

776
24

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“ LA INFLUENCIA DEL DERECHO CIVIL
EN EL DERECHO PENAL ”

T E S I S
PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
NOE RODRIGUEZ OROPEZA

MEXICO, D. F.

1992

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

Pág.

INTRODUCCION.	1
-----------------------	---

CAPITULO I CONSIDERACIONES PREVIAS

1.- Ubicación del Problema.	5
2.- Importancia del Concepto y División del Derecho. . .	8
3.- Naturaleza Pública y Objeto del Derecho Penal. . .	11

CAPITULO II

TENDENCIAS UNIFICADORAS BASADAS EN UN PREDOMINIO DEL DERECHO CIVIL SOBRE EL DERECHO PENAL

1.- Positivismo Jurídico.	18
2.- El Derecho Civil como Fuente del Derecho Penal. . .	22
3.- El Supuesto Carácter Accesorio del Derecho Penal. . .	25
4.- Usus Modernus Pandectarum. (Pancivilismo).	31
5.- Tiranfa del Lenguaje Jurídico.	33
6.- Desconfianza del Poder Judicial y el Derecho Civil como Causa Ejemplar del Derecho Público.	35
7.- Necesidad de Evitar Contradicciones entre las Sentencias y Economía Procesal.	36

CAPITULO III

ASPECTO SOCIAL Y MORAL EN EL
DERECHO PENAL

1.- Aspecto Social.	40
2.- Aspecto Moral.	43
2.1.- Negativistas y Teorías del Mínimo de Moral en el Derecho Penal.	46
2.2.- Aspecto Moral en las Sanciones Preventivas.	49
2.3.- Carácter Teleológico de los Conceptos Penales	50

CAPITULO IV

DERECHO PENAL ESCRITO METODO E
INTERPRETACION

1.- Exigencia de un Derecho Penal Escrito.	58
2.- Método e Interpretación.	62

CAPITULO V

DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO CIVIL
Y EL DERECHO PENAL

1.- Diferente Técnica Legislativa y Teórica.	68
2.- Diferencias en cuanto a la Moral.	72
3.- Diferencias en cuanto a su Función.	73
CONCLUSIONES.	75
BIBLIOGRAFIA.	79

INTRODUCCION

La conformación de la Ciencia Jurídica a través del tiempo a pasado por diversas etapas, y como cualquier otra ciencia del saber humano ha recibido influencias de otras para su formación y desarrollo; influencias que han dejado una fuerte permanencia; por ejemplo, para poder comprender el porque de ejecutar la norma jurídica escrita, hay que entender las razones que incitaron su nacimiento, razones que pueden ser de diversas índoles o naturalezas y que siempre van aparejadas con la conducta del hombre en sociedad, he de ahí, que el derecho adopte diversas manifestaciones, sociales, filosóficas laborales, penales, civiles, etc., tantas como la dinámica social lo exiga, y que en ocasiones producen que algunas de éstas manifestaciones tenga cierta relevancia sobre las demás, o que por efectos de su desarrollo pueda servir de modelo a otras o a una en especial.

El problema que se examinará es uno de los más importantes del Derecho Penal moderno, ya que se trata de establecer el significado y el valor de muchos de los conceptos usados en ésta rama del Derecho, en la construcción de sus normas y en particular de precisar el valor diferencial respecto de otros conceptos análogos.

El punto de encuentro y acaso de razonamiento entre dos

ramas del Derecho son numerosas y se manifiestan en forma evidente porque en muchas normas del Derecho Penal hallamos conceptos e instituciones de naturaleza netamente civil. Es por eso, que en nuestra ciencia nos encontramos frente a las normas jurídicas, normas que las elaboramos con palabras, palabras que en ocasiones repetimos en las diversas ramas en que se divide el Derecho, el problema surge como ya mencionamos - en cuanto al contenido de tales palabras. Así, tenemos que - en el Derecho Penal, en la descripción de sus conductas delictivas en ocasiones utiliza términos Civiles, y ello nos conduce a pensar si el contenido de tales términos utilizados en el tipo deben tener el mismo contenido Civil o un contenido diferente.

El problema en cuestión es de suma importancia en materia Penal, ya que para determinar si una conducta es delito o no, debemos antes que nada ver si encuadra en el tipo, y para ello debemos tener la certeza del significado de cada palabra descrita en el tipo, pues de lo contrario podríamos degenerar el tipo encuadrando en él conductas que en realidad no son delictivas. Así, el problema de la legalidad en materia Penal es sumamente delicado, y aún más cuando la legislación Penal no determina lo que se deberá entender por tal o cual término pero si lo hace la legislación Civil, cuestión que se acentúa cuando ninguna de las dos legislaciones mencionadas - los determina, entonces, le tocará al juez penal el determi--

narlos, pero para ello deberá seguir principios sumamente rígidos que no lo lleven al peligro de integración de una norma penal, que sería notoriamente inconstitucional y rompería con toda la temática criminal, los criterios que deberá seguir el juez: y el determinar si existe o no influencia del Derecho Civil en el Penal es la misión que nos proponemos dilucidar en nuestra investigación.

En el camino que emprendemos, determinaremos ciertas consideraciones previas en cuanto a ubicación del problema a aclarar la importancia que tienen los conceptos en nuestra ciencia, el carácter público y objeto del Derecho Penal, cuestiones que se deberán tomar en cuenta en el resultado de nuestra investigación y que nos servirán para no perdernos en situaciones conexas que desviarían el fin que nos hemos propuesto.

Analizaremos las tendencias unificadoras del Derecho basadas en una preeminencia del Derecho Civil sobre el Penal, veremos la participación del Derecho Penal en los órdenes social y moral que influyen en la determinación de sus conceptos, el porqué de la exigencia de un Derecho Penal escrito, asimismo determinaremos el método que deberá seguir el juez penal en la determinación de los conceptos, todo lo anterior nos llevará a vislumbrar diferencias y determinadas similitudes entre el Derecho Civil y el Derecho Penal, y entonces podremos dar nuestra opinión de la influencia conceptual del Derecho Civil sobre el Derecho Penal.

"TODO SABER ES FATUIDAD SI NO RINDE SERVICIO Y LOS MEJORES CONOCIMIENTOS SON UN ARMA MORTAL SI NO SE EMPLEAN GENEROSAMENTE PARA BIEN DE LA HUMANIDAD ENTERA EN VEZ DE SERVIR DE INSTRUMENTO AL EGOISMO Y A LA ARROGANCIA".

MIGUEL ALEMAN

C A P Í T U L O I
CONSIDERACIONES PREVIAS

1.- Ubicación del Problema.

2.- Importancia del Concepto y División del Derecho.

3.- Naturaleza Pública y Objeto del Derecho Penal.

C A P I T U L O I
CONSIDERACIONES PREVIAS

1.- Ubicación del problema

Cuántas veces en la utilización de los conceptos normativos y por consecuencia en el Derecho mismo, hemos encontrado que los términos que se llegan a utilizar tienen una clara influencia civil o más aun en ocasiones dichos términos son de esencia netamente civil, a final de cuentas el Derecho en su más clara representación lo encontramos representado en lo que conocemos como norma jurídica, que valga la expresión representa términos jurídicos.

En la utilización del Derecho Penal, observamos éste mismo tratamiento, pues ya ubicados en éste contexto, hallamos términos influyentes de esencia civil que se practican y se utilizan diariamente.

El problema al cual nos referimos y que sirve de marco para la realización del presente trabajo, fue ocasionado en parte por el gran auge que tuvo la ciencia del Derecho Privado, influencia que se observó en la utilización de términos que se impusieron en las demás ramas del Derecho, situación que trajo una fuerte confusión resultando por consiguiente que podemos encontrar terminología civil en el Derecho Penal.

En la conformación del derecho, en ocasiones repetidas se recurre a un vocabulario específico como instrumento de trabajo, en base a él se describen conductas a las cuales se les atribuyen consecuencias jurídicas, pero en ocasiones éstas representaciones como parte de un lenguaje jurídico son utilizadas para definir supuestos jurídicos que pertenecen a diversas ramas del derecho ocasionando con ello en éstas repeticiones terminológicas confusiones de fondo, dándose el caso que una sola palabra utilizada en distintas ramas del derecho tienen conceptos distintos aunando las confusiones a las que me refiero, por ejemplo los términos adulterio, domicilio conyugal, estado civil, tutela, parentesco, entre otros, términos que son utilizados tanto en materia civil como en materia penal, la legislación y la jurisprudencia según la rama del derecho de que se trate le atribuye diferentes contenidos, esto crea una confusión si agregamos que una gran parte de los términos que utilizamos constantemente en el derecho viene de una raíz latina y que en parte esta problemática tiene sus inicios precisamente en el derecho romano.

Para poder comprender esta confusión, hay que hacer una anotación de entrada haciendo la mención que el derecho es uno solo y que para darle un mayor entendimiento ha sido necesario darle un carácter divisional con el fin de hacerlo más entendible, pero también es menester mencionar que en la práctica diaria en la constante utilización de la jurisprudencia

se llegan a crear confusiones en algunos términos como los anotados anteriormente.

En nuestra investigación trataremos de establecer los criterios para dar significado y valor a términos utilizados en la construcción de normas penales y la diferencia o similitud conceptual de tales términos dentro del campo de acción del derecho civil, tomando en consideración que los principales puntos de encuentro terminológico entre ambas ramas del derecho se dan en materia familiar y patrimonial, en nuestra investigación trataremos de comprobar si el Derecho Penal toma el contenido del término de su sede Civil, o si lo adopta a sus propios fines, o si aun en última instancia se conserva el concepto de su sede original o se modifica de ésta.

De acuerdo a lo que menciona el maestro Petrocceli en su obra "Instituti e termini del Diritto Privatio nel Diritto Penale" (1), los criterios directores para indagar el valor y significado de las instituciones y términos que el Derecho civil proporciona al Derecho Penal en cuanto a sus significados es algo totalmente distinto a desarrollar una teoría de las relaciones entre ambos derechos desde el punto de vista

(1) Biagio Petroccelli "Instituti e Termini del Diritto Privado nel Diritto Penale" tr. nuestra s/ed. Roma. En *Amali diritto e procedura penale* 1932. Vol. II pág. 1194 y 316.

de su construcción científica y su posición en el ámbito de la ciencia jurídica general, sin embargo si bien es cierto que cada disciplina ha desarrollado o está en vías de desarrollar los principios que guían su técnica jurídica, independientemente de que se acepte o no la influencia del derecho civil en el derecho penal desde el punto de vista técnico, los principios que guían la técnica jurídico-penal, influyen en la determinación de los criterios interpretativos seguir con el desentrañamiento de los términos civiles contenidos en la descripción de conductas delictivas, en el mismo sentido influye la posición que guarda el derecho penal en el ámbito del derecho público como parte de éste.

2.- Importancia del concepto y división del derecho

La determinación del contenido de los términos utilizados en nuestra ciencia es indispensable para nuestra comunicación y entendimiento ya que si no precisamos el contenido de nuestras palabras podríamos caer en absurdos, deformaríamos nuestra ciencia y estaríamos hablando sin sentido, como consecuencia de lo anterior, ubicándonos en nuestro Derecho Positivo, el principio de legalidad establecido como una de las garantías individuales Constitucionales es ineficaz.

El contenido conceptual de los términos jurídicos está vinculado con la realidad que nos rodea, con la interrelación

humana, por ello Sauer indica que el hecho es que la construcción lógico jurídica es solo un medio para la organización de la vida social hacia la justicia y el bienestar común, y por tanto también se debe tener en cuenta la realidad social substancial anotación, hecha en su obra "Juristische Methdenlehre" en el año de 1940. (2)

En cuanto a la importancia del concepto, en nuestra época, y su carácter abstracto o concreto, el maestro Guarnieri destaca que la función del concepto "es necesaria, hoy, en cuanto que sin él no es posible el crecimiento de la unidad en la multiplicidad. Por lo tanto, lo que hay que combatir no es el concepto en sí, sino el concepto general y abstracto y lo que se debe acoger en el concepto concreto, que no anula la multiplicidad sino que la toma como fundamento de sus desarrollos ulteriores. Este se desarrolla más allá de sí mismo, necesita concretarse, sin que por ello excluya distinciones" anotación hecha en su obra "Las influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal". (3)

De acuerdo a lo anterior podemos mencionar que por ello

(2) Wilnem Sauer "Juristische Methdenlehre". Tr. nuestra. 1 Ed. Stuttgart. Waner de Groiter 1940. pp. 6, 334.

