



1859

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**

**ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**

**NIVEL DE POSTGRADO**

**MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES**

**“EL DELITO Y SU CONSTRUCCIÓN SOCIAL EN  
EL ECUADOR”**

Tesis previa a la obtención  
del Título de Magister en  
Ciencias Penales.

**Autores:**

***Dr. Luis Guillermo Gordillo Córdova***

***Dr. Roy yogi Poma Lalangui***

**Director:**

***Dr.Mg.sc. Víctor Hugo Mora***

Loja – Ecuador

2010

# AUTORIZACIÓN:

Dr. Mg. Sc.  
Víctor Hugo Mora Merino.  
**Director de Tesis.**

Que he dirigido y revisado prolijamente el presente trabajo de investigación titulado “**EL DELITO Y SU CONSTRUCCION SOCIAL EN EL ECUADOR**” presentado por los señores Dr. Luis Guillermo Gordillo Córdova y Dr. Roy Yogi Poma Lalangui; y, en razón de considerar que el mencionado trabajo cumple con los requisitos de fondo y forma establecidos en los reglamentos correspondientes, autorizo su presentación y sustentación.

Loja, junio del 2010.

Dr. Víctor Hugo Mora Merino. Mg. Sc.  
**DIRECTOR DE TESIS.**

# DECLARACIÓN DE AUTORÍA.

Los conceptos, procedimiento de investigación y las consultas realizadas en el presente trabajo investigativo denominado **“EL DELITO Y SU CONSTRUCCION SOCIAL EN ECUADOR”**, es de exclusiva responsabilidad de los autores.

Dr. Luis Guillermo Gordillo Córdova.

Dr. Roy Yogi Poma Lalangui

# **AGRADECIMIENTO.**

Dejamos constancia de nuestro profundo agradecimiento a todos quienes de una u otra manera coadyuvaron para alcanzar con éxito nuestras metas propuestas.

Agradecemos de manera particular a la Universidad Nacional de Loja en las personas de sus directivos, profesores y personal que labora en tan prestigiosa institución de educación superior, quienes mantienen viva la misión y visión para la que fue creada, al permitir que tantas personas accedan a una educación de calidad.

Expresamos un especial agradecimiento al señor Doctor Víctor Hugo Mora Merino, docente conocedor del Derecho, quien con mucha paciencia ha sabido guiar sabiamente la realización del presente trabajo investigativo.

## **LOS AUTORES.**

## **DEDICATORIA.**

Dedico el presente trabajo a mi esposa, y mis queridos hijos, inspiración de mi constante anhelo de superación, quienes siempre me han dado el apoyo en mi profesión y durante toda mi vida, para lograr las metas y objetivos que me he propuesto.

Luis Guillermo.

Dedico el presente trabajo a mi esposa a mis padres y mis queridos hijos, razón de mi vida y aliento de superación, quienes siempre han estado apoyándome a lo largo de mi carrera y durante toda mi vida

Roy Yogi.

# **ESQUEMA DE CONTENIDOS**

## **ESQUEMA DE CONTENIDO**

**TEMA: “EL DELITO Y SU CONSTRUCCION SOCIAL EN EL  
ECUADOR”**

### **1. RESUMEN.**

**ABSTRACT.**

### **2. INTRODUCCIÓN.**

### **3. REVISIÓN DE LITERATURA**

#### **3.1.- ANTECEDENTES GENERALES.**

##### **3.1. 1. El delito.**

3.1.1.1. Noción Formal y Sustancial del Delito.

3.1.1.2. Evolución de Concepto Dogmático del Delito.

3.1.1.3. Sistema Causalista.

3.1.1.4. Concepción Finalista.

3.1.1.5. La función de las ramas y disciplinas auxiliares.

3.1.1.6. Delito (sistema tripartito).

3.1.1.7. Delito (sistema bipartición).

3.1.1.8. Formas de Hechos Punibles.

3.1.1.9. El principio general de las personas en relación con el delito.

##### **3.1.2. Teoría del delito.**

3.1.2.1. Neoclásicos.

### 3.1.2.2. *Finalismo.*

#### 3.1.2.2.1. Disputas intestinas.

3.1.3. El principio general de las personas en relación con el delito.

## 3.2. CONSTRUCCION SOCIAL DEL DELITO: DE LO SOCIAL A LO DELICTUAL.

3.2.1. El propio sistema penal y sus sanciones.

3.2.2. Los medios de comunicación y la definición del *delincuente*.

3.2.3. Lo social, psicológico y estructural en la concepción del delito.

3.2.3.1. Lo social en la concepción social del delito.

3.2.3.2.1. Estructura social.

3.2.3.2.1.1. Grupo.

3.2.3.2.1.2. Grupo de pertenencia.

3.2.3.2.1.3. Grupo de referencia.

3.2.3.2.1.4. Grupo primario.

3.2.3.2.1.5. Grupo secundario.

3.2.3.2.1.6. Pluralidad y grupos de pertenencia.

3.2.3.2.2. Control social y sociedad.

3.2.3.2.2.1. El control social de delito. Efectividad del control social.

3.2.3.2.2.2. Factores del control social.

3.2.3.2.2.1. Efectividad.

3.2.3.2.2.2. Evolución y tendencias del control social penal:

3.2.3.2. Lo psicológico en la concepción del delito.

3.2.3.2.1. Función intimidadora:

3.2.3.2.2. Función de defensa social:

3.2.3.2.3. Función reformadora:

3.2.3.2.4. Deculturación:

3.2.3.2.5. Mutilación del yo:

3.2.3.2.6. Gran disminución del repertorio conductual.

3.2.3.2.7. Privación de relaciones heterosexuales, aislamiento físico, afectivo y social.

3.2.3.2.8. Violación de la intimidad personal, por los contactos interpersonales forzados

3.3.3. Lo estructural en la concepción social del delito.

3.2.4. Significados del delito en relación con la edad, el género, la clase social y la educación.

3.2.4.1. Género y Delito.-

3.2.4.1.1. Criminología feminista:

### 3.2.4.1.2. Las Especiales Condiciones de la Mujer.

## 3.3. ANALISIS DE LA REALIDAD SOCIAL ECUATORIANA.

### 3.3.1. Situación Política.

### 3.3.2. Situación Socio-Económica.

#### 3.3.3.1.1. Situación de Pueblos y Culturas.

### 3.3.4. Estudio de la constitución social de nuestro país.

### 3.3.5. Tipos de problemas sociales.

#### 3.3.5.1.1.1. Delincuencia.

#### 3.3.5.2. Consecuencias de la delincuencia.

#### 3.3.5.3. Inmediatas.

#### 3.3.5.4. Mediatas.

#### 3.3.5.3. Causales:

#### 3.3.5.4. Clases.

Delincuente levita:

Delincuente habitual:

Delincuente nato:

Delincuente Racional:

Delincuente pasional:

Delincuente político:

Delincuente primario:

Delincuente profesional:

Delincuente sexual:

Delincuente menor:

Delincuente de cuello de oro:

3.3.6. Estudio de las características sociales presentes en la comisión de algunos delitos.

3.3.6.1. Delincuencia juvenil.

3.3.6.1.1. Panorama Actual de la delincuencia juvenil.

3.3.6.2. La violencia.

3.3.6.2.1. Causas de la Violencia.

3.3.6.2.1.1. Biológicas.

3.3.6.2.1.2. Psicológicas.

3.3.6.2.1.3. Sociales.

3.3.6.2.1.4. Familiar.

3.3.6.2.1.5. Individual.

3.3.3. Agresión, agresividad, violencia y delito.

3.3.3.1. Concepto de delincuencia.

3.3.3.2. Definición de Delincuencia Juvenil.

3.3.3.2.1. La delincuencia Juvenil.

3.3.3.2.2. La delincuencia juvenil y entorno social.

3.3.3.3. Las pandillas y su regularización ante la ley.

3.3.3.4. Delincuencia femenina.

#### **4. MATERIALES Y MÉTODOS.**

- 4.1. Métodos.
- 4.2. Técnicas.
  - 4.2.1. Lectura Científica.
  - 4.2.2. Encuestas.
  - 4.2.3. Entrevistas.

#### **5. RESULTADOS.**

- 5.1. Análisis e interpretación de las encuestas.
- 5.2. Análisis e interpretación de las entrevistas.
  - 5.2.1. Resultados de las entrevistas.

#### **6. DISCUSIÓN.**

- 6.1. Verificación de objetivos.
- 6.2. Contrastación de Hipótesis.
- 6.3. Caracterización del delito como construcción social.

#### **7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.**

- 7.1. Conclusiones.
- 7.2. Recomendaciones.

#### **8. BIBLIOGRAFÍA.**

#### **9. ANEXOS.**

- 9.1. Encuesta.
- 9.2. Entrevista.
- 9.3. Índice.

# **RESUMEN**

# 1.- RESUMEN

Partimos de la premisa de que todos los seres humanos vivimos así en sociedades complejas cuya diferenciación funcional no siempre se percibe como tal y por tanto no produce el necesario sentido que nos permita comprenderlas.

El problema jurídico que aquí realizamos va dirigido a un cuestionamiento a la práctica jurídica del derecho penal en cuanto a la objetividad, imparcialidad, y la imposibilidad de aprehender los hechos acaecidos, lo que nos conlleva a expresar:

¿Hasta qué punto la sociedad influye en la construcción o existencia de los hechos ilícitos? y ¿Qué proceso de construcción se realiza de los hechos a fin de que la sociedad y la comunidad jurídica construyan el delito?

## **ABSTRACT.**

We start from the premise that all human beings live in complex societies as well as functional differentiation is not always perceived as such and therefore does not produce the necessary sense that allows us to understand.

The legal problem here is intended to make a challenge to the legal practice of criminal law in terms of objectivity, impartiality, and the inability to comprehend the events, which leads us to express:

How society influences in the construction or existence of the illegal acts? And what process of construction is made of the facts is conducted so that society and the legal community to build the offense?

## 2.- INTRODUCCIÓN.

La fisura relativista, causa de la crisis en el derecho, ha supuesto un fuerte cuestionamiento a los principios epistemológicos, ontológicos y metodológicos que han sostenido durante mucho tiempo una determinada forma de producir conocimiento científico.

El cuestionamiento de los conceptos de objetividad y verdad implica considerar la imposibilidad de aprehender la "realidad" objetiva, esto es, como algo externo a la práctica humana. Este planteamiento no afecta únicamente a los científicos en su tarea de producción de conocimiento sino que supone una nueva forma de entender la relación de las personas con el mundo. En este sentido, sostenemos que la pretendida rigurosidad del procedimiento jurídico, el establecimiento de normas y Leyes, forman parte de la estrategia elaborada por la comunidad jurídica con la finalidad de construir la objetividad y la imparcialidad en el "descubrimiento" y calificación de los hechos delictivos cometidos en el seno de nuestra sociedad.

La investigación jurídica que a continuación se desarrolla supone un cuestionamiento de los valores que sustentan la práctica jurídica; a saber: la objetividad, la imparcialidad y la posibilidad de aprehender la verdad sobre los hechos acaecidos. En este sentido, la tesis que defendemos en esta investigación es que la Justicia es una práctica

social que no difiere del resto de prácticas sociales, es decir, entendemos que no cabe la posibilidad de diferenciar el mundo social del jurídico en tanto que lo jurídico es el resultado de una serie de prácticas sociales que construyen una determinada realidad.

Nos proponemos comprender el proceso de construcción de los "hechos" en el ámbito jurídico, o lo que es lo mismo, conocer el proceso por el cual la comunidad jurídica construye el delito, y los factores que influyen en su existencia.

Asumir que la "realidad" es una construcción social y que los agentes jurídicos antes que alcanzar la "verdad" sobre los hechos presentan versiones de los mismos, implica aceptar que el trabajo que van a leer es, así mismo, una versión particular sobre la práctica jurídica.

De esta forma, en la revisión de la literatura en los antecedentes generales, presentamos el punto de partida de esta investigación así como las influencias teórico - metodológicas que orientan este trabajo.

En el marco conceptual construcción social del delito: de lo social a lo delictual, realizamos un estudio de los diferentes aspectos que influyen en la existencia del delito, así como un análisis de la percepción de inseguridad que existe en la sociedad ecuatoriana.

En el marco jurídico doctrinario nos centramos a estudiar la realidad social de nuestro país y algunas características presentes en la comisión de delitos. Para finalizar en la segunda sección presentamos los resultados en la investigación de campo, las conclusiones a las que hemos arribado en esta investigación y una gama de recomendaciones y soluciones que podemos aportar.

Ponemos a consideración de ustedes nuestro trabajo, el cual esperamos sirva como una modesta fuente de consulta para todos quienes se interesen en esta apasionante teoría del derecho penal.

# **REVISIÓN DE LITERATURA**

## **3. REVISIÓN DE LITERATURA.**

### **3.1. ANTECEDENTES GENERALES.**

#### **3.1.1. EL DELITO.**

Dado que el hombre está dotado de una voluntad libre que le permite desarrollar sus facultades naturales, teniendo como única limitante, a esa libertad, su propia naturaleza; pero, en sociedad, esta libertad está forzosamente limitada por el respeto a la libertad de otros hombres; de aquí deriva la necesidad de normas o reglas que garanticen a cada miembro del cuerpo social, con una medida igual, el ejercicio de su actividad y desarrollo.

La teoría y existencia de este principio constituye el DERECHO, en su acepción más extensa. Por tanto, el derecho como un conjunto de normas de observancia obligatoria para todos los miembros de la sociedad, que han sido establecidas por el Estado de acuerdo a procedimientos previamente determinados, permiten la convivencia de todos los miembros de la sociedad entre sí, de las instituciones del Estado y la interrelación de éstas con la sociedad. Desde luego, la manifestación del derecho, en su aspecto práctico y real, es por medio o a través de la ley. Ella y a los intereses de la sociedad, para una correcta y legal convivencia entre los miembros de la sociedad y su relación con las instituciones del Estado, que la misma ley denomina delito.

La causa de la infracción o de la no observación de las disposiciones de la ley, el delito, en perjuicio de la sociedad y de la obligatoriedad de la misma ley por los hombres, obedece a muchos y muy diversos factores, los que se mencionan más adelante; sin embargo, por lo pronto, se adelanta que esos factores tienen origen en la propia naturaleza del hombre y la convivencia estrecha a la que, hoy en día, se ve sometido. Pues, el hombre siempre pretenderá tener un mayor número de satisfacciones que otros, incluso más de los que necesita, por el sólo hecho de acumular riquezas y el poder, que en la sociedad actual, representan una posición admirada y envidiada por algunos de sus miembros, aún cuando no las puede conseguir de manera honesta y legal.

En este sentido, es que el delito es una consecuencia de la convivencia social, que infringe normas legales, en el afán de llegar a obtener la aprobación social, desde el punto de vista económico, y la dirigencia de la misma, como patrón de admiración.

En este orden de ideas, es que se desarrolla el tema denominado "EL DELITO", desde el punto de vista del Derecho Penal, analizándose la definición de éste y la ubicación del delito dentro de él. Por su parte, al delito se le define, se estudian los tipos de delito cuya existencia acepta la ley, desde el punto de vista de su realización y su ubicación dentro de la legislación que los prevé, las circunstancias que inciden en su existencia.

Desde el punto de vista jurídico, Ecuador se presenta en la actualidad ante una profundización del Estado Constitucional de Derecho; ahora bien, siempre que la política legislativa, demás políticas públicas y la práctica del Derecho se encaucen en tal dirección, la Constitución debe significar una importante evolución en el desarrollo del Estado constitucional contemporáneo, entendido como Estado destinado a garantizar la protección y vigencia de los derechos humanos, conforme a los principios de progresividad, indivisibilidad, interdependencia e irrenunciabilidad, expresamente regulados en la Constitución de la República de Ecuador. De esta forma, democracia, Estado constitucional y garantía de los derechos humanos, de víctimas y victimarios, se constituyen en cristales de un único cuerpo prismático.

De esta forma, el Derecho Penal y su legislación dependiente deben sujetarse al modelo de Derecho Penal propio de un Estado democrático, social, constitucional de derechos y de justicia, lo cual supone la adscripción a los principios y a la contribución del Derecho Penal contemporáneo de signo garante.

De allí también deriva la responsabilidad que tiene la justicia penal de ofrecer una tutela judicial efectiva íntimamente constreñida a los términos de las garantías penales de aquellos derechos y bienes jurídicos penalmente protegidos contra ataques violentos, significativos y relevantes.

El horizonte de reflexión ética de nuestro tiempo está enmarcado por los derechos humanos, por lo que el objeto de un texto normativo está dado por su congruencia con las declaraciones, convenios y acuerdos suscritos por la República en materia de reconocimiento, proclamación y garantía de los derechos inherentes a la persona humana, todos ellos constitucionalizados.

Pertenece Ecuador a la familia de los pueblos del mundo que reconocen en la dignidad de la persona humana un valor esencial, que debe servir de basamento a la creación, interpretación y aplicación del orden jurídico positivo. Valor ético que, cual estrella polar, debe guiar el quehacer de legisladores, administradores y jueces.

Ambos preceptos son principios fundamentales de derecho, derivados de la ficción necesaria de que la Ley es universalmente conocida desde su promulgación. Verificada la publicidad, queda satisfecha la necesidad social que impone tal solemnidad, puesto que el ciudadano queda; si no enterado de la ley, al menos habilitado para conocerla.

La carencia de conocimiento no puede mermar la obligatoriedad de la Ley. La autoridad pública pone las leyes al alcance de los ciudadanos, quienes pueden enterarse de ellas por sí mismos o por medio de terceros. Es, realmente necesario que el ciudadano conozca las leyes; pero sabemos que es materialmente imposible que todos los

habitantes puedan conocer con la prontitud del caso las leyes que dicta el Estado.

### **3.1.1. 1. Noción Formal y Sustancial del Delito:**

En la antigüedad, para establecer la responsabilidad penal, sólo se tomaba en cuenta el daño ocasionado, pero ciertos autores se han empeñado tercamente en formular aquel concepto en los términos siguientes: “El delito es la violación de un deber jurídico, de un derecho subjetivo”: finalmente “el delito es la negación del derecho objetivo.”<sup>1</sup>

El concepto de delito. La idea del delito toma su origen en la ley penal. Entre la ley penal y el delito existe un nexo indisoluble, pues el delito será propiamente la violación a la ley penal o, para ser más exactos, será la violación de una Ley o su cumplimiento, la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley; en consecuencia, delito será todo acto antijurídico estatal penal le adscribe como consecuencia, una pena, impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso judicial.

En el delito, para su existencia, deben de incidir dos sujetos: El sujeto activo y el sujeto pasivo, en ocasiones intervienen otros en conjunción con el activo, ya sea antes o después de la comisión o realización del delito, que para los efectos de este estudio no revisten

---

<sup>1</sup> GARCIA. Pablos de Molina A Pág. 90. Edición 1990.

mayor relevancia, por el momento. El sujeto activo del delito será toda persona que, en términos generales, infrinja la ley penal, ya sea por su propia voluntad o sin ella; es decir, el delito puede ser cometido, por el sujeto activo, con pleno conocimiento de la acción que va a realizar, esperando el resultado de éste, o, en caso contrario, sin la voluntad de ese sujeto, cuando la acción, que da origen al delito, no es deseada y se comete por imprudencia, negligencia o sucede por un accidente. Sin embargo, este sujeto será el que realice la acción de la conducta o la omisión de la misma que están previstas y sancionadas por la ley penal. En el caso del sujeto pasivo del delito, éste será toda persona que resienta el daño que ocasiona la comisión del delito, la consecuencia de la conducta delictiva, ya se trate de su persona, en sus derechos o en sus bienes. La persona a quien se le afecta en su esfera personal de derechos e intereses.

El delito formal se perfecciona con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado. Son delitos de lesión daño y de peligro según el objeto o fin que persiguen, la perturbación, daño, disminución o destrucción del bien jurídicamente protegido, son delitos contra el bien público o del Estado mismo de sus Instituciones y delitos contra las personas privadas, delitos políticos y no políticos.

Según los sujetos que los realizan, los delitos individuales y colectivos, comunes y especiales según la ley que los contenga; y

ocasionales y habituales según la constancia con que delinque el sujeto que los realiza. Según los requisitos para la procedibilidad o persecución de los delitos, conforme al bien jurídico protegido que afecta, de acuerdo a la naturaleza del daño afectación del bien, los delitos son de acción pública (denuncia) o de acción privada (querrela).

La teoría del delito a fines del siglo XIX y bajo la influencia de las ideas científicas, imperantes en la época, los juristas se preocuparon de identificar los "elementos naturales" del delito. Las nociones utilizadas fueron de naturaleza síquica o biológica. De ser necesario fijar una fecha para indicar -más o menos arbitrariamente- el origen de la "teoría del delito", debemos referirnos, sin duda, a la publicación del Lehrbuch de Franz Von Liszt, realizada diez años después de la entrada en vigencia del Código Penal Alemán de 1871. En esa ocasión, el jurista germano formula la distinción entre las nociones de culpabilidad y antijuricidad.

En 1906, Ernest Von Beling propone, en su obra Lehre Von Verbrechen, un tercer elemento: La tipicidad. Desde entonces, el delito es concebido como un comportamiento humano (controlado por la voluntad), típico, ilícito y culpable. Por típico, se entiende "conforme a la descripción contenida en la disposición penal" (Tatbestand). Esta última, llamada entre nosotros tipo legal, fue considerada un descubrimiento revolucionario.

La culpabilidad fue vista como el aspecto subjetivo del comportamiento (evento físico exterior) que consistía en la relación psicológica existente entre el autor y su acción. El carácter ilícito del acto fue explicado recurriendo al positivismo jurídico que reducía al derecho a un conjunto de normas dictadas por el legislador. El acto realizado era, en consecuencia, considerado ilícito cuando la conducta humana no era la correcta. La descripción naturalista de la infracción deviene -apoyada en el sistema conceptual del positivismo jurídico- la base de las investigaciones penales. Su esquema (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) ha sobrevivido hasta ahora.

“Se puede sostener que esta concepción clásica del delito . en la resolución de problemas penales, por la utilización exclusiva de nociones jurídicas (p. ex. Begriffjurisprudenz). El inicio del presente siglo fue marcado, en el dominio penal por la pérdida de crédito por parte de la concepción Liszt-Beling. El progresivo abandono de sus ideas fue consecuencia de las críticas formuladas, primero, desde la perspectiva filosófica. Esta fue obra de la corriente de ideas denominada "teoría neokantiana del conocimiento.”<sup>2</sup>

La idea central consistía en separar, radicalmente, la realidad (Sien) del mundo normativo (Sollen). El primer efecto de esta idea fue la constatación que del análisis empírico de la realidad no es posible extraer criterios normativos que nos permitan apreciar axiológicamente

---

<sup>2</sup> ARTEAGA, Calderón Marco. Inicios del Pensamiento Sociológico. Editorial Ayba. Pág. 120

esta realidad. La noción de delito es, entonces, revisada de acuerdo a los fines axiológicos de derecho penal que no son -contrariamente a lo admitido por el positivismo jurídico- previsto completamente en la ley. La nueva definición del delito, denominada neoclásica o teológica, se funda en tres "descubrimientos" esenciales:

**Primero:** En el dominio de la tipicidad, aquel de la identificación de los elementos normativos del tipo legal.

**Segundo:** La constatación que la antijuricidad es tanto material (violación de los bienes jurídicos protegidos) como formal (violación de las normas).

**Tercero:** El reconocimiento del carácter normativo de la culpabilidad que consiste en un reproche formulado contra quien obra libremente, contra el orden jurídico. Las insuficiencias de la concepción neoclásica fueron criticadas por la teoría finalista. A la idea de distinguir, con nitidez, el mundo normativo y la realidad concreta (defendida por los neokantianos), Hans Welzel opone, de un lado, la idea de las "estructuras lógico-objetivas" previas a toda regulación jurídica y, de otro lado, la idea de la "naturaleza de las cosas". Según Welzel, el comportamiento humano debe ser comprendido desde una perspectiva ontológica. Este elemento fáctico no puede ser ignorado ni alterado por el legislador al elaborar las normas legales. La base de la concepción de Welzel es, precisamente, el comportamiento humano, caracterizado, esencialmente, por su estructura finalista.

Esto presupone que el individuo tiene la capacidad de proponerse diferentes objetivos y de orientar su comportamiento en función de uno de estos fines. Su capacidad esta en relación con las posibilidades que tiene de prever las consecuencias de su acción y del conocimiento que posee respecto a la causalidad. La aceptación de los criterios de Welzel comporta una modificación profunda de la sistemática del delito. La tipicidad no puede ser más considerada como la descripción objetiva de la acción. Debe comprender, igualmente, la estructura finalista del comportamiento. Resulta así necesario, con la finalidad de tener en cuenta el aspecto esencial del comportamiento, establecer al lado del tipo legal objetivo, otro de naturaleza subjetiva. En las infracciones intencionales, la finalidad de la acción -que no es diferente del dolo o intención- constituye el elemento central del tipo subjetivo. Los elementos subjetivos que caracterizan la finalidad de la acción y que eran considerados extraños al tipo legal, se transforman en partes intrínsecas de la tipicidad. Los cambios en el dominio de las infracciones culposas han sido también fundamentales.

La nueva estructura de la tipicidad hace necesario separar, claramente, las infracciones dolosas de las culposas. El carácter ilícito de estas últimas no puede ser reducido al hecho de causar un daño a terceros. Para corregir esta deficiencia, los finalistas colocan en primer plano la violación del deber de cuidado destinado a evitar dicho perjuicio. De esta manera, el finalismo logra depurar a la culpabilidad de los elementos psicológicos conservados por la concepción

neokantiana. La culpabilidad es, por tanto, definida como un puro reproche dirigido contra el autor del acto típico. De otra parte, el finalismo ha conducido a explicar, separadamente, las infracciones omisivas; pues, su peculiar estructura requiere un análisis especial. Así, se afirma la diferencia substancial entre las infracciones de comisión y las de omisión. Estas últimas constituyen siempre la no realización de una acción exigida por el orden jurídico.

“Los elementos del delito omisivo deben ser entonces revisados tomando en cuenta este aspecto normativo. Las "innovaciones" del finalismo han permitido la rectificación global de las imprecisiones y contradicciones propias al neoclasicismo. En los últimos años, se ha producido una renovación de la teoría del delito. Se caracteriza, principalmente, por el abandono del procedimiento axiomático-deductivo del finalismo.”<sup>3</sup> Autores -como Roxin tratan de innovar el análisis del delito mediante criterios que estarían en la base de un sistema penal racional y liberal. Con este objeto, recurre a los innegables aportes de los modernos trabajos en el ámbito de la política criminal y de la criminología.

La Definición de delito de acuerdo al principio de la legalidad, nadie puede ser penado si no ha cometido un acto descrito previamente en la ley. Se designa a tal acción con el nombre de delito (lato sensu) y la parte de la disciplina jurídica que lo estudia se llama teoría del delito.

---

<sup>3</sup> ANIYAR DE CASTRO. Criminología de la reacción social. Pág. 12.

Tradicionalmente, el delito ha sido definido como la acción u omisión penada por la ley. Esta definición puramente formal figura frecuentemente en los antiguos códigos penales. Como lo hemos de constatar, las diferentes concepciones doctrinales hacen referencia a un esquema básico de la infracción acción típica, ilícita y culpable.

### **3.1.1.2. Evolución de Concepto Dogmático del Delito:**

Conforme a lo que hoy plantea la Teoría Dogmática, el delito es una conducta típica (acción u omisión), antijurídica y culpable, añadiéndose frecuentemente que, además, sea punible. Sus elementos son, entonces, la tipicidad (la adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal), la antijuricidad (la contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico) y la culpabilidad (el reproche que se hace al sujeto porque pudo actuar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico) esencialmente.

Las bases de la moderna teoría del delito fueron sentadas por VON LISZT que fue el primer autor que deslindó el problema de la consideración subjetivista del delito y la consideración objetivista de éste, introduciendo en el Derecho Penal la idea de antijuricidad (que previamente había sido formulada en el ámbito del Derecho Privado por Ihering) en la segunda mitad del siglo XIX. Remató la teoría analítica del delito con una clara formulación del elemento "tipicidad" BELING, por ello se habla del sistema LISZT-BELING para expresar la moderna y analítica teoría del delito, y que, además, es el sistema

denominado naturalista-causalista. Los dos autores aplicaron en su investigación del concepto de delito el método utilizado en las ciencias naturales, consecuentes con sus posturas positivistas. El concepto superior que delimita el objeto de estudio que acota la parte de la realidad que va a ser objeto del estudio es la acción, que es la base del delito.

La acción es un hecho natural en la que lo esencial es el movimiento corporal humano. A este movimiento corporal se le aplica el tipo y la conformación de la tipicidad es, así, absolutamente objetiva (no es un juicio valorativo ni tiene en cuenta la subjetividad). La acción objetivamente típica se hace objeto del primer juicio: si es un ataque a bienes jurídicos (juicio de antijuricidad); después, de una segunda valoración: se tiene en cuenta el contenido de voluntad (culpabilidad). El sistema causalista-naturalista queda establecido de la siguiente manera:

- “La acción es la base del delito, no uno de sus elementos.
- Lo injusto surge como primer elemento que tiene dos aspectos: la tipicidad (descriptivo-no valorativo), y la antijuricidad (descriptivo-valorativo).
- Se tiene en cuenta la culpabilidad como elemento subjetivo.”<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> **BARATTA, Alessandro.** Criminología Crítica del derecho penal. Tercera Edición Pág. 21

La acción se concibe como un fenómeno puramente causal, exactamente igual que cualquier otro fenómeno de la naturaleza. Lo que el sujeto haya querido con su acción (el contenido de su voluntad) solo interesa en el ámbito de la culpabilidad. Sin embargo, este modelo fue rápidamente revisado. En base a las afirmaciones de FISCHER, de que había elementos subjetivos en el injusto que necesariamente habían de tenerse en cuenta para comprenderlo (p.ej. el ánimo de apropiación en el hurto) y en base a las afirmaciones de MAYER de que en el tipo había elementos normativos que exigían una valoración de ciertas circunstancias expresadas en él (p.ej., expresiones en la ley como "funcionario público"); MEZGER reconstruyó el sistema que, sin dejar de ser causalista (seguía estimando la acción como base o concepto superior de la teoría), pasó a denominarse causalista-valorativo. Un verdadero cambio del modelo lo supuso la obra de WELZEL, para quien la acción deja de ser puramente causal y se concibe como acción final.

La acción humana es siempre tendente a un fin, es finalista. Este carácter se fundamenta en que el hombre, que conoce los procesos causales, representa dentro de ciertos límites los resultados que su conducta puede acarrear y los quiere, conforme al plan que ha previsto. Este carácter de la acción no lo desconocían ni negaban los causalistas, pero se diferencian de los finalistas en que éstos recurren desde el primer momento a los elementos subjetivos para tipificar la acción, no admitiendo que queden relegados para posteriores análisis.

Según el finalismo, la consideración de la acción nunca puede prescindir de los fines perseguidos por el actor, ya que la finalidad da sentido al proceso puramente causal y es, esencialmente, inseparable de éste. Y todo esto trae las siguientes consecuencias en la elaboración del concepto de delito:

- La tipicidad tiene aspectos objetivos (tanto descriptivos como normativos y por lo tanto valorativos) y aspectos subjetivos (como el dolo y la culpa). La antijuricidad es un juicio objetivo de valor que contiene elementos subjetivos.
- La culpabilidad es un juicio subjetivo de valor que analiza la posibilidad de un actuar distinto del sujeto, de un actuar conforme a Derecho.

Aproximadamente desde 1970 se han efectuado intentos de desarrollar un sistema "racional-final" (o teleológico) o "funcional" del Derecho Penal. Los defensores de esta orientación están de acuerdo en rechazar el punto de partida del sistema finalista y la asunción de la idea de que el sistema única y exclusivamente pueda basarse en las finalidades del Derecho Penal. Sobre esta base, ROXIN elabora y desarrolla con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos, sustituyendo la vaga referencia a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal, todo ello con las siguientes consecuencias:

Respecto del concepto de acción se considera que alguien ha llevado a cabo una acción realizando una valoración consistente en que ha de podersele imputar a alguien como conducta suya un suceso que parte de él o un no hacer. En el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena, independientemente de la persona del sujeto concreto y de la situación concreta de la actuación. Por tanto, el fin político-criminal de la conminación penal es preventivo general. En el injusto se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos de la respectiva situación. En este tercer escalón del delito se desliga el hecho de la abstracta tipificación situando el hecho en el contexto social. La última categoría política penalmente relevante es la de la responsabilidad, mediante la cual se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado.

El sistema funcionalista tiene dos piezas fundamentales:

En primer lugar, la teoría de la imputación al tipo objetivo. Mientras que para la concepción casualista el tipo objetivo agotaba el contenido del tipo, para la concepción causalista valorativa comprendía los elementos subjetivos del tipo y para el finalismo comprende el dolo, para la concepción funcionalista hace depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma, sustituyendo la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por valoraciones jurídicas.

En segundo lugar, la ampliación de la culpabilidad a la categoría de la responsabilidad. A la culpabilidad se añade la condición ineludible de la necesidad preventiva, general o especial, de la sanción penal.

Entre los intentos de lograr una fundamentación teleológica del Derecho Penal destaca la obra de JAKOBS y SCHMIDHÄUSER. El primero, discípulo de WELZEL, niega contenido prejurídico a los conceptos básicos (acción, causalidad, etc.), los cuales sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica. La peculiaridad más notable de su teoría del delito consiste en que para él, en concordancia con su teoría del fin de la pena, “la culpabilidad queda totalmente absorbida por la prevención general”<sup>5</sup>

o sea que no la considera como algo objetivamente dado. El primer elemento del concepto del delito es el de la acción u omisión. De ello se deduce que no pueden constituir delito el mero pensamiento ni la mera resolución de delinquir que no haya sido puesta de manifiesto por hechos externos, ni una mera disposición de ánimo.

Es de la acción de quien se predicán los restantes elementos del delito, y es la realización de la acción el dato inicial de que el Derecho Penal parte para intervenir, en cuanto al ordenamiento jurídico penal sólo importa la conducta externa, esto es, la externa manifestación de la voluntad del hombre. Sin embargo, los derechos positivos, incluido el español, no formulan un concepto de acción (ni de omisión), se limitan

---

<sup>5</sup> **BARATTA, Alessandro.** Criminología Crítica del derecho penal. Tercera Edición Pág. 22

a declarar qué acciones u omisiones son constitutivas de infracción penal.

### **3.1.1.3. Sistema Causalista:**

En el sistema causalista, la acción consiste en una modificación causal del mundo exterior, perceptible por los sentidos y producida de modo voluntario por un movimiento corporal. Los tres elementos de la acción son:

Manifestación de voluntad, bastando con que el sujeto quiera su propio obrar. El contenido de la voluntad, es decir, lo que ha querido, carece de significación y sólo tiene importancia dentro de la problemática de la culpabilidad. Asimismo, la manifestación de voluntad ha de ser consciente, espontánea y exteriorizada, ya que no constituyen acción, por ejemplo, los hechos realizados en sueños o por movimientos meramente reflejos, y menos aún, aquellos que se realizan cuando el sujeto se halla constreñido por una fuerza irresistible. Sin embargo los hechos que se puedan cometer cuando un ser humano se encuentra en un estado de sonambulismo no desliga responsabilidad ya que si se cometió un delito bajo este estado no deja de ser delito

El resultado, que puede consistir o bien en una modificación o cambio del mundo exterior como consecuencia de la manifestación de

voluntad, o bien en el mantenimiento de ese mismo mundo exterior a causa de la no realización de una acción esperada y exigible.

Una relación de causalidad, consistente en una precisa relación entre los dos elementos anteriores, manifestación de voluntad y resultado.

Para los causalistas la acción es una conducta humana voluntaria, prescindiendo de qué se ha querido con tal comportamiento, cuya consideración pertenece al ámbito de la culpabilidad.

