

85-3094

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

Del Delito

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR

Lilian Guadrón Ordóñez de Araujo

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE
DOCTOR
EN

Jurisprudencia y Ciencias Sociales

JUNIO DE 1980



T
345.02
G897d

E. 1

DEDICO ESTA TESIS:

A DIOS TODOPODEROSO.

A MIS QUERIDOS PADRES:

Dr. Jorge Guadrón Bonilla, (Q.D.D.G.)
Doña Concepción Ordóñez v. de Guadrón Bonilla,
quienes inculcaron en mi corazón el espíritu
de la moral que es luz interior; en mi mente
el ideal de la felicidad humana mediante la
expansión del amor, y quienes grabaron en mi
alma la certeza de que DIOS me ama y que sólo
lo puede corresponderle mi amor, si florece
en forma de servicio desinteresado, miseri-
cordia, compasión, tolerancia y bondad.

A MI ESTIMADO ESPOSO:

Profesor Samuel Araujo Lara,
con cariño, admiración y respeto.

A MIS EXCELENTES HERMANOS:

Jorge Alfredo,
Marta Estela,
Alma Nohemy,
Olinda y
Aída.

A MIS HIJOS:

Jorge René,
Samuel Adolfo,
Norma Mercedes,
Rina Idalia,
Ada Astrid y
Luis Romeo,
quienes son el incentivo de mi vida.

A MIS MAESTROS, COMPAÑEROS Y AMIGOS,

Con gratitud y especial afecto.



I N D I C E

PAGINA

INTRODUCCION	
CAPITULO I: 1.- Aspecto Histórico	
2.- Escuelas del Derecho Penal ...	
CAPITULO II: EL CONCEPTO DEL DELITO:	
1.- Aspecto filosófico	
2.- Aspecto sociológico	
3.- Aspecto jurídico	
CAPITULO III: LOS ELEMENTOS DEL DELITO:	
1.- La Acción	
2.- La Tipicidad	
3.- La Antijuridicidad	
4.- La Imputabilidad	
5.- La Cu pabilidad	
CAPITULO IV: CLASIFICACION DE LOS DELITOS:	
1.- Desde el punto de vista del bien jurídico protegido.	
2.- Desde el punto de vista de la gravedad.	
CAPITULO V: DEL DELITO Y LA PENA:	
1.- Noción de la pena	
2.- Finalidad de la pena	
3.- Clasificación de la pena	
CONCLUSIONES	

BIBLIOGRAFIA

- | | |
|---|--------------------------|
| Teoría del Delito, | Eugenio Raúl Zafforini. |
| Derecho Penal. Parte General, | José F. Argibay Molina. |
| Derecho Penal. | Eugenio Cuello Calón. |
| Lecciones de Derecho Penal, | Manuel Arrieta Gallegos. |
| Tratado de Derecho Penal, | Carlos Fontán Balestra. |
| El Delito y la Pena en Historia
de la Filosofía, | Fausto Acosta. |
| Curso de Derecho Penal Chileno, | Eduardo Novoa Monreal. |
| Proyecto de Código Penal, | José Peco. |
| Teoría de la Participación
Criminal, | Guillermo J. Fierro. |
| Código Penal y Código de
Procedimiento Penal, | Jorge Ortega Torres. |
| Tratado de Derecho Penal, | Reinhart Maurach. |
| Código Penal. | |
| Código Procesal Penal. | |
| Constitución Política. | |

U N I V E R S I D A D D E E L S A L V A D O R

RECTOR:

Ing. Félix Antonio Ulloa.

SECRETARIO GENERAL:

Lic. Ricardo Ernesto Calderón.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Dr. Mauricio Roberto Calderón.

SECRETARIO:

Dr. Manuel Adán Mejía Rodríguez.

TRIBUNALES EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS CIVILES, PENALES
Y MERCANTILES.

PRESIDENTE: Dr.Rolando Calderón Ramos.
1er.Vocal: Dr.Julio Enrique Acosta.
2do.Vocal: Dr.Atilio Ramírez Amaya h.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS PROCESALES Y LEYES
ADMINISTRATIVAS.

PRESIDENTE: Dr.Mauricio Alfredo Clará.
1er.Vocal: Dr.Homero Armando Sánchez Cerna.
2do.Vocal: Dr.Juan Hernández Segura.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION
Y LEGISLACION LABORAL.

PRESIDENTE: Dr.Mario Samayoa.
1er.Vocal: Dr.Carlos Rodríguez.
2do.Vocal: Dr.José Eduardo Tomasino Hurtado.

ASESOR DE TESIS:

Dr.Carlos Arturo Barrientos.

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS:

PRESIDENTE: Dr.Oscar de Jesús Zamora.
1er.Vocal: Dr.José Ramón Flores Berríos.
2do.Vocal: Lic.Salvador Valencia Robles.

I N T R O D U C C I O N

La sola palabra "delito" conlleva en si misma, la connotación de una transgresión de una norma social, y al mismo tiempo nos está señalando uno de los fenómenos sociales más controvertidos de la humanidad.

Como veremos a través de este trabajo, el concepto de delito ha ido sufriendo cierta metamorfosis, por así decirlo, depurando cada vez más, su contenido y alcances, según la evolución del pensamiento humano evidenciado por las diferentes escuelas penales que han surgido a través de la historia del Derecho Penal.

El tema de esta tesis doctoral tiene una dimensión que no puede agotarse en un trabajo de esta naturaleza; profundizar sobre el mismo significa dedicarle el esfuerzo eficiente y constante de toda una vida, y varios volúmenes no serían suficientes para incorporar el contenido que dicho trabajo significaría. Sin embargo, nuestra Universidad, al imponer este pre-requisito de graduación lo hace con dos fines: en primer lugar, demostrar la capacidad académica que se supone hemos adquirido a través de los años que nos nutrió con sus sabias enseñanzas; en segundo lugar, para aumentar poco a poco el material bibliográfico para nuestra Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales.

El entusiasmo con que hemos emprendido este trabajo no hará olvidar nuestras limitaciones para abordar un tema que

sobrepasa nuestra capacidad no sólo por su contenido sino también por su extensión.

Pero si es cierto que "se hace camino al andar", otros vendrán con posterioridad quienes profundizarán sobre lo que nosotros dejamos sembrada una inquietud.

Hablar de delito, por ser fenómeno de la conducta humana tan conocido de todos, pareciera que tener un concepto sobre el mismo fuese algo que no representara problema alguno, ya que aparece tan claro para muchos. Sin embargo, no compartimos con esa simplicidad, en virtud de que el delito contiene ciertos elementos, sobre cuya concepción los penalistas no se han puesto de acuerdo. Y la discusión siempre está abierta, en espera de que las ciencias auxiliares, como la psicología, filosofía, antropología criminal, siquiatria, etc. nos proporcionen datos concluyentes sobre los cuales el penalista puede fundamentar su concepto claro y universal del delito.

Como ya lo hemos dicho, no podemos en la brevedad de un trabajo como éste, agotar el análisis de estas cuestiones que son fundamentales para llegar a una concepción científica del delito.

A guisa de ejemplo, mencionamos la discusión suscitada a raíz del libre albedrío aceptado por la Escuela Clásica y negado por la Escuela Positiva.

Una polémica de esta índole tiene capitales consecuencias en el Derecho Penal, ya que al aceptar el libre albedrío, lógicamente tendremos que admitir que el delincuente es "imputable"; si es imputable, será asimismo responsable por lo tanto, culpable. La consecuencia de todo ello es la pena.

Esta pena, empero, tiene una finalidad diferente para quienes acepten el libre albedrío que para aquellos que se inclinan por el determinismo: en el primer caso la pena tendrá una finalidad de castigo y retribución. En cambio para los segundos, la pena operará como una "medida de seguridad" del conglomerado social contra el "peligroso", pero no culpable.

Como podemos ver, el tema es fecundo en elucubraciones y especulaciones, en las cuales, a nuestro juicio, los sicólogos, siquiátras, sociólogos tienen la última palabra, ya que éstos aportarán los datos científicos sobre los cuales los penalistas fundamentarán sus doctrinas sobre el delito y la pena.

Por todo lo antes expuesto, advertimos a los estudiantes de Derecho que el presente trabajo nunca satisfará o llenará el vacío de un texto; esta tesis es únicamente una guía de estudio en el que se mencionan los distintos problemas que surgen cuando tratamos de conceptualizar el delito y la pena. Profundizar sobre dichos temas, como es obvio suponer, no podría hacerse en un trabajo como éste.

Por último, sin que esto signifique un "adiós" para nuestra querida Alma Mater, al despedirnos de sus aulas no podemos hacerlo sin antes expresar nuestro vivo sentimiento de gratitud hacia profesores y compañeros quienes hicieron posible este inolvidable momento de nuestra graduación.

CAPITULO I

I.1.-Aspecto Histórico.

I.2.-Escuelas del Derecho Penal.

I.1.- ASPECTO HISTORICO.

La concepción de "delito", como un fenómeno de la conducta humana, tiene, necesariamente, que ir estrechamente ligada a la historia misma de la humanidad; concepto éste que irá transformándose de acuerdo a los cambios y transformaciones de las costumbres de una sociedad determinada.

Dentro de ese esquema, tiene una importancia vital el aspecto religioso de cada pueblo, ya que algunas sociedades, como veremos luego, relacionaban el delito o lo sinonimizaban o lo equiparaban con una "ofensa a la divinidad", y no como una simple transgresión de una ley humana.

De allí que las consecuencias que se derivan de esta concepción religiosa del delito tienen marcadas y sustanciales diferencias, especialmente en cuanto a la pena se refiere.

Esto sucedía, principalmente, en el Oriente antiguo, muchos siglos y hasta milenios antes de la venida de Cristo. La única excepción que encontramos en este sentido, es decir, que el delito se considerara como una ofensa a la divinidad, es el Código de Amurabí, en Babilonia, aproximadamente unos dos mil años antes de la era cristiana.

Sabemos muy bien, por ejemplo, que el pueblo de Israel - tiene una historia que está íntimamente ligada a la historia de su religión; es más, nos atrevemos a asegurar que sin el matiz religioso, Israel no tendría historia.

Según la Biblia, Israel es el pueblo escogido de Dios. Fuese cierto o no, no es objeto de discusión en este momento, pero lo importante del caso es, y que no ofrece duda alguna, que los israelíes así lo pensaron siempre. Tan cierto es lo que decimos que el gobierno teocrático por antonomasia a través de toda la historia de la humanidad, es precisamente el gobierno del pueblo de Israel. Aún encontramos resabios de él en la teocracia del Estado del Vaticano.

Para los israelíes, por lo tanto, el "delito" es una ofensa a Dios. Indiscutiblemente, esta concepción del delito deriva consecuencias de vital importancia en relación a la pena, que enseguida veremos.

En el libro Deuteronomio, que es uno de los cinco libros de la Biblia escritos por Moisés, encontramos en el Capítulo 17, versículo 6, que la prueba de la delincuencia en el caso del homicidio, la establece con dos o más testigos: "Sólo sobre la palabra de dos o tres testigos se condenará a muerte - al que haya de ser condenado; no será condenado a muerte sobre la palabra de un solo testigo".(1)

(1) Deut. XVII-6

El aspecto sustantivo de la ley mosaica que contempla el homicidio, lo encontramos en el mismo libro antes citado, (Cap. V-17): "NO MATARAS".

Lo importante de estas citas que hemos hecho es que el pueblo de Israel consideró a Moisés únicamente como el autor material, o por mejor decir, el instrumento de Dios nada más, ya que quien dictaba las leyes era el mismo Dios que daba a conocer a su pueblo su voluntad a través de Moisés, así como los demás autores materiales de los otros libros de la Biblia.

Esa ha sido la creencia del pueblo de Israel a través de toda su historia, es decir, que el mismo Yavé (Dios), rige los destinos del pueblo. Por consiguiente, es Yavé quien dicta las leyes y quien castiga a los delincuentes, a los infractores de dicha ley.

Como es natural, y como fenómeno sociológico, es difícil que Israel fuese una excepción en todo el Oriente antiguo; tenemos, para el caso, Egipto, donde el derecho de castigar era una "delegación" hecha por Dios a los sacerdotes", y el delito se miraba como una ofensa hecha a la divinidad.(2)

Podemos asegurar, por lo tanto, que el matiz religioso fue la tónica general, en el antiguo Oriente, para efectos de la concepción del delito y por lo tanto de la pena.

(2) Eugenio Cuello Calón: "Derecho Penal", Bosch Editorial, Barcelona, España, 1953, Undécima Edición, Tomo I, Pág.72.