(3) Guarnieri José. "Las influencias del derecho civil en el derecho penal". Tr. del Dr. Constancio Bernaldo Quiroz 1 Ed. Puebla José M. Cajica Jr. 1952. Pág. 73.

De acuerdo a lo anterior podemos mencionar que por ello los términos con los cuales se describe la conducta delictiva llevan consigo un contenido substancial, pero existen algunos conceptos substanciales abstractos de tradición civilista inmersos en el tipo y que en ocasiones dan cabida a situaciones no protegidas por el derecho penal, de ahí la importancia de determinar el sentido del término en materia penal.

Las variaciones que pudiese tener el concepto según la rama en que sea utilizado, no atenta contra su esencia sino tan solo en aspectos circunstanciales, pues debemos tener en cuenta que el derecho se divide para su entendimiento y aplicación. Batti nos dice que la multiplicidad lejos de excluir la unidad del fenómeno, la supone, la división de las distintas disciplinas jurídicas no significa separación por medio de absurdas barreras sino diferenciación tan solo de funciones específicas (4), de acuerdo en lo mencionado por el maestro Guarnieri en la obra que ya mencionamos: sin embargo hay que tener en cuenta que la unidad no significa uniformidad, sino concordia, armonía que resulta de la fusión de elementos distintos dentro de un sistema, armonía que es condición de progreso.

(4) Batti citado por José Guarnieri, Op. Cit. pág. 72.

A pesar de la diversidad de disciplinas jurídicas, existen algunas que aunque tienen su propia génesis han sido influenciadas en su construcción por otras más desarrolladas, como ocurrió en materia penal, que ha sido influenciada por bases civiles, llegándose a afirmar por algunos autores que entre éstos dos campos de indagación jurídica no hay separación sino continuidad, pero con el desarrollo de la ciencia penal en los últimos años y por su naturaleza de Derecho Público otros autores se manifiestan en el sentido de que tal continuidad no es conveniente para el Derecho Penal, buscando con esta actitud su independencia y construcción sobre nuevas bases.

3.- Naturaleza Pública y Objeto del Derecho Penal

El Derecho que conocemos en nuestros días a lo largo del tiempo ha desarrollado diferentes etapas y ha sufrido cambios constantes que se han dado en relación a los cambios que experimenta la Sociedad, pero en todo esto las raíces más firmes de nuestro Derecho, las encontramos en el Derecho Romano, en él las normas penales se encontraban inmersas dentro del Derecho Civil y no eran objeto de un tratamiento especial, diferencial respecto de las normas civiles, de ahí que los autores de nuestra época al hacer una aplicación analógica de la división del Derecho Público y Privado al Derecho Romano, consideran al Derecho Penal dentro del Derecho Privado, ya que

la autoridad encomendada al Pater Familia le atribuía la facultad de aplicar tales derechos; sin embargo no todos los autores comparten la misma opinión, sino al contrario consideran que el Derecho Penal aún en el Derecho Romano era Derecho Público porque la autoridad familiar depositada en el Pater Familia es en sí un símil del estado, en cuanto que el Pater Familia era el encargado de perseguir los delitos.

El maestro Guarnieri considera que hubo una época en el Derecho Romano en que se habló del Derecho Penal y Derecho Penal Privado y al principio de la Edad Media toda la lesión jurídica se apreció entonces en dinero, que era el sistema característico de las composiciones privadas y que consideraban al delito en la medida de cualquier fuente de obligación, y en la edad media posterior al reforzarse el poder central del estado, el derecho penal se consolida y adquiere un carácter público mientras tendía a humanizarse, cuando antes se proponía el aniquilamiento del delincuente, hay que aclarar que en el Derecho Romano no se conocía la división entre el Derecho Público y el Derecho Privado, y lo que sí ocurrió es que con el paso del tiempo, fué mayor la influencia e intervención Estatal en la autonomía familiar además que el propio estado perseguía algunas conductas delictivas.

Por la naturaleza Pública del Derecho Penal se vió la necesidad de apartarse del Derecho Privado y se empezó a consi-

derar que la unidad del Derecho no implicaba la unidad de apreciación y de interpretación de las Instituciones Jurídicas, puesto que una misma institución podía plasmarse en diversas ramas del Derecho con distinto significado y valor.

Hoy en día es indiscutible la naturaleza pública del Derecho Penal porque el estado, además de ser el único que establece, es el único que persigue los delitos, pero si bien es cierto que la estructura del Derecho Penal es y debe ser diferente a la del Derecho Civil, la separación de ambas disciplinas no puede ser absoluta.

Existe una marcada tendencia hacia la acentuación del carácter público de todo el Derecho, fincado en torno a los elementos siguientes: debilitación progresiva del Derecho subjetivo hasta llegar a quedar reducido a un interés ocasionalmente protegido, ampliación del Derecho Administrativo a expensas del Derecho Civil; absorción del proceso civil en la jurisdicción voluntaria o en la justicia administrativa, aumento de los poderes discrecionales del Juez, descrédito de codificaciones y de la Ley etc., (5) por todo lo anterior, el maestro Guarnieri dice: "hay que volver del revés contractual de una teoría general del Derecho, tal como se ha entendido hasta ahora. No ya partir de las categorías de orden privado, para

(5) Op. cit. Pág. 66.

llegar a la comprensión y sistematización orgánica del Derecho Público; sino dado el movimiento publicitario de todo el Derecho Civil, emprender la marcha del Derecho Público. (6)

Independientemente de estar de acuerdo o no en los elementos señalados por el maestro Guarnieri, y que marcan la acentuación del carácter público de todo Derecho, con lo que si debemos estar de acuerdo es en la evidente acentuación del intervencionismo estatal. Pero de ello, no se deriva el que se pueda aplicar al Derecho Civil una Teoría General del Derecho Público además, debemos de tener en cuenta que el exceso de influencia del poder público en el sector privado es un sacrificio de la libertad individual que se vería afectada de tal manera que se vería afectada la vida en sociedad.

En cuanto al objeto de estudio del Derecho Penal, Giuseppe Betiol en su obra "Derecho Penal", (7) nos dice que se discute el que si el Derecho Penal debe limitarse a la materia de los delitos y de las penas o si debe extenderse para incluir en su ámbito también a la peligrosidad, las medidas de seguridad y las cuestiones relativas a las sanciones civiles. Aunque prefiere la primera, Betiol continúa diciendo - que ello no impide el que deba ocuparse también de otras cues

(6) IDEM. Pág. 68

(7) Giuseppe Bettiol "Derecho Penal" (Parte General). Tr. José León Pagano. 4a. ed. Bogotá.

tiones conexas con la auténtica materia penal, porque en relación con los delitos y las penas se presentan una serie de cuestiones no penales, acerca de las cuales por motivo de conexión, el legislador y el estudioso del Derecho Penal deben emitir opiniones.

Es así que nuestro estudio comprende el Derecho Penal vi gente pero, lo podemos entender en dos sentidos, como conjunto de normas o como ciencia jurídico penal (elaboración conceptual de principios) (8) si abarcásemos aún la segunda apreciación, el Objeto de nuestro estudio no pueden constituirlo las normas como tales, ni de aprender de memoria los artículos ni de conocer las palabras, sino desentrañar su significa do sustancial y de establecer los nexos que unen a unos con otros. (9)

En nuestra investigación, por lo tanto debemos de partir del análisis del tipo que tiene elementos objetivos normativos y subjetivos, pero no quedarnos con la sola descripción literal de la conducta delictiva, sino analizar los términos con los cuales se describe para darles una correcta significa ción y no caer en el peligro de que por malos entendidos se amplien o se restrinjan los tipos que traería consigo falsas

(8) Op. cit.

(9) IDEM.

tipificaciones. En consecuencia debemos saber si los términos civiles utilizados en el tipo son de igual o diferente conceptualización a la atribuida en materia Civil.

C A P I T U L O I I

TENDENCIAS UNIFICADORAS BASADAS EN UN PREDOMINIO DEL DERECHO CIVIL SOBRE EL DERECHO PENAL

- 1.- Positivismo Jurídico.
- 2.- El Derecho Civil Como Fuente del Derecho Penal.
- 3.- El supuesto Carácter Accesorio del Derecho Penal.
- 4.- Usus Modernus Pandectarum (Pancivilismo).
- 5.- Tiranía del Lenguaje Jurídico.
- 6.- Desconfianza del Poder Judicial y el Derecho Civil como causa Ejemplar del Derecho Público.
- 7.- Necesidad de Evitar Contradicciones entre las Sentencias y la Economía Procesal.

CAPITULO I I
TENDENCIAS UNIFICADORAS BASADAS EN UN
PREDOMINIO DEL DERECHO CIVIL SOBRE EL
DERECHO PENAL

1.- Positivismo Jurídico

Para ubicarnos debidamente en la realización de este capítulo entraremos brevemente en el significado a dos tendencias ideológicas, a través de indagar su significado; la primera es lo que llamamos positivismo, que de acuerdo al Diccionario de filosofía nos indica que dicho término fué utilizado por primera vez por Saint Simón para designar al método exacto de las ciencias y su extensión hacia la filosofía, Augusto Comte tituló así a su filosofía y por obra suya pasó a designar una gran dirección filosófica que, en la segunda mitad del siglo XIX tuvo muy numerosas y variadas representaciones en todos los países del mundo occidental; el Positivismo Jurídico es el nombre dado por Hans Kelsen a su doctrina formalista del Derecho y el Estado.

En cuanto al naturalismo se refiere, este término tiene tres significados distintos, por un lado es considerada la doctrina que considera que los poderes naturales son más eficaces que los poderes producidos o promovidos por la filosofía del hombre, por otro, se piensa que es la doctrina que

enuncia que nada existe fuera de la naturaleza y que Dios mismo es el inicio del movimiento de las cosas naturales; una tercera excepción considera que es la negación de toda distinción entre la naturaleza y la supra-naturaleza, y la tesis de que el hombre puede y debe ser comprendido en todas sus manifestaciones. (1)

Conforme al naturalismo y positivismo de fines del siglo pasado, nos dice el maestro Guarneri, que al interpretar las leyes penales, había que referirse al ramo de la ciencia en que los conceptos en cuestión tenían su sede propia, ello a efecto de precisar el contenido y límites de las figuras de delito, por ejemplo: Cosa desde el punto de vista físico, enfermedad desde el punto de vista médico, animal desde el punto de vista zoológico y los conceptos de patrimonio, propiedad, esponsales, etc., desde el punto de vista del Derecho Privado. (2)

El naturalismo a que alude el maestro Guarneri, es el referente a la corriente que buscaba la explicación de las cosas conforme a las leyes de la naturaleza.

Al hablar de positivismo se puede aludir a diversas si

-
- (1) ABBAG NANO Nicola. "Diccionario de Filosofía" Tr. Alfredo Nogalletti. Fondo de Cultura Económica 1963. México.
- (2) José Guarneri. "Las Influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal". Tr. del Dr. Constancio Bernaldo Quirez. 1 ed. Puebla. José M. Cajica Jr. 1952. Pág. 15.

tuaciones, aquí solo debemos diferenciar el positivismo que sucedió a los clásicos del Derecho Penal que decían que en el delito lo importante era el delincuente y el aspecto social y circunstancial en el cual aquel se encontraba inmerso, y el positivismo entendido como el derecho vigente apartado de valores y realidades, aquel que el Estado impone. Entonces, si el maestro Guarneri se refiere al segundo aspecto mencionado del positivismo, sería entendible su posición, pero ello no sucede así, por tanto, es erróneo su pensamiento en este aspecto.

La reacción no se dejó esperar, Arturo Rocco (3) se inclinó por considerar que para que se hable de ciencia jurídica en el Derecho Penal se tendría que apartar de toda discusión filosófica e indagación experimental, de lo que se trata, continúa diciendo el maestro, es fijar claramente los límites dentro de los cuales pueda moverse el jurista sin invadir el campo reservado al filósofo o el propio naturalista que estudia al hombre delincuente desde el punto de vista zoológico.

