

## Unidad 2

---

- Derecho penal.

El gran mérito de Arturo Rocco ha sido, sin duda, haber asentado las bases metodológicas para la elaboración de un sistema penal de carácter jurídico, en la conferencia pronunciada en 1908 en la Universidad de Sassari, sobre el problema del método de la ciencia del Derecho Penal y quien advirtió que éste debía asumir dignidad de ciencia jurídica, abandonando deliberadamente toda discusión sobre los presupuestos filosóficos del *jus puniendi* y toda investigación experimental que se deslizara de la consideración de la norma a la del trecho natural. Se trataba de establecer netamente los límites dentro de los cuales podía moverse el jurista, sin invadir el terreno reservado al filósofo o el del naturalista que estudia al hombre delincuente desde el punto de vista zoológico.

Se están realizando esfuerzos en todas partes para elaborar un Derecho Penal universal; no es posible crear islas jurídicas para darles el nombre de cada nación. Por otra parte, la ciencia del Derecho, y especialmente el Derecho Penal, tiene su técnica y metodología propias de carácter universal, las cuales pueden ser aplicadas a cualquier ordenamiento legislativo, de ahí que se hable de Derecho Penal mexicano, Derecho Penal español, Derecho Penal italiano, etc., por la referencia al ordenamiento legal respectivo; pues en puridad científica sólo hay un Derecho Penal. De no considerarse así, dado nuestro sistema federal, tendríamos que hablar de un Derecho Penal sonoreense, Derecho Penal jalisciense, Derecho Penal sinaloense, etc., lo que sería totalmente absurdo, pues la ciencia jurídico-penal, como cualquier otra ciencia no tiene nacionalidad.

## **CONCEPCIONES ANALITICA Y UNITARIA EN EL ESTUDIO DEL DELITO**

**La doctrina para conocer la esencia del delito recurre a dos concepciones:**

a) Biagio Petrocelli adopta la concepción analítica que estudia el delito descompuesto en sus propios elementos, pero considerándolos en su conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito. El análisis no es la negación de la unidad, sino el medio para realizarla.

Cuello Calón sostiene que analizar los caracteres o aspectos del delito, no significa negar su unidad. El delito no puede desintegrarse en elementos distintos, es un todo unitario que presenta diversos aspectos o facetas, cuyo estudio es una exigencia de método que nos permite un más hondo conocimiento de su entidad.

Leopold Zimmerl adopta el método lógico formal del análisis. Ningún reparo dogmático impide proceder al estudio por separado de los diversos elementos integrantes del delito, habida cuenta de que integran conceptos distintos e independientes, ha de aceptarse sin reservas la posibilidad de la individualizada consideración de los mismos. Lo cual no constituye sino la consecuencia de una elemental exigencia lógica. La característica peculiar del método analítico reside, en la aprehensión del concepto total del delito partiendo de los elementos singulares.

Tal concepto constituye, pues, como totalidad, el resultado de este modo de proceder. Para el método analítico, la teoría del delito se construye igual que una pirámide: en su base se encuentra la acción y sobre este elemento se asientan los restantes componentes del delito. Esta dirección es representativa de dos postulados fundamentales: de una parte, que es posible y necesaria la aplicación del análisis a cada una de las características constitutivas del delito; y de otra, que sólo a través del análisis de aquéllas es dado llegar a determinar la existencia de éste. La esencia del delito se cifra, en definitiva, en el análisis orgánico de sus diversos componentes.

**b)** Giuseppe Bettioli adopta la concepción totalizadora o unitaria que estima el delito como un bloque monolítico, como una entidad inescindible en elementos diversos, que no se deja, para usar una expresión vulgar, rebanar. Es decir, el delito es un todo orgánico, no fraccionable, su verdadera esencia, la realidad del delito no está en cada uno de sus componentes ni tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad. Dice que la concepción unitaria del delito, surgió como reacción contra aquellas corrientes que en nombre de un logicismo refinado habían terminado por dividir el delito en un número más o menos importante de elementos, puestos todos en un mismo plano formal de investigación, con lo cual la consideración del delito como un todo unitario se había ido perdiendo gradualmente. El delito terminó por quedar dividido en varios fragmentos, sin ningún vínculo de conexión entre sí y sobre la base de esta consideración se llegaba a una visión parcial o del todo deshilvanada. Giuseppe Bettioli manifiesta que la exasperación del método analítico considera el delito como una suma de elementos dispersos y heterogéneos.