Así sucede en la India con el código "Libro de Manú" - (Siglo XI antes de Cristo), y los chinos. Los griegos asimilados, no escaparon de esta ley general.

Al conquistar los romanos a los griegos, asimilaron la civilización de éstos, lo cual lo podemos comprobar muy claramente al constatar que la influencia griega se refleja hasta en el tipo de construcciones, en su estilo, que aún hoy en día perduran en la Ciudad Eterna, y que son un vivo testimonio de que los conquistadores romanos fueron, a su vez, conquistados por la cultura de los griegos. Esto en el aspecto artístico. En relación al campo religioso, las cosas llegaron más lejos. A efecto de que los dioses de los pueblos conquistados no se encolerizaran contra el pueblo romano y no descargarán sobre él su venganza, los romanos mandaron a construir el "Partenón", que, como su palabra lo indica, era el lugar destinado para todos los dioses de esos pueblos sojuzgados al imperio romano.

Los romanos, por lo tanto, también le dieron ese matiz religioso al delito, aunque no con la misma importancia de los orientales. Pero más claramente podemos ver este aspecto religioso entre los romanos cuando el mandato del Emperador era ley, no sólo por ser el Emperador de Roma, sino porque éste, además, se hacía considerar como un dios: de allí el apelativo de divino emperador. Conceptualmente, por lo menos, nos encontraríamos ante otro caso de Estado teocrático.

En Occidente, después de la venida de Cristo, las leyes siguieron un rumbo marcadamente influenciado por el cristianismo; el delito, por lo tanto, se consideraba en última instancia como un "pecado", es decir una "ofensa" a Dios por quebrantar su ley que prohíbe.

Efectivamente, en la Edad Media sobre todo, se llegó a penar y castigar por medio del "brazo secular" (3) los delitos así considerados y que no eran sino faltas de carácter puramente religioso.

Después de la Edad Media encontramos los primeros síntomas de cambio de la concepción del delito y de su correspondiente castigo, hasta llegar a los albores de la gran Revolución Francesa, cuyos enciclopedistas dieron al traste con ese orden de ideas existente. Efectivamente, la lucha sostenida por Beccaría y Howard, encontraron un campo fecundo e incondicional apoyo y vigor en la tenaz y persistente batalla librada en el mismo sentido, por los brillantes escritores franceses de la Segunda Enciclopedia, principalmente, entre los que descollaron Voltaire, Rousseau, D'Alembert, Diderot, etc.

Cuando la tremenda batalla sin cuartel librada por Voltaire, al defender a la familia de Juan Calas, condenado éste

(3) Así se le decía al Estado que se encargaba de castigar un delito, cuando el delincuente había sido condenado por un Tribunal religioso, como el de la Inquisición.

injustamente, como logro principal no sólo fue que se hiciera justicia a la mencionada familia que estaba pagando algo que no debía, sino y sobre todo, obtuvo un resonante triunfo que habría de beneficiar en forma incalculable al Derecho Penal: me refiero a que después de esa lucha sostenida por Voltaire, se delimitaron bien los campos penal y religioso, es decir, que una falta de carácter puramente religioso no se juzgaría ya como un delito. En esta forma también se libró el Estado de la influencia enorme que sobre él tenía la Iglesia.

Esta situación de la que hemos hablado, situación imperante hasta el ocaso de la Edad Media, se debió, pues, a esa influencia religiosa de la Iglesia, por la gran religiosidad que había en ese entonces en toda Europa. Hubo época en que el Papa nombrara a los príncipes de Italia, Francia, Alemania. Recordemos, para el caso, que para decidir sobre el problema surgido entre España y Portugal, en relación a las tierras conquistadas en América, más exactamente en el Cono Sur, fue el Papa Alejandro VI quien dirimió la cuestión, estableciendo los límites de conquista para ambos países.

Como otro botón de muestra, podemos citar el caso de la guerra de las Cruzadas, en la que combatieron los europeos con inusitado entusiasmo y fervor por obedecer a los deseos del Sumo Pontífice de Roma, de querer recuperar los llamados Santos Lugares en poder de los sarracenos.

Hemos citado estos ejemplos, para evidenciar la influencia que poseía la Iglesia sobre el Estado; no era de extrañar, por lo tanto, que hubiese un matiz religioso en la concepción del delito.

Solamente cuando se superó esta influencia, se llegó a una concepción del delito como correspondía al Derecho Penal: una concepción jurídica.

Entre los germanos sí encontramos algo diferente; influenciados éstos por los bárbaros, ignoraron el aspecto religioso de las leyes, y por lo mismo, del delito. Sus instituciones principales eran la venganza de la sangre y la pérdida de la paz.

"Los hechos que solamente ofendían: a un individuo o a una familia, daban lugar a favor de éstos a un derecho de venganza; pero más que un derecho era en ciertos casos, un deber; el ofendido y su familia se vengaban del ofensor y de los suyos, de modo que el delito causaba un estado de guerra, a veces hereditario, entre las familias. Los delitos que constituían una ofensa para la comunidad, originaban la pérdida de la paz, situación que le excluía de la comunidad jurídica; el delincuente quedaba fuera del derecho en tal forma que su persona perdía la paz, perdía con ella toda protección penal y era considerada como un enemigo del pueblo".(4)

(4) E. Cuello Calón. Ob. Cit. Pág. 75.

Si bien es cierto que hemos criticado la influencia ejercida por la Iglesia en el Estado, es justo reconocer que fué precisamente la Iglesia la que inició una política penal que suavizaba las penas, como puede verse a través del Derecho Canónico.

El Derecho Romano, tuvo gran influencia principalmente - en el mundo occidental, y su predominio fué muy significativo no sólo por ser un derecho basado en la lógica y la justicia, sino, además, por ser Roma conquistadora podía extender hasta los territorios conquistados, la sabiduría de sus leyes, como las del Digesto y el Código de Justiniano.

I.1.- ESCUELAS DEL DERECHO PENAL.

Desde la caverna, al rascacielo existe una inmensa distancia; desde el hombre troglodita hasta el culto académico - moderno, la distancia es más que evidente; la primitiva sociedad no tiene nada que ver con la moderna. Si todo en la naturaleza es cambiante, todo está, como decía el filósofo, en - un constante devenir. Nada queda estático; estamos, por lo - tanto, en un mundo de evolución constante.

Si lo anterior es cierto, con mucha mayor razón lo es la sociedad y las instituciones que la gobiernan. Y si las leyes conllevan la esencial finalidad de propiciar una convivencia pacífica y útil, éstas han de acomodarse a las exigencias siem

pre cambiantes de esa sociedad; de lo contrario serían obsoletas.

Cuando un escultor tiene frente a sí un bloque de mármol del cual ha de hacer la obra maestra, empieza su obra con despiadados golpes de martillo y cincel; a medida que van apareciendo los contornos de la imagen que realiza, los golpes del martillo se van suavizando; y cuando ya la estatua es una viva concreción del arte y de la imaginación del artista, prácticamente desaparecen los golpes del cincel, para convertirse en toques acariciadores de estudiada intensidad.

Podíamos decir que lo mismo sucede o ha sucedido con la historia de las leyes penales. En un principio, cuando la sociedad humana empezaba su historia, no se regía por leyes propriamente tales, sino más bien por los instintos de conservación y de subsistencia. El hombre, en cambio, y a diferencia de los irracionales con sus semejantes.

Y así tenemos que, según los relatos bíblicos, el daño ocasionado por un individuo, era castigado con otro de igual cuantía. La ley del talión imperante en los remotos tiempos mosaicos, constituye el golpe duro de martillo al que nos hemos referido en el símil anterior.

A medida que la sociedad fue puliéndose, en la ciencia y en el espíritu, las leyes poco a poco fueron encontrando los perfiles de la justicia auténtica y humanización de las mis-

mas, hasta convertirlas, no en un fin en sí mismas, sino como un medio, como un instrumento eficaz para una finalidad última: la convivencia pacífica de los hombres.

Este es el origen y fundamento, a nuestro juicio, de las distintas escuelas penales que han existido a través de la historia del Derecho Penal. En algunos casos se tratará de corregir una equivocada apreciación de la justicia; en otros, se tomará en cuenta nuevos elementos omitidos por legisladores anteriores, hasta llegar a los tiempos actuales, en los que, se supone, que el hombre de conformidad a su preparación actual, ha promulgado leyes penales que han de ser obras maestras de justicia y equidad.

Resulta evidente que hacer un análisis de cada una de las escuelas penales sería una tarea que implicaría, por lo menos un volumen completo. Aquí nos limitaremos a mencionarlas con sus características principales o más esenciales, para tener en forma sucinta, una idea de ellas a fin de apreciar el avance que ha tenido la ciencia penal.

Como es natural, en los albores de la humanidad, las normas que regían la interrelación de los hombres, muy poco o nada diferían de las leyes de la selva, donde la norma rectora estaba basada en el instinto de conservación o de supervivencia y en la ley del más fuerte. La naturaleza ha establecido la norma que el más débil sucumbe ante el más fuerte. De

allí que muchas especies han desaparecido de la faz de la tierra porque han sucumbido ya sea porque no pudieron adaptarse a los cambios de la naturaleza, sea porque fueron eliminados por los más fuertes.

No podía haber, por lo tanto, en los tiempos a los que nos estamos refiriendo, ninguna doctrina penal que rigiera esa interrelación entre los hombres, precisamente porque eran tiempos muy primitivos en los que el hombre ocupaba su mente sólo para obtener su alimento y para defenderse de los peligros que amenazaban su vida.

Así planteadas las cosas, es lógico concluir que, de acuerdo a los penalistas, la primera manifestación del hombre en el campo penal, fuera la VENGANZA PRIVADA, según la cual cada quien se hacía justicia por su propia mano.

Con el devenir de los tiempos, el mismo hombre llegó a la conclusión de que no se podía seguir así al arbitrio individual, sin detrimento de la pacífica convivencia humana, ya que las más de las veces, la venganza era desproporcional al mal o daño inferido. Fue cuando apareció la época del Derecho Penal Público, con la ley del "talión" (5), ley que da al instinto de venganza una medida y un fin, se abre el período de la prueba tasada. (6)

(5) Del latín: "talis" con su correlativo "qualis", establece un grado comparativo.

(6) Luis Jiménez de Asúa: "La Ley y el Delito", 2a. Edición, Editorial Hermes, Argentina, 1954, Pág.34.

Hasta este punto, el delito se consideraba sólo en su aspecto objetivo; se veían únicamente los resultados de una acción, mas no se tomaba en cuenta al sujeto de dicha acción: el delincuente. Y cuando empiezan las Escuelas Penales, es precisamente en este momento, cuando se toma en cuenta el aspecto subjetivo, al delincuente. Es entonces cuando se estudia la situación particular del individuo, las distintas circunstancias en las que se puede encontrar en el momento de delinquir. Lo mismo, y como consecuencia de lo anterior, las penas que habrá de aplicársele, sin ignorar su condición de ser humano.

Veamos, pues, cuáles son estas Escuelas Penales, y cuál su fundamento doctrinario.

a) BECCARIA (1738-1794)

Autor de un pequeño libro: "Dei delitti e delle Penne", con que acusa y denuncia la barbarie de su tiempo en relación al castigo que se daba a los delincuentes, desconociendo por completo, toda noción de humanismo y consideración a la persona del delincuente. Las torturas más crueles, las penas infamantes y el sadismo más refinado, eran el denominador común de los castigos, razón por la cual Beccaría levanta su dedo acusador y lucha por la humanización de las penas y castigos.

"El derecho del soberano a castigar los delitos, es para Beccaría, el resultado de la cesión de proporciones mínimas de la propia libertad depositadas por los individuos en aquél

con el fin de gozar segura y tranquilamente el resto de las libertades que aún conservan. La reunión en estas mínimas porciones, forma el derecho de penar: todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho y no derecho. El derecho penal nace de la necesidad y se propone un fin de utilidad común".(7)

b) BENTHAM (1748-1832)

Para Bentham, citado por Cuello Calón (8), la finalidad de la pena del delito es la prevención general; la prevención particular tiene como finalidad la de incapacitar al individuo para causar daños, enmendarlo o intimidarlo".

c) LOS IUSNATURALISTAS

Ciertos filósofos del Siglo XVII, defensores del Derecho Natural, abogan por un derecho penal público, y sostienen que el fin de la pena no puede ser otro que la corrección o la eliminación del delincuente. Tales autores son: Hugo Grocio, Hobbes, Spinoza y Locke.

d) LOS ENCICLOPEDISTAS FRANCESES:

A fines del Siglo XVII se originó un movimiento de protesta contra las atrocidades y sadismo de los suplicios de la tenebrosa Edad Media; estas denuncias provinieron primera-

(7) Eugenio Cuello Calón. Ob.Cit.Pág.45.