Ante la situación anterior, el maestro Battiol comenta:
"... En este movimiento de purificación del Derecho la Juris-

(3) Arturo Rocco, "Il Problema e il método della scienza del diritto penale", en Opere Giuridiche, TR. Nuestra. 2 Ed. Roma. Foro Italiano. Vol. III. Pág. 263.

prudencia llega así a un espléndido aislamiento de los conceptos jurídicos, lejos de todo contacto con la realidad fenoménica despreciada y tenida a lo sumo, como ciencia auxiliar o criada, y lejos también de todo vínculo con el mundo de los valores y los fines".(4)

Era de esperarse que ante una mezcla de la ciencia jurídica con otras ciencias auxiliares se reaccionara hacia el extremo contrario, pero fué una situación tal vez justificada en otra época, en la cual por buscar deshacerse de lo no jurídico y buscar independizar el Derecho Penal se cayó en el error de abandonar principios básicos para la existencia del Derecho. Hay que considerar que el Derecho no vive aislado respecto de sus ciencias auxiliares de las cuales se nutre, el Derecho no solo es estructura lógico-jurídica, sino que también participa del aspecto social y moral.

Basándose en un formalismo del Derecho, los independizadores del Derecho Penal dirían que el tipo es materia penal y que por lo tanto no tiene nada que ver con cualquier otra disciplina jurídica, y los unificadores del Derecho dirían que al ser un término civil el contenido en el tipo el significa-

(4) Guiseppe Bettiol. "Derecho Penal". (Parte General). Tr. José León Pagano. 4 ed. Bogotá. Temis. 1965. Pág. 34.

do de tal término sería civil y por lo tanto el Derecho Penal no sería independiente del Derecho Civil. Pero si el formalismo no es el único aspecto del Derecho, y no es el fundamento para establecer una postura unitaria, en consecuencia no debemos buscar el fundamento de la influencia de los conceptos civiles en el Derecho Penal en un simple formalismo.

2.- El Derecho Civil como fuente del Derecho Penal.

Dentro de los autores que atribuyen al Derecho Civil ser fuente del Derecho Penal, tenemos a Mayer, quien a principios de siglo nos dijo que "... el código civil deberá estimarse como fuente jurídica del penal en todos los casos en que el derecho penal no contenga determinación de conceptos, de suerte que sólo una norma positiva procedente del derecho civil, puede contener la solución. ..."(5)

En nuestros días, es aceptado que la única fuente del Derecho Penal es la ley, el tipo lo podemos encontrar tanto en el Código Penal como en toda nuestra legislación, un caso especial representan los sistemas jurídicos que aceptan la analogía en materia penal. Entonces, el tipo localizado en nuestra legislación civil indiscutiblemente es fuente del Derecho

(5) Mayer, citado por José Guarneri, op. cit. Pág. 13.

Penal, ahora bien, el problema varía si ya no hablamos del tipo sino tan sólo de un término descrito en el tipo, si el contenido conceptual de un término civil no está determinado en la legislación penal, definitivamente tendremos, como dice Mayer, que acudir a la legislación civil que nos determina el concepto, en este punto se nos presentan dos situaciones, considerar que tal norma de interpretación o interpretación auténtica, independientemente de como la consideremos, es obligatoria no sólo para el juez Civil sino también para el juez Penal y por lo tanto, la acogida de tal concepto en el Derecho Penal sería sin modificación alguna e indiscutible sería hablar del Derecho Civil como fuente, y la otra, el considerar que si bien es cierto que debemos acudir al Derecho Civil para determinar el contenido conceptual del término ello sería conforme a los principios del Derecho Penal sin ser obligatorio acoger el contenido civil, y en tal caso no se podría hablar del Derecho Civil como fuente.

De las dos últimas situaciones planteadas, respecto de la primera que es la correcta, para evitar confusiones, debemos aclarar, que las normas civiles en ocasiones hacen clasificaciones del mismo concepto, y en ocasiones también establecen excepciones a los mismos, dando lugar a ficciones que no tienen cabida en materia penal, por ello el juez conforme a los principios del Derecho Penal debe determinar dentro de las determinaciones legales del Código Civil al cual alude el

tipo conservando así el principio de legalidad. Si bien es cierto que si la ley no distingue no es lícito distinguir, no se contradice tal principio por el carácter concreto y finalístico del tipo que obliga al juez a buscar la estrechez del concepto con el cual quede protegido el bien jurídico.

Otra situación no contemplada en el citado pensamiento de Mayer, es el relativo a la ausencia de determinación del concepto por ambas legislaciones, Civil y Penal, pero aún así, el juez penal en su labor interpretativa debe acudir al Derecho Civil cuando en él tenga su sede la figura o institución, caso en el cual no se puede hablar ya del Derecho Civil como fuente del Derecho Penal.

En sentido igual al de Mayer se manifiesta Arturo Rocco (6), al decir que "...propiedad y posesión jurídicamente, son lo que son: derechos subjetivos privados patrimoniales, y con mayor precisión, derechos reales cuya fuente se encuentra en las normas del derecho privado".

Savigny y Binding, cuyo pensamiento no compartimos, fueron más allá de lo expuesto con anterioridad, dando al Derecho Civil una influencia ilimitada ya que nos dijeron respec-

(6) Arturo Rocco. "L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale", en Opere Giuridiche. Tr. Nuestra. 2. ed. Roma. Foro Italiano. Vol. I. Pág. 171.

tivamente que "... en la doctrina jurídica general del tiempo presente se debe atribuir una visible importancia creciente al derecho de las obligaciones respecto de las demás ramas del derecho, en cuanto en el encuentran satisfacción preferiblemente las necesidades y tendencias del presente".(7) y Binding llegó a transportar al Derecho Penal las figuras de la cesión, de la novación, de la obligación solidaria y de la fideiusión, construyendo la relación punitiva como una relación de deuda y llamado al reo "... sujeto deudor de la pena..."(8) Al respecto remitimos a los razonamientos anteriores para evitar repeticiones.

3.- El Supuesto Carácter Accesorio del Derecho Penal.

En el presente apartado, expondremos muy someramente lo que constituye la teoría sancionadora en el Derecho Penal que ocasionó el atribuirle al Derecho Penal un carácter accesorio, la reacción de los procesalistas y el pensamiento de algunos autores que ven en el Derecho Penal un Derecho autónomo o independiente y al final, de lo expuesto, vertir nuestra humilde opinión.

(7) Savigny, citado por José Guarneri, op. cit. Pág. 27.

(8) Karl Binding. "Handbuch des Strafrechts". 1 ed. Leipzig. Dunker und Humbolt. 1885. Tomo I. Pág. 9.

Bettiol nos comenta que en la teoría sancionadora, el Derecho Penal se limitaba a sancionar las violaciones de disposiciones jurídicas cuya sede natural era otra, que la acción del reo no violaba la ley penal sino que antes bien violaba su contenido y actuaba sobre la base de la previsión hipotética de la misma ley. (9)

Uno de los sostenedores del carácter accesorio del Derecho Penal es Grispigni (10), cuya opinión se resume en lo siguiente: "... a).- todo precepto primario del derecho penal se encuentra contenido ya, expresa o implícitamente, en los preceptos de otras normas jurídicas; b).- todo delito está prohibido por otra rama jurídica, es decir que constituye un ilícito de naturaleza no penal".

Los procesalistas reaccionan ante los sostenedores del carácter accesorio del Derecho Penal manifestando que hay que distinguir si en realidad el Derecho Penal lo que busca es proteger una relación técnico-jurídica civil, o el hecho tal y como se presenta en la realidad. Todo depende dicen, de la naturaleza de la relación protegida por el Derecho, así, no se pueden formular principios generales y a lo sumo será posi

(9) Giuseppe Bettiol, op. cit. Pág. 69 y 70.

(10) Filippo Grispigni. "Corso di diritto penale". Tr. Nuestra. 1 ed. Padua. Cedam. 1932. Pág. 268.

ble construir tres casos, distinguiendo las disposiciones penales según proteja relaciones jurídicas de derecho público, derecho patrimonial y de carácter ético, en este último se podría hablar de conceptos independientes, porque por ejemplo el concepto de parentela, en él subsiste una relación natural al lado de la construcción técnica-jurídica civil y sólo la relación puramente fisiológica sería objeto de la tutela penal. (11)

Por ello Sebastián Soler nos dice que el Derecho Penal "... podría ser considerado autónomo si el contenido de sus normas se agotara dentro del propio sistema penal, y ello no sucede, el sentido y el alcance de sus normas están fijados por todo el derecho". "Sin embargo afirma que tiene muy limitadamente una función constitutiva o autónoma".(12)

Arturo Rocco comenzó por señalar el nexo inescindible que existe entre precepto y sanción, en el sentido de que toda norma jurídica se compone de dos etapas, denominando a la primera orden jurídico principal (se refiere a los súbditos, ejem.: el imperativo no matar), pero incolora en el sentido de que es idéntica a todos los sectores del ordenamiento jurí

(11) Saunus., citado por José Guarneri, op. cit. Pág. 35.

(12) Sebastián Soler, citado por Encarnación Vargas Gómez. "Las Fuentes del Derecho Penal". 1 ed. México, D.F. Xala peña. 1957. Pág. 22.

dico, y a la segunda orden jurídico secundario (dirigida a los magistrados, imponer la sanción), y que marca la diferencia en los casos de transgresión: la pena, el resarcimiento del daño y la sanción administrativa o disciplinaria.(13)

El Derecho Penal, continúa diciendo el maestro Arturo Rocco, no se limita a declarar las consecuencias jurídicas penales de la violación de normas sino que regula imperativamente la conducta humana. Así, la autonomía del Derecho Penal aparece frente a los hechos ilícitos que producen a la vez consecuencias de índole penal y consecuencias civiles.(14)

El maestro Bettiol nos dice que para notar lo endeble de la teoría sancionadora es partiendo de la peculiar naturaleza del precepto. El legislador crea los preceptos en la medida en que estos coadyuvan al mantenimiento, a la tutela y al progreso de los intereses de la vida social.(15) "El hecho es que la sanción penal se dirige en todo caso a proteger intereses sociales, aún cuando puedan entrar en consideración intereses individuales. ..."(16)

(13) Arturo Rocco. "L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale", op. cit. Págs. 67 y 68.

(14) Idem., pág. 77.

(15) Giuseppe Bettiol, op. cit. Pág. 80.

(16) José Guarneri, op. cit. Pág. 30.

Toda norma jurídica contempla una situación hipotética de cuya realización se derivan consecuencias, una sanción, así, el tipo es descripción de conducta como acreedora de pena, la descripción de la conducta y la pena son los elementos del tipo y constituyen una unidad, el tipo no es solo sanción, sino que para cada conducta delictiva existe una pena determinada, ello lo diferencia de las sanciones establecidas en otras disciplinas jurídicas.

La valoración de una conducta por el Derecho Penal es diversa a los otros sectores jurídicos, valoración que se concreta en la penalidad que se atribuye a la conducta delictiva. La función del Derecho Penal es la protección de un bien Jurídico, pero al hacerlo el Estado capta valores medios o impone valores propios.

El tipo, como ya mencionamos anteriormente, lo localizamos en cualquier rama del Derecho, en general inmerso dentro de la figura o institución regulada, en nuestro caso, por el Derecho Civil, entonces, si bien es cierto que el contenido del Derecho Penal no se agota en la legislación Penal, pues como ya vimos algunos términos del tipo son determinados por la legislación Civil, la conducta delictiva es valorada no por principios civiles, sino a través de principios penales, por ello no es un derecho accesorio aunque no independiente, además, la tipicidad marca la diferencia entre el delito y el

hecho ilícito civil.

Ahora bien, lo que viola la conducta delictiva es la prohibición implícita en el tipo, la no realización del tipo, por lo tanto, la ley penal regula la conducta directamente y no indirectamente, es un imperativo. El sujeto activo realiza el tipo, lo lleva a cabo y con ello viola la prohibición, y está prohibida la conducta porque está sancionada negativamente lo que implica el reproche a la conducta.

