

ALGUNOS ASPECTOS DE LA "TEORIA GENERAL DEL DELITO", DE FRANCISCO CARNELUTTI (1)

POR

Fernando Masaveu Alonso y Victor Blanco Rodríguez

Alumnos de la Cátedra de Derecho Penal

Decimos «algunos aspectos» porque si bien pretendemos dar una impresión de conjunto de esta obra, solamente nos detendremos, sin embargo, a considerar los puntos de vista que más la caracterizan, ya por su originalidad, ya por la singular forma de su exposición.

1.—Los elementos del delito en los distintos tratadistas

Tres posiciones fundamentales aparecen al estudiar a través de la historia del Derecho Penal, los elementos integrantes del delito.

Francisco Carrara, elevando a su culminación la doctrina clásica, nos presenta al delito como un «ente jurídico» constituido por dos fuerzas: la moral y la física, y lo define como aquella «infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable.» (2) Es decir, que en Ca-

(1) La obra aparecida hace algunos años tiene actualidad por haber sido traducida recientemente al castellano.

(2) «Programa» § 21.

rrara aparece ya la distinción entre el elemento subjetivo y el elemento objetivo (fuerza moral y fuerza física, según su propia terminología), distinción que entraña hoy el contenido de la nueva dogmática italiana, en la que parecen resurgir con gran vigor las tradiciones clásicas. No otra cosa significa la fórmula de Antolisei «Torniemo all' antico.»

En Alemania Beling, Mayer y Mezger admiten, además de la sanción penal, la tripartición de los elementos del delito y a este respecto consideran en el mismo la antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, factores que se presentan más o menos relacionados entre sí según el particular criterio de estos tres autores. Esta doctrina aparece hoy en plena quiebra, debida, probablemente, más que a la llegada al poder del nacional-socialismo, al excesivo desmenuzamiento de los elementos del delito. Se ve, a través de la doctrina de estos autores, una exagerada tendencia de exactitud científica, imposible de darse en una figura jurídica tan vital al delito. La doctrina de la tripartición aparece combatida no sólo por la nueva tendencia italiana, de vuelta al criterio clásico bipartito, sino también por cierta corriente alemana que combate el criterio del «tipo» y con él el principio de legalidad, «nullum crimen, nulla poena sine lege». Sin embargo, Mayer (H) sostiene que para derogar este principio de legalidad «falta una auténtica base de partida».

La evolución dogmática del estudio del delito en Italia, como ya se ha señalado, se basa al igual que la escuela clásica, en el sistema bipartito. Así las construcciones del delito de Florián, Paoli, Altavilla y Manzini. La fórmula de Antolisei: «Dalla dicotomia alla tricotomia», caracteriza a este movimiento.

El excesivo análisis que la llamada «Escuela de Kiel» hace del delito, descomponiéndolo en varias partes, más que elementos, y otorgando a cada una de ellas plena independencia, da lugar, en frase del mismo Antolisei, «a dificultades y problemas que no tienen razón de existir, complicando enormemente las cosas. Sin embargo, no queremos indicar con esto que el fenómeno real «deli-

to», sea estudiado, exclusivamente, como un todo, sino que a su consideración sintética ha de seguir el procedimiento de análisis, pero no como lo hace la Escuela de Kiel, sino teniendo siempre en cuenta «que el delito no es una suma de elementos dispares, sino un todo orgánicamente homogéneo». «Entiéndase—dice Carnelutti—que al hablar de descomposición y recomposición del delito aludimos a una operación puramente lógica; la separación de los elementos del delito es una cosa que solamente ocurre en el campo del pensamiento. Esto no quiere decir que dichos elementos no puedan vivir separados «in rerum natura»; al contrario, puede darse, y con frecuencia se dá, por ejemplo, la forma del delito sin la voluntad o sin la causa; pero cuando están separados no son el delito, precisamente porque éste resulta de su combinación. Del mismo modo el oxígeno y el hidrógeno existen también aislados, y no solamente juntos; pero si no están combinados de cierto modo no forman el agua».