#### **3.1.1.4. Concepción Finalista:**

En cambio, según la concepción finalista, la acción siempre tiende a una finalidad, no se concibe un acto voluntario que no se dirija a un fin, lo cual no es ignorado por la teoría causalista, pero su importancia se estudia en el ámbito de la culpabilidad. Con ello discrepa el finalismo que tiene en cuenta los fines ya en sede de tipicidad, afirmando que cuando el legislador describe una conducta en un tipo penal no describe un simple proceso causal, sino un proceso causal en la medida que se deriva de la realización de una acción final humana.

Naturalmente, el sujeto realiza una valoración de la acción, pero es una valoración positiva, bien porque la considere justa, beneficiosa o de otro modo positiva para él. Pero junto a esa valoración positiva

existe otra valoración negativa de la acción, que es la realizada por la comunidad y que constituye la llamada antijuricidad.

Para el finalismo, la diferencia entre la acción culposa y la dolosa estriba en que, mientras en la acción dolosa la finalidad es factor configurador del proceso acción, en la acción culposa es únicamente momento de referencia. En este caso, la acción del sujeto no está dirigida al fin y lo que eleva a este suceder por encima de un simple proceso causal es la circunstancia de ser evitable finalmente, siendo la acción culposa, por ello, genuina acción.

Así pues, según la teoría finalista, las acciones dolosas se separan radicalmente de las culposas, pasando a ser el dolo un elemento de la acción sustraído al ámbito de la culpabilidad, y como la acción constituye la base del tipo de lo injusto, el dolo deviene un elemento subjetivo del tipo legal. También cabe mencionar al tratar el concepto de acción a la teoría social del Derecho. El concepto social de acción parte de la idea de que un elemento tan fundamental para la configuración y efectos del Derecho Penal como es la acción, no puede ser definida atendiendo solamente a las leyes de la naturaleza, de espaldas al mundo del Derecho. Lo que la acción importa al Derecho Penal es que produzca consecuencias socialmente relevantes.

Por tanto, el concepto de acción debe ser configurado, según esta teoría, de tal modo que pueda ser valorado por patrones sociales, bastando con que el producir sea voluntario. Así entendida, acción será

realización de consecuencias relevantes para el mundo social y voluntariamente realizadas por un hombre. Por otra parte, para que una acción o una omisión sean constitutivas de delito, han de estar comprendidas en un tipo de lo injusto del Código Penal o de una ley penal especial, como consecuencia del principio de legalidad. La acción o la omisión habrán de estar comprendidas, por tanto, en una de las figuras de delito contenidas en el Código Penal o en las leyes penales especiales. El concepto de tipo es acuñado en la sistemática de la teoría del delito por BELING, quien postulaba una concepción descriptiva (valorativamente neutral) del mismo, aunque en ulteriores escritos revisara su postura.

Posteriormente, MAYER profundizó en las relaciones tipicidad-antijuricidad, otorgando a la primera una función de indicio (y conocimiento) de la antijuricidad, admitiendo, asimismo, la presencia de elementos normativos en la tipicidad, al señalar que la propia función indiciaria de la tipicidad comportaba ya la idea de que ésta no puede ser valorativamente neutral. En el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena; es decir, independientemente de la persona del sujeto concreto y de la concreta situación de la actuación.

El fin político criminal de dicha conminación penal abstracta es preventivo general: al acogerse una determinada conducta en un tipo se pretende motivar al individuo para que omita la actuación descrita en

el mismo, o en los delitos de omisión, para que lleve a cabo la conducta ordenada. Pero no sólo la prevención general, sino también el principio de culpabilidad imprimen carácter al tipo.

Un cometido esencial de la teoría de la imputación objetiva consiste en excluir del tipo objetivo, frente a su anterior entendimiento puramente causal, las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad o como consecuencia de un *versari in re ilícita*, por infringir el principio de culpabilidad. Así pues, la necesidad abstracta de pena bajo el aspecto de la prevención general y el principio de culpabilidad son los criterios político criminales rectores del tipo; y, únicamente la prevención especial es ajena a la interpretación del tipo, ya que la misma presupone un delincuente concreto, que aquí no desempeña aún ningún papel.

Centrándonos ya en la concepción de lo injusto, podemos decir que, en la categoría del injusto se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos reales de la respectiva situación, conforme a los criterios de la permisión o prohibición. En este tercer escalón del delito debería hablarse de "injusto" y no de mera "antijuricidad". Pues así como el tipo acoge dentro de sí la acción (solo las acciones pueden ser típicas), el injusto contiene acción y tipo (solo las acciones típicas pueden ser injusto penal). En cambio, la antijuricidad no es una categoría especial del Derecho Penal, sino de todo el ordenamiento jurídico (hay conductas que pueden ser

antijurídicas para el Derecho Civil y no obstante ser irrelevantes para el Derecho Penal), y las causas de justificación también proceden de todos los campos del Derecho, lo que no deja de ser importante para los criterios rectores del injusto. En el aspecto político criminal, el juicio de injusto se caracteriza por tres funciones: “soluciona colisiones de intereses de forma relevante para la punibilidad de uno o varios intervinientes; sirve de enlace para las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas; y entrelaza el Derecho Penal con todo el ordenamiento jurídico e integra sus valoraciones decisivas.”<sup>6</sup>

La dogmática clásica ancló su concepto de delito en la distinción entre un injusto entendido de forma puramente objetiva y una culpabilidad concebida con carácter puramente subjetivo, por lo que limitó el concepto de antijuricidad a la valoración del estado causado por el hecho. Así, de forma especialmente clara, MEZGER dice que "el injusto es modificación de un estado jurídicamente aprobado o producción de un estado jurídicamente desaprobado, no alteración jurídicamente desaprobada de un estado".

Por el contrario, la moderna teoría del delito, parte de la observación de que la antijuricidad del hecho no se agota en la desaprobación del resultado del delito, sino que también la forma de producción del estado jurídicamente desaprobado debe incluirse en el

---

<sup>6</sup> **BARATTA, Alessandro.** Criminología Crítica del derecho penal. Tercera Edición Pág. 24

juicio de desvalor. De ahí se sigue para la dogmática actual la fructífera distinción de desvalor de acción y desvalor de resultado en el injusto. Últimamente, sobre la base de una teoría del injusto entendida de modo puramente final, se defiende la tesis extrema de que el desvalor del resultado carece por completo de significación para el injusto y que la razón de su admisión por el legislador en el precepto penal, es, sólo, la de que la necesidad de pena ha de vincularse a una manifestación externa del desprecio de la prohibición.

En el concepto de delito el desvalor de resultado sería, únicamente, por tanto, una condición objetiva de punibilidad. Pero esta concepción debe ser, como apuntan JESCHEK o MAURACH, rechazada. El injusto no consiste sólo en la relación existente entre voluntad de la acción y mandato de la norma, sino también el daño social que por causa del hecho sufren el lesionado y la comunidad y que el mandato de la norma está llamado a impedir. La eliminación del desvalor del resultado conduciría, asimismo, a resultados opuestos a las necesidades político-criminales. Así, en el hecho doloso habría que equiparar la tentativa acabada a la consumación y en el hecho imprudente debería someterse a pena todo comportamiento descuidado. Finalmente, y para terminar con este comentario sobre la teoría jurídica del delito, haremos una breve referencia a la concepción de la norma.

Lo primero a tener en cuenta es que la concepción de la esencia de la antijuricidad depende decisivamente de la posición que se adopte en torno a la cuestión de si las proposiciones jurídicas son normas de valoración o de determinación, o ambas cosas a la vez. Una norma sería de valoración si se limitase a expresar un juicio de valor, positivo o negativo, sin imponer ningún imperativo concreto dirigido a su destinatario. En cambio, norma de determinación, significa la expresión de un mandato o prohibición que trata, a modo de imperativo o directivo, de determinar la conducta del destinatario. Según una dirección doctrinal (MEZGER, NAGLER, BAUMANN, BOCKELMANN, NOWAKOWSKI), la norma jurídica con arreglo a la cual se mide la antijuricidad de una acción es sólo una norma de valoración. Para la misma, el legislador ordena la convivencia humana mediante la constatación por las normas jurídicas de los estados y acontecimientos que se corresponden con el orden por él imaginado para la colectividad y de aquellos otros que se oponen a él. En esta concepción, el Derecho no es sino la suma de los juicios de valor con cuya ayuda se distingue el comportamiento jurídico del antijurídico.

Toda norma jurídica es norma objetiva de valoración que permite enjuiciar el actuar del hombre desde la perspectiva del orden comunitario. El Derecho no contiene imperativos dirigidos a los particulares, sólo establece, como dice MEZGER, un deber ser impersonal, al limitarse a caracterizar como deseables o indeseables ciertos estados y acontecimientos.

Como norma de determinación, en cambio, el Derecho no ha de hacer aparición hasta el momento de la culpabilidad. Sólo allí habrá que preguntar si, y en qué medida pudo el hombre dejarse guiar por los juicios de valor contenidos en las proposiciones jurídicas normas de determinación. Resulta, no obstante, en opinión de JESCHEK, preferible la opinión contraria. El orden jurídico penal se integra, según esta, de manifestaciones de voluntad del legislador, que imponen un determinado comportamiento de parte de sus destinatarios. Es preciso, por tanto, concebir sus normas como proposiciones de deber ser dirigidas a todos.

Las normas jurídicas han de entenderse, pues, como imperativos, sentido en el que de hechos conciben por parte de la colectividad. Los imperativos de las normas se dirigen a todos aquellos a los que afecta su contenido, sin distinción según la edad, la salud mental ni la cultura de los destinatarios de la norma. Ello posee la importante consecuencia de que las medidas asegurativas o educativas que el Juez impone a enfermos mentales y jóvenes no son disposiciones de policía que deban combatir una perturbación del orden público procedente de un estado peligroso, sino propias sanciones que se asocian a un hecho antijurídico. La norma jurídica, por tanto, no ha de concebirse sólo como norma de determinación, sino, al mismo tiempo, como norma de valoración: La norma vincula el mundo del pensar al mundo del actuar (KAUFMANN).

Teoría de la ley penal tiene como fuente a ley, por su interpretación y aplicación.

La teoría del delito lo entiende como infracción voluntaria de una ley penal haciendo lo que ella prohíbe o demanda.

Respecto a la teoría de las penas y medidas de seguridad, se la considera a la pena como el castigo legalmente impuesto por el estado al delincuente para conservar el orden jurídico; por el contrario, las medidas de seguridad son prevenciones legales, encaminadas a impedir la comisión de nuevos delitos por quienes ya han sido autores de algunos de ellos.

**3.1.1.5. La función de las ramas y disciplinas auxiliares.-** El derecho penal se interrelaciona con otras ramas y disciplinas auxiliares que como su nombre lo indica lo auxilian en la aplicación y ejecución de sus normas lo anterior es muy importante ya que sin la ayuda de ellas no podría llevarse a cabo el cumplimiento de el derecho penal. Estudian el nexo entre el delito y los factores que influyen en su producción. Tenemos siete reglas de oro.

**a). Identificar el campo de la Criminalística:** La Criminalística está constituida por un conjunto de conocimientos heterogéneos encaminados al hallazgo de los delincuentes, al conocimiento del modus operandi del delito y al descubrimiento de las pruebas y de los procedimientos para utilizarlas. Se trata de diversas ciencias y artes

para investigar los delitos y descubrir a los delincuentes. El Estado cuenta con la Política Criminal que es la ciencia conforme a la cual el Estado debe realizar la prevención y la represión del delito. Es el aprovechamiento práctico por parte del gobierno, de los conocimientos adquiridos por las ciencias penales, a fin de dictar las disposiciones pertinentes para el logro de la conservación básica del orden social.

**b). Identificar las técnicas criminalísticas:** Balística, dactiloscopia, retrato hablado, etc. La Unidad de Revolución del Derecho Penal relata las características de la etapa denominada época Bárbara de la venganza Privada que era conocida también como venganza de sangre, en donde el ofendido se hacía justicia por sí mismo, donde el afectado ocasiona un daño igual al recibido, a su ofensor. Es identificada esta época como la ley del talión,

**c). Distinguir las características generales doctrinales de la corriente filosófica jurídica denominada Escuela Clásica del Derecho Penal, y anotar conceptos de los pensadores de esa escuela:** Pensadores: Francisco Carrara, Romagnosi, Hegel, Rossi y Carmignani. Libre albedrío. Establece que todos los hombres nacen con igualdad para actuar conforme a derecho, de manera que quien lo contraria lo hace a su libre elección; además, se niega el determinismo, el fatalismo o la predisposición hacia el delito.

**d). Igualdad de Derechos:** Derivado del anterior, se colige que el hombre nace igual en cuando sus derechos; por ello, la ley debe

aplicarse en la misma manera a todos los hombres, por provenir de la misma circunstancia de igualdad.

**e). Responsabilidad moral:** Como el hombre nace con libre albedrío y puede escoger libremente entre el bien y el mal, la responsabilidad es de tipo moral.

**f). El delito como eje y como entidad jurídica:** El punto de partida de los problemas penales lo constituye el delito, que es una entidad meramente jurídica; así, importa más lo objetivo que lo subjetivo.

**g). La manifestación externa constitutiva del delito:** Es lo que interesa, independientemente de circunstancias internas y, con base en el delito, debe castigarse al delincuente. Método empleado. Como se sabe, el objeto determina el método en la investigación, de manera que esta escuela sigue el deductivo (de lo general a lo particular). También se conoce como método especulativo, lógico abstracto, teleológico o finalista.

Como el derecho penal es una ciencia normativa que pertenece al mundo del deber ser, no era posible, según los clásicos, emplear el método seguido por las ciencias naturales en el que las leyes son inflexibles, pues este terreno pertenece al mundo del ser (o sea, lo que es), independientemente de la voluntad del hombre. Pena proporcional al delito. La pena debe ser un castigo directamente proporcional al delito cometido, y previamente señalada en la ley (Carrara habla tanto

de moderación de las penas, como de su humanización y seguridad).  
Principio de Proporcionalidad.

### 3.1.1.6. Delito (sistema tripartito).

Acción humana. Típicamente antijurídica. Culpable. Culpabilidad: formación de la voluntad contra un deber de una persona y que es reprochable a su autor. El Juez imputa el delito a su autor como consecuencia de haber formado su voluntad contra un deber impuesto por una persona. Ya no hay término psicológicos; culpabilidad normativa.

**3.1.1.6.1. Características:** Formación de la voluntad. Posibilidad de reprochar. Imputabilidad: `Capacidad para actuar culpablemente. Hay dos formas de actuar culpablemente: **Dolo:** Voluntad de obrar según los elementos del tipo y tener conocimiento de ello, y conciencia de que se obra antijurídicamente. **Imprudencia:** incurre en un error, en una falta de cuidado; ha infringido un deber de cuidado; no tenía voluntad de causar ese resultado. La concepción neoclásica es dominante hasta los años 30-40 (en España dura más), por eso surgen objeciones: Político-criminales. Indiferencia de la dogmática del derecho publico frente a la transformación de la sociedad, debido al relativismo valorativo del concepto de delito neoclásico, no establecía ningún valor, es neutral respecto a los valores, indiferente; por eso daba igual la ideología (corrientes totalitarias); penalistas indiferentes por ejemplo, el nazismo, ellos no juzgaban los valores, existía una insatisfacción

metodológica porque partir de la acción típica, es decir, porque partir del primer concepto de acción que ya no es la base del sistema.

**3.1.1.6.2. Contradicción:** Decir que el tipo tiene elementos subjetivos, por eso no incluir el dolo, porque lo encuadran en la culpabilidad, no en el tipo. Los delitos culposos no encontraban una perfecta localización sistemática. Porque esto surge una nueva corriente.

### **3.1.1.7. Delito (sistema bipartición).**

De acuerdo con esta concepción, la noción tripartita no puede ser aceptada, sobre todo por el hecho de considerar la antijuricidad como un elemento del delito. Según los partidarios de esa posición, la antijuricidad no puede ser considerada como un elemento más junto a la acción o hecho humano y la culpabilidad. Entre los autores modernos que siguen la bipartición, un elemento objetivo que consiste en el hecho material o comportamiento exterior del hombre; y un elemento subjetivo, dado por la actitud de la voluntad que da origen al hecho material, la voluntad culpable. La antijuricidad para esta concepción no es un elemento del delito. Es, como lo señaló Rocco, la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el *in se* del delito. Y como carácter esencial del delito, lo abarca en su totalidad y en todos sus factores.

### **3.1.1.8. Formas de Hechos Punibles.**

**3.1.1.8.1. Los tipos del delito.** El delito es un acto jurídico, es decir, que tiene importancia jurídica, por cuanto el derecho le atribuye consecuencias jurídicas, el nacimiento de derechos para el agraviado y para el Estado, como el persecutor de los delitos, titular de justipuniendi, y pérdida de derechos para el delincuente. Como el delito es un hecho jurídico voluntario, supone que él es ante todo un hecho humano y no un hecho natural. Es una acción, un obrar con efectos comprobables en el mundo exterior, y no una simple declaración de voluntad; y es, además, una acción voluntaria y consciente, y por tanto imputable, es decir, referible al sujeto activo como suya. Lo que da lugar a la clasificación de los tipos de delito que se hace a continuación: “**1.** Delitos de acción y de omisión, conforme a la conducta que desarrolla el sujeto activo para realizarlo. **2.** Delitos de sólo de conducta y de resultado, en cuanto a la consecuencia que produce el delito. **3.** Delitos de daño y de peligro, atendiendo al tipo de resultado que produce el delito. **4.** Delitos instantáneos y permanentes, por la continuidad de la conducta que requiere para su existencia.”<sup>7</sup>

**3.1.1.8.1.1. Delitos de Acción:** Los que se cometen por medio de una conducta positiva, es decir un hacer.

**3.1.1.8.1.2. Delitos por Omisión:** Se ejecutan por medio de un comportamiento negativo, un no hacer determinada obligación o no ejecutar una acción. Además, existen delitos que, por su índole

---

<sup>7</sup> **DAVID, Pedro.** Globalización, prevención del delito y justicia penal. 1999. Pág. 223

estructural, exigen para su existencia la incidencia de una acción y luego una omisión, o viceversa. Los delitos que no necesitan resultado material, ya que la sola conducta del sujeto los realiza, son los que se perfeccionan con el cumplimiento de determinada acción u omisión, cuya consecuencia es la no-observación de una obligación o de un deber, pero cuyo resultado no se manifiesta en el mundo físico con un hecho, de momento, perceptible.

**3.1.1.8.1.3. Delitos de Resultado:** Son los que para su consumación exigen, además, de la conducta del sujeto activo que se produzca determinado efecto, distinto de la omisión o de la acción; el resultado en estos delitos se observa físicamente en el mundo real. Los delitos se clasifican de esta manera, por que se atiende a la estructura exterior de ellos.

**3.1.1.8.1.4. Delitos de Daño:** Requieren para su perfeccionamiento jurídico que el bien tutelado, jurídicamente protegido, sea destruido o disminuido.

**3.1.1.8.1.5. Delito de Peligro:** Basta que el bien jurídico sea amenazado al realizarse la conducta criminosa, acción u omisión, con la causación de un daño o peligro inminente, determinado y grave.

**3.1.1.9.1.6. Delitos Instantáneos:** Aquellos que con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan realizados

o tipificados, sin que se requiera acción posterior para su continuidad o vigencia.

**3.1.1.8.1.7. Delitos Permanentes:** Son los que se caracterizan porque el hecho que los constituye o realiza da lugar a una situación dañosa o de peligro, que se prolonga en el tiempo a causa de la continuidad del comportamiento del sujeto. Para la existencia de estos delitos, es necesario que el estado dañoso o de peligro, provenga de la conducta del sujeto activo de manera continua, es decir, que no se agote en un solo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo; y que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, que prosigue con ella ininterrumpidamente después de la realización del hecho que constituye el delito.

En este mismo orden de ideas, atendiendo a la duración de las consecuencias del delito, éstas son permanentes; es decir, hay delitos instantáneos y delitos permanentes, en cuanto a los actos de su realización con efectos permanentes, cuya característica es la duración de las consecuencias del delito.

Ahora bien, dentro de las especies del delito, que por ser varias, conforme a los fines que se persigan para su tipificación, o conforme al bien jurídico que tutela la ley, entre otros aspectos, como la que se ha realizado al principio de este acápite, tenemos ahora: Conforme a su gravedad, tenemos delitos y faltas; habrá delito siempre que se realice

la conducta prevista y sancionada por la ley penal o en alguna otra ley especial, en tanto que la falta, no obstante ser una conducta contraria a la ley y sancionada por esta misma, la sanción la aplica una autoridad u órgano diferente al Poder Judicial o Tribunal, generalmente una autoridad de índole administrativa.

Según la intención con que se comete o realiza la acción que da origen al delito, tenemos delitos con intención o dolosos, culposos o contra la intención y los que son cometidos más allá de la intención o preterintencionales. Si se ha deseado realizar la acción u omisión para la comisión del delito y previsto el resultado del mismo, se está ante un delito doloso. En tanto, que sí se deseaba realizar la acción u omisión, pero no el resultado del delito, se trata de un delito culposo. Y cuando se ha deseado realizar la acción u omisión y no el resultado como consecuencia de ese acto, en su integridad, sino un efecto menos grave, se trata de un delito preterintencional.

Los delitos tipo, o también simples o netos, son los que se presentan en su puro modelo legal, sin más características que sus elementos esenciales; y los delitos circunstanciados son los que además de contar con los elementos esenciales, se presentan acompañados de circunstancias o accidentes a sus elementos. Por su efecto, los delitos se consideran simples y complejos, formales y materiales, de lesión y de peligro. Son simples, o unisubsistentes, en el que coincide el momento ejecutivo y el momento consumativo, se

realizan ambos en un sólo acto o momento. Los complejos o plurisubsistentes, son aquellos cuya acción ejecutiva consta de varios actos en que puede integrarse.

### 3.2. TEORÍA DEL DELITO.

El debate del siglo XX, tiene su inicio en la **teoría clásica** del Derecho Penal. Esta teoría parte de la "ley publicada" excluyendo valoraciones filosóficas, psicológicas o axiológicas. El concepto de acción es puramente naturalístico o mecanicista (movimiento corporal que produce una modificación en el mundo exterior); la tipicidad, describe la acción penalmente relevante sobre aspectos objetivos; la antijuridicidad es la contradicción de la conducta con el plexo normativo y **la culpabilidad es la relación anímica o psicológica del autor con el hecho**. A éste último concepto se lo denominó teoría **PSICOLOGICA DE LA CULPABILIDAD**. Representantes destacados de esta tesis son: Von Liszt, Beling y Binding. Entre nosotros: Soler y Núñez. La cuestión pasaba entonces por dar preeminencia al resultado, algo que el academicismo reinante llamó "el desvalor del resultado" (un hombre muerto, un vidrio roto, etc.).

Roxin lo explica así: "Aproximadamente entre 1880 y 1930 se elaboró en Alemania una concepción, conocida hoy como "clásica", en la que predominaba el aspecto naturalístico. Esta concepción buscaba construir un sistema del derecho penal con base en las ciencias de la naturaleza, en su calidad de ciencias exactas, implementando factores

psíquicos y relativos a la causalidad. Así, por injusto se entendía la causación de un resultado prohibido. Binding, uno de los dogmáticos más significativos de ese tiempo, entre 1880 y 1920, englobó en unas cuantas palabras el significado de esta teoría: “las prohibiciones mandan no causar; en cambio, los mandatos ordenan lo contrario: que se cause”. El injusto se mantuvo limitado al marco de los factores externos del hecho. Por el contrario, la culpabilidad se edificó con base en todos los elementos subjetivos que vinculaban al autor con el hecho punible. La imputabilidad era el presupuesto de la culpabilidad, del mismo modo que el dolo y la culpa eran concebidos como formas de culpabilidad. Este es el conocido como “concepto psicológico de la culpabilidad”<sup>8</sup>

En síntesis los causalistas, por cierto muy apegados al positivismo, entendían que en la civilización había transcurrido un tiempo importante desde la ilustración hasta la fecha, y todas esas ideas de libertad, igualdad, etc. ya se habían plasmado en leyes, de esta manera las leyes tenían solvencia propia que les daba haber pasado por un tamiz de credibilidad y de pensamientos a través de tantas décadas.

**3.2.1. Neoclásicos:** La "vuelta" a Kant a principios de siglo, incorpora principios filosóficos (valorativos y teleológicos), que forman la **teoría**

---

<sup>8</sup> **BLOMBERG. Thomas.** Castigo y Control Social. 1995. Pág. 53

**neoclásica**, obviamente integrada por "neokantianos". La acción deja de ser "natural" y se inspira en sentido normativo, pudiendo de esta manera comprenderse también la omisión. Se la define como "el comportamiento humano voluntario manifestado en el mundo exterior". En el plano de la tipicidad se produce una revolución, ya que se descubren ELEMENTOS NORMATIVOS (subyace un juicio de valor, por ejemplo: el término "banda", etc.), debiendo también ser incluidos los ELEMENTOS SUBJETIVOS del tipo (por ej. "ánimo de lucro", etc.) La antijuridicidad se ampliará, así al juicio de desvalor objetivo de carácter formal, se le aporta un juicio de desvalor material. "La antijuridicidad entonces consistirá en la reprobación jurídica que recae sobre el acto formalmente contrario a derecho, que también produce "un daño social" (contenido material). Esta teoría introdujo otro debate relevante: Si la tipicidad es ratio cognoscendi de la antijuridicidad (mero indicio) o la "ratio essendi" (constitutiva). Para entender esta ligazón, se usó la frase "es como el humo al fuego", es decir: la tipicidad pasa a ser razón y existencia de la antijuridicidad. En materia de culpabilidad la revolución es mayor aún, pues se adopta un concepto normativo. Alguien será culpable de algo, si su conducta se la puede **reprochar**. Se instala uno de los términos de mayor aceptación en el desarrollo de la dogmática de este siglo: LA REPROCHABILIDAD. Se dirá entonces que la culpabilidad se convierte en un "juicio de reproche" (Frank). Pero esta visión "normativa", se ve aún influenciada por el psicologismo, no logra ser autónoma. Frank dice: "al autor se le reprocha haberse

rebelado conscientemente contra los mandatos del derecho (dolo) o se le enrostra el haber lesionado inadvertidamente las exigencias de la vida comunitaria (culpa)". La estructura de la culpabilidad para el normativismo estaba compuesta por: **a)** Imputabilidad y **b)** Conocimiento de la antijuridicidad (el dolo o la culpa)<sup>9</sup>. A esto se le suma un nuevo elemento que aporta Freundenthal: **c)** No exigibilidad de otra conducta, es decir, si al sujeto, en el momento del hecho, de acuerdo a sus condiciones personales y circunstancias que lo rodean, el derecho le puede exigir una conducta distinta a la que realizó (esta tesis logró sustento jurisprudencial en el famoso caso del "caballo resabiado", y hoy cuenta con importante respaldo en Alemania y España). Exponentes de esta visión fueron Mezger y Goldschmit y en Argentina: Jiménez de Asúa y Frías Caballero entre otros.

Tal vez un hito clave en Latinoamérica se dio cuando Don Luis Jiménez de Asúa dictó un seminario completo (Programa del curso de derecho penal) en el año 1925 en la Universidad Nacional de Córdoba. Uno de los alumnos que allí estaban era Sebastián Soler, este sería el germen de la teoría del delito en Latinoamérica y seguramente fuente de inspiración para el primer tratado sobre la teoría del delito aparecido en 1940 (Soler, Ed. Tea).

**3.2.2. Finalismo:** La dogmática jurídico-penal guardó un mesurado equilibrio hasta el arribo de Hans Welzel en el año 1931. Con tan sólo

---

<sup>9</sup> **BLOMBERG. Thomas.** Castigo y Control Social. 1995. Pág. 60

27 años, Welzel, impuso en su trabajo "Causalidad y acción" un estigma: "La acción final. Nacería entonces una nueva escuela: "el finalismo". Para graficar su discrepancia con el causalismo, Welzel diría: " la acción en el causalismo es ciega, en el "finalismo" es vidente."<sup>10</sup>

Así relataba: "En la relación intencional, el pensamiento está dirigido hacia el objeto y está guiado por su estructura...el orden del pensamiento es un orden con arreglo a los nexos objetivos y al "sentido" de los objetos proyectados. La acción es ejercicio de actividad final, que comprende: La anticipación mental del fin perseguido; la selección de medios adecuados y la consideración de los efectos concomitantes a los medios elegidos. Por eso Welzel decía: "... el que quiere asesinar a otro selecciona los factores causales conscientemente en tal sentido y los dispone de manera que alcancen la meta predeterminada... compra el arma, tiene informaciones para elegir la ocasión propicia, situarse al asecho, apuntar el arma, dispara; todos ellos, actos dirigidos a la meta sometidos a un plan de conjunto"

La cuestión sería revolucionaria, pues el dolo estaría en la acción (final), este sería el *dolus malus* (dolo neoclásico) que a su vez se divide en dos: El "dolo natural" situado en la tipicidad (es conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo) y "la conciencia de la antijuridicidad", que sigue estando en la culpabilidad. La finalidad se

---

<sup>10</sup> HANS, Welzel. *Casualidad y Acción*. 1982. Edición 1969 Pág. 27

basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, fijarse fines diversos, dirigir su actividad conforme un plan. A diferencia del causalismo, el finalismo centraba el eje de discusión en esa "acción mala, con tendencia al menoscabo de bienes jurídicamente protegidos", demostrativa que la vida y o el bien ajeno, no le interesa. A esto se lo denominó "el desvalor de la acción".

“La corriente finalista dejó huellas imborrables. Veamos: El error sobre el dolo se llamará error de tipo y el error sobre el conocimiento de la antijuridicidad, que está en la culpabilidad, se llamará error de prohibición. La participación sólo cabe en el hecho doloso; el "autor" será quien tenga el dominio del hecho; se crea el "injusto personal" que manifiesta el "desvalor de la acción, frente al desvalor del resultado, teniendo que estar relacionados por una causa. La culpabilidad estaba compuesta por: La imputabilidad y conciencia de la antijuridicidad, aceptándose la no exigibilidad de otra conducta. Esta culpabilidad es sinónimo de reproche.

Roxin analiza la visión finalista así: El conocido como sistema de la acción finalista fundado por Hans Welzel (1904-1979) <sup>11</sup> dominó la discusión sobre el sistema del derecho penal en Alemania entre 1930 y 1970 y generó también una gran resonancia en el extranjero. Este sistema no fundamenta el injusto penal en la causalidad, sino en la

---

<sup>11</sup> La última exposición completa de su exposición se encuentra en HANS, Welzel. Edición 1969 Pág. 32

acción final del ser humano. El concepto de finalidad procede del latín “finis” (finalidad) y se refiere a la capacidad del ser humano para dirigir los cursos causales hacia un fin específico. Los seguidores de esta teoría ven en la finalidad de la acción humana el núcleo del injusto penal. Un homicidio no lo comete quien causa la muerte de otra persona, sino quien dirige su acción hacia la producción de ese resultado (por ejemplo, mediante un disparo o por acuchillamiento).

Esta concepción sostiene que el dolo, que para la teoría causalista era el elemento central de la culpabilidad, debe pasar a formar parte del núcleo del injusto. A partir de ese momento fue inconcebible aceptar un concepto psicológico de la culpabilidad. Conforme a la concepción finalista y conjuntamente con el desarrollo verificado en la época de la teoría causalista, la culpabilidad fue entendida como “reprochabilidad”. Un hecho era entonces penalmente relevante, cuando se le pudiera reprochar el hecho al autor. Este es el conocido como concepto normativo (es decir: valorativo) de la culpabilidad”<sup>12</sup>. El fundamento de la reprochabilidad era la “posibilidad de conducirse de otro modo”, es decir, que el autor se comportara de forma contraria a derecho aún y cuando pudo haberse comportado conforme a derecho.

---

<sup>12</sup> La concepción de la culpabilidad como “reprochabilidad” ya había sido asumida por Frank en; *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907. Una exposición completa de su evolución puede verse en el texto de mi discípulo Achenbach: „Historisch und dogmatische Grundlagen der strafrechts systematischen Schuldlehre“, 1974.

De acuerdo a lo visto hasta ahora, tanto el “causalismo” como el “finalismo” consideraron al injusto y a la culpabilidad como elementos básicos del sistema, aunque con contenidos muy diferentes. Las diferencias tienen que ver no solamente con cuestiones relativas a los conceptos utilizados por ambos sistemas, sino que ambas concepciones llegan a diferentes resultados jurídicamente relevantes. Si como sostienen los finalistas, el dolo se mantiene en la dirección del acontecer causal, entonces comete un aborto doloso, quien voluntariamente mata al embrión. Pero si debido a lo complicado de las reglas jurídicas relativas al aborto en Alemania, el autor ejecutó el hecho –como es absolutamente posible- considerándolo sin más como permitido, eso no cambia nada el contenido del dolo según la doctrina finalista, sino que es un problema relativo a la culpabilidad. La reprochabilidad faltaría únicamente en caso de que el error fuese invencible, de tal manera que conforme a derecho, a pesar del error en el que se encuentra, el autor puede ser sancionado por un aborto doloso.

Por el contrario, los clásicos, conforme a su concepción causal-psicológica, consideraban al conocimiento de la antijuridicidad como un componente del dolo (como elemento subjetivo de la culpabilidad), de tal manera que llegaban a una solución diferente, a la absolución. La jurisprudencia alemana y más tarde también el legislador, siguieron en este punto a la teoría finalista, lo que de ninguna manera se tradujo en la solución de todos los problemas relacionados con la reprochabilidad.

La teoría finalista significó un progreso esencial y significativo respecto del sistema clásico del delito, pues eliminó estos problemas. Esta teoría dio a conocer que lo injusto del hecho no depende solamente de elementos objetivos, sino también de la predisposición de un fin (el dolo) del autor. También puso un límite a la expansión del injusto que hasta ese momento se reducía a la causalidad: conforme a esto, el padre del asesino en accidente de tránsito y el fabricante de autos no cometen el injusto de homicidio, toda vez que su dolo no estaba dirigido a ese fin. Así mismo, reconoció que la culpabilidad no se puede fundamentar en la relación psicológica entre el hecho y su autor.

Por otro lado, el sistema finalista tiene también debilidades de consideración, de entre las cuales solamente podemos destacar aquí las más importantes así, todos los intentos realizados por el finalismo para aclarar la punibilidad de la acción imprudente han fracasado. “El autor imprudente no dirige directamente el curso causal hacia el resultado obtenido y sin embargo es sancionado. Tampoco el injusto de los delitos de omisión puede entenderse como una acción final. Así, el autor de un delito de omisión no dirige el curso causal hacia el resultado producido, sino que simplemente no interviene en el desarrollo de un acontecimiento causal que es independiente de él.”

Incluso en la comisión de delitos dolosos puede el finalismo tener problemas: En el caso de que el fabricante de autos advierta o

incluso quiera que uno de sus autos, fabricado conforme a la normativa prescrita en ese ámbito, sea utilizado para cometer un homicidio durante un accidente, dicho fabricante no colma el tipo penal de homicidio a pesar de esas consecuencias. Incluso el contenido de la culpabilidad -por llamarle aquí de alguna forma- sería también insuficiente utilizando el criterio de "poder conducirse de otra forma", tal y como lo mostraremos más adelante. De ahí que la teoría finalista tan solo tenga hoy, en Alemania, a unos cuantos seguidores a pesar del reconocimiento de algunos de los resultados a los que llega, y que se hable más de esta teoría en el sentido de que forma parte de una época histórica de la dogmática penal y no de su presente y futuro.

### **3.2.2.1. Disputas intestinas.**

La "guerra de textos" entre causalistas y finalistas fue descontrolada, imponiéndose estos últimos. Sin embargo en Argentina, Zaffaroni y Bacigalupo recién pudieron con mucho sacrificio y resistencia, introducir estas ideas a mediados de la década del '70. Pero a pesar de esta "victoria" de ideas, la cuestión era sólo aparente, pues el finalismo no podía explicar claramente los delitos imprudentes y los de omisión (tampoco pudo en su momento el causalismo). Se le cuestionaba -y con razón- el no encontrar la finalidad. Welzel al principio habló que en los delitos dolosos había una finalidad de acto y en los culposos una finalidad en potencia, cuestión que luego -con el apoyo del gran genio de Kaufmann - varió invitando a entender la

problemática de lo culposo como "una infracción al deber de cuidado", apareciendo en la temática otro discípulo (Bacigalupo) que brillaría en lo referente a los delitos de omisión.