Se ha buscado establecer el carácter accesorio del Derecho Penal diciendo que hay que distinguir entre ley y norma, que la conducta no viola la ley sino la norma que es la que contiene la prohibición, en nuestra opinión, si bien es cierto que el sujeto activo realiza la descripción de la conducta, la Ley Penal no solo es descripción de conducta, sino descripción de conducta y pena, además, debemos considerar que la ley es una especie de norma.

Si fuera cierto que la naturaleza del Derecho Penal fuera simplemente sancionadora, podría admitirse en nuestro derecho los llamados delitos abiertos o delitos en blanco, lo cual no es posible en nuestro sistema jurídico, ya que siguiendo el principio de que no hay delito sin ley, y siendo el tipo descripción de conducta como acreedora de pena, tal conducta debe estar totalmente descrita en la ley y no sólo

una referencia a una figura o institución jurídica para que el juez en su caso integre la descripción delictiva, situación también prohibida en nuestro derecho.

4.- Usos Modernus Pandectarum. (Pancivilismo)

El tardío desarrollo del Derecho Penal respecto de otras disciplinas jurídicas, ocasionó el que se le impusieran los tecnicismos de las ramas jurídicas más desarrolladas, así nos comenta Carnelutti que la nota característica de grandes investigaciones que se hicieron en Alemania en Derecho Privado es la del método, y que por su gran desarrollo y éxito, sobre todo en el refinamiento y sistematización de conceptos se produjo la formación del convencimiento de la infinita capacidad de adaptación de las categorías y esquemas civilistas.(17)

La mentalidad conservadora de los juristas y el uso y tradición de expresiones terminológicas hacen el que su adopción trae instintivamente el de su contenido dando lugar a que nazcan problemas de ficción.(18)

Para la ciencia jurídica toda ficción contiene la clara advertencia de que la sustancia verdadera de la relación, es

(17) Carnelutti, citado por José Guarneri, op. cit. Pág. 18.

(18) Savigny, citado por José Guarneri, op. cit. Pág. 17.

tá aún por descubrir y aclarar. De ahí la necesidad de descubrir bajo el manto terminológico uniforme la verdadera sustancia del contenido sin llegar al arbitrio ya que la ficción es la negación del conocimiento verdadero. Recordemos que el Derecho tiene un índice de racionalidad y positividad, la arbitrariedad no tiene cabida en el Derecho.

Antolisei lanza un grito de alarma ante la invasión del método de la lógica abstracta del Derecho Civil en el Derecho Público, ya que éste método, dice, nos puede llevar a conceptos que abarquen fenómenos distintos de aquellos para los que habían sido elaborados. (19)

El legislador debe al legislar en materia penal, determinar el alcance de los términos civiles, ya que si no lo hace, debemos presuponer que la determinación de los mismos en la legislación civil, es en el sentido correcto, y por lo tanto no estaremos trasladando contenidos falsos al Derecho Penal, si ocurriere sería un problema legislativo, ya que el principio de legalidad obliga al Juez a ceñirse a la ley. Sin embargo, debemos de tener en cuenta que no se debe sacrificar la equidad en aras de un tecnicismo.

(19) Francesco Antolisei. "Problemi Penali Odierni" Tr. nuestra 1 ed. Milan Giufre 1940. pág.49.

En el Derecho Civil en ocasiones un mismo término, como ya establecimos anteriormente, puede tener clasificaciones y excepciones, que no contempla el tipo, pero ello no es contradictorio a lo ya establecido, ya que el juez penal dentro de las acepciones del término establecidas en la legislación Civil, conforme a los principios penales determinará cuál es el correcto, y así, no vulnerará el principio de legalidad.

5.- Tiranía del Lenguaje Jurídico.

Por el gran desarrollo de la ciencia privada los términos utilizados por la misma se impusieron a las demás ramas jurídicas ocasionando con ello confusión, así encontramos en el Derecho Penal terminología Civil. Más hay que tomar en cuenta que el legislador penal es quien determina lo que debe ser objeto de tutela penal, pero estas determinaciones no solo se encuentran en el Código Penal sino en otras ramas del Derecho, en éstas otras ramas los tipos se encuentran imbuidos en conceptos y criterios según la rama en que se encuentren, de ahí que no se pueda negar cierta influencia conceptual.

En nuestra investigación trataremos de evitar esta tiranía terminológica y desentrañar conforme a los criterios que estableceremos, el verdadero significado, tropezaremos con palabras eternizadas, así en ocasiones las cosas cambian quedando las mismas palabras y llevándonos con ello al error.

También tenemos que considerar que la gama terminológica no abarca con cada palabra cada cosa que sería lo óptimo, es decir, para cada concepto un término adecuado, así, para comprender la ley manifiesta Guarneri que "... a nosotros se nos presenta la misión de distinguir lo que es forma de lo que es contenido, lo que es lógica de lo que es psicología, todas estas dificultades se superan, pues de otro modo sería imposible comprender la ley cabalmente, el espíritu de los tiempos debe desarrollarse en el espíritu de la ley".(20)

En el Derecho es decisiva la terminología para la identificación de los conceptos, para ello basta referirnos a lo que manifiesta Savigny: "Se debe conocer un principio particular del derecho, es decir, se debe desarrollar los conceptos contenidos en él, lo cual equivale a dar definiciones y hacer distinguos (el segundo se puede reducir al primero). Se trata, pues, de recorrer el mismo camino de las leyes -fidelidad genética-, demostrando especialmente los contrastes. Así resulta: 1) muy natural que en el sistema no debe tratarse ningún concepto sin referirlo a un principio de derecho; cada cual debe tener una realidad jurídica. 2) Los conceptos determinan al sistema; a conceptos falsos siguen interpretaciones

(20) José Guarneri, op. cit. Pág. 24.

falsas".(21)

La etimología es un medio auxiliar muy importante y que no debemos dejar desapercibido, pues en base a ella podremos ayudarnos en la fidelidad de los conceptos utilizados en nuestra legislación.

6.- Desconfianza al Poder Judicial y el Derecho Civil como Causa Ejemplar del Derecho Público.

Por desconfianza al poder judicial se llegó a la exaltación de la lógica formal, vinculando al juez a la letra de la ley, descuidando elementos políticos, sociales y éticos en las elaboraciones doctrinales, así, esta tendencia atiende a la uniformidad de los conceptos jurídicos de las varias ramas del orden jurídico como criterio indispensable de seguridad y certidumbre del derecho.(22) Por lo tanto, el juez no desentrañaba el contenido de los términos civiles descritos en los tipos, y aplicaba los conceptos tal cual sin importar si perjudicaban la ciencia jurídico-penal.

Por la influencia y desarrollo del Derecho Civil, en el

(21) Friedrich Karl Von Savigny. "Metodología Jurídica". Tr. de J.J. Santa Pinter. 1 ed. Buenos Aires. De Palma. 1979. Pág.38.

(22) José Guarneri, op. cit. Pág. 25.

siglo pasado, algunos autores, entre ellos Shom, manifestaron que "... el derecho privado es el fundamento del derecho público moderno..." y que "... el derecho privado era el fundamento del Estado" (23), consideraciones que fueron aceptadas en otra época. Así, Laband, el creador de la moderna ciencia del Derecho Público declara indispensable para el progreso de la misma la aplicación del método propio del derecho privado, y dice que al querer evitar los conceptos del Derecho Privado, se perjudica a los conceptos jurídicos en general, reemplazánolos con consideraciones filosóficas y políticas. (24) Por ello, en esta época quien trataba de evitar o atacar el derecho civil se le podía considerar como enemigo de todos los juristas.

7.- Necesidad de Evitar Contradicciones entre las Sentencias y Economía Procesal.

Los sostenedores de la unidad del derecho, en ocasiones llegaron al absurdo de considerar que el juez penal debía tener en cuenta las resoluciones del juez civil, para así evitar contradicciones. Se podrían dar contradicciones en cuanto a modificaciones de conceptos de una legislación a otra,

(23) Shom, citado por José Guarneri, op. cit. Pág. 26.

(24) Laband, citado por José Guarneri, op. cit. Pág. 26.

pero no de sentencias civiles y penales, la comprobación, de si el reo es inocente o culpable es diferente a si subsiste un ilícito jurídico de carácter privado, y aunque hubiese cosa juzgada en lo penal, no se estaría juzgando por segunda vez en materia civil.

La economía procesal, bajo la condición de que el objeto de los dos procesos fuese idéntico, lo que no ocurre, en uno es una situación concreta en que el Estado incrimina al sujeto, y el otro es una relación jurídica patrimonial.

De todas las consideraciones del presente capítulo es manifiesto que en búsqueda de la unidad del derecho se trata de imponer a una rama del derecho como guía en todas las consideraciones jurídicas, lo que si vemos desde el punto de vista extremo nos llevaría a resultados equívocos, puesto que cada rama tiene sus propias exigencias que le impone la misma realidad y la ética, más ello no implica el que nunca se comuniquen las diversas disciplinas jurídicas, pues aunque por la especialidad que rige en nuestro tiempo en cuanto a aspectos del derecho se podría llegar a pensar que con el tiempo cada vez se separan más y más los sectores jurídicos lo que no es correcto, el derecho no busca sino la armonía, la equidad, entonces las ramas en vez de ser divergentes entre sí, son convergentes conforme a las demás, tienen y deben de tener puntos de encuentro.

El legislador que es el artífice de las leyes penales no debe desconocer la realidad, una es que el legislador decreta a un precio el frijol y el garbanzo y otra cosa el que diga que son cosas idénticas ya que se excedería de sus poderes entre los que no está el de cambiar la naturaleza de las cosas, lo mismo ocurriría en los conceptos, podría modificar ciertos modos de presentarse en cada rama del derecho pero nunca atacar su esencia porque podríamos perdernos entre nuestras propias armas que son las palabras. También debemos tener en cuenta que el hecho de ser el legislador el creador de las leyes, ello hace el que le atribuyamos también a las leyes el carácter de contingentes.

Después de haber hecho las observaciones precedentes, en los siguientes capítulos veremos la participación del Derecho Penal en el orden social y moral, estableceremos el camino más idóneo en la búsqueda del sentido de los términos civiles en el derecho penal y buscaremos por el mismo camino cuáles son las diferencias o similitudes que existen entre el Derecho Civil y el Derecho Penal.

C A P I T U L O I I I

ASPECTO SOCIAL Y MORAL EN EL DERECHO PENAL

1.- Aspecto Social.

2.- Aspecto Moral.

2.1.- Negativistas y la Teoría del mínimo Moral
en el Derecho Penal.

2.2.- Aspecto Moral en las Sanciones Preventivas.

2.3.- Carácter Teleológico de los Conceptos
Penales.

C A P I T U L O I I I
ASPECTO SOCIAL Y MORAL EN EL DERECHO PENAL

1.- Aspecto Social

El Derecho participa del orden lógico, social y ético, de ahí la importancia de saber de qué manera participa el Derecho Penal en ellos, para así poder entender sus diferencias o similitudes con el Derecho Civil y en última instancia la influencia que ejerce éste sobre el Derecho Penal.

En la creación del tipo el Estado capta valores medios e impone valores propios, por ello para entender el delito debemos ubicarnos en un tiempo y un lugar determinado, así, sería infructuoso buscar una noción de delito abstracta, sin tomar en cuenta el tiempo y lugar, ya que el delito se encuentra inmerso en las realidades sociales y humanas que cambian según pueblos y épocas. Nos parece oportuno aclarar para evitarnos malos entendidos, que si bien es cierto que el Estado capta en el tipo penal valores medios, el Estado es quien crea el tipo, y lo que viola directamente el sujeto activo del delito, no es la valoración media captada por el Estado, sino la prohibición primigenia implícita en el tipo: la no realización del tipo. La valoración media y aún la jerarquía de valores nos la dan los propios tipos impuestos por el Estado.

Notamos así, que las construcciones jurídicas, deben adherirse a la realidad social, que el Derecho no está bajo la ley de la fijeza, sino bajo la del movimiento.(1)

El maestro Guarneri nos dice que: "...la base de la decisión del juez penal no deberá ser el significado técnico jurídico que el Derecho asigna a un concepto, sino el significado que el concepto tiene en el uso común y en la conciencia popular que se funda en la realidad de las cosas, huyendo de todo esquema abstracto".(2) En sentido similar Bettiol (3) nos dice que el Derecho Penal no está hecho tan sólo para las abstractas verdades de unos cuantos estudiosos, sino para el hombre en general en el cuadro de los valores concretos de la vida. De aquí la necesidad de construir conceptos sobre la base de los valores tutelados concretamente.