Entre el procedimiento sintético y el de análisis compara Carnelutti el delito con los demás fenómenos análogos en el campo del derecho (hecho, acto y negocio jurídico), para concluir haciendo su clasificación. De esta comparación nacen todas las observaciones que hace posteriormente de los elementos subjetivos y objetivos del delito, así como también de las formas especiales de su presentación, consideraciones fundamentadas en los fenómenos comparados. Y es en esto, precisamente, en lo que se cifra tanto la originalidad como la trascendencia del gran jurista italiano.

Y es que Carnelutti parte en sus escritos de una idea fundamental: la unicidad del derecho; considera a éste contrariamente a la corriente tradicional y dominante, no como un conjunto de distintas partes autonómicas y sin mutua trabazón, sino como un todo orgánico, perfectamente articulado, en el que todos sus elementos, más que partes, son miembros. Utiliza la más lograda perfección instrumental del Derecho privado en beneficio de la aún, relativamente, naciente e imperfecta terminología del Derecho penal.

Esta es la impresión de conjunto que produce la concepción del delito en Carnelutti, orientada siempre hacia esa constante conceptual de su totalitarismo jurídico.

II.—El delito como síntesis

Dos conceptos—pena y proceso—aparecen relacionados con el delito íntimamente. Por tanto, al delito como síntesis ha de proceder el estudio de la teoría de la pena y de la teoría del proceso.

La tendencia a incluir la «medida de seguridad» como arma legitimada para la lucha contra el delito (1) es compartida por Carnelutti, entendiendo que no solamente su utilidad, sino aún su legitimidad no pueden ser discutidas.

La perfección de la función penal estriba en la mayor idoneidad para obrar de modo beneficioso sobre la sociedad (sobre los demás) y, al mismo tiempo, sobre el delincuente.

Para la determinación de la pena, al igual que para la determinación del delito, es necesario considerar dos facetas: la política y la técnica. En esta última radica, precisamente, la importancia de la pena. Se trata, en realidad, de representar en la mente del ciudadano las consecuencias a que se expondría cometiendo el delito.

De estas consideraciones deduce Carnelutti la imperfección de la «pena indeterminada» notándose con ello en él una gran influencia de los dogmas fundamentales de la escuela clásica. La pena indeterminada «si bien puede ser un remedio idóneo para la curación del delincuente, no sirve para la sociedad, por donde se comprueba en este punto la incompatibilidad de un remedio con otro.» Sin embargo, nosotros no podemos estar enteramente de acuerdo con esta opinión; sino que creemos con cierto sector de

(1) Código italiano de 1930.

la tendencia moderna (1) que, en ocasiones—disminución de la peligrosidad del delincuente, avances o retrocesos de la voluntad injusta del reo—es necesario la existencia de tal clase de pena. Sería, desde luego, arriesgado inclinarse hacia un sistema de penas absolutamente indeterminado tal y como opinan algunos tratadistas (2), pero el llegar a un sistema de indeterminación relativa, nos acercaría a la aplicación mas justa de la pena.

En dos términos se base la indeterminación de la pena: la amenaza y la aplicación; aquella ha de ser grave, y ésta justa. Es decir, la primera legal; la aplicación judicial. Por lo tanto, el problema estriba en lograr la conciliación entre la individualización y la desindividualización penal. Conciliación que tratan de seguir, aunque por distintos caminos, las diversas legislaciones penales.