### **3.2.3. El principio general de las personas en relación con el delito.**

A la hora de analizar el delito como objeto de la Criminología, es preciso comenzar por señalar que el punto de vista con el que la Criminología observa al mismo, difiere de la perspectiva con la que es contemplado por el Derecho Penal. "La Criminología se aproxima al delito desde una perspectiva empírica, en tanto que el Derecho Penal lo hace desde un punto de vista normativo. Así, resulta preciso puntualizar, como ya con anterioridad se adelantó, que la concepción criminológica de las conductas desviadas y merecedoras por tanto de atención para nuestra disciplina, no coincide estrictamente con las fronteras de la concepción jurídico positiva del delito"<sup>13</sup>; remitiéndonos a RODRÍGUEZ MANZANERA quien llega a concluir, en este sentido, que "no puede confundirse el hecho antisocial con el delito, de tal forma que, para este autor, el Derecho Penal se ocuparía del delito en cuanto ente y figura jurídica, mientras que la Criminología tiene su objeto de estudio en el hecho antisocial, fenómeno y producto de la naturaleza"<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> MARQUEZ PIÑERO, R.: "Criminología", Ed. Trillas, 1ª ed., México, abril 1991, p. 23

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ MANZANERA, L.: "Victimología. Estudio de la víctima", Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 1990, p. 66

Para llegar a esta conclusión parte de considerar que existen delitos que no responden a comportamientos antisociales y que por consiguiente no resultan de interés para la Criminología, en tanto que debe reconocerse la existencia de comportamientos antisociales que si bien no son delitos, en la medida en que el legislador no los ha tipificado, no por ello dejan de ser relevantes para la Criminología.

El delito, en cuanto a infracción penal, no es un concepto inmutable, sino que varía con el tiempo. En efecto, lo que es delito en un determinado momento y lugar puede no serlo en otro momento ni en otro lugar. Las normas penales tipifican determinados comportamientos que son los que en cada momento se consideran más reprochables, pero dicho juicio de reprochabilidad no es inmutable ni geográfica ni históricamente. Ahora bien, esa mutabilidad y esa, en principio, proximidad, entre el Derecho Penal y la Criminología, en modo alguno puede hacernos cuestionar el carácter científico-autónomo de la Criminología, y ello por cuanto la Criminología toma tan sólo como referencia el concepto formal del delito sin que limite su estudio y análisis a lo que es declarado formalmente como tal, sino extendiendo lo que es objeto de su estudio al mundo circundante de lo socialmente desviado, y asimismo, el que el Derecho Penal presente cierta proximidad a la Criminología, en modo alguno puede significar confusión ni tampoco en modo alguno pierde su cientificidad y autonomía respecto de aquella, dado que las perspectivas desde las que se contempla el delito son, evidentemente, diferentes.

Sentado esto, es preciso afirmar que cuando hablamos del delito como objeto de la Criminología no queremos decir ni que todo delito posea interés criminológico, ni tampoco podemos concluir que tan sólo los delitos sean las conductas que posean interés criminológico. En suma, existen delitos que no poseen interés para la Criminología o poseen un interés muy escaso, en tanto que existen conductas "desviadas" que sí poseen interés criminológico, a pesar de no resultar delictivas desde un punto de vista jurídico penal. Ahora bien, como señala CEREZO, "tampoco resulta plausible el pretender extender el objeto de la Criminología a todas las formas de conducta desviada, propio de la Criminología norteamericana, pues ello implicaría una ampliación excesiva de su objeto"<sup>15</sup>.

Siendo cierto que la tipificación expresa de las conductas que son consideradas delictivas varía dependiendo del momento histórico y geográfico, no es menos cierto que la tipificación como delito de determinadas conductas, en cada momento y lugar, responde a la necesidad de reprimir determinados comportamientos humanos, de tal suerte que, como señala GARRIDO GUZMÁN, "con la ayuda del concepto de delito se puede delimitar, describir, y reprimir las formas de conducta criminalizadas"<sup>16</sup>.

---

**15 CEREZO MIR, J.:** "Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I. Introducción", Ed. Tecnos, 5ª ed., Madrid, 1996, reimpresión, 1997, p. 65.

**16 GARRIDO GUZMÁN, L.:** "Concepto y alcance de la Criminología. Evolución histórica y relaciones con el Derecho Penal", en Criminología y Derecho Penal. VVAA, Ed. Edijus, Zaragoza, 1998, p. 18.

Según el anterior criterio se plantea si podemos hablar de la existencia de un concepto "criminológico" de delito o si, por el contrario, depende el delito, como objeto de la Criminología, de las definiciones jurídico-formales. Este autor, tras plantearse la referida cuestión, llega a la conclusión de que si bien es cierto que la Criminología no puede sustraerse de la definición formal de cada delito que el Derecho Penal formula, no por ello debemos concluir —señala dicho autor- que exista un servilismo de la Criminología hacia el Derecho Penal.

En realidad, como señala GARCIA PABLOS DE MOLINA, el concepto legal de delito "sirve para delimitar y orientar el campo de la investigación criminológica, pero no como criterio único y excluyente, porque la Criminología, como ciencia empírica, aborda el problema criminal de un modo sui generis, con una perspectiva distinta a la del Derecho Penal y demás disciplinas jurídicas"<sup>17</sup>.

En este sentido la Criminología no se limita a analizar lo que es considerado jurídicamente como delito, es decir, lo que es declarado como tal por los Tribunales Penales, sino que se extiende a analizar las conductas delictivas que no llegan a los Tribunales, así como las conductas que, sin ser objetivamente delictivas, no dejan de ser conductas desviadas.

En cuanto a la relación del delincuente como objeto de la Criminología, tal como señala GARCIA PABLOS DE MOLINA "que la

---

**17 GARCIA PABLOS DE MOLINA, A.:** "Tratado de Criminología", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 91.

moderna Criminología, a diferencia de la clásica, posee un corte marcadamente sociológico, de tal suerte que no se centra tanto — como sucedía en la Criminología clásica- en el análisis de la persona del delincuente, sino prioritariamente en el estudio de la misma conducta delictiva, de la víctima y del control social. Para la moderna Criminología el delincuente es considerado "en sus interdependencias sociales, como unidad bio-psicosocial y no desde una perspectiva bio-psicopatológica"<sup>18</sup>.

Para GARRIDO GUZMÁN, "la existencia del delito va consustancialmente unida al ser humano, quien ha protagonizado desde siempre los crímenes, y en la medida en que siempre se ha considerado que la personalidad del delincuente es trascendente a la hora de tratar de encontrar una explicación al fenómeno criminal, la exploración de la personalidad del autor siempre ha estado en el centro de la investigación criminológica"<sup>19</sup>.

En realidad, sólo podemos contemplar la figura del delincuente como categoría diferente del delito, si aceptamos que lo hacemos con una finalidad analítica y expositiva, pues es evidente que no hay delincuente sin delito, tratándose de categorías que se incluyen mutuamente.

El derecho en la actualidad tiende a poner de manifiesto que la contemplación del delincuente no ha venido siendo uniforme a lo largo

---

<sup>18</sup> GARCIA PABLOS DE MOLINA, A.: Op. cit., p. 101 y ss

<sup>19</sup> GARRIDO GUZMÁN, L.: Op. cit., p. 21 a 23.

de la historia de la Criminología. Así, el mundo clásico partía de la imagen del hombre como ser libre, dueño y señor absoluto de su persona, de forma tal que por delincuente se entendía aquél sujeto que, siendo libre, había utilizado mal su libertad, sin considerarse para ello la presencia de influencias endógenas ni exógenas.

Por el contrario, el positivismo criminológico (LOMBROSO, FERRI, GAROFALO), explica “al delincuente como ser influido fatal e irremisiblemente por circunstancias endógenas o internas o bien por elementos ajenos al mismo, de tal suerte que el mismo sería un “esclavo de su herencia, encerrado en sí, incomunicado de los demás, que mira al pasado y sabe, fatalmente escrito su futuro: un animal salvaje y peligroso.”<sup>20</sup>

La filosofía correccionalista (KRAUSE, RÖDER), varía la imagen del delincuente, considerándolo ahora como un ser desvalido, como un ser inferior incapaz de dirigirse por sí mismo, de tal suerte que el delincuente era concebido como persona mal instruida, débil de voluntad, en virtud de deficiencias pedagógicas actuantes desde la primera infancia —fallas de socialización primaria-, y por último, el marxismo parte de considerar al propio delincuente como un ser inocente, víctima del sistema económico, atribuyendo la verdadera culpa del crimen a la sociedad.

---

<sup>20</sup> GARCIA, Pablos de Molina A. Tratado de Criminología. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1999. Pág. 92

Durante el pasado siglo XX, se han formulado muy diversas concepciones acerca del delincuente. Así, señala dentro de lo que denomina "direcciones psicobiológicas" a la teoría de la constitución delictiva, la teoría de la inadaptación, el instinto hipertrofiado de agresión o la concepción etiológico-biológica; señalando asimismo la existencia de otras corrientes como la psicomoral o la sociológica que han influido también a la hora de formular teorías sobre la conceptualización del delincuente. Prescindiendo de esa diversidad de formulaciones, se parte de considerar que si por delincuente se entiende —criminológicamente- a quien delinque con una cierta habitualidad, la Criminología ha determinado que dicho sujeto se caracteriza por poseer "en grado superior a la media, los siguientes rasgos afectantes a la personalidad: Egocentrismo (tanto intelectual como afectivo); labilidad (o refractariedad a la fijación de sentimientos, de propósitos, de dolorosas experiencias); agresividad negativa, e indiferencia afectiva (escasez o ausencia de empatía y simpatía para con el prójimo). Está, además, dotado de la suficiente adaptabilidad social (es decir habilitado para moverse con eficacia en la sociedad donde vive y actúa)". Ahora bien, independientemente de tales rasgos de la personalidad, que derivan de factores psicobiológicos, psicomorales o psicosociales, o por la convergencia de factores de los tres tipos, el sujeto delincuente normal, habitualmente es, por sí mismo, sólo "medio delincuente", siendo la otra mitad la sociedad, que es criminógena.

### 3.3. CONSTRUCCION SOCIAL DEL DELITO: DE LO SOCIAL A LO DELICTUAL.

Diversos autores han hablado de la existencia de un código social, que regula la aplicación de las normas sociales abstractas por parte de las instancias oficiales. Este código no escrito implica que la definición del delincuente se realiza al margen de la objetiva contravención de las normas penales. Como ya se ha comentado anteriormente, la sociedad llega a la afirmación de que *existen "delitos cometidos por gente que no es propiamente delincuente"*<sup>21</sup>, y esto sirve muy bien para ilustrar nuestra realidad.

En la definición social del *delincuente* intervienen factores importantes, como los que se mencionan a continuación:

#### 3.3.1. El propio sistema penal y sus sanciones.

Recientemente se llegó a saber a través de los sistemas de criminalización que el 82% de la población penitenciaria ecuatoriana es reincidente, con una media de 4,3 ingresos en prisión. La edad de esta franja de reclusos/as reincidentes oscila entre 20 y 35 años, lo cual pone de relieve la existencia de un grupo de personas más o menos fijas en el circuito penal y penitenciario.

Los propios procesos de criminalización, son uno de los más importantes elementos de la definición social del *delincuente*. El paso

---

<sup>21</sup> DAVID, Pedro R., Globalización, prevención del delito y justicia penal, Buenos Aires, Zavalia, 1999, 814 p.

por el sistema penal y la cárcel produce una importante reducción del *status* social de la persona y, al contrario de su función declarada, la cárcel sirve para distanciar aún más a las personas (ex) presas de la sociedad en su conjunto.

### **3.3.2. Los medios de comunicación y la definición del *delincuente*.**

En las sociedades modernas, donde la experiencia directa con el crimen es algo excepcional, los ciudadanos reciben a diario la imagen del delito ofrecida por los medios de comunicación, cuyas características más importantes son la simplificación, la descontextualización y el sensacionalismo.

Algunos de los rasgos que describen el modo de presentar el crimen por parte de los medios de comunicación son los siguientes:

- “a).** Las fuentes informativas suelen ser las instancias oficiales de control.
  
- b).** Existe una continua muestra de actos violentos, lo que crea la sensación de que existe una amenaza real y creciente de crímenes violentos.
  
- c).** Las causas más habituales del delito son la anormalidad psíquica o los problemas familiares del autor.

**d).** Se presenta siempre al *criminal* como alguien completamente diferente a los ciudadanos y ciudadanas "normales", en muchos casos se presentan diferencias étnicas o de nacionalidad.

**e).** Cuando, en alguna ocasión, aparecen como causa del delito problemas sociales, estos quedan siempre como debilidades puntuales del sistema social y no como causas estructurales inherentes al mismo.

**f).** Las ocasionales críticas a los aparatos de control, se reducen a abusos atribuidos a la responsabilidad personal de un profesional aislado.

**g).** Destaca la conversión de eventos singulares en entidades, como "la delincuencia" o "el problema de la droga."<sup>22</sup>

.

En definitiva, los medios de comunicación contribuyen a crear la imagen de la criminalidad como algo natural, objetivo, real, preexistente. Y la imagen del *delincuente* como alguien diferente, con importantes déficits psicológicos y/o sociales, un auténtico "enemigo interno" contra el que las instancias de control *nos* defienden día a día y ante el que logran imponerse siempre, por un estrecho margen.

En nuestro país, los rasgos mencionados, relativos al tratamiento general del delito en los medios de comunicación, se suman a los

---

<sup>22</sup> **DAVID, Pedro.** Globalización, prevención del delito y justicia penal. 1999. Pág. 814

estereotipos y limitaciones que caracterizan la forma de presentar a los criminales en los medios de comunicación. Destacan dos limitaciones importantes: “**a.**- Por un lado, la población criminalizada no existe como fuente informativa, y, **b.**- Por otro, la mayoría de las veces sólo se los presenta "como delincuentes sin posibilidad de readaptación.”<sup>23</sup>

Esta serie de mitos, discursos e imágenes estereotipadas, que van configurando la opinión de las ciudadanas y ciudadanos sobre la criminalidad y el *criminal*, quedan asimismo reflejadas en el *código social* al que hemos hecho referencia y que va a influir decisivamente en la aplicación de las normas penales por parte de los distintos agentes institucionales.

### **3.3.3. Lo social, psicológico y estructural en la concepción del delito.**

#### **3.3.3.1. Lo social en la concepción social del delito.-**

Diferentes estudios en la temática de la Sociología del Delito en las últimas décadas nos muestran la dificultad de dilucidar la Criminalidad debido al Tejido Social de protección con que cuenta la Delincuencia, a través de la red de organizaciones sociales y crimen organizado existentes en la Sociedad.

---

<sup>23</sup> **DAVID, Pedro.** Globalización, prevención del delito y justicia penal. 1999. Pág. 225

Con el fin de entender a cabalidad los parámetros involucrados en este escrito, debemos iniciarlo conceptualizando los contenidos básicos comprendidos en cada vocablo utilizado.

La Sociedad es un sistema de costumbres y procederes, de autoridad y ayuda mutua, de múltiples agrupaciones y divisiones, de controles de la conducta y libertades.

Es un tejido de relaciones sociales en constante transformación. La Sociedad sólo existe donde los seres sociales interactúan con los demás, según las formas que su mutuo reconocimiento determina.

Los científicos sociales han utilizado, a través de la historia, diferentes perspectivas teóricas para entender este complejo social que llamamos Sociedad.

Así, la perspectiva Funcionalista de la Sociedad plantea que ésta se une por un proceso automático de auto-regulación, en donde los diversos componentes (negocios, gobiernos, familias, escuelas, etc.) desempeñan funciones diferentes, evolucionando de tal forma que trabajan juntas de manera integrada.

Surgen conflictos y desorganización cuando una parte de la Sociedad no puede solucionar las necesidades actuales de la gente; sin embargo, dada la tendencia natural de la Sociedad a desarrollarse hacia un estado de integraciones funcionales, tales incidentes temporales, encajadas dentro de una totalidad que opera en forma

continua, se absorben aquellos que controlan los recursos importantes en la Sociedad, el factor principal que estructura y mantiene el orden social.

El conflicto es visto como el estado natural e inevitable de los asuntos sociales en donde diferentes personas, grupos u organizaciones luchan por ganar la “partida”. Quienes controlan mayor cantidad de recursos, están en una situación más ventajosa para “ganar” y configurar la sociedad desde la perspectiva de sus propios intereses.

**3.3.3.1. Estructura social.-** Forma como la gente, los grupos y las instituciones se organizan entre sí.

**Grupo.-** Personas que entablan entre sí diferentes tipos de relaciones sociales. Supone reciprocidad entre sus miembros. Conjunto de personas, con cercanía física, que comparten la conciencia de pertenencia y de interacción. Mediante la experiencia de “grupo” es como los seres humanos interiorizan las normas de su cultura y llegan a compartir valores, metas, sentimientos y la mayor parte de los elementos que los separa de los animales.

**Grupo de pertenencia.-** Cualesquier grupo al que la persona le puede anteponer el pronombre “mi”. La persona siente que pertenece al grupo. De los compañeros de un “Grupo de Pertenencia” se espera reconocimiento, lealtad y ayuda mutua.

**Grupo de referencia.-** Es aquel que es importante para la persona en cuanto “modelo”. Es un tipo de grupo al cual una persona se refiere cuando hace “juicios”. Es cualesquier grupo cuyos “juicios de valor” se convierten en los propios juicios de la persona de origen. El grupo de referencia puede o no coincidir con un grupo de pertenencia.

**Grupo primario.-** Es aquel donde se conoce a las personas íntimamente como personalidades individuales. Está orientado a la relación entre las personas. Los contactos sociales que se establecen en su interior son de tipo informal, íntimos, personales y totales, en cuanto compromete muchas partes de la experiencia vital de la persona. En el grupo primario, como la familia nuclear, la pandilla, o un grupo de amigos íntimos, las relaciones sociales tienden a ser tranquilas. Los miembros se interesan entre sí como personas, no de manera utilitaria. Se confían sus esperanzas y temores, comparten sus experiencias y llenan necesidades de compañía humana íntima. Son, por lo tanto, grupos necesariamente pequeños. Se les suele definir simbólicamente como grupos “cara a cara”

**Grupo secundario.-** A diferencia del grupo primario, éste se establece cuando los contactos sociales entre sus integrantes son formales, impersonales, fragmentarios y utilitarios. No se manifiesta interés por la persona en cuanto tal, sino en referencia al rol que desempeña, por tanto no importan las cualidades personales de los individuos que componen el grupo. Un sindicato laboral, una asociación comercial,

una asociación de padres y apoderados de un colegio, son expresiones de Grupos Secundarios. Existen para servir un propósito específico, limitado sólo a una característica determinada de la personalidad de los miembros. Su propósito principal es llevar a cabo un trabajo, por tanto se juzgan por su capacidad para desempeñar una tarea o lograr una meta. Están, por lo tanto, orientados a los objetivos. Normalmente son grupos mayores en donde no todos sus integrantes se conocen entre sí.

### **Pluralidad y grupos de pertenencia.**

Los Grupos de Pertenencia, señalados anteriormente, normalmente no exigen “exclusividad” de sus miembros. Las personas, y muy especialmente los jóvenes en la sociedad moderna, pertenecen a una pluralidad de grupos de especificaciones diversas, como suelen ser de carácter políticos, religiosos, deportivos, etc.

En los grupos primarios, a menudo suelen darse relaciones de tolerancia extrema entre sus miembros, que tienden a proteger, y a veces tolerar y aceptar conductas desviadas de sus integrantes, aunque no se participe de los ilícitos cometidos por algunos de sus componentes.

Tal tolerancia permite que en el mismo grupo coexistan jóvenes que delinquen con otros que no. Para estos últimos, estar en un grupo que roba, por ejemplo, no conlleva un riesgo de “contagio”. No se

cuestionan las acciones individuales, privilegiándose sólo las características primarias del grupo en referencia.

Estos grupos, con conductas plurales en su interior, se dan normalmente en grupos en situación de marginalidad social, en donde la anomia es una característica que prima en el grupo, uniéndose sólo por razones de compañía y búsqueda de relaciones, sentimientos y afectos, pero sin compartir necesariamente conductas consideradas “ilícitas” para el conjunto de la sociedad.

Un reciente estudio sobre “Sociología del Delito Amateur”<sup>24</sup> realizado en la ciudad de Buenos Aires afirma que ni el grupo presiona para el robo, ni el “no ladrón” trata de disuadir a los demás. Robar y No robar, aparecen como decisiones de conductas individuales que no llevan a cuestionar a los otros.

Existe, no obstante, lealtad absoluta entre los miembros del grupo. Nadie se refiere a conductas “lícitas” o “ilícitas” de sus pares, y mucho menos, a delatar conductas consideradas desviadas frente a fuerzas del orden en la sociedad.

Estas “lealtades” al interior de este tipo de grupos ha dificultado considerablemente la acción policial frente a la delincuencia, por la red de protección del delito que se implementa en torno a él.

---

24 N. **Luhmann**, *Sistemas sociales*, 2ª ed., Barcelona, Anthropos, U. Iberoamericana, U. Javeriana, 1998, p.122.

Las lealtades expuestas en el párrafo anterior tienen, no obstante, ciertas situaciones de disidencia, producto de un código ético establecido en el propio mundo del hampa.

“Existe una fuerte estratificación social de raíces profundas y normas éticas sólidas en el mundo del hampa. El llamado “ladrón-ladrón” es quien está en la cúspide del escalafón. Él es considerado ladrón de profesión y posee una lógica cultural con códigos claros y distintivos: Vive exclusivamente del robo, el cual consideran un trabajo, que se desarrolla con ciertos niveles de especialización, y no trabajarían “apatronados” por ningún motivo. Son muy prestigiados en el mundo del hampa”<sup>25</sup>.

El ladrón no profesional u ocasional es considerado un mediocre en ese mundo cultural, y un “desprestigio” cuando, junto al robo, incurren en comportamientos éticamente condenables para el mundo del hampa. Entre esas conductas se cuentan las de robar a un pobre, las de incurrir en delitos sexuales o maltratos conjuntamente con el robo, como en el caso de violación, homicidio, maltrato a menores y ancianos.

Dado el aumento de la delincuencia, las denuncias judiciales y reportajes periodísticos de las conductas ilícitas de los últimos años, se ha producido un fuerte desencuentro en los grupos primarios plurales de carácter anómico en la sociedad, producto del mencionado

---

<sup>25</sup> Gilles LIPOVETSKY, *La era del vacío*, Barcelona, Anagrama, 1986 y del mismo autor *El imperio de lo efímero*, Barcelona, Anagrama, 1990.

“desprestigio” en que se considera, incurren algunos delincuentes en el mundo del hampa. Ha comenzado, aunque levemente, a denunciarse conductas ilícitas provenientes de parte del propio mundo del delito.

### **3.3.3.2 Control social y sociedad.**

Señala GARCIA PABLOS DE MOLINA que el concepto de "control social es impreciso. Se trata de un concepto sociológico neutro, descriptivo que hace referencia a "ciertos procesos sociales que recaban la conformidad del individuo, sometiéndole a las pautas, modelos y requerimientos del grupo; cohesión, disciplina, integración, son, pues, términos que describen el objetivo final que persigue el grupo, la sociedad, para asegurar su continuidad frente al comportamiento individual irregular o desviado"<sup>26</sup>.

Se define el control social como "un proceso constituido por el conjunto de procedimientos por los que una sociedad, un grupo o un líder personal, presionan para que se adopten o mantengan las pautas de comportamiento externo o interno y los valores considerados necesarios o convenientes. El control social perpetúa el proceso de socialización y tiende a mantener la cohesión del agrupamiento y el orden social"<sup>27</sup>.

Por control social podemos entender el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar

---

<sup>26</sup> HERRERO HERRERO, C.: Op. cit., p. 182.

<sup>27</sup> CEREZO MIR, J.: "Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I. Introducción", Ed. Tecnos, 5ª ed., Madrid, 1996, reimpresión, 1997, p. 65.

el sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias. La sociedad ejerce toda una serie de mecanismos sobre los individuos que la conforman a fin de asegurar que éstos se amoldan y actúan conforme a las normas.

Ahora bien tenemos que tener presente que debemos diferenciar entre el control social y el control del delito, que sería un control específico dentro del control social, considerando que tanto uno como otro resultan imprescindibles para la cohesión social, para la estabilidad y supervivencia de cualquier comunidad humana. Por otra parte, la generalidad de la doctrina diferencia, a su vez, entre un control social formal y un control social informal.

El control social informal es el realizado por cualquier persona que actúa en un momento dado contra la delincuencia, sin que el control del delito sea su actividad profesional. Sería aquél que desplegarían la propia familia, los amigos, la escuela, la opinión pública, en tanto que el control social formal sería el ejercido por aquellas personas que tienen encomendada la vigilancia, la seguridad o el control como actividades profesionales. Sería pues el que se ejercita a través de la Policía, la Administración de Justicia, la Administración Penitenciaria, etc. Para estos autores los controles formales e informales no actúan de forma independiente sino que tienden a solaparse, concluyendo, en cualquier caso, que el control social informal es más eficaz contra la delincuencia que el control

formal, cuestionándose que la asignación de recursos sea la correcta cuando viene confirmándose por los estudios realizados que la prevención resulta más eficaz que la represión, y que el control social informal también es más eficaz que el control social formal en la lucha contra la delincuencia.

La sociedad pretende en un principio, que el sujeto se amolde a las pautas de conducta transmitidos, ejerciendo sobre el mismo un control social informal a través de los agentes antes referidos, y sólo en el caso de que el sujeto no respete esas normas y viole los medios de control social informal, entrará en juego el control social formal, de una forma coercitiva, mediante la imposición de sanciones. Para este autor, “el logro del éxito en la prevención de los delitos no se logrará "por un endurecimiento del control formal sino por una más armoniosa integración o sincronización del control social formal y del control social informal.”<sup>28</sup>

#### **3.3.3.2.1. El control social de delito. Efectividad del control social.**

Un giro metodológico de gran importancia al que no ha sido ajena la teoría del etiquetamiento y de la reacción social, lo constituye el control social del delito. Más que enriquecer el objeto de la Criminología, supone un nuevo modelo o paradigma, con mucha carga ideológica.

---

<sup>28</sup> **CEREZO MIR, J.:** "Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I. Introducción", Ed. Tecnos, 5ª ed., Madrid, 1996, reimpresión, 1997, p. 66

Al Control social lo podemos definir como el conjunto de estrategias, instituciones y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar dicho sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias.

Dos clases de instancias para la conformidad del individuo a la disciplina social:

- a)** Control social formal: Policía, justicia, administraciones penitenciarias.
- b)** Control social informal: La familia

El control social informal pasa por la familia, la escuela, la profesión, etc. Culmina con su actitud conformista, interiorizando las partes aprendidas (proceso de socialización). Cuando éste proceso fracasa, entran en funcionamiento las instancias formales.

El control social formal imponen sanciones cualitativamente distintas de las sanciones sociales, por intermedio del aparato jurídico del estado. Etiquetamiento del infractor que le atribuye un singular estatus. Norma, sanción y proceso, son tres componentes fundamentales de cualquier control social.

- c)** Grado de formalización: Previsibilidad, controlabilidad o vinculación a principios de conformidad con las normas. El control social penal es un subsistema del control social, difiere de éste en sus fines, métodos y grado de formalización

### 3.3.3.2.2. Factores del control social.

#### 3.3.3.2.2.1. Efectividad: Es un tema problemático.

- *Hipótesis de Gilport*: Buen indicador del grado de efectividad o consolidación de un sistema normativo.
- La cultura, el derecho, la costumbre, y los restantes sistemas normativos ejercen presión para aceptar la conformidad con la norma
- Control social penal: Limitaciones estructurales.
- El incremento de las tasas criminales no depende únicamente de los controles sociales, sino de otros factores: No se puede depender únicamente del control social para la prevención del crimen.

#### 3.2.3.2.2.2. Evolución y tendencias del control social penal:

- a) Proceso histórico de racionalización del control social formal (penal).
- b) Contenido, extensión y forma de la reacción penal.

Ejemplo: Desaparición de los castigos corporales, la pena capital, sustitución de las penas de prisión por medidas cautelares alternativas u otras, etc. En conflictos especiales y de escasa relevancia social (domésticos o protagonizados por infractores jóvenes y menores), sustituir la intervención formal por mecanismos informales (reparación del daño a coste del infractor), tiene un alcance muy limitado, no disponemos de alternativas globales válidas para asumir las funciones del Derecho Penal. El control social formal tiene aspectos negativos,

pero asegura al menos una respuesta racional, igualitaria, previsible y controlable al acto delictivo.

La evolución histórica del control social no es uniforme ni lineal:

- Debilitamiento de los lazos familiares y comunitarios: Escasa confianza en el control social informal.
- Actúan de forma complementaria al control social formal: más que proponer alternativas válidas o sustitutivas de aquel.

**3.2.3.2. Lo psicológico en la concepción del delito.-** La Criminalidad y la delincuencia son probablemente los temas más amplios e importantes de los que se refieren a la desviación y a los problemas sociales, ya que tiene diferentes definiciones para diferentes sociedades y por lo tanto en cada grupo social las prohibiciones son diferentes para cada caso.

Cada desviación social viola normas ya establecidas, estas violaciones reciben nombre diferentes como: Delitos, crimen, criminalidad, delincuencia, entre otros, por esta razón cada sociedad procura reducir las desviaciones a la condición de infracción que conllevan penas, multa o condena moral.

“ Ferdma dice que generalmente podemos afirmar que la conducta delincuente es la interacción de los factores: Aprendizaje, la

predisposición individual y la reacción social o identificación y la situación en que se produce el hecho delictivo”<sup>29</sup>.

También se agrega otro factor causante de la delincuencia que es la tolerancia social a los delincuentes y los actos delictivos. Esto por la condescendencia con el ladrón o malhechor que conocemos, pues se reúnen con él, los saludan, los tratan, hasta lo aprecian los vecinos que lo conocen y la sociedad, quizá con el único fin de que en algún momento puedan ser librados de alguna clase de peligro mayor con delincuentes más peligrosos.

Dentro de la victimología la literatura universal de las víctimas los señala como sujetos de provocación o incitación del delito. Luego los sociólogos y criminólogos de la escuela positiva iniciaron el estudio de las víctimas de forma sistemática.

Esa partida de los años 40 donde la victimología (Benjamín Mendelson) se inician los estudios de las diversas clases de víctimas distinguiéndose las que provienen de desastres naturales y accidentes, los que son sujetos de delitos específicos y abuso de poder (Victimología Penal).

La sociedad organizada ha creado los mecanismos necesarios para resguardar los intereses colectivos y dominantes sobre lo individual y de los más débiles; el orden legal no solo define derecho y

---

<sup>29</sup> **DAVID, Pedro R.**, Globalización, prevención del delito y justicia penal, Buenos Aires, Zavalia, 1999, 826 p.

deberes de casa persona física o jurídica, también establece las medidas coercitivas que provocan algún daño o restringen el beneficio a quienes son considerados delincuentes por que violan las normas establecidas en perjuicios de individuos, grupos o la sociedad global. Esas medidas constituyen las penas. La forma más elemental de personalizar a los delincuentes es la venganza, que por reducir el delincuente un alimento a las víctimas y a la sociedad, se le debe producir un daño igual o mayor del que este causó.

En siglos pasados tenían por modelos la ley del Tali3n: Ojo por ojo y diente por diente.

Según Von Fritz, las penas cumplen tres funciones sociales:

#### **3.2.3.2.1. Funci3n intimidadora:**

Esta ocurre antes de cometer el delito, usado para dar miedos al transgresor, porque puede perder la libertad y sufrir un perjuicio. (Descrédito, perdida de oportunidades, multas pago de indemnizaci3n, pena de muerte, etc.)

#### **3.2.3.2.2. Funci3n de defensa social:**

Durante la ejecuci3n de la sentencia, esta acci3n y medidas proteja a la sociedad del peligro que significa el delincuente mientras cumple pena de prisi3n, reclusi3n, inhabilitaci3n, etc.

### **3.2.3.2.3. Función reformadora:**

Conduce a la rehabilitación y resocialización del delincuente, implica cierta forma de reeducación, aprendizaje de oficio y seguimiento personal.

Según (Goffman 1970) los efectos de la vida en prisión de los reclusos son:

- a.) Deculturación:** Que lo incapacita para adaptarse a la sociedad luego de su salida de la cárcel.
- b.) Mutilación del yo:** Por la separación de los roles anteriores, la pérdida de control de su conducta y los continuos actos de sumisión.
- c.) Gran disminución del repertorio conductual.**
- d.) Privación de relaciones heterosexuales, aislamiento físico, afectivo y social.**
- e.) Violación de la intimidad personal, por los contactos interpersonales forzados.**

Los psicólogos tienen que manejar diversas y difíciles situaciones con los internos de las cárceles, para observar y tratar a los reclusos, unos de los mayores problemas en estos recintos y que afecta directamente al personal destinado a esa tarea, es el hacinamiento por

asunto de espacio, lo cual limita y pone en riesgo los tratamientos preventivos de rehabilitación y reinserción social dado a los jóvenes y mayores para evitar su reincidencia a la delincuencia, la oportunidad de reivindicarse de los convictos ante la sociedad debe de ser mas objetivas por parte de la autoridades y el sistema penitenciario, quienes deben considerar esta situación por el bien de la sociedad en que vivimos.

Estudios sociológicos dan como resultado que la conducta transgresiva no se manifiesta de gran forma en los diferentes sectores sociales. La investigación dan como resultado que la posición, la clase social, el status, factores étnicos, el tipo de trabajo u ocupación entre otras variables sociales, son reales índices con los que se puede predecir los delitos; esto también aporta el concepto de anomia (conflicto de cultura, crisis o asentimos de valores o normas), considerada una ágil herramienta que ayuda a concebir la existencia de su cultura que conviven al interior de una cultura dominante.

Lo que acontece, a lo interno de cada familia el trato padre-hijo, madre-hijo, hermano-hermano, tío-hermano, comprensión-cariño, tolerancia-amor, odio-maltrato, agresión verbal-agresión física, amenaza-chantaje, humillación-dolor, abandono-indiferencia, violación, estas mezclas, estos ingredientes son las formas que podemos considerar como fuente transmisora de valores, normas y conductas en

los hogares donde deberán de salir hombres y mujer que sean de utilidad a la sociedad.

Se encuentra en amplio deterioro por el abandono de los padres (trabajo, ocupaciones fuera del hogar, por la creciente influencia que la televisión juega hoy en día en el proceso de socialización, programa de dibujos animados y muñequitos para los niños, series televisivas para adolescentes y adultos, hasta las películas cinematográficas son presentadas con un alta dosis de violencia y agresividad que influyen dramáticamente a diario en los hogares del mundo.

Ante la presentación de escenas violeta o eróticas de padres en presencia de niños y adolescentes en momento de estas viendo televisión, los padres están obligados de cambiar de canal o pedir a los niños que vayan a dormir o a otro lugar, pues los impactos psicológicos que produce el permitirle ver a esos menores un crimen en pantalla de televisión, se convierte en otro crimen para el desarrollo mental futuro de esos jóvenes.

La familia actúa indirectamente en la formación de la personalidad del delincuente al asumir ciertos comportamientos:

- a)** La disgregación familiar.
- b)** La carencia de cuidados maternos en la etapa temprana.
- c)** La privación de la compañía paterna.
- d)** La actitud rígida de los padres.

- e) La disciplina autocrática parental.
- f) Las alteraciones constantes en la dinámica familiar.
- g) Entre otras.

La psicología trata de averiguar, de conocer dentro de lo que es el comportamiento criminal, que lo que induce a un individuo a delinquir, porque de esa conducta para del delincuente; porque la idea de ser cometido no le da temor ni le hace renunciar a su conducta criminal.

“La psicología tiene por tarea aclarar este significado en una perspectiva genética”<sup>30</sup>.