No se trata de contraponer términos técnico jurídicos a los utilizados comunmente, debemos tener presente que como una rama del saber humano, debemos tener un lenguaje con el cual nos podamos entender, lenguaje que si bien es especializado no debe descuidar en lo posible que sea entendido por la

(1) José Guarneri. "Las influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal". Tr. del Dr. Constancio Bernaldo Quiroz. 1 ed. Puebla. José M. Cajica Jr. Pág. 60.

(2) Idem., pág. 45.

(3) Guiseppe Bettiol. "Derecho Penal". (Parte General). Tr. José León Pagano. 4 ed. Bogotá. Témis. 1965. Pág. 35.

conciencia popular, ahora bien, no se trata de eternizar palabras. Sobre éste último punto debemos diferenciar la terminología técnica que se refiere a la dogmática penal, a su estructura, a los términos usados en su teoría del delito, de aquellos conceptos que protegen determinados valores.

Sin embargo, la realidad social se manifiesta no sólo en la consideración de valores a tutelar, sino también es tomada en cuenta en la técnica jurídico penal, como podemos observar lo en las llamadas excusas absolutorias que son causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta, impiden su punibilidad por razones de política criminal, así, el robo entre ascendientes y descendientes que se contempló en el artículo 277 ya derogado el día 5 de Octubre de 1984, pero conservándose en el artículo 399 bis, dentro de los delitos perseguibles por querrela, otro caso es el robo de indigente o robo familiar, contenido en el artículo 379 de nuestro Código Penal vigente.

También podemos encontrar en el encubrimiento entre parientes un límite normativo de la culpabilidad por lazos de afecto, y que está en ruta de colisión con la exigencia del Estado de entrega del delincuente o de aportación de pruebas.

2.- Aspecto Moral.

Nos dice el maestro Guarneri que el derecho se concibe como una regla que desciende de la vida; y la vida, a su vez, como algo falto de orden, un caos que sólo puede ordenarse mediante actos procedentes del exterior. El valor del Derecho se hace consistir en su separación de la vida. Así el Derecho resulta de conceptos derivados, construido en el reino de los puros valores y elevándose sobre la confusión de la vida y la realidad.(4) El derecho regula las relaciones de los hombres entre sí y la sociedad, el Derecho implica un orden de valores para guiar a la población hacia un fin común, no es que el Derecho se separe de la vida, al contrario, está íntimamente ligado a ella.

Los valores que el Derecho tutela no se encuentran en orden dentro de la realidad social, sino que revelan un orden que se deriva del significado y del relieve que se les atribuye a través de las predominantes concepciones ético-económico-políticas y de sus indudables afinidades sustanciales.(5)

(4) José Guarneri, op. cit. Pág. 78.

(5) Guiseppe Bettiol, op. cit. Pág. 59.

El Derecho Penal regula una materia viva en continuo movimiento, porque aún cuando esté fijado en los Códigos, hierven en él controversias apasionadas de que dependen notables consecuencias teóricas y prácticas. Ahora bien, éstas controversias se desarrollan, no sólo en cuanto al método, sino también y principalmente, en cuanto al contenido moral de las teorías penales. (6)

Maggiore afirma que el derecho penal es la rama del Derecho en que germina más directamente del tronco ético, añadiendo que el delito y la pena no pueden tomarse en la realidad como entes jurídicos antes de considerarlos como entidades éticas. (7)

Es de hacerse notar que todo el Derecho y no sólo el Derecho Penal participan del orden moral, ahora bien, el Derecho Penal tutela bienes jurídicos que si pertenecen asimismo a figuras o instituciones pertenecientes a otras ramas, se ve con claridad que sólo protege el bien jurídico en el aspecto donde se perjudica con más intensidad el aspecto moral y que son aspectos concretísimos y esenciales para la existencia misma del bien tutelado, por ello podemos decir que los con-

(6) José Guarneri, op. cit. Pág. 100.

(7) Guisepe Maggiore. "Principii di Diritto Penale". Tr. Nuestra. 1 ed. Bologna. Zanichelli. 1932. Vol. I. Pág. 19.

ceptos penales son más puros y más difícil que se modifiquen con el tiempo.

Hay que apuntar que en la misma acepción latina del delito, encontramos acentuado el aspecto inmoral del delito, así, delito deriva del latín delinquere que significa abandonar, apartarse del buen camino, apartarse del sendero señalado por la ley. (8) El Derecho tiene como fin el Bien Común y por tanto en el Derecho no tiene cabida el mal como fin, por ello nunca podrá darse el caso de una conducta prohibida por el Derecho Penal y permitida por otra rama del Derecho o viceversa, ahora bien, la tutela del bien tiene diversa intensidad según la rama del Derecho en la cual nos ubiquemos, así vemos como en el juicio valorativo que hace el Estado de la conducta delictiva en su aspecto jurídico es un fenómeno de poder, ya que el Estado es quien le da el carácter de ilicitud al encuadrar una conducta en el tipo captando en él valores medios. También en la culpabilidad, vemos como ella no se agota en el elemento psíquico sino en la propia situación de hecho valorada normativamente.

El Estado es quien crea los tipos, y por medio del tipo

(8) Javier Alva Muñoz. "Apuntes de Derecho Penal" (Parte General). Tomados por el Lic. Cruz Solórzano. México, D. F. Ciclo 87-88 del 2º B., en la E.L.D. Pág. 1.

defiende un orden de valores jerarquizados según la pena que se irroga en cada caso.

Entonces, tenemos que el delito es fruto de una valoración de ciertas conductas según determinados criterios como son la equidad, orden, utilidad social, etc. Pero no hay que perder de vista que ésta valoración la realiza el Estado por medio del poder legislativo lo que le da carácter contingente.

2.1.- Negativistas y Teoría del Mínimo de Moral en el Derecho Penal.

Nos dice Ansow (9) que las corrientes teóricas que niegan la conexión entre el Derecho Penal y la ética aplican el método experimental a datos objetivos, así, para ellos el dato es sólo lo distinto según nos encuadremos entre los naturalistas o positivistas, pero encontrándose de acuerdo en prescindir, de todo lo que no entra en el campo de observación previamente elegido.

Uno de los autores que trata de evitar el aspecto ético del Derecho Penal es Ferri, quien combate las teorías que ba-

(9) J.J. Ansow. "Etica e Diritto Penale", en la Revista Giustizia Penale. Roma. Oct. 1935. Pág. 482 y sig.

san la actividad del Derecho Penal sobre la libertad del querer y sobre la responsabilidad moral, proclama que la pena es una pura función defensiva de la sociedad. (10) Pero aún así, nos dice el maestro Guarneri, que el hecho es que hasta en su concepción brilla un elemento sui generis, e incluso desarrolla amplias consideraciones sobre la justicia destruyendo así su propia teoría. (11)

Recordemos que la conducta delictiva del sujeto activo no contradice normas culturales directamente sino la prohibición de la no realización del tipo, el ilícito proviene de la violación de una prohibición dada por el Estado en el tipo y no por el hecho de vivir en sociedad y actuar en contra de ella, pues no todas las normas o costumbres societarias pueden estar captadas por el Estado valorándolas con la pena en el tipo.

Los naturalistas tratan de evitar el aspecto moral tomando en cuenta sólo el aspecto antropológico, fisiológico del hombre, lo que es totalmente equivocado, aunque realizan toda una teoría del delincuente no entienden que el reproche a la conducta puede ser material y subjetivo y en ambos casos valorada, por ello aunque la conducta encuadre letrísticamen-

(10) Ferri, citado por José Guarneri, op. cit. Pág. 100 a 102.

(11) José Guarneri, op. cit. Pág. 102.

te en el tipo penal aún le faltan dos escalones para ser considerada como delito, escalones que encontramos en la tipicidad material, así se analiza después de la antijuridicidad el aspecto subjetivo del activo del delito, culpabilidad, dándonos la norma, el margen para valorar la insensibilidad moral del sujeto.

Jellineck desarrolla su teoría de que el Derecho no es más que un mínimo de ética. Objetivamente, dice que es una condición de conservación de la sociedad, en cuanto ésta última depende mucho de la voluntad humana, siendo éste el mínimo de existencia de las normas éticas. Lo ilícito jurídico, según Jellineck es una violación de las condiciones de existencia de la sociedad cometida por una voluntad humana en contraste con la norma. En cuanto se refiere a su lado interno, lo ilícito jurídico se caracteriza por la falta de un mínimo de altruismo que representa la condición subjetiva del derecho, y es un mínimo porque el derecho es a la moral como la parte al todo, su base. (12)

El ideal del mínimo de ética pudo satisfacer a la sociedad del siglo pasado o del principio del actual, conservadoras por tendencia, fiadas en un largo periodo de pacífico

(12) Jellineck, citado por José Guarneri, op. cit. Pág. 103.

desarrollo, pero no puede satisfacer a las generaciones actuales que han vivido a través de dos guerras, so pena de nuevas catástrofes, acaso irreparables. (13)

2.2.- Aspecto Moral en las Sanciones Preventivas.

Responde a un alto principio moral, el que queda sujeto a sanción todo el que ha violado el orden jurídico de una manera culpable. Con ello se quiere aludir a los imputables, pero las fronteras del Derecho Penal se extienden mucho más lejos. Pueden distinguirse en él dos ramas: una fundada sobre el principio de la imputabilidad que es represiva y la otra preventiva que es la de los no imputables. (14) La anterior opinión del maestro Guarneri va más allá del límite del Derecho Penal a quien, siguiendo la teoría del tipo, sólo interesan los imputables.

Algunos autores se han manifestado en el sentido de que las sanciones preventivas que tienen como fin la readaptación del sujeto, no tienen en sí un contenido moral, más en nuestra opinión si se toma en cuenta la moral, ya que es bueno readaptar a los sujetos y en la readaptación ellos lleguen

(13) José Guarneri, op. cit. Pág. 105.

(14) Idem, Pág. 109.

a valorar el bien sobre el mal. Situación diferente es determinar si el Derecho Penal abarca las sanciones preventivas que corresponde a los inimputables.

2.3.- Carácter Teleológico de los Conceptos Penales.

El mundo en que se mueve el derecho no es el mundo de la naturaleza gobernado por la ley de la causalidad, sino el mundo social impregnado de valores religiosos, morales, políticos, económicos que el derecho protege en un momento determinado. Por consiguiente los conceptos penales deben ser conceptos teleológicos, valuados en la medida del valor protegido, porque sólo de esta consideración, asumen una orientación real. (15)

El Derecho está dirigido al hombre, único con voluntad y razón, único ser capaz de captar los valores, así toda voluntad contiene en sí misma una dirección finalista que debe tender hacia el bien, entendido como todo aquello que perfecciona a el hombre, así, Guarneri nos dice que "...Quien dice derecho dice voluntad y quien dice voluntad supone una dirección finalista hacia la tutela de un valor. Un derecho sin fin es inconcebible; y por tanto un derecho que no impli-

(15) Guiseppe Bettiol, op. cit. Págs. 47 a 49.

que la tutela de un bien jurídico, o mejor, de un valor aparece fuera de la realidad".(16)

En cuanto al tema que tratamos nos dice Vargas Gómez que, las normas del derecho penal adquieren vida y significación mediante la interpretación teleológica que de ellas se hace, es decir, cuando se desentraña el fin de un determinado precepto. De este carácter indispensable del derecho penal, nos continúa diciendo el maestro, han surgido teorías fundamentales como la del bien jurídico.(17) Entonces, lo que "...debe considerarse es el valor, pero no aislado sino más bien como una serie de valores polarizados en torno del valor decisivo. Puede denominársele bien jurídico y consiste en el criterio decisivo de selección para elaborar el concepto penal individual".(18)

Lo que importa para superar una dogmática formalista, nos dice Bettiol, no es la mayor o menor extensión de los conceptos que se intenta lograr, sino el modo como queden fijados dichos conceptos, es preciso pues, descubrir el bien jurídico tutelado por la norma. Para ello es preciso recurrir,

(16) José Guarneri, op. cit. Pág. 61.