Ya sentaba Carrara la relación existente entre los términos *delito, pena y juicio*; pues bien, Carnelutti recoge esta orientación en su trilogía: delito, pena y proceso, en la que no se observa más que un cambio terminológico del término juicio por el de proceso, al que da una gran importancia, puesto que lo califica de imprescindible para la existencia del Derecho penal. Con esto el autor se declara, una vez más, partidario de aquella tendencia que ve en el proceso, un elemento fundamental, no ya del Derecho penal en concreto, sino aún de todo el campo del Derecho. Tendencia ésta que se ha hecho hoy relevante, en contraposición con aquella otra, un día en boga, de Manzini y Florián, autores que, lejos de considerar como imprescindible el elemento procesal, afirmaban la

(1) La primera manifestación histórica hacia la sentencia indeterminada aparece en el Congreso penitenciario de Cincinatti (Estados Unidos) de 1868, en el que, entre otras cuestiones, formuló: «Las sentencias fijas deben ser reemplazadas por sentencias indeterminadas. La pena no debe terminar a causa de la expiración de un lapso de tiempo, sino mediante la prueba suficiente de la reforma moral del penado».

(2) Franchi, «Di un sistema relativo di pene a tempo determinato, en «Scuola positiva», 1900, pág. 449; Garafolo, «Criminología», III parte, capítulo 2.º Kraepelin, «Die Abschaffung des Strafmasses», Stuttgart, 1880.

posible existencia del Derecho penal sin su participación. Pero es indudable que, actualmente, estamos asistiendo a una inversión de conceptos con la importancia alcanzada por el proceso en relación con el Derecho penal. Y es que, en realidad, cabe matizar todo lo que se quiera, pero nunca separar—como pretende Manzini, aferrado al viejo criterio—estos dos conceptos. No cabe duda, en efecto, para los juristas de la existencia de relación de causalidad entre delito y pena. El hecho es que el «mecanismo de intereses» que demuestra la relación de causalidad no excluye la relación causal entre ambos términos.

«El proceso penal transforma la punibilidad en pena al través de tres fases: *comprobación del delito, determinación de la pena y ejecución de ésta.*»

Los términos delito, pena y proceso, además de ser complementarios, aparecen en íntima trabazón. De ahí la noción del primero como aquel «hecho castigado con la pena mediante el proceso.»

Así, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas con anterioridad (teoría de la pena, teoría del proceso y noción del delito), Carnelutti concluye definiendo a éste, sintéticamente, como «un hecho que representa los caracteres indicados por la ley como causa del castigo de su autor».

III.—El delito en relación con los otros fenómenos análogos

Compara Carnelutti los fenómenos hecho, acto y negocio jurídico del Derecho privado con el delito, eliminando todo elemento psicológico, filosófico, antropológico, etc. hasta el punto de hacer de su teoría algo profundamente jurídico y considerándola como una parte de la gran teoría general del derecho, al concebir el delito como otro acto jurídico más entre los muchos, pero con la característica de la ilicitud. No cabe duda de que el delito es un acto jurídico ilícito y como tal es necesario estudiar sus dos caracteres: la antijuricidad y la culpabilidad. Sería conveniente, sin

embargo, para evitar las confusiones que se dan, en el lenguaje italiano y también en el español (1) cambiar las denominaciones de *antijuricidad* y *culpabilidad* por otras. Carnelutti propone los términos «entuerto» (2) y «desobediencia», que sustituirían, respectivamente, aquellas. No obstante la amplitud de concepto que encierran ambos términos—principalmente el segundo—darían lugar a confusionismos, que aunque no de la índole de los anteriores serían igualmente motivo de confusión.