Estudiando la personalidad del que delinque podemos lograr el psico-diagnóstico que permita su diagnóstico con el cual pueda darse un tratamiento correcto para lograr la readaptación por medio de una labor terapéutica integral. Conocer de la personalidad del delincuente es fundamental para poder diferenciar un caso de otro y para poder reconstruir la etiología y dinámica del fenómeno criminal en particular.

En el ambiente penitenciario la tarea psicología implica estudiar los aspectos del diagnóstico y tratamiento. El trabajo psicológico con persona delincuente conlleva irremediablemente hacia un enfoque social, pues el delito es una transgresión, una alteración o violación a una norma social.

---

**30 Baratta, Alessandro.** Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. 2002 Siglo XXI Editores, Buenos Aires. Páginas 21.

Por esta razón, la psicología parte de un diagnóstico que tiene por objetivo conocer quién es la persona que llega a la penitenciaría.

El diagnóstico pudiera ser individual, grupal o institucional. En el individual se busca lograr un conocimiento de los múltiples y complejos aspectos de la personalidad del delincuente utilizando técnicas como:

- a)** Historial Clínico.
- b)** Test de inteligencia.
- c)** Test proyectivo.
- d)** Inventario de personalidad.
- e)** Test de interés.
- f)** Actividades (entrevista focalizada y abierta).
- g)** Análisis de casos.

Todos estos métodos sicométricos deben ser utilizados con criterio profesional y enfoque objetivo, pues, si los mismos proporcionan datos relevantes sobre las actitudes e inclinaciones de las personas, nos ofrece una incertidumbre de un 100% acerca del comportamiento futuro en un momento dado de la persona señalada.

Las penas que se aplican para sancionar a los que desviados, varían considerablemente de acuerdo a la naturaleza y valoración social de la conducta de que se trate. Con la época de la coyuntura social, política y económica que se vive, la intención de la penalización ha ido evolucionando con la dialéctica social, va desde el tradicional

castigo al delincuente por las ofensas cometidas, hacia un enfoque preventivo para defensa de la sociedad, acorde con la filosofía positivista y a una moderna noción de rehabilitación, más cercana a la psicología clínica como social.

**3.2.3.3. Lo estructural en la concepción social del delito.-** El delito es desorden, marca un disenso, un no cumplimiento de las normas, una situación de armonía. El consenso se pone en cuestión. De allí la sagrada función que le asignaba Durkheim a la pena como reafirmación de la conciencia colectiva. La solidaridad social necesita, ante la comisión de los hechos más aberrantes, reafirmarse, re-explicitarse y este es un proceso social que se da no solo en el plano de lo racional sino que se vive en la pasión colectiva. El odio que despierta el criminal, la histeria colectiva que dispara el bruto asesino, son producto de la indignación contra aquél que se atrevió a violar lo que tenemos de inmaculado, lo que nos permite reconocernos como algo superior, lo que hace que merezcamos existir como sagrada sociedad humana.

Estas interpretaciones del rol de la sanción penal junto a las originales funciones utilitarias de amenaza a los potenciales delincuentes para que se abstengan de cometer la infracción y resocialización del desviado sirven para explicar la pena, la reacción punitiva frente al mismo en una sociedad consensual. Justamente en una sociedad basada en el consenso, en la que, supuestamente, la

inmensa mayoría acata las normas básicas de convivencia lo que importa es justificar la pena, el esfuerzo por la explicación del delito no tiene mayor sentido ya que se supone un hecho aislado, excepcional o momentáneo, un desorden puntual o temporal.

¿Pero qué sucede cuando el desorden ya no es tan puntual ni temporal sino que se extiende como una mancha de aceite por toda la geografía y el entramado social y nos damos cuenta de que no es algo que esté pasando momentáneamente sino que está conviviendo en forma crónica, desde hace años, en la sociedad? Las amenazas no funcionan, las resocializaciones no funcionan, hay sectores sociales que se solidarizan con las víctimas de los delitos, pero hay sectores sociales que se solidarizan implícitamente, y a veces explícitamente, con los autores de delitos, incluso expresiones “sub” culturales de apología del delito. El delito, lo ilícito, lo anómico ya no es una excepción o un momento sino una forma de vida, sobre o a la par de la que se estructuran relaciones personales, sociales, flujos comerciales, construcción de formas políticas y finalmente funcionamientos institucionales.

Ese es el momento en que debemos llevar nuestra atención del desorden al orden.

La física nos enseña que los órdenes se degradan si no cambian, es el segundo principio de la termodinámica. Un orden que pudo ser funcional para un momento y una realidad dada no lo es para

la siguiente. En lo social pasa lo mismo. Nuestros esquemas sociales ¿están a la altura de las circunstancias?

Nuestras formas de distribución económica y política, nuestras instituciones, ¿están acorde con los tiempos históricos? O ¿todavía tenemos una anquilosada rémoras de las maquinarias de organización social del pasado que crujen, fallan y pierden lubricante por todos sus desfogues?. Esas manchas de aceite de la delincuencia, la violencia y la corrupción tienen entonces una génesis en el mal funcionamiento del propio orden como sistema social viejo, lo que sugiere la necesidad de introducir en forma inmediata cambios estructurales. No se puede tratar el problema criminal como si fuera una lucha abstracta entre el bien y el mal en formas puras, agitando las aguas más superficiales e irracionales de la “conciencia colectiva” a través de estereotipos y clichés mediáticos. Hay que meterse con acciones en lo profundo del problema social y lidiar con el bien y el mal concretos, conjuntos, cotidianos, existente en territorios reales. Hay que buscar las responsabilidades de todos, no de uno o dos chivos expiatorios, y exigir en función de esas responsabilidades a cada uno lo suyo.

“Se nos plantea el desafío de toda una reorganización socioinstitucional e interjurisdiccional, una redefinición de las acciones sociales, políticas y económicas de todos los integrantes de la sociedad, de estos con las instituciones y de las instituciones entre si. Los males criminales de nuestra sociedad no se resumen en los

nombres y las imágenes de las “bestias salvajes” capaces de la peor ignominia”<sup>31</sup>.

Podemos hacer una pira con cada desgraciado portador del exabrupto criminal y tal vez esté bien que la hagamos, diría Durkheim; pero lo que es seguro es que con ello no nos estamos ocupando en absoluto del problema criminal real de fondo. El problema real de fondo no es el del desorden en sí, este es sólo el síntoma, el problema es la cuestión acerca de cómo queremos armar ¿y si realmente queremos armar? ordenes nuevos.

#### **3.2.4. Significados del delito en relación con la edad, el género, la clase social y la educación.**

**3.2.4.1. Género y Delito.-** Las mujeres constituyen más del 50% de la población. Según algunos estudios al inicio de la transición sus mayores necesidades y demandas se han centrado en materia de justicia de familia.

No obstante, la realidad de las mujeres muestra que en tanto grupo han sido especialmente vulnerables en el resguardo de sus derechos como usuarias del sistema penal y en situación de mayor invisibilidad cuando están en conflicto con la ley.

---

**31** García Villegas, Mauricio y Rodríguez, Cesar. Derecho y Sociedad en América Latina 2003: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. ILSA-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pág. 32.

Según E. R. Zaffaroni, la relación de la mujer con el poder punitivo se revela en el proceso de gestación de ese poder. Podemos, inclusive, comprenderlo como un poder de género que, desde su surgimiento, agredió a la mujer y al sistema de relaciones que ella representaba.

La Inquisición tuvo un papel fundamental en el proceso de consolidación del modelo punitivo. El orden inquisitorial pretendió eliminar el espacio social público de la mujer en la Edad Media, generado por la ausencia de hombres que abandonaron las ciudades para participar de las guerras medievales. Con esa finalidad, se buscó erradicar la religiosidad popular medieval y la cultura fuertemente comunitaria, motivada por las mujeres. Obstáculos a la verticalidad social, transmisoras de una cultura que debía interrumpirse, era preciso controlarlas y subordinarlas. Se estableció, así, “la civilización de los señores, verticalista, corporativa o de dominio y de vigilancia”<sup>32</sup>, condiciones necesarias en una sociedad mercantilista y colonizadora.

Con el inicio de las actividades de conquista, el modelo verticalista europeo fue exportado y se convirtió en planetario. La imagen de la mujer fue construida como sujeto débil en cuerpo y en inteligencia, producto de fallas genéticas – postura en la que se basa la criminología positivista cuando se ocupa de la mujer criminal -. Otra característica que le atribuyeron fue la inclinación al mal ante su menor

---

**32 BARATTA, Alessandro.** Criminología Crítica y crítica del derecho penal. México 1982. Pág. 71

resistencia a la tentación, además del predominio de la carnalidad en perjuicio de la espiritualidad. Se justificaba, por lo tanto, una vigilancia más efectiva por parte de la Iglesia y del Estado a ese género. La ideología de la “tutela”, introducida por el discurso inquisitorial, se extendió a los nuevos cristianos, a los indígenas, a los negros, a las prostitutas, a los enfermos mentales, a los niños y adolescentes, a los viejos, entre otros, tanto para protegerlos como para reprimirlos. Esta actitud debe ser comprendida como el paradigma de la colonización, pues la tutela de las razas inferiores tenía la misma importancia que la tutela de los inferiores de la propia raza.

La transformación industrial incentivó la lucha por la hegemonía social entre la clase industrial burguesa y la nobleza, conflicto de intereses que adquirió visibilidad con la Revolución Francesa, inspirada en los principios iluministas de libertad, igualdad y fraternidad. En esa lucha, la mujer recuperó cierto espacio público y reconocimiento social, más sólo por poco tiempo. Cuando la nueva clase burguesa obtuvo el poder, dejó de ser importante restringir o limitar el poder punitivo (al cual se había opuesto en la confrontación con la nobleza), que pasó a ser empleado como instrumento potencial de control social de los grupos marginales y marginalizados. Ese contexto posibilitó el surgimiento de un vigilante social sobre la base de la desigualdad de los individuos y se distinguió la categoría de “humano”, que contemplaba a los hombres superiores, blancos, casados con mujeres dóciles, con hijos, heterosexuales y burgueses. Como consecuencia de ello, el

modelo punitivo vertical y jerarquizado se perennizó, sobre la base de la marginalización (selección y exclusión social) de todos los incapaces de ajustarse a los modelos de “normalidad”.

El mundo continuó transitando por diversas transformaciones que colocaron a la modernidad en el banquillo de los acusados, y con ella entraron en crisis postulados asumidos como absolutos, tales como el poder punitivo. Sin embargo, a partir de la década de los 60 la crisis de ese discurso se intensificó al confrontarse con movimientos de activistas y de académicos que cuestionaron el sistema criminal y exigieron una coherencia inexistente, puesta en evidencia por el conflicto entre sus funciones latentes y manifiestas. Se destaca en esa época el movimiento feminista, que cuestionó no sólo el sistema de castigos, como configuración aislada, sino también la propia estructura del derecho como disciplina que confiere legitimidad al discurso punitivo y lo presenta como consensual y neutro.

Tomando como base esta introducción, analizaremos el papel de la mujer agresora desde la óptica de la criminología crítica y la criminología de influencia feminista.

#### **3.2.4.1.1. Criminología feminista:**

La década de los 60 constituyó un tiempo propicio y privilegiado para la ebullición de los postulados feministas. En el ámbito criminológico, las teorías feministas se inspiraron en las discusiones del interaccionismo

simbólico para destacar la necesidad de observar al oprimido y dotarlo de voz, o sea, otorgar derecho de palabra a aquel que es estigmatizado, seleccionado y punido por el sistema criminal.

Sin embargo, el entendimiento de la criminología feminista demanda la exploración del trayecto recorrido por estudiosos de ambos sexos que identificaron a la mujer agresora como objeto de estudio.

Los estudios feministas que se aproximaron al sistema criminal tuvieron dificultades para ajustarse a la división entre el paradigma etiológico (propio de la criminología positivista) y el paradigma de la definición social (propio da criminología crítica).

La distinción más evidente en el campo penal separa los estudios sobre los “comportamientos problemáticos” de las mujeres como agentes de agresión, de aquellos sobre las mujeres como víctimas de la agresión. Mientras que la última perspectiva ha sido ampliamente abordada en los trabajos feministas, el análisis de la primera se ha mostrado menos frecuente, en los círculos femeninos.

Los pocos trabajos existentes sobre la delincuencia femenina han sido encarados bajo distintas concepciones teóricas, desde finales del siglo XIX hasta la actualidad. Es posible distinguir dos líneas de interpretación más importantes: La que contempla a las concepciones clásicas y la que incluye los esfuerzos críticos contemporáneos que buscan encontrar las motivaciones de tal práctica.

En el primer grupo se encajarían criminólogos y criminólogas que trabajaron y trabajan bajo la orientación del marco conceptual tradicional y cuyos estudios sobre la mujer criminal fueron guiados por la visión androcéntrica de la criminalidad, esto es, aquella que toma como referencia la función reproductiva de la mujer en la práctica de conductas desviadas, tales como el aborto, el infanticidio y la prostitución. El desvío es explicado por la no-adequación al rol reproductivo. Fundamentan esa visión las teorías biológicas y constitucionales. A pesar de la existencia de estas investigaciones, la tendencia a considerar a la mujer criminal como objeto de estudio ha sido escasa, evitada en algunos casos y no raramente ignorada.

En el marco de las concepciones contemporáneas, el énfasis está en la criminología feminista, que tuvo un desarrollo más acentuado a partir de los años 60, década en la que se produjo la ruptura teórica que fomentó el surgimiento de las teorías feministas. Su desarrollo no fue uniforme y algunas de sus propuestas no consiguieron desprenderse de la tradición positivista, como fueron los casos de Freda Adler y Rita Simon. Eso es fácil de comprender porque muchas de esas posturas fueron inspiradas en las teorías feministas que partieron de enfoques y propuestas conflictivas. Sin embargo, a pesar de las críticas que puedan recibir, los trabajos motivados por las teorías feministas de tendencia liberal y radical consiguieron tornar visible la criminalidad femenina y abrieron caminos para la elaboración de

nuevas teorías que, valiéndose de la perspectiva de género, consolidaron la criminología feminista.

Fue principalmente en las décadas de los 70 y de los 80 que la criminología feminista de perfil más crítico ofreció nuevas aproximaciones y análisis sobre el tema en análisis. Se tejieron críticas a las tesis tradicionales, con la intención de promover el debate acerca “de los estereotipos sexistas que alimentan esas teorías, [y de explicitar] los límites de una criminología positivista cuyas premisas son inadecuadas y que se presenta como instrumento de control y de preservación del *status quo*”. Los defensores y defensoras de la criminología feminista basada en postulados críticos comprenden la intervención penal como una de las facetas del control ejercido sobre las mujeres, una instancia en que se reproducen e intensifican las condiciones de opresión mediante la imposición de un padrón de normalidad. Para esa corriente criminológica, la mujer “desviada” no es más el punto de partida. Se pretende explorar las circunstancias que afectan no solamente a las mujeres agresoras, sino también a las demás mujeres, así como a los grupos marginalizados, de personas desprovistas de poder, socio-económicamente desfavorecidas y a los grupos *ethnicsés* y *racialisés*. Las preguntas que se levantan después de reflexionar sobre el sucinto panorama que aquí delineamos es: ¿Por qué insistir en observar a las mujeres imputadas o procesadas bajo la óptica de la criminología feminista? ¿Qué ventajas puede generar ese abordaje? Intentaremos responder estas preguntas. Los estudios de la

criminología feminista, en la medida que buscaron atender las necesidades y los intereses de las mujeres como grupo, posibilitaron la superación de algunos límites de la criminología, desarrollada bajo patrones masculinos. Así, “sus cuestionamiento actual en la criminología”.

Partimos por reconocer las innumerables e importantes contribuciones del feminismo a los estudios criminológicos, sin embargo, seleccionamos las más representativas porque sintetizan más eficientemente el espíritu de la criminología feminista.

La primera gran contribución está dada por la introducción de la perspectiva de género como instrumento para observar a las mujeres en el sistema punitivo, es decir, para entender el sistema criminal como construcción social que pretende reproducir las concepciones tradicionales sobre la naturaleza y los papeles femeninos y masculinos, tal como han sido instituidos en la modernidad. Por ello, para conocer como se construye la feminilidad en el sistema penal, debemos extrapolar ese ámbito y estudiar a las mujeres justiciables en el mundo de las propias mujeres. De ese modo, podremos comprender la “criminalidad femenina” a partir del cuestionamiento de la sociedad y proponer políticas basadas no en la rehabilitación de las imputadas, sino en la “reforma de las relaciones sociales basadas en el sexo y de las instituciones que las sustentan. Esa propuesta, que expresa una postura favorable hacia las mujeres y presenta su desvío en relación al

*status* de sujetos oprimidos en la sociedad, no pretende principalmente “combatir” el “crimen” cometido, sino las condiciones de exclusión que les afecta en tanto grupo.

La segunda contribución se funda en la posibilidad de estudiar el sistema por medio de la observación de sus actores considerados como sujetos. En ese sentido, los análisis feministas sobre la criminalidad femenina intentaron identificar a las mujeres concediéndoles la palabra, de tal manera que mediante sus voces y experiencias de vida, los investigadores/as puedan aproximarse y entender a su objeto de estudio. Esa actitud abre el camino hacia el “otro”, y acentúa la dimensión relacional de la situación o problema; la preocupación se centra en el otro como ser individual y particular, y no solamente como sujeto de derechos o como entidad abstracta a analizar. La clave está en crear una relación de empatía entre investigador/a e investigada. De modo general, creemos que toda investigación o discurso racional y objetivo debe ser construido a partir de cierto distanciamiento entre observador y observado, a fin de proteger al investigador de la subjetividad propia de todo ser humano, sin embargo, ese discurso no puede desconocer los grados de empatía que surgen en las interacciones humanas.

La interdisciplinaridad es igualmente valorizada por los estudios feministas. En el caso de la criminología, el empleo de ese concepto permite la incorporación de disciplinas distintas en el análisis de la

problemática que envuelve a la “criminalidad”, generando miradas alternativas para entenderla mejor.

Además, los estudios feministas en la criminología han denunciado el carácter androcéntrico y parcial de la criminología, permitiendo el distanciamiento del “modelo de análisis concebido para el hombre blanco promedio y mostrando que no es aplicable para todos” – característica no percibida, y algunas veces negada, por representantes de la criminología crítica -. Las investigaciones elaboradas bajo el marco de la criminología feminista deben superar la oposición de sexo, a fin de evitar el desgaste de energías en la búsqueda de diferencias que justifiquen abordajes distintos. Por ello, debemos identificar a las mujeres procesadas en el conjunto de grupos excluidos. De esa forma, el problema será evaluado a través de una dimensión macro estructural, que “tome en consideración la criminalización de las mujeres a partir de su opresión como grupo, dentro de un cuadro global de sociedad capitalista y/o patriarcal”.

Cabe agregar que a través de las contribuciones de la criminología feminista fueron explicitados los sistemas de opresión de los grupos marginalizados. Por lo tanto, hoy más que nunca, debemos estimular la producción de análisis que adopten la perspectiva de género para mirar a la mujer y a todos los individuos insertados en el sistema punitivo. Así, la óptica del género nos llevará a cuestionar la propia estructura del sistema, “de-construyendo el universo de las

formas tradicionales de legitimación punitiva y procurando soluciones más equitativas, que valoricen las situaciones concretas en las que evolucionan los diferentes protagonistas de la intervención penal”.<sup>33</sup> Creemos que la criminología feminista es, en ese sentido, el marco teórico adecuado para el estudio de las mujeres procesadas.

#### **2.4.1.2. Las especiales condiciones de la mujer.**

La reducida presencia numérica de la mujer en el sistema criminal ha provocado desinterés, tanto de investigadores como de autoridades, y la consecuente “invisibilización” de las necesidades femeninas en la política criminal que, en general, se ajusta a modelos típicamente masculinos. Por lo tanto, el problema criminal ha sido enfocado por los hombres y para los hombres en conflicto con el sistema penal.

La carencia de políticas públicas que respondan a las necesidades y particularidades de este grupo ha ocasionado perjuicios en las mujeres afectadas y en sus familias. En los casos en que se observa intentos de responder a estas particularidades puede percibirse que éstos se restringen a aspectos vinculados con la infraestructura penitenciaria, pues buscan instalar a las mujeres condenadas y detenidas en espacios exclusivamente femeninos. Sin embargo, la existencia de establecimientos carcelarios para mujeres no garantiza que éstos contemplen ambientes tales como salas cuna o

---

33 ANIYAR DE CASTRO, L. Criminología de la reacción social. Maracaibo 1997. Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Zulia. Pág. 12

guarderías para los hijos, escuelas, celdas especiales para mujeres embarazadas, ni que estén regulados por normas que permitan ejercer derechos como el de visita íntima.

Si tomamos en consideración la poca atención que se proporciona a la mujer privada de libertad, en nada nos sorprenderá que sea menor la atención a aquellas que aún no adquirieron la calidad de condenadas, es decir, que se encuentran sometidas a los procedimientos del sistema de justicia penal, que no la reconoce como sujeto diferenciado y susceptible de atención especializada.

Es ese el vacío que pretende cubrir nuestro estudio, en tanto nos interesa comprender las particularidades y necesidades de la defensa penal de las mujeres procesadas, bajo el nuevo sistema de justicia criminal, buscando que ello nos proporcione insumos para pensar el mecanismo a través del cual incorporar la perspectiva de género en la prestación de la defensa pública. Ese es el gran reto para la política criminal y régimen penitenciario del Ecuador.

### **3.3. ANÁLISIS DE LA REALIDAD SOCIAL ECUATORIANA.**

#### **3.3.1. Situación Política:**

Se dice que Ecuador está gobernado por régimen democrático únicamente porque cada cuatro años nos convocan a participar en elecciones “libres y directas”. Pero democracia real no existe ya que si analizamos desde el punto de vista de los derechos humanos y de

los Derechos de los Pueblos Indígenas, no solo que no se cumplen, sino, que éstos se violan permanente y sistemáticamente.

### **3.3.2. Situación Socio - Económica:**

“Ecuador está dolarizado desde el año 2.000. Pasó traumáticamente a la dolarización luego de un feriado bancario que congeló por un año todos los depósitos de los ecuatorianos, la mayoría de los cuales nunca se restituyeron, y los que se devolvieron se “licuaron” al pasar la cotización de 5.000 sucres por dólar a 25.000. Las pérdidas fueron enormes e incalculables. Las consecuencias fueron funestas. Cerraron 17 bancos; quebraron más de 3.000 empresas; se perdieron miles de puestos de trabajo; y comenzó un violento proceso de emigración de compatriotas que sin horizonte ni perspectivas de vida digna en el país, en estampida salieron rumbo a España y EE.UU. Actualmente se calcula que en seis años al menos tres millones de ecuatorianos han emigrado; y las remesas provenientes de las familias constituyen el segundo rubro de ingreso de divisas, después del petróleo”<sup>34</sup>.

Nuestro país es un país de contrastes. Es uno de los países con mayor inequidad en el continente. El 20% de población de más altos ingresos concentra el 63.4% de los ingresos nacionales y el 20% más pobre de la población percibe en total solo 2.16% de ellos. Los ingresos

---

**34 Instituto Nacional de Estadística.** Censo nacional de población y vivienda 1992.

del 5% más rico superan en no menos 60 veces a los del 5% más pobre.

Un grupúsculo de 10 familias millonarias “dueñas del país” controlan el 62% de las divisas provenientes de las exportaciones. De éstos sólo el Grupo Noboa, mantiene una fortuna de 1.200 millones de dólares equivalente al 5% del PIB; mientras que el 80% de ecuatorianos -según estadísticas de UNICEF- está bajo la línea de pobreza crítica, y sobreviven con menos de un dólar diario.

Uno de los más acuciantes problemas económicos histórico-estructural es el de la deuda externa que absorbe el 72% de las exportaciones. Para pagar puntualmente los servicios de la deuda se destina el 48% del presupuesto general del estado, en contraste van sólo el 2.8% para salud y el 3% para educación pública. De allí que estos servicios básicos estén progresivamente en proceso de privatización.

El modelo neoliberal vigente en nuestro Ecuador es el que ocasiona las inequidades, exclusión e injusticias que soportan nuestros pueblos porque es un modelo que tiene como motor de acción la plusvalía y que consiente la acumulación y la concentración de capitales en pocas manos.

El desempleo y subempleo aumenta día a día. La esperanza de los jóvenes está puesta únicamente en el éxodo hacia el exterior. La

emigración campo-ciudad crece por falta de oportunidades productivas en el agro y en las grandes ciudades como Quito y Guayaquil se multiplican los suburbios, el hacinamiento, la delincuencia, la inseguridad ciudadana.

### **3.3.3. Situación de Pueblos y Culturas:**

Una de las mayores riquezas que posee nuestro país a más de su portentosa biodiversidad –ya que está catalogado como país mega diverso- es la existencia de trece nacionalidades indígenas y catorce pueblos indígenas que desde sus ancestrales valores culturales y cosmovisiones aportan al desarrollo del estado-nación y de la sociedad ecuatoriana.

“En la zona andina habitan los Kichwa que constituye la nacionalidad con mayor cantidad de población indígena. En la región amazónica también están los Kichwa junto con los Shuar, Achuar, Siona, Secoya, A'i Cofán, Waorani, Shiwiar y Zápara; en la Costa encontramos a los Tsáchila, Chachi, Epera y Awá Koaiquer. Entre los pueblos indígenas que pertenecen a la nacionalidad Kichwa existen los Karanki, Natabuela, Otavalo, Kayambi, Kitu-Kara, Panzaleo, Waranka, Chibuleo, Salasaka, Puruhá, Kacha, Cañari, Saraguro. Cada una de las nacionalidades indígenas tiene su propia lengua, cultura y cosmovisión y aportan significativamente en el mantenimiento de valores ancestrales, en la construcción de una sociedad intercultural y en la

preservación del medio ambiente; su amor filial a la Pachamama así lo demuestra.”<sup>35</sup>

Todos los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador están organizados local, regional y nacionalmente. Existen tres grandes organizaciones regionales: LA ECUARUNARI, de la Sierra; la CONFENIAE, en la que están todas las nacionalidades de la Amazonía; y, CONAICE, en la cual convergen las nacionalidades de la Costa. Estas tres grandes organizaciones regionales integran la CONAIE, organización nacional que constituye el espacio autonómico de gobierno de pueblos y nacionalidades. Como tal la CONAIE es una organización única en el continente; desde su constitución en 1.986 ha venido trabajando por fortalecer la unidad en la diversidad de pueblos y culturas y, por la construcción del Estado Plurinacional que garantice la vida y el desarrollo con identidad de los pueblos Indígenas del Ecuador.

En toda de su existencia la CONAIE se ha convertido en la primera fuerza política organizativa, propositiva y movilizadora del país. Ha sido protagónica de ejemplares levantamientos indígenas que han logrado visibilizar los pueblos indígenas; introducir cambios constitucionales trascendentales; legalizar tierras y territorios; ratificar el Convenio 169 de la OIT; incluir los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución vigente; y, hasta derrocar gobiernos corruptos.

---

35 Instituto Nacional de Estadística. Censo nacional de población y vivienda 1992.-

La exclusión, la discriminación y el racismo, inherentes a la ideología capitalista, han sido aspectos que históricamente han atropellado los derechos históricos de los pueblos indígenas. Aún actualmente los problemas que enfrentan son de grandes magnitudes; por ejemplo:

- Los Kichwa no tienen territorio definido. La falta de tierras empobrece la cultura y las comunidades. Recluidos en los páramos a los que han tenido que convertirlos en tierras productivas sobre los 3.000 msnm; ahora con la globalización se hallan amenazados de ser expulsados, debido a que transnacionales se hallan empeñadas en obtener comodatos a cien años plazo con las comunidades que tienen páramos -bajo pretexto de compra-venta de servicios ambientales- para apropiarse de las fuentes de agua dulce.
- Los Chachi subsisten estoicamente a la voracidad de transnacionales madereras, y de camaroneras nacionales que talan el mangle y convierten su hábitat en lugar propicio para el desarrollo del insecto causante de la oncocercosis, enfermedad que produce la ceguera progresiva, de la cual está afectada al menos el 30% de la población Chachi.
- Los Waorani, al igual que los Siona, Secoya, Cofán, Shuar y Kichwa de la Amazonía se hallan amenazados por la presencia de transnacionales petroleras. Estos pueblos mantienen un juicio contra la Texaco por contaminación ambiental debido a la desaparición de al

menos 300 especies endémicas; presencia de cáncer en niños y ancianos, daños que ascienden a más quinientos mil millones de dólares evaluados por una auditoría ambiental. El pueblo kichwa Sarayaku mantiene la decisión de no permitir el ingreso de las petroleras; en respuesta la comunidad está militarizada y han colocado hasta cantidad de minas que amenazan la vida misma.

- Los Zápara, nacionalidad indígena de la Amazonía que se halla en peligro de extinción. Únicamente cinco ancianos hablan la lengua zápara. Gracias a un proyecto integral, la UNESCO declaró a esta lengua Patrimonio Intangible de la Humanidad y mediante la dotación de recursos, actualmente los cinco ancianos están enseñando la lengua y la cosmovisión al menos a doscientos de sus habitantes.

El empobrecimiento creciente; la falta de recursos; la desnutrición crónica; el analfabetismo que en algunas comunidades indígenas supera el 80% entre las mujeres; los altos índices de mortalidad infantil; la falta de medios para la profesionalización de los jóvenes, constituyen factores que mantienen a pueblos y nacionalidades en situación de pobreza crítica. Si a esto sumamos la creciente pérdida de identidad y de valores ancestrales vislumbramos un panorama difícil para lograr la subsistencia de pueblos y culturas milenarias. Con cuánta razón Mons. Leonidas Proaño, nuestro Profeta, nos decía: estamos en la última hora de los pueblos indígenas, tenemos que hacer ingentes esfuerzos para que no desaparezcan.

### **3.3.4. Estudio de la constitución social de nuestro país.**

“La economía de un país poco desarrollado puede definirse como pobre; ésta puede crecer y crear riqueza y, sin embargo, dejar a grandes capas de la población sumidas en la miseria. Los países en vías de desarrollo, fueron la mayoría antiguas colonias de los países industrializados. Por ello, la ‘economía del desarrollo’ ha pasado a estudiar las soluciones que podrían aplicarse en estos países para erradicar la pobreza.

Los países industrializados fueron en algún momento ‘subdesarrollados’, por lo que es lógico pensar que es posible el desarrollo de estos países en el futuro. La pobreza es una circunstancia económica en la que una persona carece de los ingresos suficientes para acceder a los niveles mínimos de atención médica, alimentos, vivienda, ropa y educación.

La pobreza absoluta es la experimentada por aquellas personas que no disponen de los alimentos necesarios para mantenerse sanos; las personas que no pueden acceder a una educación o a servicios médicos deben ser considerados en situación de pobreza, aunque dispongan de alimentos. La falta de oportunidades educativas es otra fuente de pobreza, ya que una formación insuficiente conlleva menos oportunidades de empleo.

Gran parte de la pobreza en el mundo se debe a un bajo nivel de desarrollo económico. China e India son ejemplos de países superpoblados en vías de desarrollo en donde, a pesar de la creciente industrialización, la pobreza es notoria. El desempleo generalizado puede crear pobreza incluso en los países más desarrollados”<sup>36</sup>.

Decir inicios es hablar de pininos, de esperanza, de una perspectiva de las cosas que se comienzan a hacer, que se procesan antes, que es una sistematización de búsquedas y de pretensiones, de aspiraciones y experimentaciones.

La riqueza de contenido social, político, cultural, reside en semejante despertar, estos tres personajes con su tarea intelectual son la antesala para el desarrollo del pensamiento social.

El avance posible de la conciencia social e incluso del desarrollo científico de la concepción del mundo tratan de captarlo y se encuentra en el proceso de su conocimiento de la realidad, del positivismo, del bienestar del indio, el cholo, el negro, ser más país con mayor libertad, justicia y más solidaridad social.

Los problemas de la sociedad se dimensionan con más fuerza y toman más sentido desde una valoración política. La labor consiste sencillamente en puntualizar situaciones sociales y hacer planos de

---

**36 Arteaga Calderón, Marco:** Inicios del pensamiento sociólogo en el Ecuador, editorial Abya – Yala, 2008. Pág. 46.

tratamientos, teniendo en cuenta cierta cordura del pensar sobre la realidad social del Ecuador.

Podemos decir en forma general que los problemas sociales se entienden como el conjunto de males que aflige a ciertos sectores de la sociedad, los remedios para ponerle término y la paz que solucione la lucha de clases entre pobres y ricos. Esto se da por la evolución y el crecimiento de la sociedad, por lo que se dan conflictos entre quienes poco o nada tienen y aquellos que cuentan con algo o mucho más.

De esta pugna de intereses y poderes surge lo que se denomina como Cuestión Social o Problema Social, en la cual existen diferencias, oposiciones, rivalidades, conflictos y choques de carácter económico, político y hasta cultural. Se pueden numerar un sinnúmero de problemas, por muy pequeños que sean, pero problemas son, y por lo tanto afectan a toda persona, y por ende a la sociedad. Entre los principales para nosotros, por la poca experiencia que tenemos, pero por el saber diario, podríamos decir que son:

Los malos gobiernos, que por la mezquindad y ambición de ser ricos y más ricos, dan como resultado:

- El desempleo.
- La delincuencia.
- La Prostitución.
- Las violaciones.

- Los asaltos.
- Los asesinatos.
- El alcoholismo; y,
- La pobreza.

Todo este sinnúmero de problemas se dan por la manera desigual de distribuir la riqueza; si llegara un poquito de esta riqueza a todos los rincones de la patria (País), tendríamos una mejor manera de vida.

Pero lamentablemente esto se viene dando a través de la historia, cuando existía la lucha entre amos y esclavos; entre patricios y plebeyos, ahora se dan entre “los dueños del poder y el pueblo”.

Se puede solucionar, si todos los gobiernos, todos los partidos políticos y todo aquél opositor, y por supuesto, todo el pueblo en general, nos uniéramos para dar soluciones de felicidad y progreso en todo lo bueno que deba aplicarse para el buen desarrollo del país.

### **3.3.4. Tipos de problemas sociales.**

#### **3.3.4.1. Delincuencia.**

La delincuencia en nuestro medio y en estos tiempos, requiere de un estudio muy profundo y sistematizado, ya que son muchos los problemas que agravan los aspectos patológicos infantiles, seguido de factores psicológicos que con mucha frecuencia son descuidados por nuestra sociedad, y poco nos importa la mente de un niño, porque es

ahí donde se comienza a resquebrajar este miembro de la sociedad, sin ni siquiera darle la oportunidad de llegar a ser miembro eficaz y productivo, que contribuya a la tarea común.

La culpa no es sólo exclusivamente de un determinado punto, sino, que más bien existe una serie de causas que los llevan a flaquear para convertirse en lo que la sociedad no quiere, pero lamentablemente un “país pobre” como el nuestro tiene que amoldarse a las circunstancias que dicte el medio, muchas veces las experiencias extranjeras fracasan, ¿por qué? Porque no se las estudian, no se las analizan, sino que se las aplican directamente, sin tomar las medidas necesarias.

“Si se desea tener un verdadero resultado, hay que movilizar los propios sentimientos, revitalizar todos los esfuerzos, e incluso las debilidades y pasiones”<sup>37</sup>.

Para llegar al punto culminante de la “delincuencia” existen una serie de causas y factores que influyen en un determinado ser humano a cometer un acto punible (delinquir); puede decirse que estas causas son el “conjunto de infracciones punibles clasificadas con fines sociológicos y estadísticos, según sea el lugar, tiempo y especialidad que se señale a la totalidad de transgresiones penadas”.

---

**24. Dalmau Gavilanes**, Francisco: El joven delincuente en Guayaquil., Editorial UCSFG, 2004. Pág. 34

Estas causas se dan cuando los niños han sido separados del medio familiar durante su infancia, no han tenido hogares estables, ellos se verán relegados, perdiendo el punto de equilibrio entre la realidad y el placer, y caerán en actividades delictivas o perversas, son hijos de padres delincuentes, y sus preceptos morales y formación son antisociales; éstas se manifiestan a los seis o siete años de edad; además, el maltrato físico, lo que hace que ellos huyan de sus hogares e emigren a las calles; donde la calle es la escuela de toda clase de males, de aprendizaje rápido para ellos, porque de una u otra forma tienen que aprender a defenderse de todos los peligros que se les presenten en el camino.