(17) Encarnación Vargas Gómez. "Las Fuentes del Derecho Penal". 1ª ed. México, D.F. Xalapeña, 1957. Págs. 21 y 22.

(18) Guisepe Bettiol, op. cit. Pág. 56.

nos sigue diciendo el maestro, a una lógica concreta, confundida con la realidad, puesta al servicio de los valores sociales que la norma penal tutela. (19)

Si bien es cierto que debemos encontrar el significado del término tal y cual queda fijado en el tipo, partimos de la base que el legislador no ha determinado el concepto y en nuestra investigación debemos buscar el bien jurídico protegido en el tipo penal, una vez localizado nos servirá de principio rector en el desentrañamiento del sentido de los términos utilizados en el tipo y no descritos por el legislador, en lo que no estamos de acuerdo con Bettiol es el dejar a un lado el problema de la mayor o menor extensión del término, sino que sin descuidar la protección del bien jurídico, debemos asimismo buscar la menor extensión del término y evitar de esta manera la elasticidad de conceptos que nos llevaría a la elasticidad del tipo.

El concepto de bien jurídico no sólo es indispensable para comprender la función del orden jurídico penal y la esencia misma del delito, sino que también constituye la base de la clasificación de los delitos.

(19) Idem, págs. 56 y 57.

A pesar de que Bettiol se manifiesta por una clara tendencia hacia una independencia del Derecho Penal no deja de reconocer que ésta independencia aún no es absoluta, y nos dice: "Aún en la hipótesis de que se encuentren en el derecho penal y en otros sectores jurídicos, términos idénticos por ejemplo: patrimonio, propiedad, posesión, esponsales, cosa, cosa mueble, etc., no debe creerse que se utilizan en un mismo sentido, ni que el derecho penal tome en préstamo el significado que dichos términos tienen en el derecho civil o un valor superior. Lo cierto es que pueden existir diversos significados, según la distinta función que la norma esté destinada a cumplir. Hay que precaverse no obstante, del error contrario, es decir, de creer que siempre existe disparidad entre los términos usados por el derecho penal o civil. Existen algunos que tienen un significado técnico preciso, porque aparecieron exclusivamente en un sector determinado del ordenamiento jurídico y no admiten transformaciones".(20) Nos sigue diciendo el maestro que aún en el Derecho Penal los términos pueden tener diversos significados o función como honor en derecho Castrense, así, será diferente el significado de los términos y conceptos jurídicos según la institución o la categoría para la que debe ser elaborado dicho concepto.(21)

(29) Idem, pág. 63.

(21) Idem, pág. 64.

"Hay en verdad conceptos de pura creación civilista, que aún usados en materia penal, no pueden tener otra significación que la acuñada por el derecho civil, como el concepto de usufructo, prenda, etc..."(22) Sin embargo, recordemos que el objeto de estudio del derecho penal son los tipos, así, como son número cerrado, debemos analizarlos caso por caso, por ello la investigación debe tener en cuenta por encima de las afinidades lingüísticas, los valores protegidos, para que la dogmática jurídico penal sea una dogmática teleológica concreta, llena de contenido.

Por lo tanto en la elaboración conceptual de las normas jurídicas el legislador debe tomar en cuenta las figuras e instituciones jurídicas en su sede, buscando proteger el bien jurídico en su parte esencial que si se dañara atentaría contra su existencia misma.

En sentido similar Bettiol nos dice que si bien tenemos que tomar en cuenta la realidad institucional (familia, iglesia, etc.), debemos cuidarnos de no caer en dos conclusiones erróneas: a).- Considerar como fuente del derecho Penal a la institución en sí, porque la fuente formal del Derecho Penal será siempre el Estado; y b).- Negar la utilidad o necesidad

(22) José Guarneri, op. cit. Pág. 59.

de conceptos generales en el Derecho Penal. (23) Respecto al segundo error que manifiesta Bettiol, debemos indicar que si bien no debemos negar conceptos abstractos, éstos deberán ser en la menor extensión posible, pero que con ella quede garantizado el bien jurídico tutelado, claro siempre y cuando el legislador no nos dé la extensión de tal concepto que esté en cuestión.

Bettiol resalta otro aspecto muy interesante y que transcribimos: "... en la enorme mayoría de los casos puede prescindirse de la institución en cuanto entran en juego valores que superan los estrechos límites de éste e interesan a toda la colectividad". (24) Si bien es cierto, lo será cuando el Estado expresamente lo determine y de manera específica.

Un pensamiento similar al inmediato anterior del maestro Bettiol, lo encontramos en el no menos maestro José Guarneri quien nos dice: El concepto de bien jurídico está definido a través de los valores fundamentales de la existencia del hombre, que sobrepasan los límites sociales impuestos por él mismo para convivir con seres de su misma especie, remarcando con ello la esencia teleológica de los términos que se utilizan en el derecho penal.

(3) Giuseppe Bettiol, op. cit. Pág. 64.

(24) Idem, pág. 65.

Podemos mencionar por consecuencia la cierta flexibilidad del derecho penal en el ejercicio de los tipos punitivos impuestos por el estado, observando que por ejemplo en otras materias jurídicas existe una flexibilidad casi nula como puede ser el caso del Derecho fiscal, cuyo ejercicio es impuesto y existe una relación dependiente frente al estado; esa flexibilidad que existe en el Derecho penal se basa en la manifestación de una realidad social que prácticamente es tomada en cuenta en la técnica jurídica penal, para como ya mencionamos se susciten lo conocido como excusas absolutorias y poder esgrimirle ese aspecto social del que hablamos.

C A P I T U L O I V
DERECHO PENAL ESCRITO METODO E
INTERPRETACION

1.- Exigencia de un Derecho Penal Escrito.

2.- Método e Interpretación.

C A P I T U L O I V
DERECHO PENAL ESCRITO, METODO E
INTERPRETACION

1.- Exigencia de un Derecho Penal Escrito.

A principios del siglo XIX Savigny y Tibhaut debatieron - la conveniencia o inconveniencia de un derecho escrito, el primero por la preferencia de una codificación y el segundo por el Derecho Consuetudinario, prevaleció la postura de Savigny principalmente a causa del Derecho penal, ya que de esa manera se garantizaría mejor la libertad individual, garantizada por sistemas constitucionales. Así, en la actualidad el derecho escrito se afirma como única fuente de las disposiciones penales, salvo, en aquellos sistemas en los cualse se admite la interpretación analógica.

En los sistemas autoritarios donde se niegan algunas garantías, es donde se sanciona la analogía, y se le da amplia acogida en la integración, la creación de la norma punitiva. Además, con ello cae por tierra el principio de la tipicidad, siendo sustituido por el del sano sentimiento popular. Tal es el caso del Código Penal Ruso.(1)

(1) Encarnación Vargas Gómez. "Las Fuentes del Derecho Penal".
1 ed. México, D.F., Xalapeña. 1957. Pág. 44.

El maestro Soler nos dice que en el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* debe buscarse la diferencia entre analogía creadora y mera interpretación lgoica nos demostrará que el caso está comprendido en la ley, en la analogía, la interpretación nos demuestra que no está comprendida, y que para alcanzarla, hay que aplicar una disposición análoga.(2) Más adelante de su obra el mencionado autor nos dice que en su sistema constitucional está prohibida la analogía más, se manifiesta en el sentido de que en el campo penal no es absoluta y sin distinciones, ya que manifiesta que tal prohibición debe entenderse limitada en cuanto pueda vulnerar el principio constitucional superior y que será cuando no amplíe la pretensión punitiva o a crear exenciones sobre principios no legislados.(3)

No compartimos el pensamiento de Soler, ya que la analogía independientemente de como se le considere, siempre implica la integración, además, nuestra Constitución no hace distinciones y la prohíbe contundentemente.

En nuestro sistema constitucional la exigencia de que no

(2) Sebastián Soler. "Derecho Penal Argentino". 3 ed. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina. 1963. Pág. 160.

(3) Idem., pág. 162.

hay delito sin ley la derivamos del artículo 14, tercer párrafo, cuya letra es la siguiente: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". (4) Entonces, nuestro Código Penal es un catálogo de tipos, y por tanto, los tipos vienen a ser el objeto de estudio del Derecho Penal.

"El problema de las lagunas de la legislación no existe para el Derecho Penal. ..." (5) El hecho de que tenga que estar previsto el tipo, constituye una garantía del individuo frente a las arbitrariedades del poder, (6) y Savigny (7) nos dice que si la ley ha sido establecida para excluir toda arbitrariedad, la única acción y la única tarea del juez es una interpretación puramente lógica. No estamos de acuerdo con Savigny en que la labor del Juez sea puramente lógica, ya que

(4) "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". 88 ed. México, D.F. Porrúa. 1990. Pág. 13.

(5) Sebastián Soler, op. cit. Pág. 148.

(6) Encarnación Vargas Gómez, op. cit. Pág. 53.

(7) Friederich Karl Von Savigny. "Metodología Jurídica". 1 ed. Tr. de J.J. Santa Pinter. Buenos Aires. De Palma, 1979. Pág. 8.

podríamos caer en otra arbitrariedad de dar contenidos diversos a los tipos degenerando su naturaleza concreta.

Es necesario indicar el problema o solución que significaría el concentrar todos los tipos en el Código Penal, sólo dejamos señalada la cuestión aunque nos inclinemos por la óptima solución que significaría concentrar los tipos en un sólo ordenamiento, porque ello sería cuestión de estudios que desviarían la atención de nuestra investigación.

El tipo como manifestamos anteriormente es concreto, se refiere a una situación determinada y por ser una norma específica, concreta, los conceptos deberán entenderse en el sentido más estricto posible, es decir, ante una disyuntiva del juez penal en la determinación de un concepto, éste lo deberá acoger en su sentido más restrictivo posible. Si bien es una máxima aceptada en cuanto al Derecho Público que las facultades de las autoridades deben ser expresas, entendiéndose por éste último término el que sean escritas, y si el tipo es una imposición del Estado, el tipo debe entenderse en el sentido más estricto posible, ya que los términos descritos en el tipo valoran conductas determinadas y éstos términos no pueden ser elásticos sino con único significado.

2.- Método e Interpretación.

El libre arbitrio judicial y la analogía eran hasta el siglo XVIII expresiones de la limitación de la soberanía, así, para evitar la extensión de la ley penal se pensó que no debía ser interpretada, que los jueces no eran legisladores, pero ello no parece que pueda sostenerse doctrinariamente, pues ello importaría desconocer la naturaleza de la ley como formulación general y abstracta. El problema consiste por el contrario, en determinar las condiciones de validez de esa interpretación, conforme a la naturaleza del Derecho Penal. (8)

Las condiciones de validez de la ley penal se ubicarán no extra legem sino intra legem buscando el contenido adecuado de la disposición penal a fin de su aplicación a un caso de la vida real.

Por tanto, antes que nada debemos determinar qué entendemos por interpretación. El concepto tradicional y que consideramos correcto es el de simple aclaración de una ley para su aplicación a un caso concreto, aclaración de una ley obscura.

Otro concepto de interpretación que va más allá del con

(8) Op. Cit.

cepto anteriormente planteado es el dado por Savigny: "...Interpretación es reconstrucción del pensamiento (claro u obscuro, es igual) expresado en la ley en cuanto sea conocible en la ley". (9) No tomamos tal definición a nuestro estudio ya que el término reconstrucción puede conducir a equívocos, si bien al interpretar reconstruimos o más bien desentrañamos un pensamiento, Savigny va más allá de lo que acabamos de señalar, ya que él analiza aún extra legem, ya que nos sigue diciendo que: "... La tarea suprema de la interpretación es la crítica superior, esto es, restitución de un texto corrompido. Todo lo dado es sólo indirectamente dado, y en este medio, en este ser dado, puede ocurrir una falsificación". (10) El hecho que no tomemos la definición de Savigny, no significa que digamos que es erróneo su pensamiento, al contrario, solo que será de gran significación para el Derecho Civil más no para el Derecho Penal, donde la interpretación seguirá una línea restrictiva.

Carnelutti anunciaba como un notable progreso del método, el tratar el delito con los instrumentos que los civilistas

(9) Op. Cit.