Como reacción contra este método analítico de trasfondo lógico formal, llamado también de la consideración analítica o parcial, se ha desarrollado el método de la consideración unitaria por medio de la cual el delito se presenta como una entidad que no permite se la escinda en elementos diversos, que, para usar una expresión vulgar, no se deja cortar en tajadas.

El delito presenta aspectos, pero al examinar estos aspectos, como dice Maggiore, no se trata ya de un compuesto respecto de sus componentes, o de una suma respecto de los sumandos. Ninguna de las características del delito es un elemento si por tal se entiende una sección de aquél; cada una, en cambio, es un aspecto; aspecto es todo el delito visto desde cierta perspectiva, así como todo el prisma se ofrece a la vista en cada una de sus faces.

En Alemania en los años que precedieron a la Segunda Guerra Mundial se insistió por varios penalistas, entre quienes destacan Georg Dahm y Friedrich

Schaffstein, en la llamada concepción unitaria del delito, considerándolo como la rebelión de la voluntad individual contra la colectividad. Postula la síntesis en el plano de la delimitación conceptual del delito. Las características del delito ofrecen, en esta nueva dirección metodológica, una doble dimensión: de un lado, en su singular consideración, participan de la función constitutiva; y, de otro, constatada la presencia del concepto unitario en virtud del cual asumen relevancia, jurídico-penal, son únicamente facetas o aspectos del mismo.

El método unitario permite representar al delito como un círculo constituido por un punto central y una circunferencia trazada en torno a este centro, de tal forma que cada uno de sus elementos singulares constituye cualquier sector del mismo círculo. Para esta orientación, la esencia del delito se cifra en una manifestación de la voluntad humana de tal modo intolerable a las condiciones de vida social que es conminada por el ordenamiento jurídico con una sanción penal.

El delito, en cuanto a manifestación de voluntad particular contraria al ordenamiento jurídico, constituye, en definitiva, un algo total, un acontecimiento unitario y orgánicamente configurado en la vida de la comunidad social. Punto central del delito, considerado como un algo que no admite *in se* escisión substancial, es el autor y su actuar: todo delito es, antes que nada, un determinado actuar del autor. Su esencia radica en el intento de comprender las partes partiendo del todo, en lugar de comprender el todo partiendo de las partes.

Se critica a los seguidores de la concepción analítica lo que Mefistófeles en el *Fausto* de Goethe, dice: "disponen de los elementos pero se les escapa el vínculo espiritual". La concepción unitaria del delito es particularmente adecuada a las ideas totalitarias, para las cuales el delito, como voluntad individual rebelde a la voluntad colectiva, es un acontecimiento unitario y orgánicamente homogéneo que no se deja aprehender en partes singulares. El delito, objeto estructural, no podría ser captado en su verdadera esencia como una mera suma o superposición de elementos, sino como una totalidad inescindible, que escapa al conocimiento analítico y sólo sería accesible a lo que esta teoría llama la comprensión del objeto, que revelaría la esencia de éste.

Francesco Carnelutti dice: "Entiéndase que cuando hablo de descomposición y de recomposición del delito, aludo a una operación puramente lógica; la separación de cada uno de los elementos del delito es algo que solamente ocurre en el campo del pensamiento.

Esto no quiere decir que los elementos no puedan existir separados *in rerum natura*; al contrario puede darse y se da frecuentemente, por ejemplo, la forma del delito sin la voluntad o sin la causa, pero, cuando están separados, no son en verdad el delito porque éste resulta de su combinación. Del mismo modo el oxígeno y el hidrógeno existen también aislados, no sólo reunidos; pero si no están combinados juntos, de un cierto modo, no forman el agua.

"Rechazados ambos métodos en su sentido unidimensional, es procedente, sin embargo, reconocer que ambos son por completo imprescindibles en orden a la precisa determinación del concepto jurídico de delito; pues estos dos métodos se

complementan entre sí en términos tales que cada uno carece de sentido sin la coordinación del otro. Constituye un lugar común el admitir que el análisis haya de ser puesto, inevitablemente, al servicio de la síntesis, que su razón de ser se halla en función de ésta. Pero ha de tenerse en cuenta que ésta, a su vez, es por completo inoperante desprovista del recurso técnico que aquél representa, si se le contempla desde la perspectiva de una valoración técnica derivada de la singular consideración de los distintos elementos."