El índice delincencial en el país es bastante alto, aunque tiende a la baja debido a la implementación del estado de excepción, según confirman las autoridades, sin embargo en el diario vivir observamos que los actos delincuenciales se producen cada vez con mayor frecuencia.

Así, el índice delincencial de la provincia del Guayas tiene un incremento diario en los diferentes tipos de delitos, por la situación que se encuentra atravesando el país, debido entre otras cosas a aspectos como los que se detallan a continuación:

- La pérdida de valores éticos y morales.
- La mala administración de los gobiernos.

- La falta de aplicación de las Leyes y corrupción de la Función Judicial.
- La falta de legislación a favor del pueblo en el Congreso Nacional y ahora Asamblea Nacional.
- La generalizada corrupción que se encuentra en todos los estratos sociales.
- La crisis económica.
- El desempleo masivo.
- La migración campesina.
- La inflación de los últimos años.
- La falta de alimentación, vivienda, salud, educación entre otras.

Con los datos estadísticos proporcionados por la Policía Técnica Judicial del Guayas, podemos observar que el índice delincencial desde el mes de enero del año 2008, hasta el mes de marzo del año 2009 proyecta un incremento del 41%.

Estos índices delincuenciales son alarmantes, pues como nos podemos fijar, los porcentajes van en aumento. Cada vez hay mayores cometimientos de delitos, no obstante que la Policía Nacional se esfuerza por evitarlos y la ciudadanía en colaborar con ellos.

### **3.3.5.2. Consecuencias de la delincuencia.**

Como principio fundamental, para nuestro concepto personal, las consecuencias de la delincuencia con mucha frecuencia se atribuyen a

las faltas, culpas o defectos paternos que recaen sobre los hijos; es una cadena o círculo vicioso que nunca tiene fin.

En doctrina, se establece una teoría legal sobre las consecuencias de los hechos jurídicos.

Estas consecuencias se pueden clasificar en tres formas:

**3.3.5.2.1. Inmediatas:** Las que suelen suceder según el orden natural y ordinario de las cosas. (Rápido, sin límite de tiempo).

**3.3.5.2.2. Mediatas:** Resultantes tan sólo de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto.

**3.3.5.3. Causales:** Son aquellas mediatas que no se pueden impredecir<sup>38</sup>.

Todos estos pasos dan como resultado que una persona cometa un delito, sea de cualquier naturaleza, y a su vez son aplicables al autor, es decir, a la persona; se las puede prever, y también se las puede imputar después de un análisis exhaustivo de los hechos.

**3.3.5.4. Clases.-** Aunque nos parezca mentira, la delincuencia en sí encierra muchas clases de delincuentes. A continuación se presenta un recuento de los tipos de delincuentes según Guillermo Cabanellas, lo que nos permitirá observar donde está ubicado cada uno de ellos:

---

**38 Cabanellas de Torres,** Guillermo: Diccionario Jurídico Tomo III. Pag.165

**Delincuente levita:** Clase superior.

**Delincuente habitual:** Que lo hace con mucha frecuencia.

**Delincuente nato:** Aquél que nació para delincente.  
(teoría Lombrosiana)

**Delincuente racional:** Aquél que lo hace por un momento de furia o de impulso.

**Delincuente pasional:** Aquél que, movido por un “huracán psíquico”, anula su voluntad.

**Delincuente político:** Aquél que calla el ordenamiento político, jurídico y social de un país.

**Delincuente primario:** Aquél que lo hace por primera vez.

**Delincuente profesional:** Aquél que hace del delito su profesión habitual.

**Delincuente sexual:** Aquél que ataca la libertad sexual ajena.

**Delincuente menor:** Es el cometido por niños o jóvenes.

**Delincuente de cuello de oro:** Son aquellos corruptos que sirven al Estado con el fin de hacerse ricos, y nunca

pueden ser culpados, y son los grandes señores típicos de nuestro país.

Otro aspecto importante es la corrupción, que está dada en todos los niveles del gobierno, tanto en las empresas públicas, en la función legislativa, ejecutiva, judicial, convirtiéndose en empresas privadas oligárquicas, adueñándose del país y llevándose al asalto lo que queda de nuestros recursos nacionales, apoyados en una partidocracia obsoleta, podrida por la corrupción existente, porque siempre ha existido; sin embargo, muchos presidentes terminaron su mando, pero otros no.

Ya es hora de que todo esto se termine y comencemos de nuevo, para llevar a nuestro país a días mejores, que nos concienticemos a trabajar por el progreso y desarrollo nacional, para no seguir siendo un país mediocre como hasta ahora hemos sido vistos y señalados como pocos prácticos en la solución de problemas.

En nuestro país la corrupción se ha vuelto tan de moda, que goza de buena asesoría y respaldo nacional e internacional, terrenal y celestial, que prácticamente podríamos hablar de “una cultura social”. Aquí ya no hay moral, se destruyeron todos esos sentimientos que ahora más bien nos llevan a satisfacer deseos ajenos que facilitan o promueven la corrupción, la inmoralidad, la desesperación de hacerse ricos en el menor tiempo posible, aprovechándose del cargo o función e inobservado todo ordenamiento jurídico y social.

La corrupción se da porque hoy en día se han perdido los preceptos morales, porque no importa el sufrimiento de un pueblo; en una sola frase, no importa nada ni nadie.

Cuántas infamias, cuántas acciones corruptas se cometen en el nombre de Dios, que al menos para sus representantes aquí y para los creyentes, debería ser sagrado, como para otros es sagrada la libertad, pero sin embargo en cuyo nombre se cometen también brutales crímenes, se oprime a los pueblos, se los masacran y se saquean sus recursos económicos.

Cómo es posible que, sin el menor remordimiento alguno, se cometa el robo descarado de quitarle el dinero al pueblo, para tapar la sinvergüencería de los bancos y banqueros; es algo imperdonable, repudiable y asqueroso a la vez, tal como sucedió en el gobierno demócrata popular de Jamil Mahuad.

¿Qué capital extranjero puede llegar a invertirse en nuestro país? ¡Ninguno! Por no hay la confianza, ni el prestigio, peor honor, solo hay desconfianza de que en cualquier momento puedan hacer otra cosa similar de robarle al pueblo en forma pública, de las muchas ya realizadas.

Una de las consecuencias a simple vista es la DESCONFIANZA existente, nadie quiere invertir, ni guardar su dinero en una institución

bancaria, porque en cualquier momento nos dan otro batatazo, y nos quedamos en cero y más pobres que antes.

A simple vista nos parece a nuestro poco entender, que hoy en nuestros días habemos solamente pobres y ricos, y en lugar de progresar retrocedemos al inicio de nuestras vidas, de cuando se comenzó a implantar el sistema económico, que tuvo que pasar de fase en fase hasta llegar al capitalismo y actualmente a un socialismo del siglo XXI.

La crisis económica causa muchos estragos al ámbito nacional en forma general, y por consiguiente, afectando a todo un pueblo en forma particular.

Esta crisis se da por la forma equivocada y mal distribuida de la riqueza nacional, no llegando en forma equitativa a todos los sectores, pueblos, parroquias, cantones y provincias del país.

Por esta situación económica en que se está viviendo en el ámbito nacional y mundial, vemos a un pueblo que lucha para subsistir tenemos la esperanza que algún día con buenas decisiones estatales salgamos de esta inercia en la que nos encontramos.

Mientras no se controle la evasión de los impuestos, ni se amplíe la gama de aportantes en el sector informal y formal, tendremos ingresos menores, y por lo tanto no llegarán a satisfacer todas las necesidades que tiene que afrontar un país. Según versiones de

grandes empresarios y a nuestro entender, en el proceso de recesión del aparato productivo, sólo se pretende incrementar ingresos a los pocos contribuyentes que siempre pagan.

Se puede decir que son muchas las causas del problema económico, pero a nuestro modesto criterio, una de las más grandes es la evasión de impuestos, que da como resultado crisis en la economía nacional, y a más de evasión de impuestos, lo poco que ingresa a las arcas del Estado, son saqueados por los gobernantes de turno en su gran mayoría. Pues bien, se habla de privatización, socialización y ampliación de los servicios público y no se lo ha realizado, esto nos da la pauta de la poca o nada importancia que nuestros gobernantes le dan a las necesidades del pueblo que lo eligió, para adoptar medidas que puedan enrumbar al país por el bien, el progreso y desarrollo.

A todo esto, los resultados saltan a la vista: Existe desempleo total, pobreza por demás, un gran porcentaje de analfabetismo, (a pesar que en estos últimos tiempos ha disminuido) y una tremenda situación crítica de salud.

En fin, toda la solución de los problemas que agobian a nuestro país, está en nuestras manos, somos los más indicados en cambiar para bien del Ecuador y hacer que se fortifique, crezca y sobre todo pueda dar frutos de esperanza para todos los ecuatorianos, pero como hemos mencionado anteriormente, todo el cambio está en nuestras manos.

### **3.3.6. Estudio de las características sociales presentes en la comisión de algunos delitos.**

#### **3.3.6.1. Delincuencia juvenil.**

Sin lugar a dudas, la delincuencia juvenil es un fenómeno muy representativo desde el siglo pasado, la delincuencia juvenil es uno de los problemas criminológicos que crece cada día más, no solo en nuestro país, sino también en el mundo entero; es una de las acciones socialmente negativas que va contra lo establecido en la ley, a las buenas costumbres creadas y aceptadas socialmente. La delincuencia juvenil es un fenómeno social global que pone en riesgo la seguridad pública de una sociedad.

La delincuencia juvenil al ser un fenómeno de ámbito mundial, se extiende desde los rincones más alejados de la ciudad industrializada hasta los suburbios de las grandes ciudades, desde las familias ricas o “privilegiadas” hasta las más pobres y desprotegidas, es un problema que se da en todas los extractos sociales y en cualquier rincón de nuestra civilización.

A pesar de no tener ninguna duda sobre la existencia de un derecho penal precolombino, como por ejemplo el de los pueblos Aztecas, Mayas, Incas o de Mesoamérica, desconocemos si existía alguna regulación especial, o particular para niños o jóvenes que cometieran algún "delito". Lo mismo que se desconocen las

regulaciones de esta situación en el llamado derecho colonial americano. El inicio legislativo de la "cuestión criminal" surge en el período republicano, luego de la independencia de las colonias europeas. Aunque a finales del siglo XIX la mayoría de los países latinoamericanos tenían una basta codificación, especialmente en Constituciones Políticas y Códigos Penales, la regulación de la criminalidad juvenil no era objeto de atención particular por su incipiente surgimiento.

Es a principios de este siglo en que se ubica la preocupación por la infancia en 105 países de nuestra región. Esto es el resultado, por un lado, de la internacionalización de las ideas que se inician en el Siglo XX, primeramente con la Escuela Positiva y luego con la Escuela de la Defensa Social, y por el otro lado, es el resultado de la imitación latinoamericana de las preocupaciones europeas y de los Estados Unidos de América por la infancia, lo cual se vio reflejado en varios congresos internacionales sobre el tema de la infancia.

La primera legislación específica que se conoce fue la argentina, promulgada en 1919. Pero fue en décadas posteriores en donde se promulgaron la mayoría de las primeras legislaciones, por ejemplo Colombia en 1920, Brasil en 1921, Uruguay en 1934 y Venezuela en 1939. Durante este período y hasta los años 60, podemos afirmar que el derecho penal de menores se desarrolló intensamente, en su ámbito penal, fundamentado en las doctrinas positivistas-antropológicas.

“En la década de los 60, con excepción de Panamá que promulgó su primer ley específica en 1951 y República Dominicana en 1954, se presenta un auge del derecho penal de menores en el ámbito legislativo, con la promulgación y reformas de leyes especiales, por ejemplo, en los siguientes países: Perú en 1962, Costa Rica en 1963, Chile en 1967, Colombia en 1968, Guatemala en 1969 y Honduras también en 1969. En la década de los 70, se promulgan las siguientes legislaciones: México en 1973, Nicaragua en 1973, El Salvador en 1973, Bolivia en 1975, Venezuela en 1975, Ecuador en 1975 y Cuba en 1979. En todo este período, se caracteriza el derecho penal de menores con una ideología defensiva de la sociedad, basada en las concepciones de peligrosidad y las teorías de las subculturas criminales.”<sup>39</sup>

Las concepciones ideológicas del positivismo y de la Escuela de Defensa Social, fueron incorporadas en todas las legislaciones y sin duda influyeron en la codificación penal. Pero en donde estas ideas encontraron su máxima expresión, fue en el derecho penal de menores. Postulado básico fue sacar al menor delincuente del derecho penal común, con ello alteraron todo el sistema de garantías reconocido generalmente para adultos. Convirtieron el derecho penal de menores en un derecho penal de autor, sustituyendo el principio fundamental de culpabilidad, por el de peligrosidad. Esto llevó a

---

39 La intervención jurídico-penal debe estar apoyada en el principio de legalidad penal y el proceso debe desarrollarse respetando los principios procesales universalmente aceptados para adultos, con mayores atenuantes para el caso de los jóvenes, principalmente: El derecho a la defensa legal y los recursos legales ordinarios y extraordinarios.

establecer reglas especiales en el derecho penal de menores, tanto en el ámbito sustantivo como formal, como por ejemplo, la conducta predelictiva, la situación irregular y la sentencia indeterminada. Principios que han servido, y aún hoy se encuentran vigentes en varias legislaciones latinoamericanas, para negar derechos humanos a los menores infractores, como la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad, el derecho de defensa, etc., que ventajosamente en nuestro país con la actual constitución y el nuevo ordenamiento adjetivo penal, se respeta en demasía las garantías del debido proceso y los derechos humanos del infractor en desmedro del ofendido o víctima.

Un hito en el desarrollo histórico del derecho de menores lo marcó la promulgación de la Convención General de los Derechos del Niño en 1989. Luego de la entrada en vigencia de esta convención, se ha iniciado en los años 90 un proceso de reforma y ajuste legislativo en varios países de la región, específicamente en Colombia, Brasil, Ecuador, Bolivia, Perú, México y Costa Rica.

#### **3.3.6.1.1. Panorama actual de la delincuencia juvenil.**

La delincuencia juvenil ha aumentado de forma alarmante en los últimos tiempos, pasando a ser un problema que cada vez genera mayor preocupación social, tanto por su incremento cuantitativo, como por su progresiva peligrosidad cualitativa. La delincuencia juvenil es además una característica de sociedades que han alcanzado un cierto

nivel de prosperidad y, según análisis autorizados, más habitual en los países anglosajones y nórdicos que en los euro mediterráneos y en las naciones en vías de desarrollo. Es decir, en las sociedades menos desarrolladas la incidencia de la delincuencia juvenil en el conjunto del mundo del delito, es menor que en las comunidades más avanzadas en el plano económico. En las grandes ciudades latinoamericanas, la delincuencia juvenil está ligada a la obtención —delictiva— de bienes suntuarios de consumo y por lo general no practican la violencia por la violencia misma sino como medio de obtener sus objetivos materiales.

Los estudios criminológicos sobre la delincuencia juvenil señalan el carácter multicausal del fenómeno, pero a pesar de ello, se pueden señalar algunos factores que parecen decisivos en el aumento de la delincuencia juvenil desde la II Guerra Mundial. Así, son factores que se encuentran en la base de la delincuencia juvenil la imposibilidad de grandes capas de la juventud de integrarse en el sistema y en los valores que éste promociona como únicos y verdaderos (en el orden material y social, por ejemplo) y la propia subcultura que genera la delincuencia que se transmite de pandilla en pandilla, de modo que cada nuevo adepto trata de emular, y si es posible superar, las acciones violentas realizadas por los miembros anteriores del grupo.<sup>40</sup>

---

**40"Delincuencia juvenil."** Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001. © 1993-2000 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

No se puede hacer caso omiso y descartar el acelerado incremento de menores de edad en el cometimiento de delitos en nuestro país, que son usados por adultos para este fin, por la benevolencia de la sanción vigente a ser aplicadas al infractor.

### **3.3.6.2. La violencia.**

Consiste en la presión ejercida sobre la voluntad de una persona, ya sea por medio de fuerzas materiales y psicológicas, ya acudiendo a amenazas, para obligarla a consentir en un acto jurídico.<sup>41</sup>

La violencia es un elemento que se encuentra comúnmente en la delincuencia juvenil y es uno de los factores que influyen a los jóvenes a cometer actos ilícitos llevados por la violencia.

#### **3.3.6.2.1. Causas de la Violencia.**

El fenómeno de la violencia es muy complejo. Hay muchas causas, y están íntimamente relacionadas unas con otras y conllevan a la delincuencia de menores. En general se agrupan en biológicas, psicológicas, sociales y familiares. Tan sólo por citar algunos ejemplos dentro de cada grupo, tenemos:

##### **3.3.6.2.1.1. Biológicas.**

Se ha mencionado al síndrome de déficit de atención con hiperactividad como causa de problemas de conducta, que sumados a

---

**41 VILLORO,TORANZO.** Miguel "introducción al Estudio del Derecho "México, Editorial:Porrúa, 2002. Pág.382

la impulsividad característica del síndrome, pueden producir violencia. Un estudio con niños hiperquinéticos mostró que sólo aquellos que tienen problemas de conducta están en mayor riesgo de convertirse en adolescentes y adultos violentos. La conclusión es que hay que hacer un esfuerzo para aportar a aquellos niños hiperquinéticos con problemas de conducta recursos terapéuticos más oportunos e intensivos.

Los trastornos hormonales también pueden relacionarse con la violencia: en las mujeres, el síndrome disfórico de la fase luteínica se describió a raíz de los problemas de violencia presentes alrededor de la menstruación, específicamente en los días 1 a 4 y 25 a 28 del ciclo menstrual, pero el síndrome no se ha validado con estudios bien controlados, aunque se ha reportado que hasta el 40 por ciento de las mujeres tienen algún rasgo del síndrome y que entre el 2 y 10 por ciento cumplen con todos los criterios descritos para éste. De 50 mujeres que cometieron crímenes violentos, 44 por ciento lo hizo durante los días cercanos a la menstruación, mientras que casi no hubo delitos en las fases ovulatoria y postovulatoria del ciclo menstrual<sup>4</sup>. Con frecuencia, el diagnóstico de síndrome disfórico de la fase luteínica<sup>42</sup> está asociado con depresión clínica, que puede en algunos casos explicar su asociación con la violencia.

---

42. Síndrome disfórico de la fase luteínica.- Se presenta en el periodo menstrual. La predominancia de síntomas emocionales que interfieren seriamente con la calidad de vida define el desorden disfórico premenstrual, inicialmente conocido como desorden disfórico de la fase lútea tardía. Usando un riguroso estudio prospectivo y aplicando los criterios de la DSM .

### **3.3.6.2.1.2. Psicológicas.**

*La violencia se relaciona de manera consistente con un trastorno mental – en realidad de personalidad – en la sociopatía, llamada antes psicopatía y, de acuerdo al trastorno antisocial de la personalidad y su contraparte infantil, el trastorno de la conducta, llamado ahora disocial aunque hay que aclarar no todos los que padecen este último evolucionan inexorablemente hacia el primero, y de ahí la importancia de la distinción. El trastorno antisocial de la personalidad se establece entre los 12 y los 15 años, aunque a veces antes, y consiste en comportamiento desviado en el que se violan todos los códigos de conducta impuestos por la familia, el grupo, la escuela, la iglesia, etc. El individuo actúa bajo el impulso del momento y no muestra arrepentimiento por sus actos. Inicialmente esta violación persistente de las reglas se manifiesta como vandalismo; crueldad con los animales; inicio precoz de una vida sexual promiscua, sin cuidado respecto al bienestar de la pareja; incorregibilidad; abuso de sustancias; falta de dirección e incapacidad de conservar trabajos; etc. Salvo que tengan una gran inteligencia o que presenten formas menos graves del trastorno, fracasan en todo tipo de actividades, incluyendo las criminales, ya que carecen de disciplina, lealtad para con sus cómplices, proyección a futuro, y siempre están actuando en respuesta a sus necesidades del momento presente. El trastorno es cinco a diez veces más frecuente en hombres que en mujeres. Como estos sujetos están más representados en los estratos más pobres, hubo alguna*

discusión sobre si la pobreza induce o potencia estas alteraciones. Esto se ha descartado: los individuos con trastorno antisocial de la personalidad, por su incapacidad de lograr metas y conservar empleos, tienden a asentarse naturalmente en los estratos de menores ingresos.

#### **3.3.6.2.1.3. Sociales.**

La desigualdad económica es causa de que el individuo desarrolle desesperanza. No se trata de la simple pobreza: hay algunos países o comunidades muy pobres en los que virtualmente desconocen el robo y la violencia de otro tipo. Sin embargo, la gran diferencia entre ricos y pobres y sobre todo la imposibilidad de progresar socialmente sí causa violencia: la frustración se suma a la evidencia de que no hay otra alternativa para cambiar el destino personal.

Más importante como causa social es la llamada subcultura delincuente. Aunque sus detractores dicen que esta hipótesis carece de evidencia experimental, hay comunidades, barrios y colonias en donde niños y jóvenes saben que para pertenecer al grupo y formar parte de su comunidad necesitan pasar algunos ritos de iniciación, entre los que se encuentran robar, asaltar o quizá cometer una violación. La falta de medición requiere de estudios, sí, mas no de desestimar lo que obviamente es un factor de formación de conductas y conceptos sociales.

#### **3.3.6.2.1.4. Familiar.**

En la familia, los dos factores que con más frecuencia se asocian al desarrollo de violencia es tener familiares directos que también sean violentos y/o que abusen de sustancias. Un entorno familiar disruptivo potencia las predisposiciones congénitas que algunos individuos tienen frente a la violencia (síndrome de alcohol fetal) y por sí mismo produce individuos que perciben a la violencia como un recurso para hacer valer derechos dentro de la familia.

Un estudio con niños adoptados mostró que los actos que desembocaban en una pena de prisión correlacionaban mejor con el número de ingresos a la cárcel de sus padres biológicos que con la conducta de sus padres adoptivos.

#### **3.3.6.2.1.5. Individual.**

En los individuos violentos vemos la interacción de los trastornos descritos. Por ejemplo, en los delincuentes crónicos se encuentran varios o todos los siguientes rasgos:

1. Socialización pobre como niños: pocos amigos, no los conservaban, sin ligas afectivas profundas, etc.
2. Poco supervisados o maltratados por sus padres: los dejaban solos, a su libre albedrío, y cuando estaban presentes, los maltrataban.
3. Buscan sensaciones en forma continua: desde chicos son “niños problema,” y los mecanismos de control social no tienen gran influencia sobre ellos.

4. Manejan prejuicios como base de su repertorio: “todos los blancos/negros/mujeres/hombres son así”
5. Abusan del alcohol.
6. Nunca han estado seriamente involucrados en una religión principal.
7. Carecen de remordimientos, o aprenden a elaborar la culpa y así evitarlos.
8. Evitan asumir la responsabilidad de sus actos: construyendo casi siempre una pantalla o justificación que suele ser exitosa para librarlos (“es que cuando era niño me maltrataban”).<sup>43</sup> Hoy en día se trata de justificar el gran índice de delincuencia entre los jóvenes y la excusa más rápida y fácil que mencionan es de que como fueron maltratados en su niñez han crecido con traumas y desordenes emocionales y así justifican su responsabilidad ante un acto delictivo.

### **3.3.3. Agresión, agresividad, violencia y delito.**

El término agresión posee dos acepciones, la primera significa “acercarse a alguien en busca de consejo”; y la segunda, “ir contra alguien con la intención de producirle un daño”. En ambos la palabra agresión hace referencia a un acto efectivo. Luego se introdujo el término agresividad que, aunque conserva el mismo significado se refiere no a un acto efectivo, sino, a una tendencia o disposición. Así, la agresividad puede manifestarse como una capacidad relacionada con

---

<sup>43</sup> Consultado en: <http://www.hiperactivos.com/prevencion.html>

la creatividad y la solución pacífica de los conflictos. Vista de éste modo la agresividad es un potencial que puede ser puesto al servicio de distintas funciones humanas y su fenómeno contrapuesto se hallaría en el rango de acciones de aislamiento, retroceso, incomunicación y falta de contacto.

Frente a esta agresividad que podríamos llamar benigna, existe una forma perversa o maligna: La violencia. Con esto queda claro que no se puede equiparar todo acto agresivo con la violencia. Esta queda limitada a aquellos actos agresivos que se distinguen por su malignidad y tendencia ofensiva contra la integridad física, psíquica o moral de un ser humano. En otras palabras, desde nuestro punto de vista no constituye violencia la descarga de un cazador contra el animal que desea cazar con la finalidad de saciar el hambre o mantener el equilibrio ecológico. Por otra parte, siempre constituirá violencia, como su nombre lo indica, el acto de violación sexual. Esto nos permite introducir otros elementos para reconocer al acto violento: su falta de justificación, su ilegitimidad y/o su ilegalidad. Ilegítimo por la ausencia de aprobación social, ilegal por estar sancionado por las leyes.

La agresividad puede ser detectada en toda la escala animal, no así la violencia, casi exclusiva del ser humano.

Como es sabido, es sumamente raro que un animal inferior, ataque a otro de especie diferente, si no es con el fin de alimentarse, o que luche contra otro de su misma especie si no es con el objeto de

defender su territorio, la hembra, la cría o el alimento. Inclusive, cuando la lucha se presenta su mayor componente es ritual; rito que va en sentido de demostrar cuál es más grande o lucha de aquellos animales viejos o muy jóvenes, así como, animales de sexo diferente y/o ejemplares que se conocen entre sí.

Desde la niñez tenemos la experiencia de haber observado la lucha por territorio o alimento entre dos lagartos: cambian de color, aumentan a su tamaño extendiendo sus espículas cartilagosas, etc. Si ninguno abandona se llega al contacto físico en forma de mordida, una lucha breve que termina con el abandono del más débil sin que el otro lo persiga para darle muerte.

Por otro lado, los elementos de ausencia de aprobación social e ilegalidad de la violencia vienen, en nuestro caso, de la óptica jurídica romano-germánica, el derecho francés, en el que se plantea una gran clasificación de la violencia en moral y física.

De un modo general se sostiene que “la infracción es un hecho ordenado o prohibido por la ley anticipadamente, bajo la sanción de una pena propiamente dicha y que no se justifica por el ejercicio de un derecho.”<sup>44</sup>

Por su parte, Jiménez de Azúa refiere que “el delito es un acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones

---

<sup>44</sup> **JIMENEZ DE ASUA**, Luis.- La teoría jurídica del delito.- 1993. Pág. 97.

objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”<sup>45</sup>.

En la vocación práctica la diferencia entre delito y crimen, es en última instancia de orden gradual, cuantitativo: el delito es de tipo correccional, sancionados con prisión (hasta 5 años) y reclusión (3 hasta los 25 si es con agravante). La relación entre violencia y delito o crimen resulta obvia a partir de sus definiciones.

En resumen: agresión es un acto efectivo que implica acercarse a alguien en busca de consejo o con la intención de producir daño. No así la agresividad, que no se refiere a un acto efectivo, sino, a una tendencia o disposición que se halla bajo los designios de la creatividad y la solución pacífica de conflictos. Violencia es una forma perversa o maligna de agresividad que ejerce un individuo contra otro de su misma especie y que se caracteriza por su carencia de justificación, tendencia ofensiva, ilegitimidad y/o ilegalidad.

**3.3.3.1. Concepto de delincuencia.** Conjunto de infracciones de fuerte incidencia social cometidas contra el orden público. Esta definición permite distinguir entre delincuencia (cuyo estudio, a partir de una definición dada de legalidad, considera la frecuencia y la naturaleza de

---

<sup>45</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis.- La teoría jurídica del delito.- 1993. Pag 98.

los delitos cometidos) y criminología (que considera la personalidad, las motivaciones y las capacidades de reinserción del delincuente).<sup>46</sup>

**3.3.3.2. Definición de Delincuencia Juvenil.** Conjunto de infracciones de fuerte incidencia social cometidas contra el orden público, relacionado con la juventud, llevada a cabo por personas que no han alcanzado aún la mayoría de edad<sup>47</sup>, mayoría de edad evidentemente penal, en nuestro país menores de dieciocho (18) años.

#### **3.3.3.2.1. La delincuencia Juvenil.**

Apuntábamos en páginas anteriores que el término delincuencia juvenil no tiene el mismo significado para todos los criminólogos. Difieren básicamente en dos puntos:

- El primero en determinar la edad a partir de la cual se puede hablar de delincuente juvenil y
- El segundo, que radica en determinar cuáles deben ser las conductas que dan lugar a calificar a un joven como delincuente.

Por cuanto hace a la edad en que podemos referirnos a la delincuencia juvenil, participamos del criterio de estimar como tales a los que cuentan con más de 16 años de edad.

---

46"Delincuencia." Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001. © 1993-2000 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

47 Herrero Herrero, C.: "Criminología (parte general y especial)", Dykinson, Madrid, 1997, Pág. 360

El menor infractor lo podrá ser hasta los 16 años de edad, a partir de este límite, debería ser considerado como delincuente juvenil con los grados de responsabilidad ya apuntados, los que desde luego no tienen pretensión de definitividad, pues dependerá de los estudios que en lo futuro se realicen y que permitan conocer los fenómenos físicos y psíquicos del adolescente que puedan obligar a variar los límites de edad ya señalados, los que están apoyados en los estudios más aceptados hasta la fecha.

#### **3.3.3.2.2. La delincuencia juvenil y entorno social.**

El estudio de la criminalidad juvenil constituye un tema de actualidad, no sólo del derecho penal, sino también de la criminología y de las ciencias conexas. El constante aumento de los conflictos sociales, y con ellos el de la delincuencia, ha incrementado el interés por el tema, tanto en los países industrializados o centrales, como también en los llamados países periféricos, como son los de América Latina.

Para comprender el interés por el análisis y la búsqueda de soluciones para la delincuencia juvenil, es necesario ubicar este fenómeno dentro de la problemática de la sociedad actual. La estructura social en que les ha tocado vivir a los niños y jóvenes de hoy, está caracterizada por una complejidad cada vez mayor, donde la búsqueda de soluciones no depende ni de fórmulas tradicionales, ni de líderes carismáticos.

La delincuencia juvenil se ubica, por lo menos en América Latina, dentro de un contexto social caracterizado por grupos de niños y adolescentes ubicados dentro de niveles de miseria o pobreza, desempleo, narcotráfico, concentración urbana, baja escolaridad o analfabetismo, agresiones sexuales y desintegración familiar. A estos grupos sociales se les ha negado todos los derechos humanos, tales como el derecho a la vida, la salud, la educación, la vivienda, en fin, el derecho al desarrollo.

Sumado a este contexto, hay que agregar que la sociedad actual se caracteriza por un debilitamiento de los sistemas tradicionales de apoyo para el desarrollo de la niñez y de la adolescencia. Quisiéramos mencionar, por lo menos, tres medios de apoyo que con los cambios sociales, se han debilitado como para dar una respuesta efectiva al desarrollo de la niñez y de los adolescentes. **En primer lugar** tenemos que mencionar a La Familia. **En segundo lugar** los medios de comunicación, sobre todo la televisión, han suprimido la jerarquía y hegemonía que la familia tenía como formadora de costumbres sociales.

Además, la incorporación de la mujer al sistema laboral, por necesidad u oportunidades de desarrollo, y otros cambios en la estructura familiar, como la ausencia generalizada del padre, replantean las relaciones del niño y del joven. La Escuela, por su parte, se caracteriza por un marcado énfasis academicista y por la

competitividad feroz, borrando el sentido comunitario y la promoción del desarrollo integral de los jóvenes. Además, los Sistemas de Asistencia y Recreación, como apoyos alternativos, son mínimos y siempre insuficientes para la satisfacción de las necesidades de la población juvenil.

Por último, quisiéramos manifestar que la delincuencia juvenil es el resultado de la combinación de diversos factores de riesgo y respuesta social. Se presenta en toda sociedad, en donde los antivalores de violencia, agresividad, competencia salvaje, consumo, se imponen a los valores supremos de la sociedad, como la tolerancia, la solidaridad y la justicia.

### **3.3.3.3. Las pandillas y su regularización ante la ley.**

Una pandilla es un grupo de adolescentes y/o jóvenes que se juntan para participar en actividades violentas y delictivas. Las pandillas están constituidas comúnmente entre niños y/o jóvenes de 13 a 20 años.

A través del tiempo este fenómeno social ha ido evolucionando y creciendo cada día más, por eso, los legisladores se vieron en la necesidad de agregar esta figura como agravante en nuestro Código Penal, las pandillas hoy en día están constituidas por la mayoría de jóvenes que llegan a delinquir en algún momento, la pandilla puede ser un causante para que los jóvenes delinquen y vayan contra las buenas costumbres establecidas y aceptadas por la sociedad. A continuación

analizaremos el concepto de pandilla y la diferencia con la delincuencia organizada.

Los problemas del pandillismo o pandillerismo juvenil urbano dieron lugar a la reforma del Código Penal que introdujo dicha figura como agravante en la comisión de cualquier delito: hasta una mitad más de la pena aplicable a este. Por pandilla se entiende la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas que sin estar organizadas como fines delictuosos, comete en común algún delito.

La jurisprudencia se ha ocupado en distinguir la pandilla de otras figuras penales y establecer el carácter heterónimo de aquella. En cuanto al primer asunto, se afirma: Hay notas distintivas entre el llamado pandillerismo y la asociación delictuosa. En el primero se trata de una reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas, que sin estar organizadas con fines delictuosos cometen comunitariamente algún ilícito; en cambio, la asociación delictuosa se integra también al tomar participación en una banda, tres o más personas pero precisa que aquella – la banda y los cierra” está organizada para delinquir. Aquí se advierte la primera distinción entre una y otra de las figuras analizadas: la consistente en que el pandillerismo, no hay organización con fines delictuosos, y en la asociación si la hay. Pero todavía más. En esta segunda figura se requiere un régimen determinado con el propósito de estar delinquirando, aceptado previamente por los componentes del grupo o

banda; es decir, que debe de haber jerarquía entre los miembros que la forman, con el reconocimiento de la autoridad sobre de ello el que manda, quién tiene los medios o manera de imponer su voluntad.

#### **3.3.3.4. Delincuencia femenina.**

Para desentrañar la delincuencia actual de la mujer cabría destruir ciertos mitos sobre la sensibilidad y los sentimientos que ha inspirado la mujer en el tiempo referidos a cierta incapacidad de obrar en el rol actoral de ciertos delitos. De ahí que aún existen investigadores que han contaminado sus ideas, en materia de delincuencia femenina, parcializando sus móviles y las formas de ejecución.

Creo que todo punto de vista que se sustente en base a diferencias biológicas entre hombre y mujer, en punto a la comisión de un delito intención la lleva, de modo ineludible, a conclusiones erróneas. Y esas conclusiones suelen, por añadidura, conducir a un nuevo error: ubicar a la mujer en un lugar subalterno.

Los comportamientos masculinos y femeninos en la vida, en sus actos y también en los delitos, no deberían formar parte de estereotipos inamovibles o auto referenciales. "El determinismo biológico con respecto a la criminalidad debe hacer una puesta al día e ir mucho más allá de los roles aceptados a rajatabla en el pasado. Es que se trataba de estereotipos de una sociedad patriarcal con "ideales"

masculinos y femeninos ahora inexistentes. Era imposible endilgar, por ejemplo, el uso de ciertas armas de manera similar a hombres y mujeres y, mucho menos parificar<sup>2</sup><sup>48</sup> a la delincuencia masculina y femenina ubicándola en absoluta igualdad, más allá de la cantidad de delitos que cometan efectivamente hombres y mujeres.