(8) Eugenio Cuello Calón. Ob.Cit.Pág.46.

mente de las ideas liberales de los iluministas de Inglaterra, y secundadas por los talentosos escritores de la Enciclopedia Francesa como Diderot, D'Alembert, Holbach, Voltaire, etc.

Así nació propiamente el Derecho Penal Liberal que propugló por la humanización de las penas y castigos para dejar a salvo la dignidad de la persona; por ello se proscribió las penas infamantes y las penas hereditarias que eran la costumbre de la época. El antecesor de esta lucha, como ya lo dijimos anteriormente, fue Beccaría, secundado después por los liberales de la Revolución Francesa.

"La Filosofía Penal Liberal, dice Jiménez de Asúa, se concreta en el pensamiento de Beccaría en una fórmula jurídica que resultaba del Contrato Social de Rousseau: el principio de legalidad de los delitos y de las penas: nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida por la ley".(9)

Las ideas tanto de escritores como de enciclopedistas franceses, los filósofos iluministas europeos, ingleses principalmente, y Beccaría y Howard, no constituyeron una escuela penal propiamente hablando, pero sí formaron un movimiento -

(9) Luis Jiménez de Asúa. Ob. Cit. Pág. 37.

muy poderoso e influyente como para contribuir a la formación de la Escuela Clásica.

Las principales escuelas penales son las siguientes:

- a) Escuela Penal Clásica;
- b) El Positivismo Crítico.....
 - 1-Tercera E. Italiana
 - 2-Tercera E. Alemana
- c) Escuela de la Política Criminal;
- d) La Técnico Jurídica; y
- e) La Dogmática Jurídica.

a) ESCUELA PENAL CLÁSICA.

La Escuela Penal Clásica constituye un movimiento de reacción en contra de la barbarie del Derecho Penal del período de la venganza pública".(11)

Podríamos resumir, con el Profesor Manuel Arrieta Gallegos, los postulados fundamentales de la Escuela Clásica en los siguientes puntos:

- 1.-El delito es un "ente jurídico": violación del derecho.
- 2.-Libre albedrío: por lo tanto es imputable el delincuente quien libremente viola la norma jurídica;
- 3.-La pena es retributiva.

Entre los principales penalistas de la Escuela Clásica, podemos citar: Pagano, CARRARA, Pessina, Romagnosi, Carmignani.

b) ESCUELA POSITIVA.

Es Lombroso quien inicia el movimiento de la Escuela Posi-

(11) Manuel Arrieta Gallegos.Ob.Cit.Pág.90.

tiva, atacando los postulados básicos de la Escuela Clásica, - como es el libre albedrío. Consecuentemente habría de cambiar el concepto de imputabilidad.

Lombroso se influenció por los avances obtenidos no sólo por la frenología, sino también por la Patología Mental, lo mismo que por las concepciones antropológicas sustentadas por Darwin. Lombroso crea así al "DELINCUENTE NATO", cayendo en esta forma en un determinismo que se contrapone con la libre determinación sustentada y defendida con tanto ardor por los clásicos.

Los principios fundamentales de esta Escuela son:

a) El delito es un acto humano constitutivo de un fenómeno natural y social, como producto de complejos factores antropológicos, biológicos, síquicos, físicos y sociales.

b) El hombre que delinque actúa determinado por factores endógenos y exógenos, y su responsabilidad es social.

c) La finalidad de la pena es la curación del delincuente, su readaptación social o si esto no puede ser posible, la separación del delincuente del conglomerado social.

En este punto, es básicamente opuesta a la Escuela Clásica, ya que la pena o castigo para la Escuela Positiva, no es expiatoria o retributiva como lo sostenía la Escuela Clásica. La Escuela Positiva, además de la corrección y readaptación del delincuente, busca una seguridad para la sociedad.

Los principales penalistas de esta escuela son Lombroso y Ferri.

"El Positivismo Crítico".

Lombroso y Ferri, de la escuela positiva, crearon un tremendo conflicto con la escuela penal clásica; el positivismo - crítico trató de conciliar ambas doctrinas. La Escuela Positiva había puesto al Derecho Penal dependiente de otras ciencias como la antropología, frenología, patología mental. Por lo que el Positivismo Crítico tiende, en primer lugar, a rescatar la autonomía del Derecho Penal.

Doctrinariamente, el positivismo crítico pretende llegar a un eclecticismo conciliador entre la Escuela Clásica y la Positiva, rechazando el libre albedrío de aquélla como fundamento de la imputabilidad, al mismo tiempo que impugna el determinismo de la Escuela Positiva.

En el Positivismo Crítico encontramos dos tendencias: la ITALIANA, llamada "TERZA SCUOLA", cuyos corifeos principales - fueron Manuel Carnevale y Bernardino Alimena.

"Para los representantes de la Terza Scuola, el delito es fenómeno individual y social, buscan las causas de la delincuencia especialmente en factores de índole social. Con relación al delincuente, combaten la anormalidad morbosa y la determinación del tipo delincuente, a la vez que rechazan el libre albedrío. La imputabilidad y consiguiente responsabilidad surge del

fundamento cierto de la voluntad y de los motivos que la determinan" (13).

"Tercera Escuela Alemana".

Los alemanes Adolfo Merkel y Mauricio Liepmann fueron los principales penalistas alemanes que sostuvieron dicha escuela. Para la Tercera Escuela Alemana, el delito es un fenómeno eminentemente social; asimismo, consideran que el delincuente obra premeditadamente movido por factores exógenos. En este planteamiento, siguen el pensamiento de la Escuela Positiva, y rechazan la Clásica al negar rotundamente el libre albedrío.

Ahora bien, el problema de la imputabilidad al negar el libre albedrío, lo resuelven diciendo que el delincuente es imputable o no, en la medida que es intimidable o no. Por consiguiente, para ellos, será imputable el delincuente que es intimidable, e inimputable el que es inintimidable.

Coinciden con la Escuela Clásica en cuanto a la finalidad de la pena, al considerarla como retributiva. Para el intimidable que es imputable, existe la pena; para el no intimidable, existen las medidas de seguridad.

d) ESCUELA TECNICO JURIDICA.

Su nombre de "técnica" obedece a que los defensores de esta escuela, consideran el Derecho Penal como un producto de la técnica, es decir, de una sistematización de los principios -

(13) M.A.Gallegos.Ob.cit.Pág.107.

que regulan los conceptos del delito, de la responsabilidad penal y de la pena.

No admiten que el delito sea un fenómeno natural o social, sino como un ente jurídico integrado por dos elementos: el primero es el físico, y el segundo es el síquico.

Niegan el libre albedrío, basando la responsabilidad penal en lo que ellos llaman "normalidad psicológica".

Los principales seguidores de esta escuela son: Arturo Rocco, Antolisei, Bettio y Petrocelli.

e) LA DOGMÁTICA JURÍDICA".

La Dogmática Jurídica persigue, en primer lugar, darle al Derecho, una sólida base científica. Con esta base, pretende estudiar profundamente el delito, el delincuente y la pena. Para lograr su objetivo, la Dogmática Jurídica echa mano de los principios doctrinarios y filosóficos que han resistido las críticas más severas a través de la historia del Derecho Penal.

El delito para ellos, conlleva los caracteres siguientes: antijuricidad, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad y penalidad.

Esta Escuela encuentra una fórmula ecléctica entre la escuela Clásica y la Positiva en relación a la imputabilidad del delincuente, basando ésta en la capacidad que el delincuente tenga para comprender la norma de cultura. En esta forma, la Dogmá

tica jurídica elude el hecho de fundamentar la responsabilidad ya sea en el libre albedrío de la Escuela Clásica o en el determinismo de la Escuela Positiva.

En relación a la finalidad de la pena, ésta no es sino una medida de seguridad para la sociedad, pero conlleva también el fin de rehabilitar al delincuente.

CAPITULO II

"EL CONCEPTO DEL DELITO"

II.1.-Aspecto Filosófico;

II.2.-Aspecto Sociológico; y

II.3.-Aspecto Jurídico.

II.1.-ASPECTO FILOSOFICO.

Consideramos que es harto difícil dar un concepto filosófico del delito, ya que como fenómeno de la conducta humana, exige ciertos presupuestos, no aceptados unánimemente por las distintas escuelas, no sólo filosóficas, sino también penales. Uno de esos básicos presupuestos es por ejemplo la voluntad, la libertad, el libre albedrío.

La voluntad, por ejemplo, según Sócrates, ha de ser dirigida por la sabiduría, que no es otra cosa que la distinción entre el bien y el mal. Para este filósofo, por lo tanto, nadie delinque voluntariamente, si no es por el hecho de la carencia de esa sabiduría. El delincuente, por consiguiente, no es sino el tonto o el loco, que no tiene esa facultad de distinguir entre el bien y el mal. La misma línea sigue el discípulo de Sócrates, Platón.

En relación a la voluntad, nos encontramos con graves problemas de si existe en el hombre el libre albedrío, es de-

cir si esta voluntad del hombre está condicionada por circun-
tancias externas, y hasta qué grado son éstas que inhiban al
individuo de obrar libremente. O, por el contrario, el hombre
actúa impulsado por factores exógenos al grado de no tener im-
putabilidad sobre sus actos.

Consideramos que estos presupuestos son básicos, y es de
terminante el hecho de que se acepten o se nieguen, ya que -
ello trae como consecuencia aceptar o negar la imputabilidad;
aceptando ésta tendremos también que admitir que el individuo
es responsable. Y por lo mismo, el mismo concepto de la pena
tendrá que variar de conformidad a la concepción que se tenga
de aquellos términos.

Estos conceptos o presupuestos que ha de incluir la de-
finición del delito, son objeto de ininterminables polémicas
entre los filósofos. Por esto mismo, una definición filosófi-
ca habrá de salvar todos estos escollos para llegar a una con-
cepción del delito más universal.

Esto, sin embargo, no dejará de ser una utopía, ya que,
además, el concepto del delito va inherente a los cambios mis-
mos de la sociedad, de suerte que lo que sucediera ahora como
delito quizá mañana no lo sea y viceversa. Por lo tanto, es -
prácticamente imposible contar con una definición filosófica,
sobre todo porque dijéramos anteriormente, es decir por el de-
sacuerdo que existe entre las distintas corrientes y escuelas

filosóficas en relación a ciertos elementos con los cuales - se podría elaborar el concepto exacto y universal del delito.

Con todo, citamos algunas definiciones de algunos autores, mencionados por E. Cuello Calón.(1)

Rossi: "Delito es la infracción de un deber exigible, en daño de la sociedad o de los individuos".

Frank: "Delito es la violación de un derecho fundado sobre la ley moral".

Pessina: "Delito es la negación del Derecho".

Romagnosi: "Delito es el acto de una persona libre e inteligente, perjudicial a los demás e injusto".

II.2.-NOCION SOCIOLOGICA.

El aspecto sociológico del delito es un hecho innegable; y para ser más exactos, intrínsecamente no puede ser considerado el delito sin tomar en cuenta este elemento. Y esto es así por la esencia misma del delito, de la naturaleza jurídica de toda norma, que tiende siempre a regular la conducta humana en aras de una convivencia pacífica y armónica. Ningún legislador, en efecto, decretará leyes para un Robinson Crusoe que se encuentra completamente solo en una isla. Esa convivencia humana hace que las interrelaciones de los hombres sean reguladas por normas que conduzcan a ese fin, y cuya infrac-

(1) E.Cuello Calón. Ob.Cit.Pág.276.



ción esté penada o castigada. Tan importante es el aspecto sociológico, que las leyes cambian de conformidad a la idiosincrasia de la sociedad para la que son hechas.

La noción sociológica del delito, fué tomada en cuenta principalmente por los positivistas ante la imposibilidad de encontrar un concepto filosófico del mismo, que satisficiera las distintas escuelas penales.

Garófalo, principalmente, encara el problema planteándose el concepto del delito "natural".

Maggiore, citado por Cuello Calón en su obra ya citada, es de la opinión que para llegar a un concepto del delito, es indispensable contar con el presupuesto de la existencia del Derecho Natural.

Recordemos que Lombroso había fundado la antropología criminal; Ferri, por su parte, había completado los datos de la antropología con los de la sicología y de la estadística, al grado de identificar la ciencia del derecho criminal con la sociología.