La nota de «tipicidad» que aparece independiente de los otros términos en las definiciones técnico-jurídicas de Beling y Mayer, e incluida dentro de la antijuricidad en la de Mezger, ni siquiera es aquí tenida en cuenta. Ya sea, sin embargo, desligada de la antijuricidad o como presupuesto de la misma, nos parece imprescindible su consideración. En la misma obra de Carnelutti, y en su epígrafe «El delito como subespecie de lo ilícito penal», se extraña el término «tipicidad», cuando dice que: «el delito no es... todo acto penalmente ilícito, sino aquel acto ilícito para el cual es conminada la pena, que ha de infligirse mediante el proceso penal.» Pero, precisamente, lo que nos interesa saber es cuándo ha de infligirse mediante el proceso penal. Sabemos que una figura jurídica, verbi gratia el homicidio, aparece encuadrada en el código penal y no en el civil. Y ¿esto por qué?, preguntamos. Es aquí donde se ve la necesidad imprescindible de acudir a la tipicidad, aunque así y todo el problema queda sin resolver. Modernamente una teoría que centra la noción del delito en la culpabilidad, adolece, precisamente, como principal defecto de la no consideración del factor tipicidad.

(1) En este idioma, sobre todo, en cuanto al término antijuricidad ya que la culpa, como elemento específico de la culpabilidad, en nuestra legislación positiva suele denominarse «negligencia» o «imprudencia».

(2) El profesor español señor Rodríguez Muñoz, en su versión al castellano de esta obra, sustituye este término por el de «injuria», tampoco muy a propósito, a nuestro juicio, ya que se presta a confusión con el respectivo tipo penal.

El delito puede ser, afirma Carnelutti, un proveimiento o un negocio. Nos parece un tanto arriesgada esta afirmación porque mientras que en el negocio todas las consecuencias se buscan inmediatamente, siendo, además, queridas o deseadas, en el delito hay, ciertamente, unas que son deseadas, pero otras no, como *verbi gratia* la misma pena. O sea, que en el delito el agente no puede precisar en las consecuencias de su acto con la misma exactitud con que lo hacen las partes en el negocio. Si considerásemos al delito como un negocio ¿dónde encuadraríamos entonces al delito culposos? En esta clase de delitos la voluntad es un evento, pero no se dá la declaración de voluntad que tiende, siguiendo la noción de Traviesas, a provocar efectos jurídicos, tal y como sucede en el negocio.

Igualmente, no es del todo cierta la consideración del proveimiento como negocio, porque en el proveimiento, el juez puede poner poco de su voluntad y, apesar de ello, se producen puntualmente todos los efectos jurídicos.

La clasificación de los hechos jurídicos en *constitutivos, modificativos y extintivos* es aplicada a la teoría del delito de forma que dan lugar a los hechos penales constitutivos, modificativos y extintivos. Además, hace uso Carnelutti de las condiciones constitutivas, impeditivas y modificativas, y de esa manera, completa el juego de las circunstancias eximentes, agravantes o atenuantes de responsabilidad. Estas condiciones de los llamados hechos impeditivos conocidos, principalmente, por los cultivadores del Derecho procesal. En efecto, hay hechos jurídicos cuya eficacia de producir consecuencias depende de la concurrencia de otro hecho; es decir, el que se produzcan o no efectos jurídicos está subordinado a la existencia o inexistencia de este hecho. Así tenemos el ejemplo común de la condición suspensiva en los negocios jurídicos, pues bien, según que la misma sea positiva o negativa, el hecho que se convierte en condición producirá una eficacia constitutiva o impeditiva del efecto jurídico. Estos actos jurídicos en los que su eficacia solamente se produce en contacto con otro acto cuyo

efecto, a su vez, permiten o impiden, los denomina Carnelutti «accesorios», en oposición a los que aludíamos en un principio y que habrían de llamarse «principales» (ya que su eficacia no depende de ningún hecho jurídico complementario). Estos hechos jurídicos accesorios son los que forman las llamadas condiciones, que, como hemos visto pueden ser constitutivas e impeditivas y, también, modificativas si de ellas depende la eficacia del hecho principal, no por su *an* sino por su «quantum».

La teoría de la condición ¿está bien o mal traída por Carnelutti al campo del Derecho penal? Nosotros creemos que induce a confusión entre los elementos constitutivos y las condiciones jurídicas, con la consecuencia quizá de no diferenciar los elementos constitutivos de la obligación con la condición. Por ejemplo, un contrato consensual se perfecciona en el momento de concurrir la oferta y la aceptación. Pero ¿y si fuera el oferente un enajenado?, ¿sería una condición la sanidad de la mente? Evidentemente que no, a menos que el término condición no se emplee con rigor técnico, lo que no es creíble.