Ya no es posible, según ocurría hace algunas décadas, señalar que siempre en el delito de la mujer había un hombre de por medio (incluida la víctima)... la saludable liberación femenina y el acceso a sitios otrora exclusivos de los hombres como la gerencia de una empresa o de un banco, la dirección ejecutiva en un ministerio o la presidencia de una Nación, dan una somera idea de la evolución acontecida y precipita la posibilidad de que cometa delitos nuevos no convencionales que antes era impensables.

Además, se decía que la mujer tenía una suerte de temor revulsivo ante la sangre y que, por ello, mataba casi siempre por medio del veneno. Y así, desde Lucrecia Borgia a la actualidad... hoy resulta una falacia insostenible. La mujer mata con los mismos medios que los hombres y, adquiere armas de fuego para su defensa (y no gas paralizante...) y, lo que es considerablemente más apreciable: cuando mata lo hace por los mismos motivos que el hombre: pasión, lucro, venganza, robo...

---

48 En estudios criminalísticos o psicológicos de comportamiento delictivo, no se puede probar o apoyar con una paridad o ejemplo lo que se ha dicho o propuesto, en los casos de delincuencia masculina y femenina. **Rodríguez Manzanera, L.** Victimología. Estudio de la Víctim. Editorial. Porrúa, 2da edición. México. Pág. 66.

Desde hace dos siglos, con las ideas del iluminismo, los hechos antisociales que penetran dentro de la ley penal son pasibles de una pena privativa de libertad que es la que ha ganado mayor consenso de aplicación en multitud de países. El encierro en sí era conocido desde la más remota antigüedad con la característica esencial de servir de guarda y custodia de condenados a otras penalidades (muerte, deportación, mutilación). En una palabra: los albores de la cárcel se ligan con la detención preventiva

El denominador común es que la simple detención y la pena privativa de libertad suele cumplirse en el ámbito latinoamericano -y en otras latitudes- en sólidos edificios, con apariencia de fortaleza, llamados de extrema o máxima seguridad. Son las prisiones tradicionales o clásicas, estructuras que albergan seres –reclusos, funcionarios y custodios- Lo cierto es que para reclusos y reclusas la aplicación de elementales Derechos Humanos semejan una ficción cosmogónica o metafísica...

Desde el punto de vista del poder, o de su abuso, resulta difícil polemizar con ciertas verdades que enseña Foucault en *"Vigilar y Castigar"* y *"El discurso del poder"*. Sólo se los puede graficar con hechos de abrumadora violencia que ocurren diariamente en cárceles de hombre y de mujeres.

Es que en tiempos del neoliberalismo, cientos de miles de personas han dejado de importar y se ha llegado a hablar de

judicialización de la pobreza. El sentido ético de la vida ha sido trastocado por una evaluación en la que prima el costo-riesgo-beneficio que importan sus vidas. Se trata de los de abajo, los sin chance. Hombres y mujeres que suelen poblar las prisiones pues ya se sabe que el control social institucional se ejerce tan solo para delincuentes fracasados... son los pobres diablos del delito y su dramática delincuencia de la miserabilidad, los que están en prisión y los delincuentes de alcurnia, cuello blanco, de leva, siguen libres y disfrutando del botón, a pesar del gran daño y conmoción social que causó su acto ilícito.

El sistema penal, en su ejecución, victimiza y el Estado no sólo restringe o priva de la libertad deambulatoria o locomotiva sino que conculca otros muchos derechos en especial la dignidad. Entretanto, las leyes de ejecución penal suelen ser excelentes en el papel pero la realidad las ensucia y las arrasa.

En las prisiones mediante las que se que ejerce el control social institucional, se ejemplifica, y ello pondría generalizables a otras instituciones y situaciones políticas y sociales, cómo se ejerce la disciplina mediante la coerción. La cárcel sirve para aislar a hombres o a mujeres en el sentido de no permitir conductas externas a la par que se dispone de su tiempo. De tal modo debe, forzosamente, adaptarse a un grupo de situaciones y coacciones que se generalizan y que

pretenden legitimizar la utilización de la cárcel como un instrumento para la subordinación y, al fin, la dominación y el control.

Todo el cúmulo de medidas que van desde la vigilancia a la integración en el medio carcelario implican la clausura de lo individual mediante actitudes inducidas por y hacia ese control. Esa clausura del tiempo y supresión del devenir se explica y aplica como una suerte de medios y medidas para restituir la moral perdida... que resultan poco serias o bien camufladas. En realidad lo que se busca a raja tabla es dotar de coherencia a ciertos controles del poder criminalizador y a la pena en sí, según aparece y se glosa en los códigos y el ser humano delincuente, hombre o mujer, -habrá que decirlo de una buena vez- poco importan en tiempos del capitalismo financiero y de servicios.

Prisión, como pena e instituto, se legitiman mediante la disciplina por un lado y, en el mejor de los casos, por una suerte de enseñanza para la sumisión. Así se facilita la contención y la seguridad lo que simplifica el ejercicio del control. A su conjuro (o conjura, según se vea) las leyes siguen de modo consecuente hablando de tratamiento carcelario y readaptación social del delincuente y se ha montado, para esos fines institutos biotipológicos de clasificación de delincuentes y una multitud de profesionales de los más variadas disciplinas, en especial psiquiatras y psicólogos, acuden a realizar tratamientos, aunque en ocasiones descreen de ellos.

Más allá de las leyes o en contra de los que éstas buenamente prescriben, quien ingresa a la prisión deja de ser persona. Hombres y mujeres se convierten en simples categorías legales dependiente que pasan a servir a la imposición penal. El castigo lo recepta quien cometió un hecho disvalioso pero la punición recae estrictamente sobre su vida y no se redime socialmente nunca más pues la culpa penal no se termina de pagar nunca en sociedades discriminatorias y, a la vez, vindicativa, como las nuestras en que la detención preventiva ya es una pena y el régimen en sí, que se verifica en cientos de miles de prisiones, constituye pena de tormento.

El espacio carcelario implica el ámbito material donde las normas y reglamentos están dados para el ejercicio de una mejor dominación. Las actitudes criminales se han transformado, ahora sí, en formas jurídicas y ese espacio adjetiva el poder de castigar del Estado. Y la disciplina que habrá que respetar sin disensos opera doblemente: da homogeneidad al poder de castigar y, a la vez, sirve al ejercicio del poder técnico de castigar. Es la estrategia del control social institucional. En esencia el Estado, cabe repetir, se apropia no ya de la libertad locomotiva o deambulatoria de la persona sino de la vida entera del individuo.

Se planifica la vida y organización del individuo y, de tal modo, el Estado logra una de las formas más tangibles (y ejemplarizantes) de

control y dominación mediante la coerción física. El Estado se erige en el detentador de la receta absoluta de esa violencia planificada.

La legitimación siempre requiere de la sumisión y esta sumisión se ejerce por la disciplina jerárquica que, de por sí, implica subordinación. El Estado no descuida las formas de comportamientos sociales y trata de modelarlos en busca de reforzar la seguridad institucional que el recluso o la reclusa habían quebrantado, insuflándole una ideología "normal" que destruya o anestesie su espontaneidad y capacidad creativa.

El adiestramiento y la sumisión van dirigidos a modelar y amaestrar. Es lo que se suele llamar cosificación...Y el éxito de los controles formales del poder punitivo, recalca en que el recluso(a) preste consenso y "se haga a la prisión". Entonces sucede la completa apropiación del individuo y su disolución como tal. Se trata de recuperar para la "normalidad" al distinto, modificar su comportamiento, asignarle una función y proyectarlo o re proyectarlo a la estrategia social de la comunidad. Por ello la llamada readaptación social se asimila al trabajo carcelario, al menos en vigencia del capitalismo industrial pues la estrategia es formar y requerir operarios como parte de la cadena productiva. El cambio propuesto por el neoliberalismo, en que prima la política de mercado, rompe el sistema en mil pedazos pues los de abajo –que pueblan mayoritariamente las cárceles de hombres y de mujeres- han dejado de importar cual si ingresaran en los proyectos

del malthusianismo. Además, en extra muros la concreta realidad del hallazgo de un trabajo resulta casi siempre improbable.

De ahí que la cárcel de superseguridad tiene un claro carácter político y se constituye en un espacio que adjetiva la violencia y la seguridad social. Indica Basaglia que la exclusión o segregación se funda en la violencia y en la ideología de la punición que "encubre la represión simplemente justificándola y legitimándola. Pero la violencia legítima sigue siendo violencia"<sup>49</sup>.

En el mundo carcelario se advierten y vinculan los fenómenos de poder. Se observa con total claridad cómo se regula el conflicto, se organiza la dominación y se expresa la funcionalidad del control social amparado en el sistema jurídico imperante. Las respuestas deben recogerse en términos políticos pero también jurídicos. Por eso enseña Foucault que "Todo poder -cualquiera fuese el nivel en que se tome- es efectivamente representado, de una manera casi constante con una forma jurídica".<sup>50</sup>

Los reformatorios para niños y adolescentes y las cárceles para adultos adquieren en Latinoamérica características abrumadoras. La severidad es a tal grado excesivo que acaba por convertir a quien violó las pautas de convivencia social y marginó el código penal, en una

---

**49 Franco Basaglia, Razón,** Locura y sociedad, Ed. Siglo XXI, 4ª. edición, p. 83, México, 1981. En similar línea de pensamiento, ver Ricardo Entelman, Discurso normativo y organización del poder, en *Crítica Jurídica*, año 3, mayo, 1986, p.113, U.A.P. Puebla, México.

**50 Michel Foucault,** El discurso del poder, Ed. Folios, p.190. México, 1983.

víctima irreductible del sistema penal. Al encierro no se va a cumplir un castigo sino a ser castigado en forma diaria, continua, persecutoria.

Es muy común, con infrecuentes excepciones, que el personal penitenciario (funcionarios, guardia-cárceles o custodios y requisantes) posean una mentalidad retribucionista y que actualicen a diario su sentido vengativo. Esa mentalidad deviene del muy concreto hecho de que su función se cumple teniendo a la vista la seguridad, la guarda, la contención de reclusos. Especialmente en esos establecimientos vetustos y, acaso, centenarios, donde se obliga a vivir coercitivamente en una superpoblación aberrante, donde la promiscuidad, el ocio, la enfermedad, la falta de alimentos, medicamentos y de atenciones mínimas y los escabrosos reacondicionamientos sexuales generan lo peor.

La situación de la mujer presa resulta particular y, para su desgracia, no puede esperarse ciertas particularidades a su detención. El encerramiento y el trato que recibe reproduce estereotipos según los cuales debe asumir o reasumir los roles sociales tradicionales. Se trata de enseñarles o reenseñarles que son madres, hijas, esposas y deben fungir reforzando esas caracteres. Las actividades que se le hace realizar en prisión y que las leyes suelen prever, se orientan al trabajo doméstico, el orden en las cosas, la disciplina para lo que se le inculca o reinculca la pasividad y la sumisión. Allí reside la característica

discriminatoria saliente de su situación carcelaria. En múltiples países la administración carcelaria no parece preparada para otra cosa.

Se la visualiza en un doble juego conexo: ha transgredido la ley penal y ello implica el voluntario abandono de su papel tradicional pasivo de madre y esposa. El encierro tiene por cometido –y de ello devienen sus características principales- el reaprendizaje del papel otorgado por la sociedad. Toda la gama de actividades que allí realiza está destinada a recordarles que son mujeres: cursillos de cocina, de punto, costura, y formas de educación para ser personas de hogar aunque resultaren maltratadas por sus maridos. Y los cursillos profesionales son los que se reservan en la sociedad tradicional para ayudar, tal como mecanografía, elaborar juguetes para niños o material hospitalario. No existe marco educativo sólido y en la prisión se reproduce el sistema y los mismos esquemas abusivos, como reflejo de diferencias sociales.

La política para la sumisión descrita implicó el olvido sistemático de los problemas de la mujer en prisión, de su proyección humana y sensibilidad. Ello se encuentra graficado en una recomendación por demás curiosa y ejemplificativa. Durante muchos años existió la creencia -no desmentida- que las jóvenes reclusas eran tratadas por la administración de prisiones de modo considerablemente peor que a los jóvenes. Se recuerda que en tal sentido las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores de la ONU (Reglas de Beijing de 1985) recabaron un mejor trato. Indica la Regla 26.4: “La delincuente

joven confinada en un establecimiento merece especial atención en lo que atañe a sus necesidades y problemas personales. En ningún caso recibirá menos cuidados, protección, asistencia, tratamiento y capacitación que el delincuente joven. Se garantizará su tratamiento equitativo”<sup>51</sup> (...)

La dependencia al sistema se logra mediante el juego de promesas y recompensas. La adhesión de la reclusa al tratamiento y de toda esa actividad, es fundamental para las mujeres y para la administración penitenciaria desde que está ligada a la disciplina como complemento. Su cumplimiento a raja tabla le permitirá la posibilidad del mantenimiento de lazos familiares y afectivos con sus hijos. Muchas mujeres son llevadas por múltiples razones a autoculpabilizarse, a veces de modo exagerado, y a la necesidad de manifestar y proyectar su amor maternal. Es común oírles sobre el deseo de “recuperar a sus hijos” al egreso de la prisión.

Adherir al tratamiento que se le propone implica manifestar el respeto a las normas del penal y ese símbolo de “buena conducta” brinda la posibilidad ulterior de permisos de salida transitorios, buenos informes para las libertades condicionales y, eventualmente, la reducción de la pena. Son ventajas que se logran a través de la sumisión y permiten acercarse a los hijos e, incluso, obsequiarlos con juguetes y ropa

---

<sup>51</sup> Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores de la ONU (Reglas de Beijing de 1985) Michel Foucault, El discurso del Poder, ed.4ta, pag.190. México 19983

confeccionada en el encierro. La indisciplina, implica no “hacerse a la prisión” y, con ello, la fractura de toda posibilidad.

En la cárcel, hombres y mujeres reclusos, han perdido su individualidad y su iniciativa personal y, por ello, de autoestima. Es una vuelta a la infancia. Poner en el límite de lo previsto el afán de obrar hasta restringirlo en su totalidad. Todo debe ser solicitado y objeto de autorización y atenerse al reglamento que describe o demarca la dependencia. Sus portavoces son las celadoras u otras encargadas de la custodia.

Las Normas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento del Recluso –que acaban de cumplir cincuenta y cuatro años de existencia (Ginebra, 1955)- señalan en la Regla 23/1 que deben existir instalaciones y servicios especiales para el tratamiento de reclusas embarazadas, explicitando que ello es una necesidad en función de la maternidad (subrayando el rol de la mujer reproductora). Las Recomendaciones de la ONU que tuvieron buena recepción legislativa en los países. Latinoamericanos como difícil fue su cumplimiento, permiten señalar que en las prisiones femeninas de la región no existe atención médica especializada para esos casos ni alimentación adecuada, ni tratamiento ni seguimiento clínico del embarazo que las ecografías facilitan. Es habitual que se adviertan las falencias para luego recalar en ellas y asumirlas sin remedio posible dentro del

folklore penitenciario. Así ocurre a lo largo y ancho de la Argentina, Brasil, México, Ecuador, Chile y Paraguay.

La problemática de las cárceles femeninas no han tenido el desarrollo investigativo y literario de las masculinas. Sus problemas específicos se desconocen cómo se desconocen las cifras como indicadores significativos de mujeres embarazadas, partos y convivencia con sus hijos. Es que se trata de un problema ríspido y doloroso que desnuda la antinaturalidad de la prisión en sí y la necesidad de fijar medidas alternativas. Están en juego las raíces e identidad del recién nacido y la armonía y seguridad de su crecimiento y ello está por encima de delitos, detenciones preventivas y condenas. De ahí que resulta importante poner de resalto estos problemas ásperos y de dureza arcaica y que, es obvio, no ocurren en cárceles de varones.

Se trata de los casos tan comunes de reclusas con hijos en la prisión o que ingresan a ella con niños de pecho, o muy pequeños. Juegan planos morales (o de apariencia moral) que señalan, todos a una, que esos niños no pueden permanecer conviviendo en una cárcel con un enjambre de mujeres cuyas conductas pueden resultar perniciosas para su conformación futura... entre otras cosas, por los serios conflictos que de modo permanente se produce entre las reclusas.

Es preciso decirlo a toda voz, se trata de niños que siguen el destino de su madre en el sentido de la privación de su libertad. Suelen vivir en celdas pequeñas sin un régimen alternativo que sirva a su atención.

Lo que se resiente de modo abrumador es su socialización y educación en sí.

Existe, empero, una postura basada en la creencia absoluta de que para un bebé o un niño de dos o tres años o más, la madre es esencial y juega un papel de extrema importancia por el amor y el diálogo que prodiga su cercanía. Ciertamente ello ocurre en libertad pero el lenguaje carcelario suele ser durísimo y mucho más pedestre y conculca los derechos humanos referidos a la educación de la criatura. Se han conocido casos en que la madre utiliza la presencia del niño para obtener especiales favores de la administración del penal. El bebe, el niño, pasa a ser su principal aliado para el logro de determinados beneficios.

Hay una cantidad de preconceptos y un lenguaje preestablecido y no pocas veces sexista, para lanzar principios y respuestas institucionalizadas en y de la administración carcelaria. Y se receta, en el fondo, el escaso interés en abordar, con formulaciones más modernas y humanas, ciertos problemas que involucran a seres inocentes. Para cierta mentalidad, esencialmente jurídica, parece más sencillo que el juez de menores disponga de ellos y los de en adopción.

El tema es imbricado y carente de facilidad. Se centraliza, en fin, en saber si es mejor para la madre y el niño, en especial si favorece a éste, el cuidado y el amor que se le pueda prodigar o, por el contrario,

si el niño queda sometido a influencias de la situación de encierro en que le toca vivir.

La educación en libertad es, sin duda, lo más saludable para el niño, pero los hechos imponen su tiranía. Y cabe recordar que la Convención Internacional por los Derechos del Niño señala en su Principio 2: “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y seguridad. Al promulgar las leyes, la condición fundamental a que se atenderá, será el interés superior del niño.”<sup>52</sup>

## **PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN**

Para la totalidad de las personas la criminalización es una tarea no muy compleja que se perfecciona, sin antecedente alguno, en el momento en que surge la Ley que describe la conducta que se considera posible de pena. Y este concepto a todas luces equivocado, no solo lo adoptan quienes poca o ninguna relación tiene con los aspectos del delito o de sus consecuencias, sino que es también compartido por muchas personas que, por su profesión, o por su trabajo, se encuentran de manera directa o indirecta relacionadas con el fenómeno de la criminalidad. La rebelión del hombre contra determinadas normas impuestas y aceptadas por la mayoría no es un fenómeno que pueda considerarse ni moderno ni contemporáneo.

---

<sup>52</sup> Convención Internacional por los derechos del niño. Principio 2. Pág. 3

Desde que el hombre vive en sociedad se vio en la necesidad de imponer, por su propio beneficio social e individual, ciertas normas sencillas o elementales, primero que la permitan desarrollar sus actividades en forma pacífica y perfecta. Y desde ese momento también existieron hombres que incumplieron esos mandatos provocando un conflicto entre el grupo y el rebelde. La rebelión del hombre contra determinadas normas impuestas y aceptadas por la mayoría no es un fenómeno que pueda considerarse ni moderno ni contemporáneo. Desde que el hombre vive en sociedad se vio en la necesidad de imponer, por su propio beneficio social e individual, ciertas normas sencillas o elementales, primero que la permitan desarrollar sus actividades en forma pacífica y perfecta. Y desde ese momento también existieron hombres que incumplieron esos mandatos provocando un conflicto entre el grupo y el rebelde.

Todo comportamiento humano, desde la época más primitiva ha sido limitado en función de las necesidades del grupo y teniendo por finalidad la protección del individuo y de la sociedad. Esta limitación, en su primera época fundamentalmente religiosa porque era el camino más seguro para imponer el cumplimiento dio lugar a las primeras normas protectoras de cumplimiento obligatorio, cuya desobediencia provocaba la imposición de un castigo que necesariamente desembocaba en la muerte directa o indirecta del ofensor.

A medida de que la sociedad evoluciona y que los intereses de los hombres y los grupos sociales se van diferenciando, entonces el

proceso de criminalización toma diversa orientación. Así, cuando el hombre aprende que es más útil esclavizar al vencido en lugar de sacrificarlo a raíz del triunfo, el concepto sobre el valor de la vida adopta un contenido distinto al que tenía en la época en que el grupo social aún no pensaba en la utilización económica del vencido. En efecto, se sigue respetando la vida de aquellos que forman el grupo dominante, pero no se tiene el mismo respeto para aquellos que, como esclavos se encuentran encargados de las tareas más duras de la sociedad. De este cambio de puntos de vista sobre la vida deben surgir, y en efecto surgen, consecuencias importantes, y una no menos importante es aquella por la que el comportamiento que sacrifica la vida de un esclavo no puede ser sancionado con la misma pena que aquel que sacrifica la vida de un hombre libre. Este nuevo concepto sobre la vida conmueve profundamente el criterio de "criminalización" de la época.

Pero lo que importa es destacar especialmente que el proceso de criminalización no puede ser consecuencia e históricamente no lo ha sido de improvisaciones o de inspiraciones del momento. Al contrario, pensamos que por lo general, dichos procesos han estado inspirados en razones de carácter social, étnico, religioso, biológico, político, económico y psicológico. Y también aceptamos que en ciertas ocasiones las razones antes indicadas han estado hipócritamente revestidas de falaces explicaciones que han tratado de ocultar las verdaderas razones, o que han tratado de disimular sus fuertes

tendencias discriminatorias. Cuantas veces la criminalización de una conducta atentatoria a los intereses de un grupo económico no se ha disfrazado con la razón de que dicha criminalización pretende evitar la “desintegración” de la sociedad. Para ilustrar nuestra afirmación, recordemos el hecho histórico por lo menos en nuestra patria de la huelga obrera que antes de la evolución del derecho social, estaba considerada, como una conducta atentatoria a la integridad económica del país, en cuya excusa se trataba de esconder la verdadera razón de haber criminalizado tal comportamiento, esto es proteger al industrial, base de la economía burguesa. Por lo general ningún país ha adoptado como principio obligatorio de política criminal reglas determinadas, específicas a las cuales deben someterse los legisladores en el momento de criminalizar un comportamiento dado. Es que tales reglas no deben dictarse y si se dictan, difícilmente serían respetadas por cuanto las leyes y particularmente las leyes penales, surgen en función de la necesidad social; la cual, como se sabe varía dentro de la misma sociedad de acuerdo al tiempo y a las condiciones de vida y a la evolución de las normas de cultura. Si bien es cierto que rechazamos la idea de la reglamentación de las normas de criminalización, nos inclinamos, con ciertas reservas, hacia la adopción de criterios de carácter general, amplios, que puedan orientar la conducta del legislador único autorizado en los regímenes democráticos para criminalizar los comportamientos. En este sentido se pronunció el Prof. L. C. H. Hulsman. (“La Decriminalización”) en el

Coloquio de Bellagio en 1973, quien expresó la necesidad de adoptar ciertos criterios negativos de criminalización, los que en síntesis, son:

- a) “La penalización no debe jamás fundarse exclusivamente sobre el deseo de hacer dominante una concepción moral determinada al sujeto de un comportamiento determinado;
- b) La penalización no debe jamás tener por objeto primordial la creación de un cuadro dirigido a ayudar o a tratar a un delincuente (en potencia) en su propio interés;
- c) No debe jamás existir criminalización cuando esto entraña un exceso en la capacidad del sistema; y,
- d) La criminalización no debe servir para pretextar la solución de un problema”.

**Qué es lo que se debe criminalizar.**- Es elemental que lo único que puede ser objeto de la criminalización es el comportamiento humano, pero también no queda duda alguna que no todo comportamiento humano debe ser susceptible de criminalización. Y debido a la necesidad de distinguir las conductas para ubicarlas dentro o fuera de la ley penal, es que se deben tomar en consideración ciertos criterios generales, como los siguientes:

- a) El hombre exige un mínimo de seguridad jurídica para supervivir y desarrollar sus actividades en beneficio de la sociedad y de él mismo. Esta seguridad se la brinda el Estado a través del ordenamiento jurídico y dentro de éste opera el sistema penal como una de las principales y fundamentales garantías de supervivencia individual y social. En definitiva, es el Estado quien tiene el poder de criminalizar las conductas para cumplir con una de sus finalidades esenciales como la seguridad del convivir social y las relaciones inter-humanas. Es por ello que, en general, se acepta la competencia del Estado para criminalizar toda conducta que lesione gravemente bienes jurídicos esenciales para la supervivencia de la sociedad y del individuo; o que obstaculice de manera principal la inter-relación social.
- b) Pero es necesario tener cuidado en criminalizar los comportamientos que pueden lesionar los bienes jurídicos esenciales antes indicados, pues es evidente que el Estado no debe atomizar la criminalización en forma tal que prevea hasta la última y más ínfima conducta que puede afectar al indicado bien. Tal sistema sería contraproducente y recargaría al máximo al sistema penal en su etapa de criminalización. Creemos que solo se deben criminalizar las conductas más graves, esto es, aquellas que realmente ponen en peligro o lesionan los bienes jurídicos esenciales; a excepción de aquellas conductas que, si bien ponen en peligro o dañan levemente los predichos bienes, pueden ser objeto de tratamiento

diferente al penal, esto es, que pueden ser aprehendidas por otro tipo de organismos no estigmatizadores.

- c) De lo expuesto se deduce, entonces, que aquellos comportamientos no afectan de manera principal a bienes jurídicos esenciales, deben ser excluidos de cualquier proyecto de criminalización y, por lo tanto, no procede una criminalización que, en el fondo no signifique más que la imposición de ciertas maneras de pensar o de actuar, afectando los derechos humanos. La ley penal no debe ser el vehículo apropiado para orientar el pensamiento humano de una manera determinada; o para hacerle creer a los hombres en principios de carácter moral, o filosófico, o religioso. Tampoco debe ser la ley penal la vía escogida para imponer posiciones políticas determinadas.

**Cuándo se debe criminalizar.**- Nada más difícil dentro del sistema penal que determinar la oportunidad de la criminalización. Esto entraña un comportamiento especial de la realidad del medio sobre el cual va a regir la ley penal. Hay leyes penales que perduran en el tiempo, y que fueron oportunas en el medio al surgir, lo que aparentemente porque no siempre es así significa que la necesidad de la ley penal se mantiene. Pero hay otras leyes penales que solo deben surgir para regir en un plazo determinado, esto es, hasta que duren las circunstancias especiales que le dieron vida. La oportunidad para la criminalización de una conducta debe ser

debidamente estudiada, pues, de lo contrario, el surgimiento precipitado de la respectiva ley penal puede provocar consecuencias sociales e individuales muy graves.

**Cómo se debe criminalizar.-** Este aspecto comprende el origen institucional de la ley penal y la forma cómo debe surgir.

- a) En primer lugar pensamos que únicamente la ley debe criminalizar las conductas. Uno de los grandes males que ha provocado la crisis del sistema penal es el hecho de que se han proliferado no sólo las leyes penales, sino las ordenanzas y reglamentos que en definitiva, contienen descripciones de comportamientos antijurídicos.
- b) En segundo lugar opinamos que la ley debe surgir del organismo democrático que la respectiva Constitución lo autoriza. Las leyes que criminalizan conductas y que tienen su origen en la voluntad de un solo hombre, frecuentemente, atentatorias a los derechos humanos y, por lo tanto, ellas mismas invitan a los ciudadanos a su rebelión, a su desconocimiento, a su ignorancia, y de esa manera se pierden los efectos sociales e individuales que se pretenden alcanzar con la criminalización de una conducta dada.
- c) Por otra parte, la criminalización de una conducta no puede ser posterior, esto es, no se debe declarar antijurídica una conducta cuando ya ésta se ha ejecutado, desconociendo su autor que podía ser declarada prohibida. La ley penal, pues, debe surgir siempre respetando el principio de legalidad o de reserva.

d) Pensamos que la ley penal por la que se criminaliza una conducta debe surgir como un producto acabado y perfeccionado por una Comisión Especial, conformada a nivel nacional y que debe determinar, luego del estudio social adecuado, la conveniencia o inconveniencia de la ley y que, finalmente, debe decidir sobre la oportunidad de su vigencia. Esta Comisión Especial, que deberá trabajar con comisiones auxiliares de técnicos (psicólogos, sociólogos, etc.) debe ser encargada de remitir los proyectos de la ley penal al Cuerpo Legislativo correspondiente con las recomendaciones fundamentales para su expedición dentro de un plazo determinado.

**Para qué se debe criminalizar.**- Esta inquietud comprende la causa final de la criminalización. Si el sistema penal tiene por finalidad garantizar a los hombres y a la sociedad un mínimo de seguridad jurídica para el desarrollo y progreso de la misma, es evidente que ese mínimo de seguridad lo brinda a través de la ley penal, esto es, que se criminaliza una conducta para proteger a la sociedad y al hombre de una actividad nociva para su existencia. De lo que se concluye, en primera instancia, que la pena tiene dentro de si una función garantizadora de carácter social, pues el sistema penal solo puede dar seguridad a los hombres y a la sociedad a través de la efectivización de la pena.

Pero si bien es verdad que lo expuesto constituye el fin general de la criminalización, no se escapa a nadie que la pena en sí tiene sus propias finalidades o, por lo menos, pretende satisfacer finalidades mediatas de la criminalización. Entre los fines propios atribuidos a la pena se pueden considerar, como los principales, los disuasivos de carácter general y los rehabilitadores, de carácter individual. Uno y otro efecto constituye un beneficio social, lo que no puede dejar de tomarse en consideración al momento de establecer los criterios de criminalización, y que los retomaremos al momento de referirnos a la penalización.

En definitiva, pues, al tratarse de la criminalización no se puede dejar de lado el objeto, la oportunidad, la forma y el fin de dicha criminalización, si es que se quiere implantar un sistema penal que cumpla a satisfacción sus fines esenciales dentro del Estado.

### **PROCESO DE DECRIMINALIZACIÓN.**

La Decriminalización es la exclusión de una conducta de la descripción de la ley penal. Pero si bien es fácil comprender la noción del proceso de decriminalización, el mismo encierra grandes dificultades que a continuación trataremos de hacerlas presentes.

En primer lugar se observa un hecho que no se le presta mucha atención por parte de los estudiosos del proceso de decriminalización; y es que éste, a diferencia del proceso de criminalización, pueden

manifestarse de dos formas, a saber: La decriminalización legal y la decriminalización de hecho, fenómeno éste que por sí solo demuestra la complejidad del proceso que estudiamos. Pensamos que, por regla general, la decriminalización de hecho precede a la decriminalización de derecho. En efecto, la experiencia constante nos demuestra que primero ciertos comportamientos criminalizados dejan de ser considerados dentro de la sociedad como peligrosos para la supervivencia del individuo y de la comunidad, y por tal razón se observa una permanente resistencia a llevar dicha conducta a conocimiento de los organismos policiales, o para que estos lleven la denuncia a los organismos judiciales, todo lo que demuestra que ya ese comportamiento no responde a una realidad socio-cultural y que, por lo tanto, debe ser legalmente decriminalizado. Aun más, si la ejecución de la conducta criminalizada, siendo conocida por muchos, pese a lo cual no llega a los organismos policiales o judiciales, no provoca reacción alguna por parte de la sociedad ante la falta de persecución penal, es evidente que ha llegado el momento de decriminalizar legalmente dicha conducta, pues ya, de hecho, ha sido decriminalizada por la sociedad.

En cuanto a la decriminalización de derecho, no existen reglas específicas ni conviene su existencia que puedan orientar inflexiblemente a la decriminalización legal. Pero, a su vez, la ausencia de dichas reglas permite la subsistencia de leyes penales que, en la

realidad, han dejado de aplicarse, con todas las consecuencias sociales que dicha inaplicabilidad entraña. Esta es la razón para que seamos partidarios de la adopción de ciertos criterios de decriminalización, de carácter general, para facilitar dicho proceso. Por otra parte, en ciertas ocasiones, los jueces son opuestos a la decriminalización, pese a que en otras ocasiones, llegado el momento de juzgar una conducta concreta, la frecuencia de los sobreseimientos, o de las absoluciones, o la imposición del mínimo de la pena, está demostrando la repugnancia a sancionar una conducta que ya la sociedad considera inocua. Además, en no pocas ocasiones, es el Estado el que a través de la misma ley penal, o de otras leyes penales, impide la aplicación de la sanción, lo que constituye una decriminalización legal tácita. Siguiendo el mismo sistema adoptado para examinar el proceso de criminalización, es necesario conocer qué es lo que se debe decriminalizar; cuándo se debe decriminalizar; cómo se debe decriminalizar; y para qué se debe decriminalizar.

**Qué se debe Decriminalizar.-** Refiriéndonos al contenido de la decriminalización, el mismo no puede ser más que una conducta que, anteriormente, se encontraba criminalizada y que, por ende, está comprendida dentro de la descripción de la ley penal.

Sin embargo, lo que importa no es solamente saber que la decriminalización tiene por objeto una conducta antes criminalizada,

sino que conductas deben ser decriminalizadas. Sobre este punto sentamos los siguientes criterios:

a) En primer lugar una conducta debe ser decriminalizada cuando ha dejado de constituir un peligro de daño o una lesión grave a algún bien jurídico esencial. Lo que queremos indicar es que todas aquellas conductas que, como las contravenciones o faltas y no solamente ellas, pues dentro de los delitos existen algunos que deben ser excluidos de la ley penal que no representan mayor peligro para la sociedad y los individuos no deben mantenerse criminalizados sino que, fundamentalmente, deben ser transferidos al campo civil para el solo efecto de imposiciones pecuniarias, como sanción o como resarcimiento de perjuicios.

b) Estamos de acuerdo con todos aquellos que han expresado que el sistema penal se encuentra actualmente sobrecargado por exceso de criminalización (lo que el Prof. Pinatel llama “inflación penal”), cuyas conductas, por la evolución de la sociedad no se consideran actualmente como potencial o nocivas para la comunidad y sus individuos; o que, por el desarrollo de la técnica o de la ciencia, han dejado de ser peligroso. Esta sobrecarga del catálogo penal debe ser objeto de nuestro actual análisis para orientarnos frente al proceso de decriminalización. Los partidarios de la criminalización de específicas conductas consideran que cuando se trata de ciertas ramas del Derecho,

las normas generales del Derecho Penal no son aplicables y que, dada la “naturaleza” de la rama del Derecho en donde incide la criminalización, ésta debe tener características especiales, independientes de lo que el Derecho Penal establece de manera general.

- c) Muchas veces dentro de una misma ley penal especial se siguen creando comportamientos criminalizados que giran alrededor del delito-tipo, objeto de dicha ley penal especial. Un ejemplo de lo dicho tenemos en nuestro medio con la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, en donde se han ido creando paulatinamente infracciones, sobrecargando dicha ley penal especial. Y no es ese el único ejemplo. En nuestro país se vive con exceso de leyes penales especiales: tributarias, aduaneras, de salud, de seguridad social, etc., todo lo cual no hace sino provocar una inflación penal, sin beneficio social alguno, pues muchas de esas conductas criminalizadas, bien podrían ser objeto de medidas diversas a las penales, como en su oportunidad se hará presente.

**Cuándo se debe Decriminalizar.-** La oportunidad de la decriminalización juega un papel importante en el desarrollo de la sociedad. Sin embargo, como dijimos, el legislador es renuente a decriminalizar. Teme que se pierda la fe en el sistema penal; teme que se piense que al haber criminalizado antes una conducta que posteriormente es decriminalizada, se considere que el Estado actuó

con injusticia; teme, en fin, que el individuo se dedique a la ejecución de las conductas decriminalizadas. Pero, en nuestra opinión tales temores no tienen fundamento. Aquellos temores estarían justificados si la decriminalización no tuviera sus raíces en la necesidad y en la oportunidad. Así como la necesidad es la que inspira la oportunidad de una criminalización, igualmente, la misma necesidad es la que inspira la oportunidad de decriminalización de una conducta.

**Cómo se debe Decriminalizar.-** Existe un viejo aforismo jurídico que dice que las cosas en Derecho se deshacen como se hacen. En consecuencia, siendo la ley penal la que criminaliza una conducta, debe ser ella también la encargada de decriminalizar. Pero, en nuestra opinión, debe ser la misma Comisión Especial la que debe hacer el estudio social tendente a dictaminar sobre la oportunidad de una decriminalización, y, por lo tanto, sobre la conveniencia de la misma.