Garófalo, como corifeo de la Escuela Positiva, afronta el problema que los naturalistas no habían considerado o mejor dicho, encontrado: el delito. Por lo tanto, no podían llegar a conceptuar lo que entendían por delincuente, en términos que el estudio del delincuente había sido en forma aislada, como una investigación puramente científica que en nada o muy poco tenía relación con el Derecho Penal.

Garófalo considera, por lo tanto, que previamente ha de tenerse un concepto claro de lo que es el delito, para luego poder hablar del delincuente. La posición e inquietud de Garófalo la encontramos muy lógica, ya que es absurdo hablar de delincuente cuando no se tiene claro el concepto sobre el delito. En este caso estaríamos aplicando un atributo al sujeto, sin tener noción de dicha cualidad.

En consecuencia, Garófalo trató de resolver el problema construyendo la noción sociológica del delito natural.(2)

Para llegar a esta noción sociológica del delito, Garófalo se hace la siguiente interrogante: ¿Habrá cierto número de hechos que la conciencia popular haya considerado en todo tiempo y lugar como delitos? Y su respuesta es negativa. Efectivamente aún hoy en día, existen tribus para las que el homicidio escapa de esta norma, es decir, no se toma como delito; es más, algunas tribus consideran como un timbre de honor y de hombría, el haber matado cierto número de hombres. Es un hecho, para el caso, que para los jíbaros del Ecuador el individuo más estimado y temido, es aquél que tiene mayor número de "sanzas" colgadas de su rancho.(3)

(2) Fausto Costa: "El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía", Editorial UTHEA, México, 1953, Pág.207.

(3) "sanza" es el cráneo de un ser humano que los jíbaros logran reducir hasta una quinta parte de su tamaño normal, mediante un procedimiento de cocción en la que incluyen una variedad de plantas y hierbas, que aún ahora sigue siendo un secreto.

Pero hay un hecho cierto para Garófalo; un hecho que está siempre en todo delito: "una lesión de los sentimientos que - constituyen el sentido moral". Veamos lo que literalmente dice Costa en su obra citada sobre Garófalo:

"La nueva investigación le permite establecer que, por encima de las fluctuaciones de los sentimientos particulares, - existe con permanencia una especie de patrimonio orgánico e - instintivo, creado en la raza por una evolución hereditaria, patrimonio que no es otra cosa que el sentido ético fundamental del hombre civilizado, cuya existencia está integrada por los instintos altruistas de la benevolencia y de la justicia, a los que corresponden los sentimientos de piedad y de probidad. El delito natural será, pues, "la lesión del sentido moral en su esencia de aquella parte que consiste en los sentimientos altruistas de piedad y probidad, de modo que la ofensa hiera no ya la parte superior y más elevada de dichos sentimientos, sino la más común, la que es considerada como patrimonio moral indispensable de cualquier individuo en la comunidad social".

Resumiendo y concretando la posición y el pensamiento de Garófalo, podemos decir que, para él, los delincuentes no son más que inadaptados a la vida civilizada, permanentes o transitorios; por consiguiente, para preservar la sociedad, estos desadaptados deberán ser eliminados de la sociedad.

La teoría de Garófalo es, por lo tanto, eminentemente - naturalista en relación a la responsabilidad del delincuente. El delito, será, como se dijo ya, una lesión al sentido moral, es decir, los sentimientos altruistas de piedad y probidad de una comunidad.

II.3.-ASPECTO JURIDICO.

Una de las características más fundamentales del "delito" es el hecho de que tiene una sanción, un castigo, una pena. Sin la pena no existe delito, aunque la acción sea muy vituperable o que infrinja la moral o la misma justicia. Es necesario e indispensable que haya una ley que prohíba tal o cual acto u omisión, y que "esté penada" para que se perfile como verdadero delito. Por lo tanto, y tomando en cuenta este aspecto formal del delito, podemos definirlo jurídicamente como "LA ACCION PROHIBIDA POR LA LEY BAJO LA AMENAZA DE UNA PENA".

(4)

Desde luego que la definición citada es incompleta; sin embargo, es aceptada como una primera aproximación ya que contiene los valiosos elementos de una ley que prohíbe y la amenaza de la sanción. Penalistas como Pessina, Prins, Grispigni y otros, definen el delito como la definición citada.

(4) E. Cuello Calón. Ob.Cit.Pág.278.

Esta definición del delito deja por fuera varios elementos importantes del mismo, que es necesario incluirlos si queremos tener un concepto estrictamente jurídico. Algunos de los elementos que a continuación mencionaremos, están incluidos ya en la definición que hemos transcrito.

Estos elementos son:

a) Acto humano: (acción u omisión)

Pareciera algo muy risible o una simple perogrullada hablar aquí de acto "humano". La verdad es de que según la historia del Derecho Penal, nos encontramos con ridiculeces que en su tiempo seguramente eran consideradas como cosas normales, como el caso de "enjuiciar a animales". Por ejemplo, una cerda fue ahorcada en 1386 en Falaise, Francia. Otra cerda que alimentaba una cría de seis cerditos fue condenada a muerte por haber matado a un niño; esto sucedió en Svigny, Francia, en 1457; sin embargo, los cerditos fueron absueltos... "por falta de prueba positiva de complicidad". El último caso que se recuerda, es el de un perro, juzgado y ejecutado por haber participado en un robo y en un asesinato; esto sucedió en Délemont, Suiza, en 1906". (5)

De manera que no es una redundancia establecer como elemento del delito el acto "humano", ya que entre los animales, es el único racional, y por lo tanto, imputable y responsable.

(5) J. Mas: "La Pena de Muerte", Editorial Bruguera, S.A., Barcelona, España, 3a. Edición. Pág. 21.

b) Antijuricidad:

Otro elemento desde el punto de vista jurídico, es la "antijuricidad", es decir, que la acción debe lesionar un bien - jurídicamente protegido.

c) Culpabilidad: es decir que haya dolo (intención de - causar un daño) o culpa (negligencia o imprudencia).

d) Sancionado con una pena:

La acción u omisión, debe estar penada con una pena.

Por lo tanto, reuniendo todos estos elementos, podemos - llegar con mayor seguridad y exactitud, a una concepción del delito desde el punto de vista jurídico;

"ACCION ANTIJURIDICA, TIPICA, CULPABLE Y SANCIONADA CON UNA PENA".

CAPITULO III

LOS ELEMENTOS DEL DELITO

- III.1.- La Acción;
- III.2.- La Tipicidad;
- III.3.- La Antijuricidad;
- III.4.- La Imputabilidad; y
- III.5.- La Culpabilidad.-

III.1.- LA ACCION

La ley no mira el fuero interno del individuo; los pensamientos o voliciones de una persona no tienen cabida en la esfera del Derecho Penal. Según los credos o creencias religiosas, el pensamiento o los deseos mismos, son objeto de la ley o norma religiosa, aunque no trasciendan del pensamiento mismo a la acción. En la ley penal, en cambio, no incluye dentro de su campo sino la acción, es decir la exteriorización de ese deseo o pensamiento a través de los actos. Si un pensamiento, por ejemplo, no se llega a ejecutar, no llega a la acción, por muy malo o perverso que sea, nunca podrá considerarse como delito. Para que exista un delito, por lo tanto, es indispensable que esa intención, deseo o volición, se exteriorice por medio de la acción, que se manifieste a través de ella.

Pero esta acción tiene que ser "voluntaria", elemento éste del que nos ocuparemos más adelante cuando hablemos de la culpabilidad. Pero aquí nos referimos, principalmente, al hecho o -- circunstancia de que el individuo actúa por su entera y libre - voluntad, sin ser presionado u obligado a cometer una acción -- que él verdaderamente no desea ejecutar.

Nuestro Código Penal es bien claro al respecto, lo que se - evidencia en el Art. 21 Pn.: "Los hechos punibles pueden ser -- realizados por "ACCION o por OMISION"... etc.

III.2.- LA TIPICIDAD

La tipicidad es una denominación técnica, originada por el penalista alemán Beling, para designar la descripción legal del delito, como uno de los caracteres del mismo, aparte de otras - valoraciones subjetivas u objetivas necesarias para su punición. En realidad, el principio pro reo: "NULLUM CRIMEN NULLA POENA - SINE LEGE" anticipaba el moderno concepto de tipicidad; porque implica asimismo que la acción punible ha de estar prevista en la ley para que pueda castigarse; pero este tecnicismo precisa más, y establece que ha de haber coincidencia precisa entre lo sancionable por el texto legal y lo hecho por el delincuente. - Por lo común, el legislador establece un supuesto en la primera parte de los preceptos dedicados a los delitos en los libros es peciales de los Códigos, antes de determinar la pena. Lo primero

es la base de la "tipicidad", si la acción u omisión del agente se adapta a ese molde". (1)

Del principio de legalidad defendido con tanta vehemencia - por la Escuela Clásica cimentaba la base de la tipicidad penal. Según aquel principio, NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE, no podrá hablarse de delito y pena, si previamente la ley no ha -- considerado un hecho determinado como delito; por consiguiente, si no hay delito, tampoco podrá haber pena. La "tipicidad" re-- dondea o perfecciona los contornos del principio de legalidad, por así decirlo. Es decir, que el hecho punible debe de adecuarse exactamente al descrito por la ley como delito.

En este sentido tenemos que citar el texto de la ley penal nuestra que es muy claro y no deja lugar a dudas; me refiero al Art. 1 Pn.: "Nadie podrá ser sancionado por hechos que la ley - penal no haya previsto en forma PRECISA e INEQUIVOCA como punibles..." etc. (Las mayúsculas son mías).

El legislador quiere ser bien claro cuando dice: "en forma precisa e inequívoca".

"Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo, según el creador de la teoría, es lo que constituye la tipicidad. Por lo tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que

(1) G. Cabanellás: Diccionario de Derecho Usual, Editorial -- Heliasa, Bs. Ars., 8a. Edición, 1974.

ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito". (2)

La tipicidad nace como una encarnación del principio de IGUALDAD proclamada por la Revolución Francesa, como lo asegura Luis Jiménez de Asúa. (3).

La tipicidad podríamos compararla a un "molde" que el legislador ha fabricado: para que haya delito es rigurosamente indispensable que la acción se adecúe exactamente a dicho molde para que dicha acción pueda ser considerada como delito.

Si se diera el caso que la acción se adecuara en parte, puede haber dos situaciones: la primera es de que el imputado no haya cometido ningún delito; o que la acción esté tipificada como otro delito.

En la tipicidad sucede como en los juegos de rompe-cabezas tan comunes hoy en día, sobre todo para los niños. En determinado momento, quien esté armando el rompe-cabeza se encuentra con un espacio que deberá ser llenado "sólo" por una pieza cuyos contornos han de coincidir con rigurosa exactitud; allí en ese espacio, sólo cabrá "una pieza". Algo parecido sucede con la tipicidad: el hecho, la acción u omisión deberá adecuarse a la

(2) Luis Jiménez de Asúa: Ob. Cit. Pág. 77

(3) Luis Jiménez de Asúa: ibidem.

descripción impuesta por el legislador; de lo contrario, nos encontraríamos o bien frente a una auténtica "atipicidad" o bien frente a otro delito diferente.

Por ejemplo, alguien cometió el delito de hurto (Arts. 237 al 240 Pn) y se le quiere juzgar por el delito de robo. No habiendo "violencia o amenaza en la persona" (Art. 241 Pn), el modelo tipo que el legislador ha considerado, es el delito de hurto.

Ahora bien, si la acción u omisión no se adecúa a ninguna ley penal, lógicamente estaremos frente a un caso de ATIPICIDAD y no hay otra alternativa que sobreseer a favor del imputado. Además, en este caso, se estaría violando el principio de legalidad consagrado por nuestra Constitución Política (Art. 169) y por el Código Penal (Art. 1 Pn).

"La tipicidad, dice el Profesor Manuel Arrieta Gallegos, es un factor que viene a determinar la figura delictiva, o sea como elemento fundamental del delito. A la especial descripción o definición que mediante la tipicidad se hace de aquella conducta considerada como delito, se le denomina "tipo" y al vocablo o palabra con la que se designa la naturaleza propia de la acción u omisión, con que el legislador quiere determinar como delito aquella conducta y que por regla general es constitutiva de un verbo, se le llama "NUCLEO DEL TIPO". Así, el núcleo del tipo en el delito de hurto lo constituye el verbo "tomar", cuando

do en el artículo del Código Penal los expresa diciendo: "to--
man..." En el delito de homicidio, el núcleo lo constituye el -
verbo "matar", cuando en el artículo pertinente del código se -
describe esta conducta diciendo "hirió, golpeó o maltrató"
... Hasta aquí, una noción genérica y anticipada de lo que es y
significa tipicidad como elemento y característica positiva del
delito". (4)

Haremos referencia a la relación que existe entre "tipici--
dad" y antijuridicidad, aquélla como indicio de ésta; esto lo -
haremos al hablar más adelante sobre la antijuridicidad.