IV.—El delito como análisis

Al estudiar el delito en su aspecto analítico (estructura cualitativa y cuantitativa) sigue empleando la terminología del Derecho privado. Entre los elementos subjetivos aparecen la capacidad y la legitimación. La primera es «el modo de ser del sujeto *en sí* del cual depende el efecto jurídico del acto mismo.» Y la legitimación «una relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo concerniente al bien disputado.»

Siguiendo este mismo criterio distingue los elementos objetivos *forma*, *voluntad* y *causa*. La primera es aquella mutación operada en el mundo exterior por el delito. La voluntad tanto quiere decir como el elemento psicológico, que, según su fuerza, será dolo o culpa. Y, por último, *causa*, o sea, desarrollo de un interés. «Así— escribe Carnelutti—, la causa y la forma son los dos polos del ac-

to al través de los cuales se establece el circuito de la voluntad.» Frase gráfica y exacta por la que se trasluce la íntima trabazón de estos factores y, al propio tiempo, se dá una idea de la generación objetiva del delito.

De estos tres elementos destacan por su interesante exposición los dos últimos.

Todo acto humano, todo acto jurídico, y dentro de él el delito tienen un móvil inseparable: el interés (o «aquella posición favorable para apagar una necesidad»). El interés activo será la adivinación que se produce en la mente del agente del fin. Por tanto, interés y fin, son dos cosas distintas, y su diferencia es la misma que hay entre un objeto y su sombra. De ahí que para Carnelutti, contrariamente a las opiniones de escuela clásica (1) y de la escuela moderna (2), la causa es: «el interés activo que el agente alcanza mediante la *forma*, es decir, el provecho que se procura mediante el daño ajeno.» Naturalmente, según que la causa sea o nó relevante a los fines de la punibilidad del acto, los delitos pueden distinguirse en causales y formales. Y mas restringidamente podrá emplearse en aquellos grupos de delitos en los cuales la causa entre o nó como elemento constitutivo o modificativo.

Por lo que se refiere al elemento voluntad, es innegable su importancia, puesto que de ella, en fin de cuentas, dependerá la trascendencia del acto delictivo. De esta suerte, según que un movimiento del hombre sea o nó querido, dependerá, también, que se constituya o nó en ofensa. Interés grande, pues, tendrá el estudio del análisis del momento psicológico del delito. Estudio que se descompone en los siguientes momentos: a) La atención del agente cobra interés por algo, de forma que se vuelca sobre la «fi-

(1) El elemento causal, que es objetivo, está aún confundido con la noción del «dolo» bajo la forma del llamado «dolo específico» que se considera como elemento subjetivo.

(2) Al resolver el delito en el trimonio: hecho (o acción), antijuricidad y culpabilidad, no acierta a formular la definición de la causa.

nalidad», tratando de imaginársela; b) las representaciones percibidas le proporcionan en su interior tres clases de manifestaciones: atrayentes, indiferentes y repulsivas. De éstas las indiferentes, al no producir alteración ninguna, dejan inmutable el equilibrio psíquico del agente, mientras que las otras dos—las atrayentes y repulsivas—lo deshacen en opuesto sentido, bien centripeta, bien centrífugamente. Aquí aparece ya el deseo que es como el embrión, el esbozo, de la intención, de la voluntad; claro está, que conviene advertir qué a pesar de desear una cosa, luego se puede luchar entre hacerla u omitirla, pues no en vano está dotado el hombre del libre albedrío. Y c) el agente ha de prever las consecuencias que su acto ha de reportarle; factor, este último, que se entronca directamente con el error («anomalía del juicio»). De ahí que distingamos entre el «error de percepción» y «error de valoración»; y desde otro punto de vista entre el conocimiento incompleto —o ignorancia— y el falso conocimiento del dato o la regla —error—. Hay que distinguir, también, entre «error» e «inhabilidad», ya que para llegar a la noción de ésta última hay que tener en cuenta que una cosa es «saber», es decir, ciencia, y otra muy distinta «saber hacer», es decir, arte.

