de otro delito-tipo se deriva otras figuras de delito.

El sentido y el alcance del delito tipo señalado por Zavala Baquerizo (1991, p. 70) residen precisamente en el contenido de la norma jurídica. No obstante, el tipo de delito, entre tanto vive en la ley penal es sólo una hipótesis de conducta; una conducta potencial, una mera previsión legal. En cambio, 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. Por ello, se requiere la presencia de algo objetivo, de algo real, de algo especial, para darle vida a la representación legal como tipo de delito; y ese “algo”, es definitivamente, el delito.

De ahí que, muy bien podemos decir –recogiendo el criterio de Zavala Baquerizo (1991, p. 70)– que “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, incluyendo 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”. Por ello, es conveniente acuñar la idea definitoria del delito que proporciona Francesco Antoleisei (1988, 9. 119) al resaltar que “el delito es aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, está en contradicción con los fines del Estado y exige como sanción una pena (criminal)”. Así pues, de esta definición se colige que en el fondo funciona una cuestión relacionada con la teoría del delito, que incide para determinar los límites del *ius puniendi*.

Dentro de este contexto, se puede observar que, Zavala Baquerizo (1991, p. 70) se aparta de la concepción tradicional que considera al delito como un acto típico, antijurídico y culpable sancionado con una pena. En efecto, “los conceptos delito, autor, pena, –como afirma el profesor ecuatoriano– son entes claramente diferenciados desde el punto de vista conceptual”. A mi juicio es una concepción marcadamente liberal que ha de prestar relevancia a dicho consentimiento. Y refiriéndome a nuestro ordenamiento jurídico penal, se puede afirmar que desde el texto parchado del *Código penal de 1930* hasta la puesta en vigor del *Código orgánico integral penal*, no se abunda precisamente en dicha concepción. Por ello, considero que es una expresión, por el contrario, de un Estado constitucional de derechos y justicia. Circunstancia que enlaza una racionalidad en las facultades derivadas del *ius puniendi* y de la existencia de ciertos límites del mismo dentro del contexto del Estado.

Es preciso, por consiguiente, establecer en forma nítida que las diferencias entre delito-tipo, tipo de delito y delito, es real. Y, sin embargo –siguiendo a Zavala Baquerizo (1991, p. 70 - 71)–, lo que interesa, por el momento, desde luego, es destacar, ante todo, la diferencia entre el tipo de delito y el delito. Desde esta perspectiva, el tipo de delito es la descripción de un comportamiento humano

que el Estado considera intolerable por antijurídico; luego es una prohibición legal; y, finalmente sólo toma vigencia fenomenológica en el momento en que surge en el mundo físico el delito.

El delito se define, según Zavala Baquerizo (1991, p. 71), como el comportamiento humano intolerable; acto seguido es una realidad jurídica. Por ello, el delito existe sólo cuando ha surgido en la sociedad la conducta que se encontraba prevista en el tipo de delito como una hipótesis, como una posibilidad. No obstante, el delito es un acto y, como tal, contiene dentro de sí la voluntad.

A partir de estos conceptos Zavala Baquerizo (1991, p. 71) elabora la idea de que la voluntad contiene dentro de sí los móviles, los motivos, las tendencias y las representaciones. Así pues, 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”.

Lo tangible y veraz, es que, sin la notabilidad de dicho sujeto activo, no existe el delito; por cuanto, esta acción peligrosa jurídicamente desaprobada como realidad individual del fenómeno criminal, sin duda, es imputable al comportamiento humano. Ahora bien, debe tenerse presente que este comportamiento es absolutamente un ajuste milimétrico al tipo de delito descrito como hipótesis en la norma jurídico-penal.

4. El Delincuente como Realidad Individual

Muy diversas han sido las situaciones por las que ha pasado el delincuente, hasta el punto de que en la actualidad constituye la realidad individual del fenómeno criminal. Pues, sin dicha realidad la presencia del delito resultaría imposible.

En efecto, conviene afirmar que el delincuente es otra de las realidades del fenómeno criminal. Por consiguiente, es la persona que, como cualquier otra, dentro de la sociedad recibe influencias de todo orden, físico, social, biológico y psicológico. 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 llamamos “imputable”, es decir, que cumple con las exigencias de la imputabilidad. Por esas exigencias, se puede afirmar que efectivamente, no le interesa a la ley penal –en función de la aplicación de la pena– que el individuo sea inimputable; pues, le interesa la persona que es imputable y que, por ende, puede cumplir el mandato contenido en la norma jurídica Zavala Baquerizo (1991, p. 71).

De acuerdo con el razonamiento doctrinario que antecede, considero que de manera relevante, se recalca la gran importancia en el mundo jurídico de la realidad individual del fenómeno criminal, desde la perspectiva del saber científico y humano denominado criminología.

Además, relata el referido e insigne profesor ecuatoriano⁰ que 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 (...) y autor es lo que hace surgir la responsabilidad 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 antijurídico ha sido obra de un autor concretamente individualizado.