Podemos afirmar que en la contraposición entre el método de la consideración unitaria del delito y el de la consideración analítica "han terminado siempre después de un acto preliminar de fe unitaria, por proceder a un examen lógico-analítico de los diversos aspectos que el delito presenta. Han usado el mismo procedimiento de los que han sostenido que la síntesis unitaria del delito debía producirse sólo luego de un examen analítico de los diversos elementos de aquél.

## **TEORIA DEL ACTO SINALAGMATICO Y DERECHO PENAL DE AUTOR**

La teoría de la acción sintomática, tiene sus antecedentes en la escuela positiva ya que algunos seguidores de esta doctrina negaban al delito como entidad primordialmente jurídica, para ellos sólo valía según el grado de peligrosidad del sujeto. La doctrina sintomática mediante la crítica de los dogmas psicológico y político, buscan negar el fundamento de existencia a la acción combatiendo el criterio realista. Explican que el concepto del delito no puede responder a las exigencias de los modernos pueblos de cultura; primordialmente frente a la reincidencia y a los delincuentes habituales.

Eugenio Raúl Zaffaroni dice que "desde que Liszt afirmara que no se pena el hecho sino al autor, hasta la actualidad, se han desarrollado en la dogmática de Alemania e Italia principalmente, una serie de teorías que pretenden negar valor a la relevancia jurídica de la conducta humana para concedérselo al autor, y que en los diversos niveles de la construcción analítica cobran denominaciones distintas: en la conducta es la teoría del acto sintomático, en el del tipo la del tipo de autor, en la culpabilidad la de culpabilidad del carácter y, en cuanto a la antijuridicidad, se niegan por lo general a distinguirla de la culpabilidad. El Derecho Penal de Autor es hijo legítimo del positivismo criminológico, de la escuela positiva italiana, del Derecho protector de los criminales de Dorado Montero en España y de las teorías de Liszt en Alemania. El tipo de autor tiene la pretensión de aprehender normativamente, no ya conductas sino personalidades, sosteniendo que a cada tipo normativo corresponde un tipo de personalidad. Así, al robo la del ladrón, al homicidio la del homicida, a la estafa la del estafador, etc.

No es la conducta la que el tipo encierra, sino que encierra la personalidad del autor de esa conducta. Semejante concepción no puede conducir más que a un feroz

desastre para el ser humano: no se nos prohíben ciertas conductas, sino nuestra personalidad. No debemos dejar de cometer ciertas conductas para que no se nos pene, sino cambiar nuestra personalidad, pues para sus sostenedores la diferencia entre tipicidad e injusto es imposible y la separación del injusto y culpabilidad irrealizable. El Derecho penetraría así hasta el fondo mismo de cada individuo hasta abarcar su individualidad toda, como que abarcaría su personalidad y, por ende, su completa elección existencial y el desenvolvimiento total de la misma.

## **TEORIAS CAUSALISTA Y FINALISTA EN EL ESTUDIO DEL DELITO**

Para estudiar el delito y sus elementos se han creado diversas corrientes entre las cuales destacan:

**a)** La teoría causalista considera el delito como un comportamiento humano dependiente de la voluntad que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior; trata a la conducta como factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevo al sujeto a cometerla. Los causalistas explican la existencia de la acción delictiva, cuando un sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta necesariamente la finalidad que se proponía al hacerlo, porque ésta no pertenece a la conducta. Se concibe a la acción como un proceso causal natural y extrajurídico, libre de valor, como simple causación, sin tomar en cuenta la voluntad rectora.

**b)** La teoría finalista considera la acción en su propia esencia, como ejercicio de la actividad final. La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan a la meta perseguida mediante la utilización de recursos. La acción es conducida, desde que el sujeto anticipadamente piensa su objetivo, eligiendo los medios para lograrlo finalmente concluye su objetivo con la realización de la acción manifestada al mundo exterior.

## **CONTENIDO DE LA TEORÍA DEL DELITO**

El núcleo de la moderna dogmática está constituido por la teoría del delito. La teoría del delito abarca dos grandes esferas, a saber: la teoría de las características generales del delito y la teoría de las especiales formas de aparición del delito.