En estas condiciones de ánimo el agente, poseído ya del deseo, dá un paso más por el cual este deseo crece y se agiganta hasta el punto de hacer que la voluntad, plenamente consciente, se dirija al logro del fin apetecido. He aquí la «intención». Pero como quiera que esta consciencia puede ser más o menos plena y esta intención en mayor o menor cantidad deseada y sentida, de ahí que se hayan formulado dos grados en su manifestación: el «dolo» y la «culpa».

Hasta aquí nos hemos referido a lo que pudiéramos llamar la generación del delito normal. Pero es que—apunta Carnelutti—, en ocasiones, no solamente se dá el delito con una sola causa, una sola intención, una sola ofensa y un solo daño, sino que esta estructuración se altera complicándose por lo que al aspecto cuan-

titativo se refiere. En tales casos, en contraposición al *delito simple*, nos encontramos ante un delito con *estructura compleja o compuesta*.

En síntesis, la mayor originalidad de Carnelutti, con su «Teoría generale del reato», radica en la adaptación del sentido privatista, con su gran aportación terminológica, a una rama pública como es el Derecho penal y, sobre todo, en ese afán—que incluso, a veces, se convierte en obsesión—de unificar las distintas ramas jurídicas, hasta ahora dislocadas, para llegar a una concepción total del Derecho. Ahora bien, ¿es absolutamente acertada esta orientación privatista en el campo del Derecho penal? La voluntad en el acto jurídico del Derecho civil cabe imaginarla igualmente que en el Derecho penal. Así la investigación de la motivación en el acto jurídico gira alrededor de la voluntad. Windscheid nos habla de la presuposición y de la reserva mental. Por tanto, cabe la búsqueda de la voluntad en el acto jurídico privado, e incluso cabe considerarla en torno al tipo—en el sentido de «modelo» tal y como lo entendía Beling—; no pueden, por ejemplo, otorgarse más testamentos que los típicamente señalados en el Código civil.

Hay, también, en el Derecho civil un problema de culpabilidad, de caso fortuito y de fuerza mayor.

Pero no hay que olvidar que en el Derecho penal se juzga al hombre, mientras que en el privado se juzga al acto. Claro está que en este derecho cabe que interese al hombre, pero solo en casos concretos (incapacidad).

Al Derecho clásico penal—Carrara—interesaba particularmente el acto humano. Hoy la noción estado peligroso del delincuente, etc., hace que este interés pase directamente al hombre el cual interviene en un primer plazo. Se considera el acto, pero también todas las posibles facetas de una vida (su comportamiento político o moral, cómo se conduce socialmente, si su acto es de tipo pasional, si tiene naturaleza perversa, etc.) Tendremos que matizar el propósito hasta incluso el arrepentimiento, es decir, una vida entera. Y así es inútil que planteemos en un contrato el problema de

la pasión puesto que el contrato seguirá siendo válido. Lo que para el Código civil son matices aparecen diferenciadas en circunstancias impeditivas o modificativas, siguiendo la terminología de Carnelutti. Una teoría general del delito, repetimos, no puede prescindir del factor «hombre». Y esta es probablemente la quiebra de la teoría carneluttiana. La obra puede ser muy útil en cuanto supone un intento metodológico, ya que hay facetas interesantes y en extremo sugestivas que pueden traerse a la teoría general del delito.

En una palabra, la obra de Carnelutti—profundo pensador y gran jurista—más que una meta, constituye un vigoroso y acertado punto de partida.