En resumen Zavala Baquerizo (1991, p. 72.) llega a una conclusión de gran importancia en el estudio del sistema penal, al afirmar que los responsables simples pueden serlo no sólo los imputables, sino también los inimputables Arroyo Baltan, (2000). Aquí pone un clásico ejemplo: el menor de quince años que mata a su padre, de manera intencional comete un delito. Pues, ese menor es “dueño” del acto que provocó el resultado antijurídico; por lo tanto, es responsable simple, es decir, objetivamente responsable del acto antijurídico. Es así entonces que 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. Por tanto, sencillamente debe establecer la “mismidad” –como señala Luis Jiménez de Asua (1982) – del acto, es decir, a quien “mismo” pertenece ese acto que ha provocado el resultado antijurídico.

Sobre la base de esto es necesario hacer una pausa en el relato para remarcar que, se entiende la razón por la que nuestro *Código Orgánico Integral Penal*, prevé la posibilidad de la comisión de infracciones por parte de personas inimputables y legisla sobre ellos (Código Orgánico Integral Penal, artículos 35-36). 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 inquiere 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.

No seré necio a la hora de aceptar que se ha discutido dogmáticamente si la imputabilidad es un “presupuesto” o un “elemento” de la culpabilidad. Autores como Mezguer 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 Zavala Baquerizo, (1991, p. 72). Esto es una verdad insoslayable que debemos aceptar, precisamente porque esta discusión nos ha permitido construir el hodierno paradigma del derecho penal.

Reconozco también que Zavala Baquerizo (1991, p. 73), –como la mayoría de los autores contemporáneos– opina que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad. Si por imputabilidad 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 entiende el autor y nosotros; primero, como la situación o posición psicológica del hombre o de la mujer frente a un acto propio contrario a la norma jurídica; y segundo, como un juicio de reproche judicialmente elaborado.

Por todo ello es que afirme que de lo dicho se comprende fácilmente que la capacidad o facultad del hombre o de la mujer 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 le 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 Zavala Baquerizo (1991, p. 73).

Del mismo modo, algunos autores, como Beling y Mezger, consideran a la imputabilidad como “capacidad de culpabilidad”, tesis rechazada por Luis Jiménez de Asua (citado por Zavala Baquerizo, p. 73). “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”. De esta manera Luis Jiménez de Asua, sostiene académicamente que, la imputabilidad como presupuesto psicológico de la culpabilidad, sin duda, “es la capacidad de conocer y valorar el deber de respetar la norma y de autodeterminarse espontáneamente”. Hay que destacar que para este autor en la imputabilidad deben estar presentes “la madurez y salud mentales”, y al referirse a “la capacidad de conocer” y a “la libre determinación”; o sea, la posibilidad de inhibir los impulsos delictivos. Pues, con este antecedente, Jiménez de Asua concluye su discurso estableciendo su definición sobre la culpabilidad la que, según él, “es la reprochabilidad personal de la acción u omisión antijurídicas, fundada en el nexa espiritual que liga al sujeto con su acto”.

En la idea de Zavala Baquerizo (1991, p. 73) 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. Obviamente esto lo aparta del concepto formulado por Luis Jiménez de Asua (citado por Zavala Baquerizo, Jorge, p. 73) en relación con la imputabilidad en la parte que se refiere a que ella implica “el valorar el deber de respetar la norma”.

Pues, Jorge Zavala Baquerizo no cree 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. Y ante la fuerza que cobra la idea del autor ecuatoriano me afilio a ella, en el sentido que también considero 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. Por lo tanto, quedamos de cara a las siguientes posibilidades: 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.

En fin de cuentas 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 resumen, el imputable “pudo” cumplir con la norma jurídica; el culpable “debió” hacerlo.

Sin embargo, por más de un siglo la criminología y la política criminal han considerado al delincuente el objeto esencial de su conocimiento y acción. Innumerables teorías, programas, textos y demás se han producido sobre su tratamiento, cuyo eje principal era y es aún la estimación de su personalidad que, según algunos, debe ser considerada integralmente lo que como ya señalé no tiene

sentido siquiera psicológico. La rehabilitación, resocialización, readaptación y demás se estimaron los fines del tratamiento, pero dicho enfoque ha contribuido con escasa medida a la prevención de la criminalidad que es bastante más que un conjunto de delitos individualmente considerados (López – Rey y Arrojo, 1985, p. 140).

Así pues, al estudiar al delincuente como realidad del fenómeno criminal, debe estudiarse también a la víctima del delito, desde la perspectiva de la pareja criminal y victimal.

5. La Delincuencia como Realidad Social

Junto a las realidades anteriores, existe otra, la delincuencia, misma que se integra como sumatoria del conjunto de delitos que en un momento dado y dentro de una sociedad determinada, se presentan; en otras palabras, es un colectivo de delitos que se presentan en el mundo.