**Para qué se debe Decriminalizar.-** Cuando una conducta criminalizada ha dejado de constituir un peligro para los bienes jurídicos esenciales, es el momento de decriminalizarla y descargar así el sistema penal de un exceso que, en muchas ocasiones, es el factor para que no pueda cumplir a cabalidad con la misión de garantía impuesta por el Estado.

El exceso que sobrelleva en nuestros tiempos el sistema penal no sólo es debido a la proliferación de conductas criminalizadas, sino a la consecuencia de ésta, es decir, a la superpoblación carcelaria y penitenciaria, para cuyo tratamiento y atención el Estado no está

preparado o no ha previsto soluciones inmediatas. De allí la necesidad de decriminalizar con tiempo las conductas consideradas innecesarias y que sólo constituyen un obstáculo para la eficacia del sistema penal. Y de allí también se infiere la finalidad principal de la decriminalización, cual es el beneficio social que representa la supresión de ciertas prohibiciones que obstaculizan el desarrollo de las relaciones Inter-humanas.

### **LOS PROCESOS DE JUDICIALIZACIÓN Y DEJUDICIALIZACIÓN**

**La Judicialización.-** Creada la ley penal se debe prever la forma como debe aplicarse, los tribunales encargados de su aplicación, el momento en que debe intervenir el órgano jurisdiccional penal, etc., es decir, se debe prever el largo proceso de la judicialización de la conducta criminalizada que, según la mayoría de las Constituciones Políticas, es el único camino previsto para la legal imposición de la pena.

Muchas veces la ley procesal penal exige para la judicialización concreta de una conducta el cumplimiento de ciertos presupuestos, requisitos, o condiciones sin los cuales la Función Judicial no está capacitada para intervenir.

El exceso de criminalización incide fundamentalmente en la eficacia de la Función Judicial. Como nuestros Tribunales de Justicia se integran bajo los viejos moldes españoles, y el procedimiento es íntegramente escrito, no se abastecen para cumplir con las exigencias que impone la

justicia penal. La cantidad de procesos penales que diariamente se inician debido a la multiplicación de las conductas criminalizadas va retardando la sustanciación de los procesos penales, muchos de los cuales, por contener autos de prisión preventiva que se han efectivizado, mantienen a los acusados en la cárcel, situación que se hace interminable y que, en no pocas ocasiones resulta que la pena impuesta es inferior al tiempo que el sindicado ha estado bajo prisión preventiva.

En nuestra opinión, es en la Función Judicial en donde se encuentra la mayor falla del sistema penal, después del exceso de criminalización que antes dejamos anotado. Y eso es explicable, pues, como ya lo expusimos, la sobrecarga de criminalización obliga a un recargo de trabajo de la Función Judicial, para lo cual no está preparada, y en su desesperado afán por demostrar que cumple con su deber, se dedica a dictar resoluciones sin mayor estudio de los procesos, administrando así una justicia que realmente es una verdadera injusticia por lo superficial, falaz y apresurada. No queremos entrar porque sería marginar el tema a analizar las deficiencias propias de la organización judicial, y nos limitaremos a exponer nuestro pensamiento sobre el proceso de dejudicialización.

**La Dejudicialización** se puede manifestar en dos aspectos diversos. Para todos es conocido que no todos los delitos que se cometen llegan a conocimiento de la policía. Existen muchos delitos, particularmente de los delitos contra la propiedad, contra el honor y sexuales, que no

son conocidos por la policía y, en consecuencia, jamás llegan a las estadísticas oficiales. Las razones para esta conducta de las víctimas o de los testigos, son diversas. Lo principal es que unos u otros consideran que el tiempo que van a perder en los interrogatorios y demás investigaciones no está en relación con el beneficio que sus denuncias pueden reportarles. Por otra parte, la víctima, por antigua experiencia también desconfía de la investigación policial y se abstiene de presentar denuncias. Esta actitud constituye una verdadera dejudicialización de hecho proveniente de las víctimas o de los testigos.

Por otra parte, la policía muchas veces se arroga la facultad de archivar las denuncias que llegan a su conocimiento y no las transcribe a los Jueces penales, por lo que el órgano jurisdiccional no puede iniciar los respectivos procesos penales. Esto también constituye una dejudicialización de hecho y que incide en lo que el Prof. Cornil llama la **erosión de la represión**.

Pero la verdadera dejudicialización es la de Derecho, esto es, aquella por la cual la ley entrega la atención de ciertas conductas que estaban antes criminalizadas a organismos diversos a los judiciales, a fin de liberar la Función Judicial de la atención de tantos procesos penales que actualmente no los puede atender con agilidad y eficacia. Una de las formas de dejudicialización es la transacción, a la cual se puede llegar a través de la audiencia administrativa con fines de conciliación. Muchas de las conductas que hoy se incluyen entre los delitos y cuya sanción no exceda de dos años de prisión correccional deberían ser

objeto de transacción.

Pensamos que los organismos que pueden encargarse de tratar los asuntos dejudicializados son: Las tenencias políticas, en las zonas rurales; las fiscalías en los lugares sede de los juzgados de lo penal; y las notarías, en las cabeceras cantonales que no sean sedes de juzgados de lo penal. Por supuesto, lo dicho anteriormente está en relación con nuestro medio nacional; pero podría adaptarse a otras legislaciones, de acuerdo con la división política de cada país, y de acuerdo con las funciones que a determinados organismos se les ha encomendado.

No creemos que la policía debe actuar como organismo sustitutivo de la Función Judicial, tanto porque está encargada de la investigación del hecho por lo que llegaría a ser juez y parte como porque es a base del informe policial como muchas veces los árbitros se pueden orientar. Demás está decir que tal organismo policial seguiría actuando en su papel específico de seguridad e investigación.

Consideramos que los fiscales, como representante de la colectividad ante la Función Judicial, son los más indicados para servir de conciliadores, o para propiciar transacciones equitativas. Su preparación cultural, su conocimiento de la idiosincrasia de los hombres y del medio; su independencia frente a las partes y a los investigadores, lo convierten en el titular más apto del organismo conciliador.

A falta de los Fiscales hemos pensado que podrían actuar los Notarios quienes también reúnen las condiciones antes anotadas con respecto a los Fiscales.

## **LOS PROCESOS DE PENALIZACIÓN Y DEPENALIZACIÓN**

**El proceso de penalización.-** comprende el análisis de varios aspectos que no se limitan a la fijación de la cantidad y a la calidad de la pena, sino que también debe considerar las ventajas y desventajas (costos sociales, perjuicios al reo, a los familiares, etc.) sociales que tal penalización puede provocar. Lo que queremos significar es que si bien muchas veces la criminalización de una conducta es necesaria y oportuna, la ley penal puede ser contraproducente si es que la pena enlazada con la conducta antijurídica no representa una proporcionalidad equitativa en relación con el daño o el peligro de daño que la conducta criminalizada puede producir. No es que pensemos pues tal pensamiento no sería técnicamente correcto que la pena sea la “justa” retribución al mal del delito. Lo que decimos es que siendo la pena un mal respetando la opinión de quienes piensen lo contrario el mismo no puede ser desproporcionado al posible daño o al daño efectivo que el mal del delito causó a la víctima. Si por hurtar un pan se va a imponer la pena de muerte, es evidente que la sociedad reaccionaría contra una ley tan “injusta”, porque el daño recibido por la víctima es infinitamente menor al mal impuesto al ofensor. De lo que se infiere que la pena no debe exceder en sus efectos individuales con relación al mal provocado por el delito.

Y este examen que el legislador debe hacer el momento de enlazar la pena con la conducta criminalizada es de una importancia fundamental, pues la eficacia social e individual de la pena depende en mucho de que ella no sea excesiva en cantidad o en calidad.

**La Depenalización.-** Cuando no se ha guardado el criterio equilibrado entre delito y pena, puede iniciarse de inmediato un proceso de depenalización. La sociedad, la policía, los jueces se resisten a someter al autor de una conducta criminalizada y que está excesivamente penalizada, a una pena que la sabe “injusta” o “cruel”. Y es ésta una de las razones por la que no se denuncian los hechos severamente penalizados, o si se los denuncia, la policía se resiste a transcribirlos a la Función Judicial, y si lo hace, los jueces buscan infinidad de caminos para disminuir la severidad o para exculpar al autor.

De lo expuesto también se concluye que no es aumentando las penas como se puede combatir con éxito la delincuencia. Cuando se produce lo que se ha dado en llamar un “auge de la delincuencia” inmediatamente se escuchan de diversos sectores sociales (prensa, autoridades, seudos-puritanos, etc.) el clamor para que se aumente las penas. La ingenuidad de estos defensores de la severidad de las penas es tanto más grande cuanto que se olvidan que ni la pena de muerte la más grave y severa pena ha podido hacer desaparecer la delincuencia a la que ha estado enlazada, pues mientras no se ataquen de manera científica y técnica ciertos factores criminógenos no será posible

solucionar el grave problema del delito con el poco eficaz remedio de aumentar las penas.

El legislador para penalizar debe, además, tomar en consideración los fines propios de la pena, sean éstos disuasivos en general, y rehabilitadores en particular, sea cualquiera otro que le hayan asignados.

Por otra parte si el legislador al tiempo que criminaliza y penaliza una conducta no toma en consideración los costos sociales, solventando económicamente el sistema penitenciario para que pueda cumplir con su misión rehabilitadora, no beneficia a la sociedad aislándolo temporalmente al delincuente de la sociedad, para que luego se incorpore a la misma a repetir igual o peor delito.

La depenalización, como se ha explicado, proviene de muchas causas, pero una de las principales es aquella por la que los titulares del órgano de la Función Judicial penal evitan la imposición de las penas cuando éstas ya no tienen significación social, sea porque la conducta criminalizada está unida a una pena desproporcionada.

### **Tipo penal**

Tipo penal o tipificación es en Derecho Penal la descripción precisa de las acciones u omisiones que son considerada como delito y a los que se les asigna una pena o sanción.

La obligación de Estado de *tipificar* los delitos deriva del *principio de legalidad* («*todo lo que no está prohibido está permitido*»), una de las reglas fundamentales del Estado de derecho. De este modo, en cada legislación nacional o internacional, cada uno de los delitos que se pretenden castigar debe ser «*tipificado*», o lo que es lo mismo, descrito con precisión. Si una conducta humana no se ajusta exactamente al tipo penal vigente, no puede considerarse delito por un juez. De este modo una norma penal está integrada por dos partes: el **tipo** y la pena

En el Estado de derecho la tipificación de los delitos es una facultad reservada exclusivamente al Poder Legislativo

### **Características**

Los tipos penales suelen incluir aspectos objetivos y subjetivos. El componente objetivo del tipo penal es una conducta exterior realizada por una persona y se expresa a partir de un verbo: matar, dañar, sustraer, ocultar, etc. Pero en la gran mayoría de los casos no es suficiente la existencia de un acto exterior para que se cumpla la situación prevista en el tipo penal, siendo necesario también que exista un componente subjetivo, que en la mayoría de los casos es la intención (dolo) de realizar la conducta exterior descrita, y en algunos casos también la negligencia (culpa) en el accionar. En algunos pocos casos el *tipo penal* no contempla ningún componente subjetivo, y en esos casos se denomina *delito formal*. Los delitos formales suelen ser

cuestionados y por lo tanto suelen estar ligados a infracciones menores.

Históricamente, muchas conductas que hoy se consideran delito, como la sustracción de energía eléctrica el *vaciamiento* de empresas, las conexiones clandestinas de la televisión por cable, no se encontraban *tipificadas* y por lo tanto no podían ser penadas.

Uno de los aspectos más controvertidos relacionados con la obligación del Estado de *tipificar* los delitos, son los llamados «*tipos penales abiertos*». Los tipos penales abiertos caracterizaron el derecho penal nazi y se caracterizan por no definir con precisión que conductas habrán de considerarse delito, quedando librado al criterio personal de un juez establecer si ciertas conductas no descritas en la ley habrán de considerarse delito. En la teoría penal clásica los tipos penales abiertos eran totalmente rechazados, como normas totalitarias. Sin embargo en las últimas décadas los mismos han ido siendo cada vez más reconocidos en las legislaciones mundiales, en especial en delitos relacionados con los intereses del Estado como las cuestiones impositivas y políticas (los *tipos abiertos* suelen ser crecientemente utilizados en la represión del terrorismo

Los tipos penales suelen incluir aspectos objetivos y subjetivos. El componente objetivo del tipo penal es una conducta exterior realizada por una persona y se expresa a partir de un verbo: matar, dañar, sustraer, ocultar, etc. Pero en la gran mayoría de los casos no es

suficiente la existencia de un acto exterior para que se cumpla la situación prevista en el tipo penal, siendo necesario también que exista un componente subjetivo, que en la mayoría de los casos es la intención ([[dolo]]) de realizar la conducta exterior descrita, y en algunos casos también la negligencia ([[culpa]]) en el accionar. En algunos pocos casos el "tipo penal" no contempla ningún componente subjetivo, y en esos casos se denomina "delito formal". Los delitos formales suelen ser cuestionados y por lo tanto suelen estar ligados a infracciones menores.

Históricamente, muchas conductas que hoy se consideran delito, como la sustracción de [[energía eléctrica]], el "vaciamiento" de empresas, las conexiones clandestinas de la televisión por cable, no se encontraban "tipificadas" y por lo tanto no podían ser penadas.

Uno de los aspectos más controvertidos relacionados con la obligación del Estado de "tipificar" los delitos, son los llamados tipos penales abiertos». Los tipos penales abiertos caracterizaron el derecho penal nazi y se caracterizan por no definir con precisión que conductas habrán de considerarse delito, quedando librado al criterio personal de un juez establecer si ciertas conductas no descritas en la ley habrán de considerarse delito. En la teoría penal clásica los tipos penales abiertos eran totalmente rechazados, como normas totalitarias. Sin

embargo en las últimas décadas los mismos han ido siendo cada vez más reconocidos en las legislaciones mundiales, en especial en delitos relacionados con los intereses del Estado, como las cuestiones impuesto impositivas y políticas los "tipos abiertos" suelen ser crecientemente utilizados en la represión del terrorismo.

## **ELEMENTOS DEL TIPO PENAL**

Para que el ministerio público pueda consignar a un delincuente es necesario que reúna todos y cada uno de los elementos.

- **CONDUCTA:** Se entiende por conducta, la manifestación externa de la voluntad atendiendo si es de **hacer** o de **omitir**.
  
- **TIPICIDAD:** Es el aspecto de la desviación de la conducta al tipo penal.
  
- **ANTI JURISDAD :** Es lo que se encuentra regulado en el artículo , es decir lo que viola la ley como su nombre lo indica , es contrario a lo jurídico.
  
- **IMPUTABILIDAD:** Un sujeto es imputable desde el momento que cumple 18 años y tiene capacidad de ejercicio.
  
- **CULPABILIDAD:** Este elemento se refiere al tipo de delito que cometió el sujeto, clasificándolo en **doloso** o **culposo**.

□ **PUNIBILIDAD:** Se refiere a la **pena** impuesta a determinada conducta.

□ **CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD:** Son circunstancias que pueden aumentar o disminuir la pena dependiendo si es un **agravante** o un **atenuante**.

### **ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO PENAL**

- AUSENCIA DE CONDUCTA
- ATIPICIDAD
- CAUSAS DE LICITUD
- INIMPUTABLES
- INCULPABILIDAD
- CAUSAS ABSOLUTORIAS
- FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS

**AUSENCIA DE CONDUCTA:** Es cuando no existe voluntad directa o indirecta del sujeto, es decir, no hay delito alguno que perseguir.

**ATIPICIDAD:** Es cuando la acción u omisión no se encuentra regulada por la ley, es decir, si no es típica no es delictuosa.

**CAUSAS DE LICITUD:** Se les denomina también causas de justificación o excluyentes de responsabilidad.

**INIMPUTABLES:** Esta figura señala que el sujeto no tiene la capacidad física o psíquica para responder por sus actos, por lo que no se le considera responsable a un menor de edad, a retardados, enajenados y sujetos en estado de interdicción.

**INCULPABILIDAD:** Es cuando no se configura ni el dolo ni la culpa y por lo tanto el sujeto es absuelto de lo que se le imputa.

**CAUSAS ABSOLUTORIAS:** Encontramos algunas de estas como situaciones en las que la víctima o sujeto pasivo decide dejar impune o dejar de prescribir el delito o incluso llegue a otorgar el perdón.

**FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS:** Es muy común que un delito se realice sin agravantes o que no llegue a tener atenuantes, por lo tanto la pena aplicada se realizará de acuerdo a lo que establezca la ley adjetiva correspondiente.

# **MATERIALES Y MÉTODOS**

## **4. MATERIALES Y MÉTODOS.**

### **4.1. Métodos.**

Para la realización del presente trabajo de investigación jurídica, referente al **“EL DELITO Y SU CONSTRUCCION SOCIAL EN EL ECUADOR”**, utilizamos el método científico y dentro de él y como métodos auxiliares hicimos uso de la inducción que intenta obtener de los casos particulares observados una ley general válida también para los no observados. De esta manera pudimos analizar el problema como parte principal del estudio lo que nos ayudó a realizar un análisis crítico de los aspectos que lo constituyen y lo rodean.

Por ser necesario recurrimos a la aplicación de algunas referencias históricas para lo cual se hará uso del materialismo histórico lo que permitirá conocer los aspectos que encierran la evolución histórica desde los inicios del universo hasta los actuales momentos, para caracterizar objetivamente el tema planteado con la finalidad de entenderlo como un proceso histórico que aún sigue evolucionando en todos sus aspectos.

### **4.2. Técnicas.**

En lo referente a las técnicas de investigación, hicimos uso de las siguientes técnicas:

**4.2.1. Lectura científica.-** Para recolectar datos de la bibliografía especializada de una manera objetiva.

**4.2.2. Encuestas.-** Con esta técnica investigativa obtendremos la información mediante un cuestionario de preguntas aplicadas a un determinado grupo social o universo; en este caso, la encuesta estuvo dirigida a los treinta señores Abogados en libre ejercicio profesional. La información recogida fue tabulada manualmente para obtener datos estadísticos para verificar la hipótesis planteada.

**4.2.3. Entrevistas.-** Realizamos entrevistas a personas relacionadas con el tema, tales como los doctores Dr. Manuel José Aguirre, Dr. Vladimir Erazo Bustamante, Dr. Francisco Sinche Fernández, Dr. Marcos Gabino Coronel Vélez, Dr. Franco Jaramillo Ochoa, Dr. César Morocho López, Dr. Eduardo Moreno Robles, Dr. Pablo Cueva Ortega, Dr. Salvador Orellana Vivanco; y, Dr. Walter Burneo Toledo, quienes por sus conocimientos y experiencia nos ayudaron con nuestro trabajo al contar con información relevante sobre este problema.

Recogida toda la información, la analizamos objetivamente mediante tablas y cuadros estadísticos, para verificar los objetivos e hipótesis y para el planteamiento de las conclusiones y recomendaciones y de la propuesta jurídica de reforma, mismas que hacemos constar a continuación.

# **RESULTADOS**

## 5.- RESULTADOS.

### 5.1. Análisis e interpretación de los resultados de las encuestas.

De acuerdo al tema de la presente investigación jurídica denominada: “**El delito y su construcción social en el Ecuador**”, hemos recurrido a la técnica de la encuesta como soporte para la estructura y desarrollo de la temática propuesta, la misma que ha sido aplicada a 30 profesionales del derecho de la ciudad de Loja y Zamora con la finalidad de hacer una recopilación de información necesaria para describir las manifestaciones del delito en nuestro país y como la estructura social influye en la existencia del mismo, consiguiendo, de esta manera, identificar con plenitud los factores causales de los mismos, y por consiguiente, verificar las hipótesis programadas. A continuación nos permitimos exponer los resultados alcanzados luego de la aplicación de la técnica de recolección de información implementada.

#### ***Resultados de las Encuestas.***

##### ***Pregunta N°. 1:***

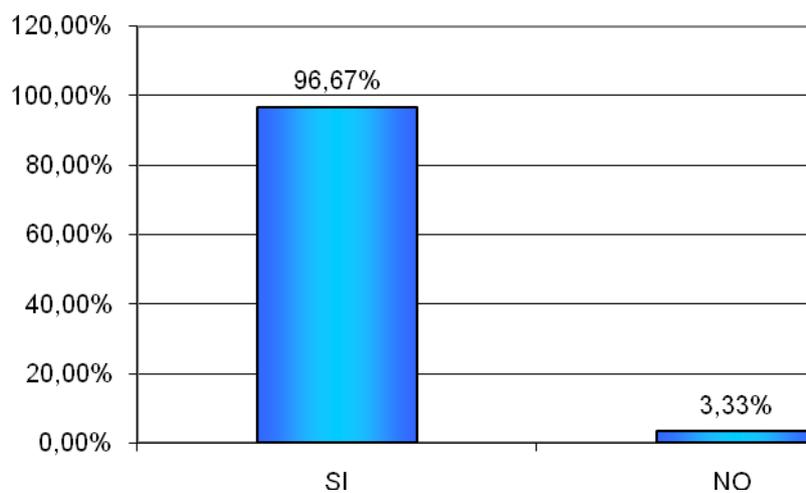
*¿Considera usted Que la existencia de delitos constituye una consecuencia de la constitución social en nuestro país?*

**Cuadro N° 1**

<b>Variable</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
SI	29	96.67%
NO	1	3.33%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

*Fuente: Profesionales del Derecho libre Ejercicio Profesional.*

*Autores: Luis Gordillo y Roy Poma.*

**Grafico N° 1**

### **Análisis e interpretación.**

Los fundamentos de la respuesta N° 1 de quienes contestan afirmativamente es decir 96.67% de los consultados, son los siguientes:

- Para que exista delito en nuestro país necesariamente deben existir causas que obliguen a la realización de actos ilícitos, y en esto influye la constitución social, la presencia de clases pobres y ricos.

Los fundamentos de la respuesta N° 1 de quienes contestan negativamente, es decir el 3.33 % de los consultados, son los siguientes:

- Considero que independientemente de la constitución social, en cualquier país siempre existirán delincuentes y por lo tanto delitos.

**Pregunta N° 2:**

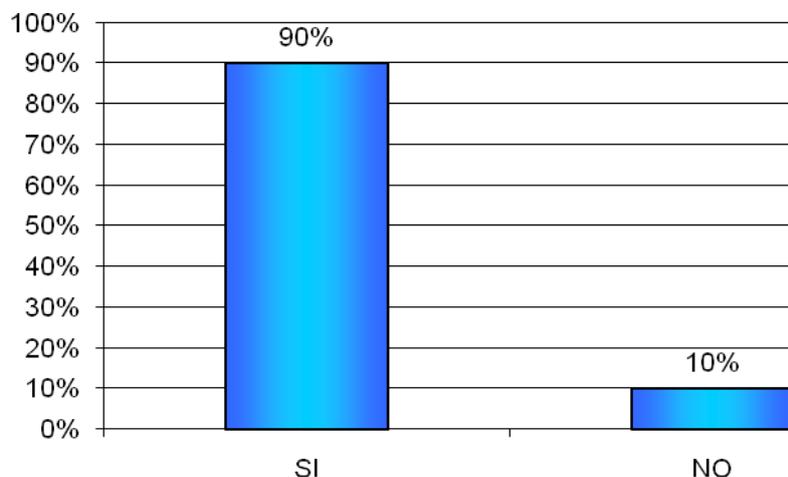
¿Según su criterio los factores sociales inciden en el índice de cometimiento de delitos? ¿En qué forma pueden incidir?

**Cuadro N° 2**

<b>VARIABLE</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<i>SI</i>	27	90 %
<i>NO</i>	3	10 %
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

*Fuente: Profesionales del Derecho libre Ejercicio Profesional.*

*Autores: Luis Gordillo y Roy Poma.*

**Grafico N° 2*****Análisis e Interpretación.***

Los fundamentos de la repuesta N° 2 de quienes contestan afirmativamente, es decir el 90 % de los consultados, son los siguientes:

- Los factores sociales inciden en todo ámbito no sólo en el delito;
- Los factores sociales inciden en la existencia de los altos niveles de delincuencia, y también en la construcción de los delitos, pues las circunstancias en que se desarrollan depende del ambiente social en que resida el delincuente.

Los fundamentos de la respuesta N° 2 de quienes contestan negativamente, es decir el 10 % de los consultados, son los siguientes:

- No podemos endilgar a los factores sociales exclusivamente la existencia del delito.

**Pregunta N° 3:**

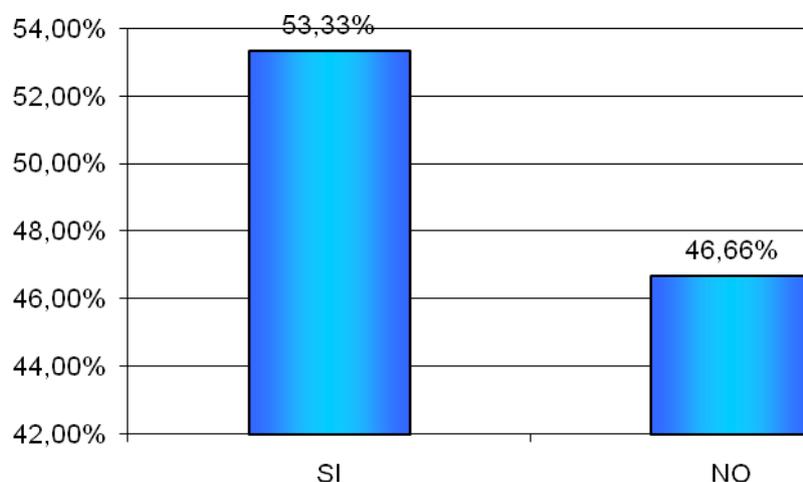
¿Considera usted que la edad, el género, la clase social, son factores que determinan o con los que se puede determinar el porqué de la existencia del delito?

**Cuadro N° 3**

<b>Variable</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>PORCENTAJE</b>
SI	16	53.33 %
NO	14	46.66%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

*Fuente: Profesionales del Derecho libre Ejercicio Profesional.*

*Autores: Luis Gordillo y Roy Poma.*

**Grafico N° 3*****Análisis e Interpretación***

Los fundamentos de la respuesta N° 3 de quienes contestan afirmativamente, es decir el 53.33 % de los consultados, son los siguientes:

- Todos los factores mencionados, influyen en la comisión de un ilícito, para evitar la impunidad en varios delitos precisamente como en el caso de los adolescentes o mujeres embarazadas.
- Esta circunstancia es una posibilidad real.

Los fundamentos de la respuesta N° 3 de quienes contestan negativamente, es decir el 46.66 % de los consultados, son los siguientes:

- La existencia del delito es independiente del género, la edad e incluso la condición social, el delito existe simplemente porque no

existen medios suficientes que procuren ingresos lo cual deriva en actos ilícitos.

**Pregunta N° 4:**

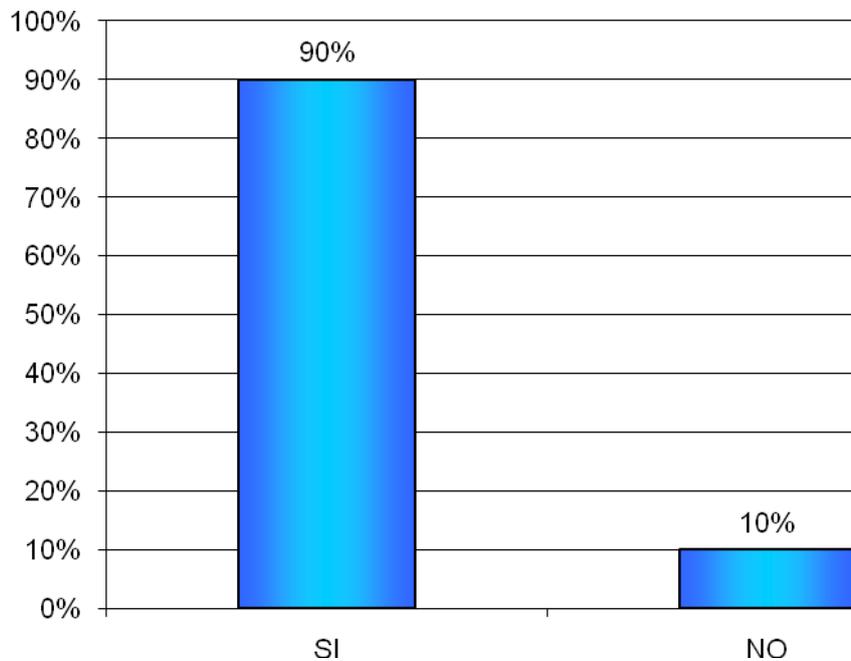
¿En su opinión cree Ud., que los procesos de criminalización, son uno de los más importantes elementos de la definición social del delincuente?

**Cuadro N° 4**

<b>Variable</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
<i>SI</i>	<i>27</i>	<i>90 %</i>
<i>NO</i>	<i>3</i>	<i>10 %</i>
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

*Fuente: Profesionales del Derecho libre Ejercicio Profesional.*

*Autores: Luis Gordillo y Roy Poma.*

**Grafico N° 4*****Análisis e Interpretación.***

Los fundamentos de la respuesta N° 4 de quienes contesta afirmativamente, es decir el 90 % de los consultados, son los siguientes:

- El pasó por el sistema penal y la cárcel produce una importante reducción del status social de la persona y, al contrario de su función declarada, la cárcel sirve para distanciar aún más a las personas (ex) presas de la sociedad en su conjunto.

Los fundamentos de la respuesta N° 4. De quienes contestan negativamente, es decir el 10 % de los consultados, son los siguientes:

- El delincuente se define a sí mismo, los procesos de criminalización son un resultado de la existencia del delito y no un método de definición.

**Pregunta N° 5:**

¿Considera que existe una relación directa entre la función que cumplen los medios de comunicación con la definición del delincuente

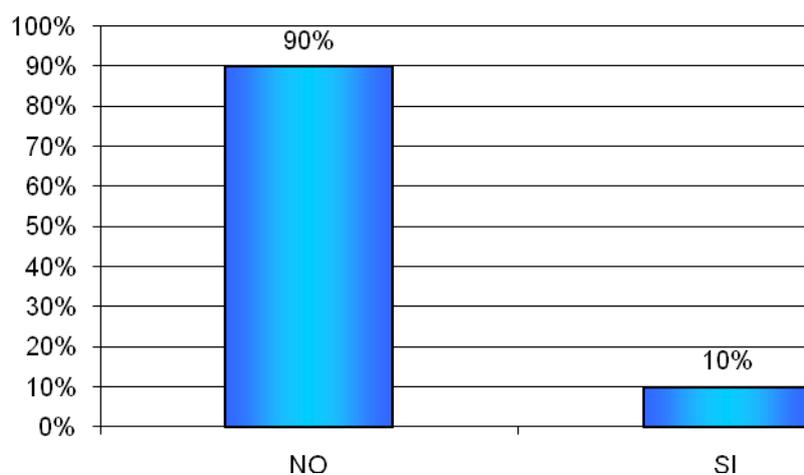
**Cuadro N° 5**

<b>Variable</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
<i>SI</i>	<i>27</i>	<i>90 %</i>
<i>NO</i>	<i>3</i>	<i>10 %</i>
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

*Fuente: Profesionales del Derecho libre Ejercicio Profesional.*

*Autores: Luis Gordillo y Roy Poma.*

**Grafico N°5**



### **Análisis e Interpretación.**

Los fundamentos de la respuesta No 5, de quienes contestan afirmativamente, es decir el 90 % de los consultados, son los siguientes:

- En las sociedades modernas, donde la experiencia directa con el crimen es algo excepcional, los ciudadanos reciben a diario la imagen del delito ofrecida por los medios de comunicación, cuyas características más importantes son la simplificación, la descontextualización y el sensacionalismo.
- Se presenta siempre al criminal como alguien completamente diferente a los ciudadanos y ciudadanas "normales", en muchos casos se presentan diferencias étnicas o de nacionalidad.

Los fundamentos de la respuesta N° 5 de quienes contestan negativamente, es decir el 10 % de los consultados, son los siguientes:

- Las fuentes informativas suelen ser las instancias oficiales de control.
- Las causas más habituales del delito son la anormalidad psíquica o los problemas familiares del autor.

## **5.2. Análisis de los resultados de las entrevistas.**

Para la realización de este trabajo, nos ha sido necesario apoyarnos en el conocimiento de personas que por su cercana relación con la materia tienen un conocimiento avanzado real y práctico del mismo, para ellos hemos recurrido a la técnica de la entrevista a fin de recabar sus importantes comentarios, es así que hemos contado con la colaboración de los doctores Dr. Manuel José Aguirre, Dr. Vladimir Erazo Bustamante, Dr. Francisco Sinche Fernández, Dr. Marcos Gabino Coronel Vélez, Dr. Franco Jaramillo Ochoa, Dr. César Morocho López, Dr. Eduardo Moreno Robles, Dr. Pablo Cueva Ortega, Dr. Salvador Orellana Vivanco; y, Dr. Walter Burneo Toledo, quienes por sus conocimientos y experiencia nos ayudaron con nuestro trabajo al contar con información relevante sobre este problema.

Para exponer los resultados de estas entrevistas, a continuación presentamos un condensado de las mismas.

### **5.2.1. Resultados de las entrevistas.**

**PRIMERA PREGUNTA: ¿Considera Ud. que la existencia de delitos constituye una consecuencia de la constitución social en nuestro país?**

En este tema, debemos considerar que la sociedad llega a la afirmación de que existen delitos cometidos por gente que no es propiamente delincuente. En la definición social del delincuente intervienen factores importantes, el propio sistema penal y sus sanciones; los medios de comunicación y la definición del delincuente entre otros.

Los medios de comunicación en su afán de tener rating presentan constantemente el crimen, existe una continua muestra de actos violentos, lo que crea la sensación de que existe una amenaza real y creciente de crímenes violentos.

Ahora bien, la constitución social de nuestro país, obviamente incide en la existencia de los delitos, aunque no es una circunstancia determinante, pero si observamos los índices que se presentan en la detención de autores de actos ilícitos.

**SEGUNDA PREGUNTA: ¿Según su criterio los factores sociales inciden en el índice de cometimiento de delitos? ¿En qué forma pueden incidir?**

Diferentes estudios en la temática de la Sociología del Delito en las últimas décadas nos muestran la dificultad de dilucidar la

Criminalidad debido al Tejido Social de protección con que cuenta la Delincuencia, a través de la red de organizaciones sociales existentes en la Sociedad.

Con el fin de entender a cabalidad los parámetros involucrados en este escrito, debemos iniciarlo conceptualizando los contenidos básicos comprendidos en cada vocablo utilizado.

La Sociedad es un sistema de costumbres y procederes, de autoridad y ayuda mutua, de múltiples agrupaciones y divisiones, de controles de la conducta y libertades.

Es un tejido de relaciones sociales en constante transformación. La Sociedad sólo existe donde los seres sociales interactúan con los demás, según las formas que su mutuo reconocimiento determina.

**PREGUNTA TERCERA: ¿Considera usted que la edad, el género, la clase social, son factores que determinan o con los que se puede determinar el porqué de la existencia del delito?**

La realidad de las mujeres muestra que en tanto grupo han sido especialmente vulnerables en el resguardo de sus derechos como usuarias del sistema penal y en situación de mayor invisibilidad cuando están en conflicto con la ley.

Según E. R. Zaffaroni, la relación de la mujer con el poder punitivo se revela en el proceso de gestación de ese poder. Podemos,

inclusive, comprenderlo como un poder de género que, desde su surgimiento, agredió a la mujer y al sistema de relaciones que ella representaba.