Terminaremos lo referente a la "tipicidad", como elemento -
del delito, resumiendo con el profesor M. Arrieta Gallegos: "Con
base a lo anterior y en el proceso evolutivo relacionado, pode-
mos dar el concepto de "tipicidad", diciendo que consiste en la
"adecuación del acto con la conducta que concretiza lo injusto
como delito, descripción hecha por el legislador en la ley pe--
nal con base en la figura rectora que le sirve de presupuesto -
para su creación" (5)

De conformidad al anterior concepto, la tipicidad supone:

- a - La descripción de una conducta antijurídica con la que
se concreta lo injusto como delito;
- b - Una figura rectora de tal conducta que sirve de base a

(4) M. Arrieta Gallegos, Op. Cit. Pág. 165.
(5) M. Arrieta Gallegos: ibidem.

la descripción que hace el legislador del delito en la ley penal, alrededor de la cual complementa los demás requisitos que la conducta delictiva debe llenar para ser tenida como tal;

- c - La indispensable adecuación del acto -acción y omisión- del agente con la descripción del tipo penal." (6)

III.3.- LA ANTIJURIDICIDAD

Otro de los elementos positivos del delito, es la ANTIJURIDICIDAD que está íntimamente ligada a la tipicidad, como lo dijéramos anteriormente. Si atendemos a su desinencia latina, la antijuridicidad nos está indicando un acto humano que lesiona una norma jurídica (anti: contra). Sin embargo, hay muchos aspectos que es necesario considerar para poder llegar a un concepto claro de este término, ya que, en determinadas circunstancias, como veremos luego, que pueden existir actos antijurídicos que son plenamente justificables, y que, por lo mismo, dejan de ser delictivos. La legítima defensa, para el caso, como causa de justificación excluye la antijuridicidad, aunque el hecho cometido, sea "típicamente" un delito. En este caso, la norma valorativa no se ha violado.

Para el penalista Cuello Calón (7), la antijuridicidad es -

(6) M. Arrieta Gallegos: ibidem

(7) E. Cuello Calón, Op. Cit. Pág. 431.

el aspecto más relevante del delito, y basándose en la opinión de otros tratadistas como Antolisei, señala que a tal grado es la importancia de la antijuridicidad del delito, que debe ser considerada no como un simple o mero elemento del mismo, sino - su íntima esencia, su intrínseca esencia.

Los filósofos dirían un elemento ontológico, de la esencia misma de la cosa, así como cualquiera de los elementos constitutivos del agua forman la esencia de ésta.

Como lo dijéramos ya, el concepto básico de lo antijurídico, es la violación de una norma penal. Entendida así la antijuridicidad, ésta existe o se da, haciendo caso omiso de la opinión - que tengamos sobre el acto violador de la norma. Queremos con ello decir, que la antijuridicidad, se presenta en primer lugar, como algo puramente objetivo, sin tomar en cuenta lo que el actor piense. Si se dió la violación, estamos frente a la antijuridicidad.

A pesar de lo anterior, muchos autores, sobre todo alemanes, piensan que hay que tomar en cuenta el elemento subjetivo en la violación de la norma. Cuello Calón, en su obra ya muchas veces citada, pone el ejemplo del hurto y del robo. Si alguien se apropia de lo ajeno, objetivamente hablando ha violado una norma; - por lo tanto, estamos frente a un caso de antijuridicidad. Pero ... supongamos que quedó demostrado que el delincuente no lo hizo con fines de lucro, sino para poder subsistir. Nosotros cree

mos que, sobre todo tratándose de ciertos delitos, es muy justo tomar muy en cuenta el elemento subjetivo del mismo, y no adherirnos automáticamente al silogismo jurídico penal para aplicar la pena al delincuente; sería, en este caso, ignorar el aspecto valorativo de la norma legal, la cual no ha sido violada.

"La antijuridicidad presenta, pues, un doble aspecto: un aspecto formal constituido por la conducta opuesta a la norma y otro material, integrado por la lesión o peligro para los bienes jurídicos. Ambos aspectos suelen coincidir. Los hechos que las normas penales prohíben o mandan ejecutar, son generalmente nocivos o peligrosos socialmente, pero aún cuando no lo fueren siempre, serían antijurídicos por contravenir lo mandado por la norma. Los hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad (antijuridicidad material) no previstos por la norma penal, sólo serán antijurídicos cuando una ley los sancione. La antijuridicidad material sin antijuridicidad formal no tiene trascendencia penal." (8)

Como lo habíamos dicho anteriormente, la antijuridicidad -- tiene una íntima relación con la "tipicidad"; ésta constituye un INDICIO de antijuridicidad; sin embargo, puede que haya prueba en contrario, como serían los casos de las causas de justificación, en cuyo caso, habría tipicidad pero no antijuridicidad.

(8) E. Cuello Calón, Op. Cit. Pág. 341.

Asimismo, la antijuridicidad tiene íntima relación con el principio de legalidad, si nos referimos a nuestra legislación penal vigente. En efecto, tal como lo hemos dicho, no todo delito en nuestro Código necesariamente es antijurídico porque el hecho puede ser justificado. Sin embargo, en manera alguna, podrá haber antijuridicidad sin "tipicidad", si no existe una ley que considere "previamente" tal hecho como delito (principio de legalidad).

III.4.- LA IMPUTABILIDAD

Antes de referirnos al término "imputabilidad", diremos que los penalistas difieren en cuanto a la apreciación de los conceptos de "imputabilidad" y "culpabilidad". Esto sucede con los autores alemanes quienes incluyen en la culpabilidad, el concepto de imputabilidad.

"Imputar un hecho, dice Luis Jiménez de Asúa, a un individuo, es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas equivalentes y las tres palabras como sinónimas". (9)

(9) Luis Jiménez de Asúa, Op. Cit. Pág. 351.

Al hablar de imputabilidad, necesariamente tenemos que mencionar el problema tan debatido del "libre albedrío" y del "determinismo". La Escuela Clásica, como ya lo hemos dicho en más de una vez, defendió vehementemente el libre albedrío; en cambio, la Escuela Positiva lo negó, inclinándose, lógicamente, por el determinismo.

Consideramos que no podemos hablar de imputabilidad o imputabilidad si antes no hemos puesto en claro los respectivos presupuestos del libre albedrío y el determinismo. Este problema no sólo lo han enfocado los penalistas; incluso antes que ellos, los teólogos como Santo Tomás de Aquino y Suárez, abordaron el problema desde el punto de vista teológico.

Pero aquí, entre los teólogos, el enfoque es diferente, ya que lo relacionan íntimamente con uno de los atributos de Dios como es la "preciencia", según la cual Dios conoce perfectamente el futuro; por consiguiente, Dios ya sabe si alguien se salvará o no. Esto equivaldría a que el hombre está predestinado o a salvarse o a condenarse: en este caso, se preguntan los teógos, en qué plano queda la libertad, el libre albedrío del hombre si irremisiblemente ha de suceder alguna de dichas circunstancias? Responder a esta pregunta significa solucionar uno de los problemas más intrincados de la Teología. Y ello es así por que lógicamente, el hombre puede concluir así: si Dios ya sabe que me salvaré o me condenaré, nada puedo hacer para cambiar --

las cosas. Su suerte está ya determinada.

Aceptar ésto pareciera la cosa más sencilla, sin embargo, - al hacerlo se estaría negando otros de los atributos de Dios: - la justicia. Los teólogos, a pesar de lo escabroso del problema, siempre han aceptado el libre albedrío, porque encierra menos - contradicciones que aceptar el determinismo.

Pero este problema atañe más a la teología y más que todo, a la filosofía que al Derecho Penal, según dice Jiménez de Asúa: que por razones prácticas, al Derecho Penal lo que le interesa es la noción del "estado peligroso" que el delincuente representa para la sociedad. Por lo demás, asegura el penalista citado, esta interminable discusión, es infecunda para el Derecho Penal. (10)

Los positivistas, al inclinarse por el determinismo, no podían, consecuentemente, aceptar la imputabilidad, ya que ésta - es una consecuencia del libre albedrío.

Lo que podemos decir sobre el caso es de que recientemente, la sicología ha dado pasos agigantados en relación al estudio - del acto humano y ellos han demostrado que el acto humano es -- producto de motivos conscientes. Partiendo de este aserto, tendríamos que concluir que la imputabilidad penal es un hecho.

Ahora bien, el supuesto básico de la culpabilidad, es la imputabilidad, y ésta la entendemos como "la facultad de conocer el deber" como dice Jiménez de Asúa en su obra ya citada, quien

(10) L. Jiménez de Asúa, Op.Cit. Pág. 341.

a su vez citando al autor Max Ernesto Mayer, asegura que la imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y el desarrollo del autor, para obrar según el justo reconocimiento del deber existente.

Los clásicos para no contraponerse completamente a las teorías anteriores, admiten una "imputabilidad disminuida", para medir la pena en base a la responsabilidad. Pero esta apreciación no es aceptada por los penalistas modernos, por la sencilla razón que quienes tienen una imputabilidad disminuida, representan siempre un peligro para la sociedad, en cuyo caso, lo más indicado sería regular esta situación de quienes son proclives al delito por algún defecto físico, las medidas de seguridad para poner a salvo de ellos a la sociedad.

El otro problema a resolver en relación a la imputabilidad es su "momento". A primera vista pareciera que no se puede negar que el "momento" de la imputabilidad, sea el momento del acto. Sin embargo, la aseveración anterior suscita graves interrogantes en cuya solución los penalistas no se han puesto de acuerdo en forma unánime. Cómo, por ejemplo, juzgará un juez a un imputado que cometió el delito en estado de embriaguez, cuando él (el delincuente) voluntaria e intencionalmente se puso en dicho estado para poder consumar el delito?

Nuestro Código Penal no tiene dudas al respecto: esta situación que hemos planteado la resuelve que no sólo hay imputabili

dad, sino, además, opera como una "agravante", de conformidad al Art. 42, No. 12a., que literalmente dice:

"Agravan la responsabilidad penal:

12a.- Embriagarse o intoxicarse para ejecutar el delito".

Consideramos muy atinada la disposición de nuestro Código porque en este caso, la imputabilidad ha tenido lugar "en el momento de la manifestación de la voluntad" de cometer el delito, que fue cuando decidió embriagarse, momento en el que estaba -- conciente, aunque el estado mental haya sido diferente en el -- propio momento de ejecutar el hecho.

Aquí queda también plasmada la relación de causa a efecto: el hechor sabe perfectamente, se representa, que poniendo tal - causa, se dará necesariamente tal efecto. Sería injusto, por lo tanto que quien pusiere una causa eficiente en su pleno conocimiento y consentimiento, no se le imputaran los efectos.

Nuestro legislador, por lo tanto, va más allá de la opinión del penalista alemán Franz von Liszt, citado por Jiménez de Asúa (11), considerando no sólo que el autor del hecho es culpable, imputable mejor dicho, sino que constituye una circunstancia -- agravante de la responsabilidad penal.

En resumen, para Franz von Liszt lo que decide la imputabilidad en circunstancias como la apuntada, es el "momento en que

(11) Jiménez de Asúa, Op. Cit. Pág. 363

el actor desencadena la causa para que el efecto (crimen) se produzca; ese momento es el decisivo para establecer la imputabilidad. Para ser exactos, el "momento" de la imputabilidad es cuando se desencadenan las causas.

No todos los penalistas, desde luego, comulgan con esta opinión; Jiménez de Asúa cita a otros tratadistas que disienten -- con estas ideas, como Tissot, Kleinschord y Katzenstein; estos dos últimos argumentan que el simple intento no puede ser penado.

Sin embargo, consideramos que aquí no se trata de simples intentos, sino en función de los resultados, como cosa muy obvia. Ya que si alguien se embriaga para cometer un delito y, posteriormente, por circunstancias diferentes no puede cometerlo, es lógico que no se le penará por su intención. Como dijimos al hablar del primer elemento del delito, es indispensable rigurosamente, que la intención se exteriorice por medio de la acción.