(10) Idem.

emplean para el estudio del negocio jurídico. (11) Desatiende Carnelutti que las exigencias de ambas ramas son distintas, ya que si celebramos un acto que no encuadrara exactamente en las exigencias de los contratos nominados por nuestro Código Civil, pero que tuviere elementos esenciales para su existencia sería un contrato innominado o en última instancia se aplicaría la teoría de las obligaciones y el acto produciría efectos jurídicos, también es de notar que existe un ámbito liberal otorgado a los particulares para que normen sus actividades, lo que no ocurre en el Derecho Penal, en éste no se dan lineamientos generales y se deja un campo de acción a los particulares, al contrario, se dan lineamientos específicos que el particular no debe de realizar y lo demás ya no entra dentro de las conductas sancionadas por el Derecho Penal.

En la abstracción se destaca una parte de un conjunto complicado, exagerando esa parte a expensas del todo que constituye la realidad verdadera. Sin embargo la abstracción es ilustrativa, y nos ayuda en el entendimiento y clasificación de las cosas, por ello no es correcto que se deba abandonar de manera absoluta.

(11) Carnelutti, citado por José Guarneri. "Las influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal". Tr. del Dr. Constancio Bernaldo Quiroz. 1 ed. Puebla. J.M. Cájica Jr. 1953. Pág. 19

En el camino que se sigue en la interpretación es ya aceptado que lo primero es la interpretación gramatical o descriptiva, respecto de la cual nos dice el maestro Soler que debe preceder a los demás medios interpretativos, no sólo porque la palabra es el medio necesario de expresión de la ley, sino porque el primer deber del intérprete es el de dar valor a las palabras de la ley. Así, las palabras, continúa diciendo el ilustre maestro, han de entenderse en su sentido técnico, salvo que esto lleve a una contradicción. Así, cuando es insuficiente la interpretación gramatical, llámese por eso en general, a la interpretación lógica, la cual tiene a sus servicios diversos procedimientos que entre sí apoyan, dados por los elementos teleológicos, racionales, sistemáticos, históricos, comparativos, que el estudio integral de la ley. (12) Continúa diciendo, que el estudio integral de la ley "... nos lleva siempre al descubrimiento de un núcleo que constituye la razón de ser de esa ley, es decir a un fin. En la ley penal ese fin es ordinariamente la tutela de un bien jurídico, con formado de acuerdo con una determinada concepción. Esa finalidad, sin embargo, no debe solamente inducirse de la disposición aisladamente considerada; sino que debe tomarse en cuenta la totalidad del organismo jurídico". (13)

(12) Sebastián Soler, op. cit. Págs. 152 a 154

(13) Sebastián Soler, op. cit. Pág. 155.

En sentido similar se manifiesta el maestro Vargas Gómez al decir que el método fundamentalmente lógico-abstracto es el correcto, pero para no caer en un excesivo formalismo se le dota a éste método de una función teleológica. (14)

Así, el método utilizado en nuestra investigación será una operación lógico jurídica consistente en verificar el sen tido que cobra el precepto interpretado, pero con criterios teleológicos, sociales e históricos, puesto que no podemos prescindir de la realidad ni de los fines del Derecho, asimis mo nuestra interpretación jurídico, porque aunque estemos ubi cados en una rama del Derecho no debemos descuidar, la unidad, puesto que cada rama de Derecho ocupa un lugar dentro de nues tra ciencia jurídica. En cuanto al resultado de la interpre tación es como ya lo establecimos anteriormente, estricto.

Una mención especial merece la llamada interpretación progresiva que adapta el tipo a situaciones nuevas y de las cuales el legislador no pudo haber previsto, y de la cual nos manifestamos en el sentido de que no interpretamos la volun tad del legislador sino el tipo, una unidad, por lo que si la nueva situación, conforme a los criterios de interpre tación ya establecidos, encuadra en el tipo y se refiere al bien tutelado, tal nueva situación será considerada como delito.

(14) Encarnación Vargas Gómez, op. cit. Pág. 23.

C A P I T U L O V
DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO CIVIL
Y EL DERECHO PENAL

- 1.- Diferente Técnica Legislativa y Teórica.
- 2.- Diferencias en Cuanto a la moral.

C A P I T U L O V
DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO CIVIL
Y EL DERECHO PENAL

1.- Diferente Técnica Legislativa y Teórica.

Como legisladores, al realizar una legislación se nos originaría inmediatamente la cuestión de si la ley debe regular todas las relaciones jurídicas posibles, o bien, conservando una gran discreción, dejar a la costumbre y analogía como medios para integrar la ley. Pues bien, según nos ubiquemos en el Derecho Público o Privado las exigencias serán distintas, ya que en un régimen de facultades expresas a las autoridades, estas sólo podrán hacer lo que expresamente les está no sólo permitido, sino encomendado a realizar, pero en materia penal las facultades se manifiestan más rigurosamente en cuanto en ellas no existe discrecionalidad, no se pueden dar tipos elásticos.

En el Derecho Civil, las normas permisivas son más importantes y numerosas que las coactivas, sería suficiente así, en la línea teórica para el legislador, limitarse a unas directrices de orden general, confiando el resto a la costumbre y a la jurisprudencia, la cual con el auxilio de la analogía, podría encontrar sin excesivas dificultades las normas necesarias.

rias para cada caso. Así la técnica legislativa presenta exigencias diferentes según la rama de Derecho en que nos ubiquemos y se toman en cuenta principios diferentes.

Por las diferencias en la manera de legislar en una y otra rama, ocasiona asimismo que se desarrollen teorías técnicas diferentes, y se empiezan a crear términos técnicos que identifican nuestra ciencia y específicamente en la rama en que nos ubiquemos. Sin embargo, en ocasiones los términos técnicos se repiten en varias disciplinas jurídicas pero con connotaciones diferentes según los principios rectores de cada rama del derecho, así tenemos por ejemplo la culpa civil y la culpa penal.

Mancini nos manifiesta que la diversidad de objetos y medios específicos del derecho penal y el civil, implica una relativa independencia entre ambos, aún cuando se refieran a una misma materia. Así, continúa diciendo, la incapacidad civil no necesariamente coincide con la incapacidad penal como por ejemplo en los interdictos que son incapaces civilmente, más para el Derecho Penal puede ser que tengan capacidad de querer o tener intervalos lúcidos lo que los hace capaces penalmente. Más la cuestión se complica dice Manzini cuando la norma penal expresamente hace referencia a el derecho civil o se deduce del contexto de la misma, más ésta referencia nunca deberá deducirse, dice el eminente jurista, de la identidad

terminológica, sólo habrá referencia cuando la existencia jurídica (el delito) la punibilidad o distinta punibilidad (pena) se condicione subjetiva y objetivamente a un estado, hecho o relación de derecho privado, o cuando, no estando condicionada, la referencia se caracterice principalmente por elementos conforme al contenido y fines del derecho privado. Anteriormente hemos anotado los dos únicos casos en que Manzini acepta la referencia al Derecho Civil, en cuanto a los efectos de ésta referencia nos manifiesta que habría que distinguir las relaciones de contribución de las relaciones de recepción del derecho privado. Por otra parte, dice, que la recepción podría ser transformativa o pura y simple, siendo la primera una recepción aparente, en cambio, la segunda consistiría en la repetición de la regla civil o en una remisión pura y simple al derecho privado. Pero en todo caso, observa Mancini, la remisión del derecho penal al civil está subordinado a la reserva por la cual el derecho penal sólo reconoce las instituciones civiles y nociones jurídicas que son conformes a la realidad de las cosas y que no se oponen a los principios de la imputabilidad, de la responsabilidad, de la acción y de la prueba penal.(1)

(1) Vincenzo Mancini. "Tratado di Diritto Penale Italiano". - Tr. Nuestra. 2/ed. Milano. Fratelli Bocca. 1908. Tomo I.- Págs. 170 y 171.

Así, nos manifiesta también Mancini, que la diversidad de fines y medios específicos de una y otra rama implican normalmente cierta independencia del uno respecto del otro y ello se observa cuando frente a un estado de hecho susceptible de existencia jurídica subsiste aún sin el reconocimiento del derecho privado. (2)

El hecho ilícito puede ser civil o penal, la diferencia la da la tipicidad. En las causas de justificación se actúa jurídicamente ya que el estado a través de una norma levanta la prohibición y por lo tanto no engendra responsabilidad penal. Sin embargo, la antijuridicidad sobrevive y engendra responsabilidad civil.

En el Derecho Penal la consideración del hombre es imprescindible para llegar a un juicio de culpabilidad mientras en otras ramas del derecho prevalece la consideración de los casos, como por ejemplo en un título de crédito. Hay que tomar en cuenta que en el Derecho Penal está el sujeto frente al Estado y en el privado se encuentran frente a frente sujetos en un plano de igualdad jurídica.

(1) Idem., pág. 226.

2.- Diferencias en cuanto a la Moral.

"En general, se observa que debe excluirse un influjo directo del derecho natural o de la moral sobre el derecho civil positivo, en el sentido que sirva para integrarlo, modificarlo o interpretarlo. El derecho natural sólo tendría valor en un momento prejurídico en cuanto pudiera servir de estímulo al legislador para la introducción de determinadas reformas requeridas por la conciencia social; es decir, que sólo tendría valor desde el punto de vista de la política legislativa, pero no constante comunicación entre uno y otra, por encontrarse los dos territorios sobre planos distintos".(3)

Nos continúa diciendo el maestro Guarneri que el binomio delincuente sanción, no puede resolverse adecuadamente si no se toman muy en cuenta las exigencias de la moral ya para juzgar la culpa ya para individualizar la naturaleza y medida de la sanción, en cambio, el derecho civil puede cumplir su oficio sin necesidad de preocuparse de las indicaciones de la moral, el derecho civil es materia predominantemente técnica.(4)

(3) José Guarneri. "Las Influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal". Tr. del Dr. Constancio Bernaldo Quiroz. 1 ed. Puebla. José M. Cajica Jr. 1952. Págs. 97 y 98.

(4) Idem., pág. 100.

Debemos tener en cuenta que por ser Derecho ambas ramas participan del orden moral, así todas las normas tienen un índice de moralidad, pero en la aplicación de las mismas, vemos con claridad como en materia penal el juicio valorativo es más intenso.

3.- Diferencias en cuanto a su función.

La estructura y función del derecho son distintas según la disciplina jurídica de que se trate, por ello en la unidad de derecho se han ido perdiendo las peculiaridades substanciales de cada materia jurídica. Así, el derecho administrativo e Internacional están orientados hacia elementos individuales, finalistas, en cambio el derecho privado y el procesal se guían por criterios más generales, mayor seguridad jurídica general, e inciden de manera diferente en la idea de Derecho, justicia y bienestar universal. (5)

Por su parte, Bettiol, nos dice que "...entre el precepto civil y el penal existe una diferencia ontológica, porque el objeto de sus respectivas tutelas es distinto. El precep-

(5) Wilhelm Sauer. "Juristische Methodenlehre". Tr. Nuestra, 1 ed. Stuttgart. Walter de Gruyter. 1940. Pág. 340.

to civil tiene por fin salvaguardar un interés privado, mientras que el penal se dirige a tutelar un interés general, mas bien un valor social. Aunque parezca que un interés privado es tutelado por la norma penal, ello acaece sólo por vía indirecta, puesto que siempre y únicamente se garantiza un interés estatal".(6)

(6) Guiseppe Bettiol. "Derecho Penal". (Parte General). Tr. José León Pagano. 4 ed. Bogotá. Témis. 1965. Pág. 72.

CONCLUSIONES

Analizando los cinco capítulos de que se conformó el presente trabajo, y vistos los objetivos particulares de cada uno de ellos, podemos dar inicio a vertir nuestro humilde criterio respecto de la "Influencia del Derecho Civil en el Derecho Penal"; criterio que se enmarca en los siguientes puntos concluyentes.

PRIMERO.- Considero que si existe una influencia de tipo conceptual del Derecho Civil en el Derecho Penal, dado que desde el punto de vista de los conceptos distintos a la técnica jurídico penal, se muestra la existencia de dicha influencia.

SEGUNDO.- La influencia del Derecho Civil sobre el Derecho Penal, lejos de establecer una superioridad del primero sobre el segundo, marca un enriquecimiento de la ciencia penal aportándose conceptos en los casos en que el concepto no está definido o que su definición no se encuentra clara pudiendo tergiversarse la interpretación jurídico penal.