La carencia de políticas públicas que respondan a las necesidades y particularidades de este grupo ha ocasionado perjuicios en las mujeres afectadas y en sus familias. En los casos en que se observa intentos de responder a estas particularidades puede percibirse que éstos se restringen a aspectos vinculados con la infraestructura penitenciaria, pues buscan instalar a las mujeres condenadas y detenidas en espacios exclusivamente femeninos. Sin embargo, la existencia de establecimientos carcelarios para mujeres no garantiza que éstos contemplen ambientes tales como salas cuna o guarderías para los hijos, escuelas, celdas especiales para mujeres embarazadas, ni que estén regulados por normas que permitan ejercer derechos como el de visita íntima.

Las teorías que tratan de explicar los factores “causales” de la criminalidad se resumen en dos tipos: biológicas y sociales.

**Las teorías biológicas** sostienen que los factores están siempre en el individuo, terreno sobre el cual obra el ambiente; de tal modo que lo social sólo incidirá sobre la forma y frecuencia del delito.

**Las teorías sociológicas**, en cambio, dan importancia absoluta o predominante a los factores externos o sociales y confieren escaso

valor a lo individual (los hombres, naciendo iguales, serán buenos o malos conforme al ambiente en el cual vivan y se desarrollan).

**CUARTA PREGUNTA: ¿En su opinión cree Ud., que los procesos de criminalización, son uno de los más importantes elementos de la definición social del delincuente?**

La determinación biológica de la conducta criminal se constituye en la esencia explicativa de la Criminología Positivista o Criminología Etiológica. Los estudios criminológicos positivistas dirigieron su atención al criminal, no al crimen y mucho menos a la posible configuración definitoria del delito a partir de la acción defensiva-reactiva de la sociedad. Esta óptica explicativa se mueve en el campo del determinismo (biológico) y la peligrosidad social del individuo, localizando las "causas" del fenómeno en el sujeto activo del delito; dicho enfoque asume que las razones causales son preexistentes a la reacción social represiva que se desata con la consumación delictiva.

Tal como afirma GARCÍA-PABLOS DE MOLINA el modelo etiológico en Criminología dedicó su atención únicamente al delincuente, obviando las cuestiones referidas al Control Social. Ello se explica por la función de legitimación que asume esta corriente criminológica, pues su teoría de la criminalidad se configura desde una explicación tendenciosa observante de una pequeña parcela de la realidad delictiva (el sujeto comisario) con la exclusión valorativa del

significativo sector restante de los fenómenos sociales concernientes al suceso criminal.

**QUINTA PREGUNTA: ¿Considera que existe una relación directa entre la función que cumplen los medios de comunicación con la definición del delincuente?**

Los medios de comunicación contribuyen a crear la imagen de la criminalidad como algo natural, objetivo, real, preexistente. Y la imagen del delincuente como alguien diferente, con importantes déficits psicológicos y/o sociales, un auténtico "enemigo interno" contra el que las instancias de control nos defienden día a día y ante el que logran imponerse siempre, por un estrecho margen.

# **DISCUSIÓN**

## 6. DISCUSIÓN.

### 6.1. Verificación de Objetivos.

El Objetivo general planteado, relacionado a "Realizar un estudio jurídico, crítico doctrinario y comparativo del delito y de la reacción al delito como una relación funcional al modelo de sociedad", para conseguirlo fue necesario examinar toda la doctrina a la que pudimos tener acceso, y que esté relacionada con el control social y la conceptualización del delito, así como la influencia de los diferentes factores que conforman la sociedad.

Este estudio pormenorizado nos permitió tener en claro como se construye el delito, y que factores influyen en su constitución.

Como consecuencia del análisis crítico realizado para alcanzar el objetivo general propuesto, llegamos a detectar la diversidad de factores que influyen en la construcción social del delito, y que estos factores varían según sea la sociedad, según el avance social y según la conformación política del mismo.

Para los objetivos específicos planteados:

- Caracterizar las tendencias teóricas, sociológicas, psicológicas y criminológicas que se presentan en la existencia del delito en nuestro país.

- Identificar en qué medida y de qué manera los factores sociales influyen en la existencia de los delitos en nuestro país.
- Examinar las deficiencias normativas, objetivas y subjetivas que inciden en la existencia del delito en nuestra sociedad realizando un estudio socio – jurídico de estas conductas antijurídicas en relación con los factores sociales.

Con el análisis de la doctrina, la misma investigación de campo, nos ha permitido en buena medida caracterizar las tendencias teóricas, sociológicas, psicológicas y criminológicas que se presentan en la existencia del delito en nuestro país; e identificar en qué medida y de qué manera los factores sociales influye en la existencia de los delitos en nuestro país.

Finalmente consta también dentro de nuestro trabajo breves acercamientos a doctrina y normas legales de otros países lo cual nos permitió examinar las deficiencias normativas, objetivas y subjetivas que inciden en la existencia del delito en nuestra sociedad realizando un estudio socio – jurídico de estas conductas antijurídicas en relación con los factores sociales.

## **6.2. Contrastación de Hipótesis.**

De acuerdo a la Hipótesis propuesta en el presente trabajo, y que literalmente dice: “Los fenómenos sociales pese a influir en la construcción del delito en la actualidad se estudian como cosas sin el

menor juicio de valor, sin embargo tomando en consideración que el delito es un hecho social es necesario que en su estudio se caracterice al mismo como un fenómeno social, analizándolo desde las diversas perspectivas que se presentan dada la presencia de la naturaleza humana en la existencia del delito".

La investigación de campo, nos permitió, por medio de la aplicación de encuestas dirigidas a profesionales del derecho, constatar que los factores sociales influyen definitivamente en la constitución del delito, y que también hay una amplia incidencia de los medios de comunicación.

Consideramos por tanto, que se ha comprobado la hipótesis anteriormente referida, puesto que, el delito no solo tienen un trasfondo legal sino que son muchos factores que convergen en la existencia del mismo.

### **6.3. Caracterización del delito como construcción social**

En la democracia, la tendencia a la burocratización es reemplazada crecientemente por la transición desde una sociedad de masas hacia públicos cada vez más diferenciados, donde los diarios se hacen revistas y los lectores especializados generan el horizonte de existencia de la revista como tal, donde la solidaridad permite algo más que la adaptación a la revolución de las técnicas de la comunicación

para construir una sociedad más plural, más libre, más participativa, en suma, más democrática.

Y es aquí, para preservar esa pluralidad, que el papel interactivamente entre prensa y medios, de un lado, y el de la justicia por otro, adquiere una indudable trascendencia.

El derecho, por otra parte, es también un universo simbólico, de normas, de valores y hechos, donde el acontecer transcurre con decisiones que hacen a los hombres libres y reos, culpables e inocentes dentro de los marcos previstos por las leyes, donde desde luego el juez es algo más que un intérprete pasivo de la norma y de los valores. También como el periodista, el juez tiene una técnica, un tiempo y un espacio que interpreta. Su mundo no configura la cotidianidad de un público generalizado sino en la medida y virtud en que es "noticia".

Decíamos que los destinatarios directos de la decisión judicial son las partes, el mundo de los litigantes, delincuentes y víctimas, y al final, desde luego, la comunidad. Pero es un escenario restringido, no entra cotidianamente sino excepcionalmente a los dormitorios o la sala de estar.

Es la calidad universalizante de los medios lo que "trae a cuento" lo de los policías y los jueces, la tragedia humana de crimen y castigo.

Pero esos casos "concretos" del derecho son sólo una ínfima porción de las novelas, historias ficcionales y obras imaginativas donde los medios ayudan a construir un mundo de la juridicidad, que paradójicamente condiciona la percepción del mundo de los receptores del mensaje.

En algunas conversaciones privadas y encuentros académicos en los últimos años se han abordado esta cuestión ampliamente, pues sobre esa base de partida nos hemos visto obligados a elaborar una teoría que trate de dar cuenta de lo que hoy percibimos como realidad y los mecanismos de construcción de la misma.

Si los individuos definen las situaciones como reales, son reales en sus consecuencias.

Pero el problema no es sencillo, pues, más allá de los procesos individuales de percepción diferenciada, sensibilidad, imaginación y elaboración conceptual y experiencial, están los procesos sociales que permiten / coaccionan a determinada definición de realidad.

Esta cuestión es la que nos ha llevado a trabajar en los últimos diez años en la elaboración de una Teoría de los Imaginarios Sociales, la cual se aplica al caso del delito.

Las versiones materialistas de la organización de los sistemas sociales han devenido discursos vacíos acerca del orden de las relaciones sociales semejantes en todo a las versiones idealistas del

mismo. Los últimos decenios de este siglo han venido a mostrar que lo que comenzó en el primer tercio como crisis de dependencia ideológica de la teoría (K. Mannheim) ha desembocado en la urgente necesidad de revisar los procesos habituales de legitimación de la dominación. A estos procesos están vinculadas dos tipos de teorías: las teorías del poder y las teorías de la ciencia y el conocimiento.

Estas condiciones particulares de nuestra situación han ido produciendo un nuevo horizonte hermenéutico de comprensión de las relaciones sociales presentes que va más allá de lo que al comienzo del segundo tercio de este siglo formulaba Edmund Husserl como “la Crisis de las ciencias europeas”. Más allá de la crisis, como horizonte temporal limitado por un comienzo y un final, nos vemos obligados a pensar en que los instrumentos epistemológicos y metodológicos, válidos en una situación que simplifícadamente se ha denominado como de “modernidad”, ya han agotado su tiempo y realizado todas sus posibilidades finitas. Entramos en otro tiempo de difícil caracterización dado que estamos en los primeros momentos del mismo, pero que nos impone una nueva reflexión acerca de nuestros sistemas de percepción de lo que podamos tener por realidad y de las formas de explicación y de intervención en la misma.

En términos de Niklas Luhmann: La forma de la teoría. La teoría cuya elaboración estamos iniciando, no se orienta por la perfección o la falta de perfección, sino por un interés específicamente científico por la

disolución y la recomposición de contenidos de experiencia. No se trata de un interés por el reconocimiento o la salvación o por mantener el statu quo, sino en primera instancia y principalmente, de un interés analítico: se trata de un rompimiento de la apariencia de la normalidad, de ignorar experiencias y costumbres y, en este sentido (no considerado aquí como teórico trascendental) de una reducción fenomenológica.

La construcción de evidencias vuelve inverosímil lo que se pretende establecer por sí mismo sin discusión. En el marco mundial de relaciones de dominación ya se han agotado las legitimaciones ideológicas y estamos enfrentados a una reconstrucción de la experiencia que deje atrás los instrumentos analíticos que nos han llevado a los caminos sin salida del positivismo (como ontología de lo empírico y como pretensión de exactitud de la medida estableciendo la predicción más allá de la probabilidad) y del fatalismo (como sometimiento a un redivivo “destino”).

Frente a situaciones históricas anteriores en las que la realidad venía definida como única desde perspectivas doctrinales teológicas o filosóficas ilustradas, hoy tenemos que atenernos a realidades múltiples definidas desde instancias sociales concurrentes: el Estado, el mercado, los autodenominados “Medios de Comunicación”. Cada una de esas instancias nos define como individuos en ámbitos de realidades diferenciadas: nuestra identidad como ciudadanos, nuestro

rol de consumidores polivalentes, la conversión del papel de “públicos” en “audiencias” que producen las “empresas de fabricación de realidades” (antes llamadas “medios de comunicación”), son otras tantas realidades con respecto a las cuales se nos coacciona a intervenir reflexivamente.

Vivimos así en sociedades complejas cuya diferenciación funcional no siempre se percibe como tal y por tanto no produce el necesario sentido que nos permita comprenderlas. Esto se agrava si caemos en la cuenta de que las grandes perspectivas ideológicas, lo que los posmodernos denominan “los metarrelatos”, los horizontes de legitimación de las analíticas sociales y de las tomas de decisión sobre los asuntos que tocan a la colectividad, se han vaciado de contenido por su ubicación epistemológica más allá de los límites de la diferencia y la posición con lo que no producen conocimiento sino simple creencia o convicción. El conocimiento, en la actual situación, sólo puede provenir del establecimiento de la distinción y de la posición del observador en una de las dos partes de la distinción y no en la otra. Por ello el procedimiento básico de construcción del conocimiento y de la ciencia es la observación de segundo orden.

Pero junto a las consideraciones epistemológicas hay que situar las políticas, pues la posición en el espacio epistemológico sólo tiene sentido si se vincula a la distinción que construye el orden social sobre la diferencia dominante / dominado. La construcción del isomorfismo en

el espacio de la dominación no es un hecho o un destino sino un complejo proceso de apropiación de sentidos. Y para hacer comprensible ese proceso hemos elaborado una **Teoría de los Imaginarios Sociales**.

Han cambiado radicalmente en la actualidad la concepción y las prácticas del poder. "La probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos", según entiende Max Weber la dominación, parecía necesitar de algún tipo de creencia en una legitimidad, bien fuera "tradicional, carismática o racional". La obediencia al que ejerce el poder encontraría así su fundamento sociológico, más allá de la simple violencia o de la estructuración económica. Las diferentes ideologías políticas (liberalismo, socialismo, nacionalismo, conservadurismo, populismo, etc.) elaboraban el discurso de justificación del orden social establecido, sin preocuparse de las ontologías que definían la realidad como referencia exterior a las ideologías. El poder para presentarse como tal en las sociedades necesitaba de algún tipo de legitimación que le sería proporcionado por alguna forma de reconocimiento social. Y esa forma es la obediencia a los mandatos, produciéndose entonces la paradoja de que sólo alguna instancia tiene poder si otra, que se supone por principio desprovista de poder, la reconoce como poderosa a través de la sumisión. De aquí que Michel Foucault tratara de reducir la cuestión del poder al "ejercicio del poder", sólo se tiene poder si se ejercita, si ego consigue que alter

realice lo que ego manda. Aunque esto le plantea nuevos interrogantes en los que ahora no vamos a entrar.

La teoría ilustrada del conocimiento, bajo el supuesto del “monoteísmo ontológico” (realidad única), establecía una continuidad entre el sujeto y el objeto, entre la causa y el efecto, entre el conocimiento y la ignorancia. El principio orientativo de la producción del conocimiento la constituía la comparación asociativa (lo desconocido a través de lo ya conocido), o analógica que buscaba una reducción a la unidad de la identidad. Esta identidad se establecía de una vez por todas, aislada del tiempo, a través de una serie de características substanciales claramente definidas. Existía un modelo racional construido conceptualmente al cual se tenía que adecuar todo aquello que pretendiera ser real.

La primera ruptura de esta línea de pensamiento se produce ya antes de la mitad del siglo con la obra en común de Max Horkheimer y Theodor W., su misma forma fragmentaria de colección de ensayos en la que nos ha llegado y que contradice las intenciones primeras de sus autores es la mejor expresión de su contenido crítico. No es necesario construir un sistema alternativo para hacer la crítica de la identidad como principio.

Una teoría como la sumariamente expuesta no tiene pretensiones de generalidad sino que se entiende dentro del marco del constructivismo actual que se expresa transdisciplinariamente. Su función se plantea

entonces como subordinada al programa de conocer y comprender los mecanismos de construcción de realidad en nuestras sociedades policontexturales. Intenta ser una teoría operativa, susceptible de ser aplicada a diferentes búsquedas y obtener determinados resultados. Por ello, exponemos a continuación, también de manera abreviada, las líneas principales de una investigación que toma como objeto de estudio la construcción social de la realidad del delito en el Ecuador.

**CONCLUSIONES**  
**RECOMENDACIONES**

## 7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

### 7.1. Conclusiones.

Ciertamente las páginas anteriores no muestran en toda su variedad y riqueza descriptiva lo que el cine de los últimos sesenta años ha construido como realidad del delito. No era tampoco nuestra pretensión, sino que nuestro intento ha consistido en indicar una nueva línea de investigación sociológica que nos permita no tanto sacar a la luz lo que la gente cree o piensa acerca del delito (eso tendría que estudiarlo la Psicología Social), sino, qué referencias creíbles proporcionan nuestras sociedades acerca de cómo entender el delito como una realidad de nuestra vida cotidiana y nuestro sistema. La novedad de la propuesta quizás produzca alguna desorientación en el lector bienintencionado, por ello nos permitiremos ahora para cerrar este trabajo apuntar algunas conclusiones que pueden desprenderse de nuestra investigación.

**PRIMERA:** Desde el punto de vista teórico, el delito se concibe como aquella acción o comportamiento humano que siendo voluntario y consciente, trae aparejado la realización de un daño o la puesta en peligro de un bien jurídico; a lo que necesariamente se añaden las exigencias de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, las que en definitiva constituyen presupuestos para la declaración de la responsabilidad penal y la consiguiente imposición de la sanción;

cuestión que encuentra acogida en la legislación penal sustantiva de nuestro país.

**SEGUNDA:** Aún y cuando el análisis del delito como fenómeno social, necesariamente demanda la realización de investigaciones de corte sociológico y criminológico, en nuestro país resulta muy difícil identificar cuales son las tendencias predominantes en materia de investigaciones criminológicas y sociológicas; a pesar de que en los últimos tiempos se observa un marcado interés por estas disciplinas.

**TERCERA:** Nuestras leyes penales tendrán capacidad de establecer límites y fronteras si ellas mismas son elaboradas limitadamente permitiendo a sujetos y comunidades desarrollar los entramados y vinculaciones que se puedan llevar a cabo desde sus propias diferencias, no obstante, existen limitaciones legales que atentan contra una mejor aplicabilidad de las resoluciones jurídicas penales; en este sentido resaltamos la necesidad de replantear en aras de reformar la mayoría de edad para la declaración de responsabilidad penal; toda vez que los jóvenes mayores de dieciséis años y hasta los dieciocho años, realizan acciones delictivas voluntarias y conscientes con pleno dominio de su repercusión para la sociedad, lo cual demanda de una respuesta más enérgica del sistema penal ecuatoriano.

**CUARTA:** La política penal penitenciaria es deficiente para una aplicación objetiva del Código de Ejecución de Penas; no existe una verdadera rehabilitación del privado de la libertad, aun y cuando está

establecida en la norma, más no se le efectiviza, dando como resultado el hacinamiento carcelario, falta de resocialización del recluso, programas y estructuras básicas penitenciarias deficientes y casi inexistentes, que inciden en la reiteración de las conductas delictivas por parte de aquellos reclusos que egresan de los centros carcelarios, siendo preocupante el elevado porcentaje de reincidencias que conoce la administración de justicia penal ecuatoriana.

**QUINTA:** La coacción (o vínculo) social en nuestras sociedades no está primordialmente orientada hacia el establecimiento, reconocimiento y cumplimiento de leyes y reglas, sino, que se percibe como una tolerancia represiva que obliga primariamente al consumo, a múltiples consumos y a consumos de homogeneización cuantitativa; en este sentido, es necesario resaltar que entre los factores condicionantes de esta situación se encuentran la pobreza, falta de fuentes de trabajo y oportunidades de empleo, de educación, la indigencia, etc.

**SEXTA:** En el proceso de construcción y percepción social del delito en la realidad penal ecuatoriana, los medios de comunicación ejercen una notable influencia, teniendo en cuenta la masiva información sobre casos de corrupción, que se suele utilizar como arma política electoral, que está produciendo deslegitimación de las instituciones y mecanismos de control social y una amplia desinformación sobre otras realidades creativas e innovadoras, que con la creciente aplicación de

las tecnologías informáticas a los diferentes procesos sociales y en particular a los sistemas de comunicación, dificulta la credibilidad y verosimilitud de lo que se presentan como hechos. En el caso de los delitos se incrementa enormemente la dificultad para el establecimiento de la prueba y se facilita la aparición de procesos paralelos implementados por las empresas de fabricación de realidades; en este sentido es posible afirmar que los delitos tal como se perciben están entrando en una categoría comunicativa de “entretenimiento”, están desvinculados de instituciones sociales legitimadas para imponer leyes “para todos”, y aparecen como una posibilidad más ofrecida en el mercado sobre la que se puede establecer una pragmática de cálculo utilitario.

**SEPTIMA:** Las distinciones respeto/desprecio, inclusión/exclusión y ajustado/no ajustado a derecho son las bases de reconstrucción de un sentido que permita reducir la complejidad de las situaciones a nuestro nivel de percepción y actuación y que haga patente la complejidad de la realidad tal como nos la permiten afirmar los imaginarios sociales que nuestra sociedad construye; a pesar de ello, el pluriforme ámbito del delito no nos permite simplificar las cuestiones ni llegar a una total transparencia. Lo que podamos considerar realidad no es posible llegar a conocerlo plenamente sino que siempre se nos ofrecerá bajo la forma de la relevancia y la opacidad; ello nos obliga a criticar lo que se nos propone como evidente y a pensar si no hay más posibilidades de

juego. Es más, hay “juegos” que podremos rechazar y otros a los que nos dedicaremos gustosos. El problema es poder pensar y seleccionar.

## **7.2. Recomendaciones.**

Con el estudio realizado, hemos llegado a comprender un sin número de realidades que circundan al concepto de delito; teniendo en cuenta los propósitos que inspiraron esta investigación y las conclusiones ya formuladas, planteamos las siguientes recomendaciones:

**PRIMERA:** En el derecho sobre las materias sociales, debe empaparse no solo en la práctica jurídica, sino en el trasfondo que se genera de la multiplicidad de factores que concurren en una infracción.

**SEGUNDA:** Los aspectos sociales deben considerarse no solo en el ejercicio del derecho por parte del profesional, sino también de la administración de justicia, de ahí que es necesario formar profesionales del derecho con una visión social clara.

**TERCERA:** La comisión de delitos procede de diferentes hechos y la realidad social conlleva a saber que el mayor número de ilícitos se cometen debido a la fuerte necesidad que genera el cumplimiento de las obligaciones familiares, es por esto que es necesario que se implemente un sistema de prevención dirigido a la ocupación de la fuerza de trabajo en actividades productivas lícitas, lo que debe iniciar desde edades tempranas, pues las estadísticas demuestran que cada vez a más temprana edad se inicia un camino a la vida delictiva.

**CUARTA.-** Es necesario acometer una urgente revisión de los presupuestos de la responsabilidad penal en la legislación ecuatoriana, en aras de reformular especialmente el criterio de la edad para la imposición de las sanciones penales y que en correspondencia con lo explicado en el cuerpo de la tesis debería ser de 16 (dieciséis) años y no a los 18 (dieciocho), lo que a su vez sería consecuente con la Constitución de la República que fija en esa edad el derecho no obligatorio al voto de los menores.

**QUINTA.-** Se diseñen nuevas políticas de estado en materia del cumplimiento de las sanciones de privación de la libertad, a partir de las cuales se procuren una verdadera reinserción y/o resocialización de las personas recluidas en un centro de rehabilitación social, en cuyo esfuerzo deben participar los diferentes autores sociales.

# **BIBLIOGRAFÍA**

## 8. BIBLIOGRAFÍA.

**ANIYAR DE CASTRO, L.**, (1977) "*Criminología de la reacción social*". Maracaibo: Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Zulia. Pág. 12

**ARTEAGA CALDERÓN, Marco.**, "Inicios del pensamiento sociólogo en el Ecuador", editorial Abya – Yala, 2008.

**BARATTA, Alessandro.**, (1993) "*Criminología Crítica y crítica del derecho penal*". México 1982. Pág. 71

**BARATTA, Alessandro.**, 2002. "Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal". Siglo XXI Editores, Buenos Aires. Páginas 21.

**BARATTA, Alessandro.**, "Criminología crítica y crítica del derecho penal". Siglo XXI Editores. España, 1986.

**BARATTA, Alessandro.**, Criminología e Dogmática Penal: pasado e futuro do modelo integral da ciencia penal, RDP, Rio de Janeiro, nº 31, 1982.

**BASAGLIA, Franco**, Razón, locura y sociedad, Ed. Siglo XXI, 4ª. Edición, p. 83, México, 1981.

**BECK, ULRICH.** "La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad". Barcelona, Piados, 2001.

**BLOMBERG, THOMAS – CONHEN, STANLEY.** "Castigo y Control Social". Aldine de Gruyer, New York, 1995.

**BOLZAN DE MORAIS**,. “Estado, Función Social y los obstáculos de la violencia”, en: “Política Criminal, Estado e Democracia”. André Luis Callegari (coord). Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

**BOTTOMS, Anthony**., “Reglas futuras en los sistemas penales contemporáneos”. London: Heinemann Educational Books, 1983.

**BUSTOS RAMIREZ**., “La problemática de las medidas sustitutivas y alternativas”. Depalma. Buenos Aires, 1997.

**CABANELLAS DE TORRES, Guillermo**., Diccionario Jurídico Tomo III.

**CEREZO MIR, J**, "Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I. Introducción", Ed. Tecnos, 5ª ed., Madrid, 1996, reimpresión, 1997, p. 65.

**CEREZO MIR, J**, "Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I. Introducción", Ed. Tecnos, 5ª ed., Madrid, 1996, reimpresión, 1997, p. 65.

**CEREZO MIR, J**, "Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I. Introducción", Ed. Tecnos, 5ª ed., Madrid, 1996, reimpresión, 1997, p. 65.

**CONSULTADO EN:** <http://www.hiperactivos.com/prevencion.html>

**CEPAR, INFPA, INEC**, “ La Situación de los/as adolescentes y Jóvenes en el Ecuador” (Octubre 2003)

**DALMAU GAVILANES, Francisco**, "El joven delincuente en Guayaquil", Editorial UCSFG, 2004.

**DAVID, Pedro R.**, "*Globalización, prevención del delito y justicia penal*", Buenos Aires, Zavalía, 1999, 814 p.

**DAVID, Pedro R.**, "*Globalización, prevención del delito y justicia penal*", Buenos Aires, Zavalía, 1999, 826 p.

**DOUGLAS, MARY.** "La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales. Barcelona, Piados, 1996.

**ELSTER, Jon.**, "Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad". Barcelona, Península, 1988.

**ENCICLOPEDIA® MICROSOFT® ENCARTA 2001. ©**

"Delincuencia juvenil." 1993-2000 Microsoft Corporation.

Reservados todos los derechos.

**ENCICLOPEDIA® MICROSOFT® ENCARTA 2001. ©**

"Delincuencia." 1993-2000 Microsoft Corporation. Reservados

todos los derechos.

**ENCICLOPEDIA® MICROSOFT® ENCARTA 2001. ©**, "Delincuencia."

1993-2000 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

**FOUCAULT Michel.**, "El discurso del poder", Ed. Folios, p.190. México, 1983.

**GARCIA PABLOS DE MOLINA, A.** "Tratado de Criminología", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 91.

**GARCIA PABLOS DE MOLINA, A.**, "Tratado de Criminología", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 91.

**GARCÍA VILLEGAS**, Mauricio y **RODRÍGUEZ**, Cesar. 2003. "Derecho y Sociedad en América Latina": un debate sobre los estudios jurídicos críticos. ILSA-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pág. 32.

**GARRIDO GUZMÁN, L.**, "Concepto y Alcance de la Criminología. Evolución Histórica y Relaciones con el Derecho Penal", en Criminología y Derecho Penal. VVAA, Ed. Edijus, Zaragoza, 1998, p. 18.

**GIL CALVO, Enrique.**, "El miedo es el mensaje. Riesgo, incertidumbre y medios de comunicación". Madrid, Alianza, 2003.

**GRUPO COMUNICAR.**, "Luces en el laberinto audiovisual. Educación en un mundo global". Huelva. Ediciones, 2003.

**HERRERO HERRERO, C.**, "Criminología (parte general y especial)", Dykinson, Madrid, 1997, Pág. 360

**HERRERO HERRERO, C.**, Op. cit., p. 182.

**INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA.**, "Censo nacional de población y vivienda" 1992.

**JIMENEZ DE ASUA, Luis.**, "La teoría jurídica del delito".- 1993.

Historisch und dogmatische Grundlagen der strafrechts systematischen Schuldlehre", 1974.

**LA ONU.**, "Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores" de (Reglas de Beijing de 1985).

**LIPOVETSKY, Gilles.**, "*La era del vacío*", Barcelona, Anagrama, 1986.

**LIPOVETSKY, Gilles.**, "*El imperio de lo Efímero*", Barcelona, Anagrama, 1990.

**LÓPEZ CEREZO, José A. y LUJÁN, José Luis.**, "Ciencia y política del riesgo". Madrid, Alianza, 2000.

**LOPEZ VIDALES, N. Y PEÑAFIEL SÁIZ, C.**, "Odisea 21. La evolución del sector audiovisual. Modos de producción cambiantes y nuevas tecnologías". Madrid, Fragua, 2003.

**LOZANO ASCENCIO, Carlos.** "Efectos (y defectos) en la receptividad de las nuevas tecnologías de la comunicación"

**LUHMANN, N.**, "*Sistemas Sociales*", 2ª ed., Barcelona, Anthropos, U. Iberoamericana, U. Javeriana, 1998, p.122.

**MARQUEZ PIÑERO, R.**, "Criminología", Ed. Trillas, 1ª ed., México, abril 1991, p. 23

**PÉREZ RODRÍGUEZ M. A. Y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ. P.**, "Comunicación social y riesgos globales" in (coord.)

**RODRÍGUEZ MANZANERA, L.**, "Victimología. Estudio de la víctima", Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 1990, p. 66.

**VILLORO TORANZO, Miguel.**, "introducción al Estudio del Derecho"

México, Editorial: Porrúa, 2002. Pág.382.

# **ANEXOS**

## 9. ANEXOS.

### 9.1. ENCUESTA.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.

NIVEL DE POSTGRADO.

MAESTRIA EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLOGIA.

ENCUESTA

Distinguido Profesional del Derecho, con la finalidad de obtener información que nos ayude a fundamentar nuestra temática; solicitamos a Ud. Se digne contestar la siguiente encuesta que nos servirá para la culminación del presente trabajo investigativo.

1.- *¿Considera Ud. que la existencia de delitos constituye una consecuencia de la constitución social en nuestro país?*

.....

.....

.....

.....  
.....

2.- ¿Según su criterio los factores sociales inciden en el índice de cometimiento de delitos? ¿En qué forma pueden incidir?

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

3.- ¿Considera usted que la edad, el género, la clase social, son factores que determinan o con los que se puede determinar el porqué de la existencia del delito?

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

4.- ¿En su opinión cree Ud., que los procesos de criminalización, son uno de los más importantes elementos de la definición social del delincuente?

.....

.....

.....

.....

.....

5.- ¿Considera que existe una relación directa entre la función que cumplen los medios de comunicación con la definición del delincuente?

.....

.....

.....

.....

.....

**GRACIAS POR SU COLABORACION**

## 9.2. ENTREVISTA.

### MODELO DE ENTREVISTA REALIZADA A LOS SEÑORES

#### DOCTORES

Dr. Manuel José Aguirre, Dr. Vladimir Erazo Bustamante, Dr. Francisco Sinche Fernández, Dr. Marcos Gabino Coronel Vélez, Dr. Franco Jaramillo Ochoa, Dr. César Morocho López, Dr. Eduardo Moreno Robles, Dr. Pablo Cueva Ortega, Dr. Salvador Orellana Vivanco; y, Dr. Walter Burneo Toledo

**PRIMERA PREGUNTA:** ¿Considera Ud. que la existencia de delitos constituye una consecuencia de la constitución social en nuestro país?

**SEGUNDA PREGUNTA:** ¿Según su criterio los factores sociales inciden en el índice de cometimiento de delitos? ¿En qué forma pueden incidir?

**TERCERA PREGUNTA:** ¿Considera usted que la edad, el género, la clase social, son factores que determinan o con los que se puede determinar el porqué de la existencia del delito?

**CUARTA PREGUNTA:** ¿En su opinión cree Ud., que los procesos de criminalización, son uno de los más importantes elementos de la definición social del delincuente?

**QUINTA PREGUNTA:** ¿Considera que existe una relación directa entre la función que cumplen los medios de comunicación con la definición del delincuente?

# ÍNDICE

### 9.3. INDICE.

#### TEMA: "EL DELITO Y SU CONSTRUCCION SOCIAL EN EL ECUADOR"

<b>CONTENIDO</b>	<b>PAG.</b>
Resumen.....	7
Introducción.....	9
<b>REVISIÓN DE LITERATURA</b>	
<b>ANTECEDENTES GENERALES.</b>	
El delito.....	12
Noción Formal y Sustancial del Delito.....	16
Evolución de Concepto Dogmático del Delito.....	23
Sistema Causalista:.....	29
Concepción Finalista:.....	30
La función de las ramas y disciplinas auxiliares.....	38
Delito (sistema tripartito):.....	41
Delito (sistema bipartición).....	41
Formas de Hechos Punibles:.....	43
Tipos de delitos.....	43
Delitos de acción.....	43
Delitos de omisión.....	43
Delitos de resultado.....	44
Delitos de daño.....	44

Delitos de peligro.....	44
Delitos de instantáneos.....	44
Delitos de permanentes.....	45
Teoría del delito.....	47
Neoclásicos.....	48
<i>Finalismo</i> .....	50
Disputas intestinas.....	56
El principio general de las personas en relación con el delito.....	56

### **CONSTRUCCION SOCIAL DEL DELITO: DE LO SOCIAL A LO DELICTUAL.**

El propio sistema penal y sus sanciones.....	64
Los medios de comunicación y la definición del <i>delincuente</i> .....	64
Lo social, psicológico y estructural en la concepción del delito.....	67
Lo social en la concepción social del delito.....	67
Estructura social.....	69
Grupo.....	69
Grupo de pertenencia.....	69
Grupo de referencia.....	69
Grupo primario.....	69

Grupo secundario.....	70
Pluralidad y grupos de pertenencia.....	70
Control social y sociedad.....	73
El control social de delito. Efectividad del control social.....	76
Factores del control social.....	77
Efectividad.....	77
Evolución y tendencias del control social penal.....	78
Lo psicológico en la concepción del delito.....	79
Función intimidadora.....	81
Función de defensa social.....	81
Función reformadora.....	81
Deculturación.....	82
Mutilación del yo.....	82
Gran disminución del repertorio conductual.....	82
Privación de relaciones heterosexuales, aislamiento físico, afectivo y social.....	82

Violación de la intimidad personal, por los contactos	
Interpersonales forzados.....	82
Lo estructural en la concepción social del delito.....	86
Significados del delito en relación con la edad, el género, la clase social y la educación.....	90
Género y Delito.....	90
Criminología feminista.....	90
Las Especiales Condiciones de la Mujer.....	99

#### **ANALISIS DE LA REALIDAD SOCIAL ECUATORIANA.**

Situación Política.....	101
Situación Socio – Económica.....	101
Situación de Pueblos y Culturas.....	103
Estudio de la constitución social de nuestro país.....	107
Tipos de problemas sociales.....	110
Delincuencia.....	111
Consecuencias de la delincuencia.....	114

Inmediatas.....	114
Mediatas.....	114
Causales.....	114
Clases.....	115
Delincuente levita.....	115
Delincuente habitual.....	115
Delincuente nato.....	115
Delincuente Racional.....	115
Delincuente pasional.....	115
Delincuente político.....	115
Delincuente primario.....	115
Delincuente profesional.....	115
Delincuente sexual.....	115
Delincuente menor.....	115
Delincuente de cuello de oro.....	116

Estudio de las características sociales presentes en la comisión

de algunos delitos.....	120
Delincuencia juvenil.....	120
Panorama Actual de la delincuencia juvenil.....	123
La violencia.....	125
Causas de la Violencia.....	125
Biológicas.....	126
Psicológicas.....	127
Sociales.....	128
Familiar.....	129
Individual.....	129
Agresión, agresividad, violencia y delito.....	130
Concepto de delincuencia.....	133
Definición de Delincuencia Juvenil.....	134
La delincuencia Juvenil.....	134
La delincuencia juvenil y entorno social.....	135
Las pandillas y su regularización ante la ley.....	137
Delincuencia femenina.....	139

**PRESENTACION DE RESULTADOS, DISCUSION.**

Materiales y Métodos.....	154
Método.....	154
Técnicas.....	154
Lectura científica.....	155
Encuestas.....	155
Resultados.....	156
Análisis e interpretación de encuestas.....	156
Análisis resultados de Entrevistas.....	165
Resultados entrevistas.....	166
Discusión.....	171
Verificación de objetivos.....	171
Contrastación de Hipótesis.....	172
Caracterización del delito como construcción social.....	173
Conclusiones.....	180
Recomendaciones.....	185
Bibliografía.....	187
Anexos.....	193

Encuesta.....	193
Entrevista.....	196