Asimismo, aclaramos que ciertos ejemplos de estos casos ofrecen menos duda al respecto. Por ejemplo, el caso que pone el mismo Franz von Liszt del guardalíneas ferroviario que ha de cambiar las líneas a una hora determinada cuando pase el tren. -- Quiere provocar el descarrilamiento, pero no tiene el valor suficiente estando plenamente consciente de sus actos. Entonces decide embriagarse, a sabiendas que en ese estado es capaz de hacerlo, o porque sabe que al embriagarse estará completamente

dormido y por lo mismo, el cambio de líneas no se hará, y se dará el descarrilamiento. Creemos que aquí no hay duda alguna de la imputabilidad del actor, y el "momento" de esa imputabilidad será el momento en que se embriaga con ese fin.

Nuestro Código Penal considera las causas de inimputabilidad en el Capítulo III, Sección Tercera, donde establece la regla general de la inimputabilidad. El Art. 38 del Código Penal establece estas reglas. Siendo que las demás disposiciones no ofrecen duda en relación a lo que estamos comentando sobre el "momento" de la imputabilidad, nos referiremos sólo al literal "b" del Art. 38 Pn. que dice así: "Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho punible fuere incapaz de comprender el carácter ilícito del hecho o, comprendiéndolo, no pudiere dirigir sus actos por incapacidad, para evitar la ejecución:

b - Por grave perturbación de la conciencia, como en los estados de EMBRIAGUEZ PLENA y FORTUITA o debida a FUERZA MAYOR, o intoxicación, también plena y FORTUITA o DEBIDA A FUERZA MAYOR, de drogas de cualquier índole".(Las mayúsculas son mías).

Aquí, el legislador ha sido lo suficientemente claro al determinar la embriaguez como causa de inimputabilidad debe ser plena, pero sobre todo "fortuita o debida a fuerza mayor". Es decir, se trata de una embriaguez NO VOLUNTARIA. Porque si dicho estado es "voluntario" o por mejor decir, voluntariamente se ha puesto en dicho estado y posteriormente comete el delito,

se aplicará la causal 13a. del Art. 42 Pn., que opera como circunstancia agravante.

Sobre la imputabilidad hay mucha tela que cortar y la materia es tan extensa que no podemos sino mencionar lo más importante del tema, como lo hemos hecho aquí en forma sintética.

III.5.- LA CULPABILIDAD

La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad; es una premisa indispensable para que se de la culpabilidad. De allí la importancia de establecer si aceptamos o no la imputabilidad, porque la consecuencia de ello será la culpabilidad o inculpabilidad, según el caso. Y digo que es importante, porque según cómo se juzgue la situación en un momento dado, se corre el riesgo o de condenar a un inocente o dejar libre por las calles a un verdadero delincuente.

Nosotros, al aceptar el libre albedrío de la Escuela Clásica, hemos aceptado y admitido consecuentemente la imputabilidad.

El tema de culpabilidad, por lo tanto, da lugar para las opiniones encontradas, cada una de las cuales presenta valiosos argumentos en términos tales que, para llegar a una conclusión aceptable, es necesario contraponer argumentos más sólidos y convincentes.

Existen dos teorías o doctrinas para explicar la culpabilidad: la doctrina SICOLOGICA y la NORMATIVA.

En este desarrollo, seguiremos y comentaremos al tratadista Luis Jiménez de Asúa:

a).- DOCTRINA SICOLOGICA: para esta teoría, para deducir la culpabilidad, lo verdaderamente importante es la "relación subjetiva entre el hecho y el actor". Consideramos que la crítica que Jiménez de Asúa hace a esta doctrina es acertada, cuando -- asegura que la imputabilidad "si es sicológica" pero la culpabilidad es "valorativa", puesto que su contenido es un reproche.

Y decimos que estamos de acuerdo con la crítica hecha por -- Jiménez de Asúa, porque, además, tal como lo hemos venido diciendo, es una consecuencia nada más de la imputabilidad, y en ésta sí era determinante esta relación sicológica; pero en la culpabilidad se está valorando nada más aquella actitud del actor. -- Desaparece, para nosotros, el carácter subjetivo.

b - CONCEPCION NORMATIVA

La concepción valorativa de la culpabilidad ha sido desarrollada desde el año de 1907, por Frank, James Goldschmidt en 1913; por Mezger en 1931, como lo menciona Jiménez de Asúa.

Para Cuello Calón (12), una acción es culpable cuando a --

(12) Cuello Calón, Op. Cit. Pág. 393.

causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor, puede ponerse a cargo de éste y además, serle reprochada. Hay pues, continúa Cuello Calón, en la culpabilidad, a más de una relación de causalidad psicológica entre el agente y la acción, un juicio de reprobación de la conducta de aquél, motivado por su comportamiento contrario a la ley, pues al ejecutar un hecho que ésta prohíbe, ha quebrantado su deber de obedecerle".

Según la teoría normativa de la culpa, Cuello Calón da un concepto de culpabilidad: "EL JUICIO DE REPROBACION POR LA EJECUCION DE UN HECHO CONTRARIO A LO MANDADO POR LA LEY". (13)

Un aspecto que no será necesario mencionarlo porque está ya sobreentendido, como es la íntima relación que existe entre la culpabilidad y la antijuridicidad. Aquélla se apoya en ésta, necesariamente; de lo contrario, se vulneraría el principio de legalidad. Existe culpabilidad, porque hay en ese acto, una antijuridicidad.

(13) Cuello Calón, ibidem.

CAPITULO IV

CLASIFICACION DE LOS DELITOS

- IV.1 Desde el punto de vista del bien jurídico protegido.
- IV.2 Desde el punto de vista de su gravedad.
- IV.3 Desde el punto de vista de la conducta.

IV.1.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL BIEN JURIDICO PROTEGIDO

La clasificación hecha del delito, tomando en cuenta el -- criterio del bien jurídico protegido, fue hecha por los clási-- cos del Derecho Penal; los códigos europeos adoptaron el siste-- ma y lo incorporaron en su legislación. Por consiguiente, los -- códigos españoles siguieron la misma línea. Al decir códigos es-- pañoles, prácticamente nos estamos refiriendo también a los de América Latina, ya que todos ellos se inspiraron en los códigos españoles. En la mayoría de los casos, incluso, fue una copia -- fiel, como sucedió con el nuestro que nos rigió desde 1904, has-- ta el 5 de junio de 1974. Esta clasificación, sin embargo, giró más bien en torno al criterio de que el Estado es el tutelar de los derechos. Por tal motivo, la Escuela clasificó los delitos, tomando en cuenta ese detalle, en la forma siguiente:

- 1.- Delitos contra el Estado;
- 2.- Delitos contra la sociedad (familia); y
- 3.- Delitos contra los bienes jurídicos de las personas.

Nuestro código actual, sigue más bien los criterios de -- clasificación seguidos y adoptados por los positivistas y de la Dogmática Jurídica, haciendo una doble clasificación:

- a) Según su gravedad;
- b) En orden al bien jurídico tutelado.

Nuestro código, como dijimos antes, sigue esta clasificac-- ción, es decir tomando en cuenta el bien jurídico protegido, y la estructura del código se basa en dicho criterio. Esta clasi-- ficación de nuestro Código, es la siguiente:

- I.- DELITOS CONTRA LOS BIENES JURIDICOS DE LAS PERSONAS
- II.- DELITOS CONTRA LOS BIENES JURIDICOS DE LA FAMILIA
- III.- DELITOS CONTRA LOS BIENES JURIDICOS DE LA SOCIEDAD
- IV.- DELITOS CONTRA LOS BIENES JURIDICOS DEL ESTADO, y
- V.- DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.

Todos estos delitos están comprendidos en el Libro Segundo de nuestro Código Penal; dicho Libro consta de cinco partes, de-- dicándole una parte a cada una de las divisiones de la clasi-- ficación que hemos dicho, siguiendo el mismo orden que hemos ex-- puesto.

La primera parte del Libro Segundo, comprende cinco clases

de delitos contra los bienes jurídicos de las personas, tratados en otros tantos "títulos":

I.- DELITO CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL

- I.1.- Homicidio
- I.2.- Aborto
- I.3.- Lesiones
- I.4.- Delitos de peligro para la vida y la Integridad Personal.

II.- DELITOS CONTRA EL HONOR

- II.1.- Difamación e Injuria
- II.2.-

III.- DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL

- III.1.- Violación, Estupro, Abusos deshonestos y Rapto.
- III.2.- Corrupción de menores y prostitución
- III.3.- Ofensa Pública al pudor.

IV.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD.

- IV.1.- Delitos contra la libertad personal
- IV.2.- Delitos contra la libertad moral
- IV.3.- Delitos contra la inviolabilidad de morada y lugar de trabajo
- IV.4.- Delitos contra la inviolabilidad del secreto

V.- DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO.

- V.1.- Delitos contra la propiedad, Otros derechos reales y la Posesión
- V.2.- Delitos contra el patrimonio en general
- V.3.- Delitos contra patrimonios especiales.

II.- DELITOS CONTRA LOS BIENES JURIDICOS DE LA FAMILIA

- I.1.- Delitos contra el matrimonio y la moral familiar

- I.2.- Delitos contra el Estado Civil Familiar
- I.3.- Delitos contra la asistencia familiar.

III.- DELITOS CONTRA LOS BIENES JURIDICOS DE LA SOCIEDAD.

- III.1. Delitos contra la Seguridad Pública
 - III.1.1 Estragos
 - III.1.2 Delitos contra los medios de transporte y de --
otros servicios públicos
 - III.1.3 Delitos contra la salud
- III.2. Delitos contra la fe pública
 - III.2.1 Falsificación de sellos, marcas y efectos timbrados
 - III.2.2 Falsificación de documentos
 - III.2.3 Falsificación Personal
- III.3. Delitos contra el orden económico
 - III.3.1 Delitos contra la economía nacional
 - III.3.2 Falsificación de moneda
 - III.3.3 Delitos contra la actividad Económica Pública
 - III.3.4 Destrucción de Bienes Económicos o Medios de Producción
 - III.3.5 Enfermedades en la Fauna y en la Flora

IV.- DELITOS CONTRA LOS BIENES JURIDICOS DEL ESTADO

- IV.1.- Delitos contra la Personalidad Jurídica del Estado.
- IV.2.- Delitos contra la Administración de Justicia.

V.- DELITOS DE TRASCENDENCIA INTERNACIONAL

- V.1.- Delitos contra la paz internacional
- V.2.- Delitos de Carácter Internacional.

La clasificación de los delitos desde el punto de vista de su gravedad, es la misma que hizo la Escuela Clásica; es decir, tomando en cuenta este criterio, los delitos los podemos clasificar en:

a) Delitos

b) Faltas

Los delitos están comprendidos en nuestro Código, en el -- Libro Segundo; en el Libro Tercero se encuentran las Faltas. En relación a los delitos ya hemos transcrito la clasificación que contempla nuestro Código.

Las faltas, nuestro Código, las clasifica en la forma siguiente:

- 1.- FALTAS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL;
- 2.- FALTAS RELATIVAS A LA PREVENCION DE DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL;
- 3.- FALTAS CONTRA EL PATRIMONIO
- 4.- FALTAS CONTRA LOS BIENES JURIDICOS DE LA FAMILIA, LAS BUENAS COSTUMBRES Y EL DECORO PUBLICO; y
- 5.- FALTAS CONTRA EL ORDEN Y LA TRANQUILIDAD PUBLICA.

CAPITULO V

DEL DELITO Y LA PENA

V.1.- Noción de la pena

V.2.- Finalidad de la pena, y

V.3.- Clasificación de la pena.

V.1.- NOCION DE LA PENA

La noción o concepto de pena ha sido siempre motivo de interminables polémicas entre las distintas escuelas penales. Y ello es así sobre todo en relación a ciertos aspectos del delito sobre los cuales los penalistas no sólo no se ponen de acuerdo para llegar a una conclusión unánime y uniforme, sino que las opiniones son, las más de las veces, diametralmente opuestas.

Si tomamos en cuenta, por ejemplo, el determinismo defendido con tanto ardor por la Escuela Positiva, y si somos consecuentes con su pensamiento, tendremos que concluir que el concepto de pena para ellos difiere muchísimo en relación a lo que opinan los corifeos de la Escuela Clásica. Son posiciones totalmente diferentes y contradictorias. Los positivistas defienden el determinismo; los clásicos, el libre albedrío. De allí que las conclusiones que se derivan de esas concepciones tienen que relacionarse lógicamente con el concepto de pena.