TERCERO.- El Derecho Civil en su tarea de aportación respeta los principios fundamentales del Derecho Penal y su autonomía, circunscribiéndose únicamente a una función enriquecedora.

CUARTO.- Gracias a la armonía que guarda el Derecho en General en su función fundamental, sus distintas ramas guardan entre sí estrechas relaciones de complemento, aportación conceptual y de respeto a sus ámbitos de acción, dándose por consecuencia puntos de encuentro entre ellas; tal es el caso del Derecho Civil y el Derecho Penal.

QUINTO.- La interpretación penal es *intra legem*, por lo que es importante acudir al tipo primeramente en estricto sensu, tener una interpretación íntegra de aquella conducta que se pretende tratar.

SEXTO.- De igual importancia es el ejercicio de distinguir los conceptos pertenecientes a la técnica jurídico penal, de aquellos que no pertenecen pues en ellos es donde se presentan puntos de unión en relación con el Derecho Civil.

SEPTIMO.- La Legislación Civil es fuente del Derecho Penal, tanto en la Determinación de ALGUNOS TIPOS como en la de terminación de algunos de los conceptos con que se describe al tipo.

OCTAVO.- La conexión armónica de todo el ordenamiento jurídico, es la circunstancia que marca la pauta de importancia para la participación de el derecho penal en los aspectos social y moral de todo desarrollo humano, esencia con la cual

el Derecho está revestido.

NOVENO.- Por la naturaleza propia de los conceptos penales, éstos están revestidos de una tendencia de índole finalista, y tienen la función de la protección de un bien jurídico determinado y en ellos se debe tomar en cuenta a las figuras o instituciones de su sede.

DECIMO.- El método de interpretar al Derecho Penal, será de tendencia lógico sistemática, pero guardando siempre el carácter teleológico de sus conceptos y con un resultado restrictivo.

DECIMO PRIMERO.- Si al momento de nacer la norma jurídica escrita, el legislador no determina el concepto en la legislación penal, se debe acudir a lo determinado en la legislación civil según sea el caso, ahora bien tomando en cuenta que si en caso de que la legislación civil, con sus diversas clasificaciones y excepciones respecto del mismo concepto lleve a fricciones que no tengan cabida en el derecho penal, el juez aplicando el método ya establecido buscará determinar a cuál acepción corresponde el tipo.

DECIMO SEGUNDO.- Por consecuencia de lo anterior para no tomar en cuenta el concepto en la acepción de su sede civil, será cuando el legislador así lo determine establezca en

su acción legislativa penal.

DECIMO TERCERO.- Si al momento de ejercer la acción legislativa, el legislador toma en cuenta una figura o institución civil para la protección de determinado bien jurídico a través del tipo, se le impone el deber de tomar en cuenta los conceptos pertenecientes a la figura o institución civil en forma íntegra.

DECIMO CUARTO.- Si ninguna de las legislaciones en cuestión determina el concepto, el juez penal lo determinará con el método ya establecido.

DECIMO QUINTO.- Las normas penales por ser cada una de ellas concreta y determinada, y por pertenecer al Derecho Público, sus conceptos no los determina el legislador o si las determina en la legislación civil se entenderán en el sentido más estricto posible; sin descuidar la protección del bien jurídico tutelado.

B I B L I O G R A F I A

LEGISLACION

"Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". 88 ed. México, D. F. Porrúa, S. A. 1990. 130 pp.

"Código Penal para el D.F." 46. ed. México, D. F. Editorial Porrúa, S. A. 1990. 239 pp.

GABRIEL Leyva y Lisandro Cruz Ponce. "Código Civil para el D.F. y para toda la República en Materia Federal". 8 ed. México, D.F. Editorial Porrúa, S.A. 1989. 666 pp.

DOCTRINA

ALVA Muñoz, Javier. "Apuntes de Derecho Penal". (Parte General). Tomados por el Lic. Cruz Solórzano. Ciclo 87-88 del 2° en la E.L.D. México, D.F.

ANOSOW J.J. "Etica e Diritto Penale". en la revista Giustizia Penale. Roma. Oct. 1935. 682 pp.

ANTOLISEI, Francesco. "La Acción y el Resultado en el Delito". Tr. José Luis Pérez Hernández. 1 ed. México. Editorial Jurídica Mexicana. 1959. 214 pp.

ANTOLISEI, Francesco. "El Estudio Analítico del Delito". Tr. Franco Guzmán. México. Anales de Jurisprudencia. 1954. 93 pp.

ANTOLISEI, Francesco. "Manual de Derecho Penal". (Parte General). Tr. Juan del Rosal y Angel Torio. 1 ed. Buenos Aires. UTHEA. 1960, 603 pp.

- BETTIOL, Guiseppe. "Derecho Penal". (Parte General) Tr. José León Pagano. 4 ed. Bogotá: Temis. 1965. 813 pp.
- BETTIOL, Guiseppe. "Instituciones de Derecho Penal y Proceso" Tr. Faustino Gutierrez-Alviz y Conradi. 2/ed. Barcelona Bosch. 1977. 297 pp.
- BINDING, Karl. "Handbuch des Strafrechts". 1 ed. Leipzig. Duncker und Humbolt. 1881. Tomo I. 548 pp.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. "Derecho Penal Mexicano". (Parte General). 8 ed. México. Libros de México, S.A. 1967. 634 pp.
- CARRARA, Francesco. "Programa de Derecho Criminal". Tr. Ortega Torres y Jorge Guerrero. 1 ed. Bogotá. Edit., Temis. 1986. Vols. I, II y III.
- CASTRO, Juventino V. "Garantías y Amparo". 6 ed. México. Porrúa. 1989. 591 pp.
- FERRI, Enrico. "Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal". Tr. Don Isidro Pérez Oliva. 2 ed. Madrid. Centro Editorial de Góngora. 1887. 413 pp.
- FERRI, Enrico. "Principios de Derecho Criminal". Tr. José A. Rodríguez Muños. 1 ed. Madrid. Editorial Reus. 1933 820 pp.
- FLORIAN, Eugenio. "Parte General del Derecho Penal". Tr. Ernesto Dihigo y Félix Martínez Giralt. 3 ed. Haban. Imprenta y Librería la Propagandista. 1929. Tomo I. 643 p.
- FLORIS Margadant, Guillermo. "Derecho Romano". 1a. Ed. Esfinge. México 1960.

- GARCIA Maynez, Eduardo. "Introducción a la Lógica Jurídica". 1 ed. México, D.F. Fondo de Cultura Económica. 1951. 257 pp.
- GARCIA Maynez, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho". Ed. Porrúa México 1979.
- GAROFALO, Raffaele. "La Criminología". Tr. Pedro Dorado Montero. 2 ed. Madrid. Editorial La España Moderna. 1890. 528 pp.
- GRISPIGNI, Filippo. "Diritto Penale Italiano". 1 ed. Padova. Cedam. 415 pp.
- GUARNERI, José "Las Influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal". Tr. del Dr. Constancio Bernaldo Quiroz. 1 ed. Puebla José M. Cájica Jr. 1952. 348 pp.
- HERRERA LASSO y Gutiérrez, Eduardo. "Garantías Constitucionales en Materia Penal". 1 ed. México. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1979. 118 pp.
- IGLESIAS, Juan. "Derecho Romano". 7 ed. Barcelona. Editorial Ariel, S.A. 1982. 774 pp.
- JIMENEZ de Asúa, Luis. "Tratado de Derecho Penal". 4 ed. Buenos Aires. Editorial Losada, S.A. 1964. Tomo I. 1435 pp.
- JIMENEZ de Asúa, Luis. "La Ley y el Delito". 5 ed. Buenos Aires. Editorial Sudamericana. 1967. 578 pp.
- JIMENEZ de Asúa, Luis, y Otros. "La Vida Penal en Rusia". - 1 ed. Madrid. Editorial Reus. 1931. 314 pp.

JIMENEZ Huerta, Mariano. "Derecho Penal Mexicano". 5 ed. México. Editorial Porrúa, S. A. 1984. Tomos II y III.

LOMBROSO, César. "El Delito, sus Causas y Remedios". Tr. C. Bernaldo de Quiroz. 1 ed. Madrid. Librería General de Victoriano Suárez. 1902. 653 pp.

MAGGIORE, Giuseppe. "Derecho Penal". (Parte Especial. Tr. J. Ortega Torres. 2 ed. Bogotá. Editorial Témis. 1972. Vol. V. 318 pp.

MAGGIORE, Giuseppe. "Principali di Diritto Penale". 1 ed. Bologna. Editorial Zanichelli. 1932. Vol. I. 339 pp.

MANCINI, Vincenzo. "Tratato di Diritto Penale Italiano". - 2/ed. Milano. Fratelli Bocca. 1908. Tomo I. 498 pp.

MEZGER, Edmund. "Criminología". Tr. José Arturo Rodríguez Muñoz. 1 ed. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1933. 301 pp.

MEZGER, Edmund. "Derecho Penal" (Parte General). Tr. del Dr. Conrado A. Finzi. 1 ed. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1958. 527 pp.

PETROCELLI, Biagio. "La Antijuridicidad". Tr. José L. Pérez Hernández. 1 ed. México. UNAM. 1963. 125 pp.

PETROCELLI, Biagio. "Instituti e Termini del Diritto Privato nel Diritto Penale". s/ed. Roma. En Anali di Diritto e Procedura Penale. 1932, Vol. III. 1211 pp.

PRECIADO Hernández, Rafael. "Lecciones de Filosofía del Derecho". 2 ed. México. UNAM. 1980. 313 pp.

- RAHAIM Manriquez, Salomón. "Compendio de Filosofía". 4 ed. México. Editorial Limusa, S.A. de C.V. 1985. 709 pp.
- RAYMOND, Ruyer. "La Filosofía del Valor". Tr. Agustín Escur-
dia Hija. 1 ed. México. Fondo de Cultura Económica.
1969. 210 pp.
- SAUER, Wilhelm. "Derecho Penal". (Parte General). Tr. Juan
del Rosal y José Cerezo. 1 ed. Barcelona. Bosch Casa Edi-
torial. 1956. 431 pp.
- SAVIGNY Karl Von, Friedrich. "Metodología Jurídica". Tr. J.J.
Santa Pinter. 1 ed. Buenos Aires. Editorial De Palma.
1979. 89 pp.
- SODI, Demetrio. "Nuestra Ley Penal". 2 ed. México. Librería
de la Vda. de Ch. Bouret. 1917. Tomo I. 664 pp.
- SOLER, Sebastián. "Derecho Penal Argentino". 3 ed. Buenos Ai-
res. Tipográfica Editora Argentina. 1963. 5 vol.
- SOLER, Sebastián. "Las Palabras de la Ley". 1 ed. México. Fon-
do de Cultura Económica. 1969. 190 pp.
- TENA Ramírez, Felipe. "Derecho Constitucional Mexicano". 13
ed. México. Editorial Porrúa, S A. 1975. 617 pp.
- VARGAS Gómez, Encarnación. "Las Fuentes del Derecho Penal".
1 ed. México. Editorial Xalapeña. 1975. 59 pp.

DICCIONARIOS

- ABBAGNANO, Nicola. "Diccionario de Filosofía". tra. Alfredo Moglietti Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1963.
- CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual". 11 ed. Buenos Aires. Editorial Heliasta S. R. L. 1976. Tomos I, II, III y IV.
- DE PINA, Rafael y De Pina Vara, Rafael. "Diccionario de Derecho". 11 ed. México. Editorial Porrúa, S.A. 1983. 515 pp.
- DIAZ Barreiro, Juan Manuel. "Diccionario de Derecho Penal Mexicano". 1 ed. México. Imprenta en las Escaleras Número 1. 1983. 135 pp.
- "Diccionario Jurídico Mexicano". 1 ed. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. 1982. Tomos. I, II -- III y IV.
- "Enciclopedia Jurídica Omeba". 1 ed. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1968. Tomos. I, VI, IX, XVI, XX y XXII.
- ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". 1 ed. México. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1979. Tomos I y II.
- "Nueva Enciclopedia Jurídica". 1 ed. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1975. Tomo XIII. 892 pp.