La adopción de esta tesis permite a Zavala Baquerizo (1991, p. 78). afirmar que 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 puede generar dicha delincuencia, no tan solo analizando al individuo, sino también al país, a la región, a la raza, etc.

Por eso, este autor añade que 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. Postura que, comparto plenamente. Es evidente que esta posición debe, por consiguiente, fundamentar cuál es la extensión, intensidad, orientación y frecuencia de la delincuencia como una realidad tangible e integradora del fenómeno criminal.

En general viene manteniéndose que los factores criminógenos de la delincuencia pueden ser agrupados en cuatro grandes grupos, a saber: a) factor geográfico; b) factor económico; c) factor cultural; y, d) factor político. Ahora bien la admisión de relevancia de estos factores en relación con la técnica de la criminalización y de la penalización; así como la técnica de la descriminalización y despenalización, sin duda, depende mucho el control de la delincuencia Zavala Baquerizo (1991, pp. 79 y 82). Y, como consecuencia de dicho control se amplía la victimización.

Sin embargo, he de dejar en claro que la victimización es mucho más profusa en la criminalidad no convencional que en la común. En los delitos económicos, principalmente los ínsitos en planes de desarrollo nacional, regional, industrial y demás, la victimización es frecuentemente extensa a menudo anónima o semianónima y casi siempre carente de compensación. En algunos países en desarrollo la industrialización, con la complicidad del gobierno, ha dado lugar abusos criminales del poder. La extensión de la victimización es a menudo enorme en los delitos de rebelión y sedición y no solo por las víctimas individuales que pueden originar sino por victimizar a la comunidad entera. La victimización plantea la cuestión de la compensación a las víctimas de la criminalidad y basta decir que, en la criminalidad no convencional, la falta de relación entre delincuente y víctima se da mucho menos frecuente (López – Rey y Arrojo, 1983, pp. 28-30).

Ahora bien, ha de indicarse que, se puede marcar cuatro grandes factores que en el contexto de la sociedad resultan influyentes y, sirven para aproximarse a la problemática: por una parte, lo relativo a la influencia de orden físico; por otra, la referencia a los factores sociales; luego, lo relacionado con las circunstancias biológicas; y, finalmente, lo que refiere a las cuestiones de orden psicológicas. Pues, dichos factores serán debidamente estudiados en otra parte de la presente obra.

6. Conclusiones

1. Llegando al final de esta presentación, lo más importante es que el estudio del fenómeno criminal dentro de la visión general de la cultura, es la impronta objetiva de la criminología como ciencia del ser y del saber científico.
2. Asimismo, se percibe que el mapa del fenómeno criminal aborda tres realidades: delito o crimen, delincuente o criminal y delincuencia o criminalidad, en sentido cabal de lo que significan como objeto de estudio de la criminología, frente al nuevo paradigma de la reacción social, es decir, el control social: informal y formal, que permite construir la política criminológica del Estado, desde las aristas de la prevención del delito, la rehabilitación del criminal, la formulación de nueva legislación positiva, así como la resocialización de la sociedad.
3. En definitiva, hay que tener presente como afirma el insigne maestro Jorge Zavala Baquerizo que la manifestación fenomenológica delictual del conjunto de dichas tres realidades, todas ellas integran el fenómeno criminal. No obstante, dicho fenómeno dentro de las ciencias criminológicas adquiere expectativas sociales.

7. Referencias Bibliográfica

- Arroyo, L., (2000). *“La inimputabilidad en el derecho penal ecuatoriano”*, Arroyo Ediciones. Manta-Ecuador.
- García – Pablos de Molina, A. (1996). *“Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas”*. 3ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia España.
- Jakobs, Gunther. (1995). *“Derecho penal”*. Parte general, traducción de Cuello Contreras/Serrano González Murillo. Madrid. España,.
- Jiménez de Asúa, L. 1982. *“Tratado de derecho pernal: Culpabilidad y su exclusión”*. 3ª. Edición, Buenos Aires. Argentina.
- López Barja de Quiroga, J. (2004.). *“Derecho penal. Parte General”*. Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica S.A., Lima-Perú,
- López – Rey y Arrojo, M. (1985). *“Compendio de la criminología y política criminal”*. Editorial Tecnos S.A.. Madrid. España.
- López – Rey y Arrojo, M. (1983). *“Criminalidad y Abuso de Poder*, Editorial Tecnos. Madrid. España.
- Pinatel, J. *“Criminologie”*, tomo III del *“Traité de Droit pénal et criminologie”* de Pierre Bauzant, 2ª edición, Paris, Dalloz, traducido al español y publicado en Caracas, en 1974, por la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

- Rico, J. (2007). "*Crimen y Justicia en América Latina*". Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires-Argentina,
- Roxin, C. (1997). "*Derecho Penal Alemán*". Parte general, I, traducción de Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal. Madrid. .España.
- Welzel, H. (1970). "*Derecho Penal Alemán*". Parte General. Traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. 11º Edición. Santiago de Chile.
- Zavala, J. (1991). "*El Fenómeno Crimina*". en Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Ecuador.