Si con la Escuela Clásica admitimos y aceptamos el libre albedrío, lógicamente tendremos que concluir con la "imputabilidad del delincuente". Y si es imputable, es responsable del hecho; por consiguiente, le corresponde la pena como castigo. Lógicamente, por lo tanto, el concepto de pena habrá de variar de conformidad a si se acepta o no el libre albedrío, sobre todo en función de la finalidad de la misma, es decir, en un caso será con una finalidad de castigo o retribución, en el otro será como una medida de seguridad para la sociedad.

Haciendo caso omiso de la finalidad de la pena, su noción o concepto no ofrece mayores dificultades, ya que en esencia, no varía en términos generales, es decir siempre constituirá un "sufrimiento" inflingido al delincuente e impuesto por el Estado, por algún delito cometido.

Sin embargo, dejaremos para el siguiente apartado el problema o aspecto de la finalidad de la pena, y nos concentraremos sólo en su concepto.

Para Eugenio Cuello Calón, la pena es "el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción". (1)

El mismo tratadista al analizar la definición anterior, estudia los distintos elementos que la componen en la forma si-

(1) E. Cuello Calón, Obra Cit. Pág. 643.

guiente:

- a - Es un sufrimiento;
- b - Es impuesta por el Estado;
- c - Impuesta por los Tribunales de Justicia como consecuencia de un juicio penal;
- d - Debe ser personal; y
- e - Debe ser legal.

Analizaremos estos elementos:

- a - Es un sufrimiento:

Este elemento aparece hoy en día con toda la claridad meridiana, en virtud de que al ser humano se le reconocen una serie de derechos innatos e inalienables, como lo es la vida misma, - su integridad personal, su libertad, etc. y toda la gama de bienes jurídicos que las legislaciones modernas conceden a todo individuo. La privación de alguno de estos derechos como consecuencia del cumplimiento de una sentencia condenatoria, significa, naturalmente, un sufrimiento. Es más, la pena ha de ser un sufrimiento, de lo contrario la norma penal estaría destinada al fracaso, por la sencilla razón de que dejaría de ser eficaz, porque perdería su finalidad de prevención especial y general. Por lo tanto, el sufrimiento que conlleva en si misma la pena, está en función de la finalidad de la misma.

Efectivamente, si la pena estuviera desprovista de este elemento de "sufrimiento", dejaría de ser tal. Por consiguiente, --

una ley penal perdería su función o finalidad de prevención, ya sea especial, que se refiere al individuo, como la general que opera para que la sociedad tema infringir la ley por temor a la pena impuesta al delito.

Este elemento "sufrimiento" era más elocuente en tiempos pasados, cuando el delincuente era víctima de las más atroces torturas, corporales sobre todo, castigos que reunían todos los requisitos como para calificarlos como el más bárbaro sadismo. Estas prácticas penales eran tales que movieron a Beccaría y a Howard a emprender una lucha sin cuartel con el fin de suavizar y humanizar las penas. Esta lucha, afortunadamente, encontró eco y apoyo decidido en los enciclopedistas franceses que lucharon por la reivindicación del hombre como tal, dando origen al Derecho Penal Liberal que proscribió dichas prácticas penales, y veló por el respeto a los elementales derechos del hombre. Esto quedó plasmado en la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, uno de los mayores logros de la Revolución Francesa, marcando un punto de partida para la enmienda de las mencionadas prácticas penales.

Las legislaciones penales modernas son respetuosas de esos derechos, reconocidos internacionalmente mediante tratados a los que se han adherido la mayoría de los países del mundo.

Este sufrimiento para la época actual significa, en la mayoría de casos, en la privación de la libertad, pero dejando a sa

vo la dignidad del hombre. Se han proscrito, por lo tanto, las penas infamantes y, como ya dijimos, las torturas. (2)

Existen, sin embargo, muchos países, y entre ellos el nuestro, que aplican la pena de muerte, muy discutida por cierto, tanto por sicólogos, filósofos como por los penalistas.

No entramos a discutir dicho tema ya que implicaría todo un volumen para citar y comentar las distintas opiniones encontradas que hay sobre el tema. Sin embargo, nos limitaremos a decir que la pena de muerte en los tiempos actuales aparece ya como un desproporcionado castigo para el delincuente.

b - Es impuesto por el Estado.

Es lógico que el Derecho Penal necesariamente haya evolucionado con la sociedad; de lo contrario, el carácter valorativo de la norma jurídica no tendría validez alguna.

Varios tratadistas del Derecho Penal están de acuerdo en el proceso que ha tenido la evolución histórica del derecho punitivo. Me refiero concretamente a los distintos estadios que ha tenido este Derecho. La época de la venganza privada fue la primera época ésta en la que cada quien ejercía la justicia por su propia mano y a su manera. Consiguientemente, la pena que sufría un determinado delincuente dependía directamente del criterio que el ofendido tuviera sobre la justicia, sobre la apreciación personal de la cuantía del daño inferido, lo mismo que sobre la proporción que pudiera haber entre la ofensa inferida y el castigo.

(2) Hablemos aquí de prácticas penales "legales".

aplicado. Naturalmente que, hablando con propiedad de términos, no podemos decir que esta práctica se pueda enmarcar dentro del Derecho Penal, ya que el concepto de justicia y de equidad eran tan primitivos como los tiempos mismos que vivían.

La justicia, llamémosle así, que se administraba a un delincuente, estaba sujeta o dependía del criterio personal del ofendido. En esa forma, la justicia fácilmente podía confundirse con una venganza particular.

Al evolucionar el Derecho Penal, esta situación necesariamente tendría que cambiar; fue entonces cuando la ley mosaica estableció la primera norma de equidad de que se tenga noticia: "la ley del talión": ojo por ojo, diente por diente.

Indudablemente que constituía un avance, dados los tiempos en que dicha norma fue dada. Aunque constituyese un avance, como hemos dicho, lo era para esos tiempos, no podía perdurar por mucho tiempo, como es fácil suponer.

Sin pretender hacer un historial de la evolución del Derecho Punitivo, hemos hecho alusión a esta época de la venganza privada para hacer resaltar el aspecto eminentemente público que tiene ahora la pena. Es decir que ésta siempre y en todo momento, - impuesta por el Estado. No se concibe por lo tanto, en la actualidad, el hecho de que un particular, en calidad, pueda imponer una pena a alguien por cualquier delito cometido. El Estado es el tutelar del Derecho, por consiguiente a él corresponde el derecho de castigar (ius puniendi).

c - La pena debe ser impuesta por los tribunales de justicia como consecuencia de un juicio penal.

Hemos transcrito este elemento que nos trae Cuello Calón, aunque lo consideramos incompleto ya que no basta con decir que la pena debe ser impuesta por los tribunales de justicia, sino por tribunales "previamente establecidos" por la ley. Es decir que debe aplicarse el Principio de Legalidad del Proceso, que nuestro Código Procesal Penal establece en su Art. 2: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al delito o falta que se impute, ante juez competente "instituido CON ANTERIORIDAD POR LA LEY" y observando la plenitud de las formas propias del proceso".(Las mayúsculas son mías)

Este requisito es esencial; no puede haber, en manera alguna tribunales ad hoc para determinado caso o para determinada persona. El tribunal que ha de juzgar a un imputado, debe haber sido establecido con anterioridad al delito o falta que se impute.

Esta condición, y es lo más importante, es de derecho constitucional, que es la base y fundamento de la disposición penal que hemos transcrito. Efectivamente nuestra Constitución Política en su Art. 169, reza así:

"Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por TRIBUNALES QUE PREVIAMENTE HAYA ESTABLECIDO LA LEY" (Las mayúsculas son mías).

Este principio de Legalidad del Proceso ya se ha violado en nuestro país, cuando se establecieron los tribunales de Probidad para juzgar a los funcionarios que se habían enriquecido ilícitamente en sus cargos; estos tribunales fueron establecidos con "posterioridad" a las supuestas faltas o delitos cometidos.

Asimismo, podemos citar otra violación a este principio, como es el caso del mundialmente famoso Juicio de Nürenberg en el que se juzgó a los criminales de guerra nazis por el delito de "genocidio". Aquí la violación fue doble: en primer lugar, se les juzgó por un delito que en el momento de ser cometido no estaba considerado por ninguna ley internacional como tal; en segundo lugar, el tribunal que los juzgó no existía con anterioridad, sino que fue creado exprofeso para ellos. Se violó, por consiguiente, el Principio de Legalidad tanto en su aspecto sustantivo como en el adjetivo o procesal.

d - Debe ser personal.

Este requisito no tendría razón sin la explicación histórica; hoy en día pareciera que no tiene sentido mencionar ese carácter de la pena, porque de tan sabido y supuesto, pareciera que no ameritara mencionarlo siquiera. Sin embargo, tal como lo hemos dicho, tiene su fundamento histórico, en virtud de que antaño las cosas no fueron así. Fue una conquista más del Derecho Penal por la mejor administración de justicia.

En efecto, en épocas pretéritas, la pena no era personal; la pena de ciertos delitos sobre todo, recaía no sólo en el culpable directamente, sino a toda su familia, la cual tenía que purgar si no la misma pena del verdadero y único culpable, sí tenía que soportar otra clase de pena, tal vez más suaves, pero siempre denigrantes y humillantes. Tal fue el caso muy famoso en Toulouse de Francia con Juan Calas, quien habiendo sido injustamente condenado, la familia tuvo también que pagar con el destierro. Este caso, digo, fue muy famoso gracias a la encendida pluma del brillantísimo escritor Voltaire quien defendió a capa y espada porque se hiciera justicia en pro de la familia de Juan Calas.

Hoy en día, ha quedado abolida esa práctica absurda e injusta de que la pena era hereditaria, siendo ahora estrictamente PERSONAL. Y ésto es una conquista de los enciclopedistas de la Revolución Francesa, principalmente de Voltaire.

Nuestra Constitución Política si bien es cierto no lo dice en forma expresa y terminante, sí podemos deducir de su texto, el carácter "personal" de la pena, al analizar el Art. 164.

"Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, ni de su propiedad o posesión, sin ser previamente oída y "vencida" en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciado dos veces por la misma causa". (Art. 164, Inc. 1o.) C.P.

En resumen, NADIE PUEDE SER CASTIGADO POR HECHOS COMETIDOS POR OTRAS PERSONAS.

- e) Debe ser legal, establecida por la ley, y dentro de los límites por ella fijados, para un hecho previsto por la misma como delito.

Aquí se está aplicando el Principio de Legalidad: NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE. A lo dicho por Cuello Calón en el literal "e" haremos la misma crítica, es decir que la pena establecida por la ley, debe ésta haber sido establecida "con anterioridad" a la ejecución del delito o falta.

Este Principio de Legalidad es de derecho constitucional, entre nosotros; en efecto el Art. 169 C.P. reza: "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con ANTERIORIDAD al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley".

Y nuestro Código Penal en su Art. 1, dice: "Nadie podrá ser sancionado por hechos que la ley penal no haya previsto en forma precisa e inequívoca como punibles, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que ella no haya establecido previamente".

V.2.- FINALIDAD DE LA PENA

Hemos visto con anterioridad, las discusiones suscitadas en torno al concepto de pena, por las distintas escuelas penales.

Asimismo, vimos las sustanciales diferencias conceptuales que existe entre ellas, al aceptar una de ellas el libre albedrío y al negar la otra este concepto y aceptar el determinismo.

Es de capital importancia tomar en cuenta ésto, ya que la finalidad de la pena guarda una estrecha relación lógica con dichas concepciones. La finalidad de la pena, por lo tanto, tiene necesariamente que ser una consecuencia de lo que haya sostenido anteriormente.

Para la escuela Clásica que defendió el libre albedrío, el imputado es imputable, en consecuencia responsable; por lo tanto, la pena tendrá que llevar una finalidad de retribución y castigo.

Los positivistas, en cambio, sostienen que el hombre no actúa con entera libertad cuando comete un delito; lo comete o porque trae taras hereditarias que lo inducen irremisiblemente a él (Garófalo: delincuente nato) o factores externos son los que ejercen tan poder en él que lo inducen al delito. Estamos, entonces, frente a un determinismo. Por consiguiente, el delincuente no es imputable, y por lo mismo tampoco responsable. Para los positivistas, por lo tanto, la pena no puede tener una finalidad de castigo, sino como una medida de seguridad para la sociedad. Y esto es así, para ellos, porque si bien es cierto que el delincuente no es culpable, tampoco puede dejársele en completa libertad ya que eso significaría una amenaza para la sociedad.

En esta concepción, como ya lo hemos dicho, nos inclinamos más por el libre albedrío de la Escuela Clásica; sin embargo, - al hablar de la finalidad de la pena, comulgamos más con la Dogmática Jurídica que tiene una fórmula ecléctica que nos parece más objetiva. Es decir que la finalidad de la pena es ambas cosas, no sólo un castigo sino también una prevención, tomada ésta en su doble aspecto: prevención especial y prevención genral. La especial se refiere al individuo en particular; la general - opera como un medio de disuación a fin de que los componentes - de un conglomerado social se abstengan de cometer un delito, -- por temor a la pena con que la ley castiga la infracción.

Nuestro Código Penal se adhiere a este eclecticismo.

En relación a la finalidad de la pena, nuestro legislador constitucional dictó una disposición en la que fija cuál es, en tre nosotros, la finalidad de la pena.

Efectivamente, el inciso 3o. del Art. 168, de nuestra Constitución Política dice: "El Estado organizará los centros penitenciarios, con el objeto de corregir a los delincuentes, educar los y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos".

Es decir que el legislador constitucional expone con toda claridad la finalidad de la pena, como es la corrección de los delincuentes, su readaptación y prevención de los delitos, cum-

pliendo así el Estado su misión de defensa social y de tutela jurídica de los intereses de la sociedad.

Por considerarla, de sumo interés, citamos el criterio de división de la pena, basado en su finalidad, del tantas veces citado penalista Eugenio Cuello Calón (3)

a - Penas de "intimidación": indicadas para los individuos no corrompidos en quienes aún existe el resorte de la moralidad que es preciso reforzar por el miedo a la pena;

b - Penas de "corrección": que tienden a reformar el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente, pero reputados corregibles; y

c - Penas de "eliminación o de seguridad": para los criminales incorregibles y peligrosos a quienes es preciso, para seguridad social, colocar en situación de causar daño a los demás".

V. 3.- CLASIFICACION DE LA PENA

Existen diversos criterios para clasificar la pena, como - por ejemplo atendiendo a su gravedad, a su finalidad, etc. Acabamos de transcribir la división de la pena tomando en cuenta - su finalidad. Nos ocuparemos ahora de la división o clasificación de la pena siguiendo el criterio de nuestro Código Penal, es decir, tomando en cuenta su gravedad.

(3) E. Cuello Calón, Obra Cit. Pág. 648.

Efectivamente, el Art. 58 Pn. dice: "Por los hechos punibles únicamente podrá imponerse las siguientes penas:

Principales: muerte, prisión y multa.

Accesorias: inhabilitación absoluta e inhabilitación especial.

No obstante, las penas de inhabilitación podrán ser impuestas como principales en los casos determinados por el Libro Segundo de este Código.

En tal caso, el límite máximo será de quince años."

Nuestro Código, pues, hace la clasificación de la pena atendiendo solamente a su gravedad: que estas penas pueden ser principales y accesorias, enumerando cuáles son unas y cuáles las otras en el transcrito Art. 58, Pn.

Consideramos oportuno aquí, mencionar que el Código Penal de 1904, consideraba el "COMISO" como una pena accesoria. Por tal motivo para alguien ha surgido la duda en relación a la legislación penal vigente.

Consideramos que no puede haber duda alguna al respecto, porque si bien es cierto que el Código de 1904 consideraba el "comiso" como una pena accesoria, el Código Penal actual lo contempla en el Literal "b" del No. 2 del Art. 107 Pn. y lo considera como una "medida de seguridad"; por tal motivo, es decir por ser medida de seguridad y no una pena accesoria, no se comi

sa la imprenta, porque ésta no puede representar nunca ningún peligro para la sociedad, por si misma.

Además, el Código vigente, es lo suficientemente claro y taxativo cuando enumera cuáles son las penas accesorias, y entre ellas no menciona el comiso.

Las "Medidas de Seguridad"

Hemos creído conveniente hablar aquí de las medidas de Seguridad, no por constituir una pena o sanción sino por relacionarse con ella. Ya hemos dicho que la pena tiene como finalidad la prevención general y especial del delito. Las Medidas de Seguridad, en cambio, tienen como objeto la prevención general -- del delito. Su fundamento está en la insuficiencia de la pena -- para la defensa del conglomerado social.

El profesor Manuel Arrieta Gallegos nos da un concepto de lo que son las medidas de Seguridad (4):

"Las Medidas de Seguridad consisten en un tratamiento de -- prevención especial que el Estado impone al sujeto peligroso y que responde al deber que el mismo Estado tiene de mantener la seguridad y defensa social".

Las Medidas de Seguridad, tal como vimos ya, tienen su orí-- gen en los postulados de la Escuela Positiva, ya que en virtud del determinismo de dicha escuela, el delincuente no podía su-- frir una pena en calidad de castigo o retribución por no ser im

(4) M.A.Gallegos: Lecciones de Derecho Penal, Pág. 313.

putable; pero no por ello la sociedad iba a quedar a merced de los peligros que este individuo representaba para ella. Así -- las cosas, dicen los positivistas, es necesario velar por la - defensa de la sociedad contra esta clase de individuos. Así na ció el concepto de las Medidas de Seguridad a la que toda so-- ciedad tiene derecho para ponerse a salvo de los delincuentes.

"En cuanto a su origen, dice Arrieta Gallegos (5), y evo- lución, la medida de seguridad surge de la Escuela Positiva; y puede y debe ser aplicada, en términos generales, a todo suje- to peligroso, aún cuando no haya delinquido. Por ello y con ma yor razón, se consagra en modernas legislaciones la peligrosi- dad post-delictual para aquellos sujetos que por su delito evi- dencian la necesidad de medidas adecuadas para la seguridad de ellos mismos y de la comunidad".

(5) M.A.Gallegos: ibidem.

C O N C L U S I O N E S

El tema que hemos desarrollado en la presente tesis doctoral, es por si mismo de una amplitud tal que resulta imposible profundizar sobre cada uno de los aspectos del mismo, tal como hubiera sido nuestro deseo. Ello, sin embargo, implicaría una extensión del trabajo que trascendería los límites de una tesis.

Por el motivo antes expuesto, hemos estudiado los distintos aspectos del delito en forma lacónica y concisa, ya que cada uno de los capítulos del presente trabajo perfectamente puede ser cada uno de ellos, material para todo un volumen.

Al llegar al final del presente trabajo, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1o.- No podemos llegar por el momento, por lo menos, a una concepción plenamente satisfactoria del delito para las distintas corrientes penales. Aseguramos ésto porque consideramos que las ciencias auxiliares como la sicología principalmente carece aún de elementos científicos como llegar a una conclusión también científica; es decir que determinada concepción pueda resistir objeción. A su vez la sicología se fundamenta en otras ciencias auxiliares como la antropología, la cual al hacer nuevos descubrimientos, puede llegar a conclusiones diferentes a las que se tenían como ciertas anteriormente.

Por otra parte, consideramos que los penalistas para lle--

gar a ciertas conclusiones están invadiendo campos que no les corresponde. O por mejor decir, que no son, en nuestra opinión, los penalistas quienes nos darán una concepción del delito, sin fundamentarse necesariamente en la filosofía, sicología y la antropología.

Siendo el delito un fenómeno de la conducta humana, creemos que el autorizado para decidir o determinar si un individuo, ha delinquido o no, es el sicólogo. Hablamos aquí, para ser claros en nuestra posición, del delito como una concepción abstracta y general en el campo del hacer humano.

2o.- Siguiendo el mismo orden de ideas expresado, estamos completamente de acuerdo en la individualización de la pena, en virtud de que tratándose de la conducta humana, ningún acto puede ser exactamente igual entre una y otra persona; incluso tratándose de la misma persona, las circunstancias determinan, la mayoría de veces, la conducta de la misma.

Hablando de conducta humana, no se pueden establecer moldes que han de calzar para todos los hombres.

Es el sicólogo quien tiene la última palabra al determinar si un individuo está influenciado por el medio en que vive y -- hasta qué punto llega esa influencia como para que se encuentre frente a un determinismo que lo impela al crimen. Lo mismo podemos decir al hablar de las circunstancias especiales en que pue

da encontrarse el individuo en un momento dado.

De allí que el principio de "igualdad" sustentado con tanta vehemencia por la Revolución Francesa y el Liberalismo, se exterioriza en tratar desigualmente a los desiguales.

Recordemos al respecto la teoría de Juan Jacobo Rousseau sobre el naturalismo, en su obra "Emilio", en la que sostiene que el hombre es naturalmente bueno, pero que es la sociedad quien lo corrompe y lo induce al mal. Siguiendo esta teoría no habría, lógicamente una responsabilidad individual sino social.

3o.- En relación al libre albedrío y el determinismo, como base y fundamento de la imputabilidad o inimputabilidad respectivamente, consideramos que tiene mayor asidero psicológico el libre albedrío, en términos generales.

Con ello no rechazamos la posibilidad de que en determinado momento, un individuo esté impulsado por las circunstancias externas al grado de que su voluntad esté a merced de ellas. -- Aquí nos remitimos a lo que dijéramos anteriormente, que será el psicólogo o psiquiatra, según el caso, quien podrá aproximarse más a la verdad. consideramos que para apoyar todo el andamiaje de nuestra legislación penal, tenemos que aceptar como más seguro y justo, el libre albedrío.

El determinismo, como es natural, en determinados momentos o aspectos tiene algo de verdad; pero en lo que no estamos de -

acuerdo que el determinismo pueda servir como criterio universal. El mismo Montesquie admitía que el aspecto geográfico tiene mucho que ver con la conducta del hombre, y que por lo tanto, no podemos legislar en la misma forma para hombres del trópico que para los habitantes de los países nórdicos.

Que el determinismo pueda ser aceptado como criterio universal, es algo en lo que no estamos de acuerdo, ya que la voluntad del hombre quedaría relegada o suprimida prácticamente, cuando es una de las características que lo diferencian de los irracionales.

Admitimos como más exacto a nuestro criterio el libre albedrío, como hemos dicho, pero con la advertencia de que estamos conscientes que en este campo no podemos afirmar en forma categórica, ya que no podemos llegar a una exactitud matemática. Esto lo afirmamos porque cada día nos encontramos con novedades en el campo de la psicología. Incluso, en los últimos años, ha despertado especial interés la ciencia de la parapsicología que estudia los fenómenos del espíritu humano.

Estos descubrimientos cuando tengan ya la comprobación científica, hará rectificar ciertos criterios en el campo penal.

Por eso mismo afirmábamos que no es el penalista quien tiene la última palabra para dar un criterio universal sobre el delito por tratarse de un fenómeno de la conducta humana, materia que corresponde esencialmente a la esfera de la psicología.

Pero nosotros al aceptar el libre albedrío, con las salvedades a que ya hemos hecho alusión, lo hacemos también por razones pragmáticas, aunque éstas tengan poca importancia. Es decir que mientras las ciencias del hombre no nos den otros elementos científicos como para cambiar de opinión, nos parece más exacto, por el momento aceptar el libre albedrío, ya que como consecuencia lógica tenemos la imputabilidad y la responsabilidad del delincuente.

4o.- En cuanto a los elementos del delito, lo único que diremos es de que estamos completamente de acuerdo con los que -- tratadistas y penalistas han considerado como tales.

Con las reservas debidas al hablar de la antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad, por las razones antes expuestas.

5o.- En RESUMEN, podemos decir que tratándose de la ciencia penal no podemos decir nunca la última palabra. Podemos afirmar que en cierta forma la sicología está aún en pañales y como ciencia que estudia la conducta humana estamos supeditados a los adelantos a los adelantos que ésta haga. Sólo cuando la sicología llegue, si eso puede ser posible, a establecer patrones científicos o elementos científicos para estudiar o determinar el acto humano en forma irrefutable, sólo entonces el Derecho Penal podrá tener una ciencia auxiliar confiable para poder determinar con certeza científica un verdadero concepto sobre el

delito y los elementos que lo acompañan o que constituyen su esencia.

Mientras tanto, habremos de contentarnos y trabajar en base a lo que ahora sabemos con mayor confiabilidad científica. - Estos criterios habrán de cambiar, tal vez, cuando la sicología nos proporcione nuevos elementos diferentes o que contribuyan a robustecer los ya admitidos y tenidos por ciertos.

Por todo lo dicho, sí podemos llegar a una conclusión exacta, como es de que el Derecho Penal es una ciencia completamente evolutiva, no es estática; no puede serlo. Y ésto no sólo -- por el hecho de los adelantos de la ciencia, sino porque también la sociedad evoluciona, evoluciona su pensamiento, y lo -- que ahora lo calificaremos como delito tal vez mañana no lo sea y viceversa.

Para ser concisos diremos que el Derecho Penal es por antonomasia una ciencia de constante devenir.