

Tercera parte
Hecho punible

§ 9 Teoría de la infracción

I. Noción de teoría. II. Origen y evolución. 1. Concepción clásica. 2. Concepción neoclásica. 3. Concepción finalista. 4. Concepción funcionalista. III. Concepción francesa. IV. Influencias doctrinarias.

I. Noción de teoría

Los juristas en general y, en particular, los penalistas utilizan con bastante 986
ligereza el término teoría¹. Con frecuencia, aparece como si ellos presen-
taran sus ideas bajo esta designación creyendo que explican un aspecto de
la realidad, el funcionamiento o la naturaleza de una institución o de un
concepto jurídico. Si fuera así, se debería admitir el carácter científico de la
teoría considerando su mayor o menor concordancia con la realidad.

Se presenta, por ejemplo, la teoría del delito como la descripción de la in- 987
fracción penal. La misma que sería una definición general válida y de ne-
cesaria aplicación a todo derecho positivo. De modo que, a pesar de haber
sido elaborada sobre la base de una ley penal determinada, debería ser apli-
cada a todas las demás². Esto no podría ser de otra manera puesto que toda
ley, para ser eficaz y justa, debe tener en cuenta la descripción objetiva esta-
blecida por la teoría. Esta aparente paradoja es insita a la dogmática penal³.

Al interior de esta teoría general, se han ideado otras teorías parciales; por 988
ejemplo, la teoría de la culpabilidad. De esta manera, se habría logrado per-
feccionar este instrumento conceptual, así como reforzar la idea de que no
hay pena sin culpabilidad. Pero, si bien es cierto que toda ley penal moder-
na consagra, de modo más o menos claro, el principio de la culpabilidad,
es también evidente que no todas las leyes han sido formuladas de acuerdo
con la misma teoría.

El hecho de que un código penal haya sido elaborado bajo la influencia 989
de una concepción en particular, no significa que no pueda ser interpre-

¹ NINO, 1974, p. 55 y 77 ss.; CARRÍO, 1976, p. 74; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, 357 ss.

² JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 21 II 1, GERMANN, 1943, p. 21.

³ HURTADO POZO, 1987b, p. 28 ss.

tado con arreglo a una teoría distinta. Así por ejemplo, el CP de 1924, de inspiración suiza, fue redactado en una época en la que predominaba la concepción causalista. Esto no impidió, sin embargo, que se interpretaran sus disposiciones a la luz de la concepción normativa o de la teoría finalista. De la misma manera el código vigente puede ser interpretado desde la perspectiva de la concepción funcionalista a pesar que sus redactoras la desconocieran y, por tanto, no la tuvieron en cuenta.

II. Origen y evolución

1. Concepción clásica

- 990 La teoría del delito, en el sentido que nosotros la estudiamos ha sido elaborada, sobre todo, por los juristas alemanes⁴. En Europa continental su influencia es predominante, salvo la excepción notable de Francia. En Latinoamérica y, en especial, en los países hispanohablantes, la recepción de las concepciones alemanas ha tenido lugar por intermedio de los juristas españoles y, en las últimas décadas, también de manera directa debido al progresivo aumento de juristas latinoamericanos que se han especializado en Alemania. Nuestro análisis tiene por objeto esta teoría del delito. La breve explicación sobre la concepción francesa tiene por finalidad mostrar que existen otras maneras de concebir las condiciones de punición.
- 991 En Alemania, la elaboración de la explicación moderna del delito comenzó a plasmarse a partir de finales del siglo XIX. Influenciados por el desarrollo de las ciencias explicativas, los penalistas de aquel entonces se esforzaron en descubrir⁵ los “elementos naturales” de la infracción. Las nociones utilizadas procedían de la física o de la biología⁶. En la historia de las ciencias naturales, es necesario recordar, por ejemplo, que la química sólo alcanzó este rango con el descubrimiento del oxígeno por Lavoisier y con la elaboración de la noción de “elemento” químico. Dichas ciencias devinieron autónomas respecto a la filosofía natural (*Naturalphilosophie*). La filosofía botánica y la zoológica fueron reemplazadas por la botánica y la zoología; la alquimia por la química; etc. Esta evolución supuso la eliminación técnica de las “prenociones” mediante el recurso a la investigación experimental e histórica. La reconstrucción metodológica propuesta en la mitad del siglo

⁴ Cfr. GARCÍA CAVERO, 2008, p. 245 ss.

⁵ Cfr. GARCÍA CAVERO, 2008, p. 307 ss.

⁶ CERRONI, 1976, p. 29 ss.

XIX buscó otorgar a las ciencias humanas bases independientes de las de las ciencias naturales, pero inspirándose en su metodología.

En el campo de la teoría del delito, si hay que fijar un hito -ciertamente 992 de modo más o menos arbitrario- es indispensable considerar la publicación del *Lehrbuch* de Franz von Liszt⁷, que tuvo lugar diez años después de la entrada en vigor del CP alemán de 1871. Refiriéndose a las ideas de Ihering⁸, von Listz distinguió las nociones de culpabilidad y de antijuricidad. En 1906, Ernest von Beling⁹ propuso un tercer elemento: la tipicidad. Desde entonces, la infracción es concebida como una acción humana (controlada por la voluntad), típica, ilícita y culpable.

La acción fue entendida, desde una perspectiva sólo naturalista, como un 993 movimiento corporal, causante de un resultado, es decir de un cambio en el mundo exterior (por lo que también se designa a la concepción clásica como teoría causal). Mediante la expresión “típica”, se hacía referencia a la conformidad de la acción con la “descripción circunstanciada” del aspecto exterior u objetivo del acto inculminado en la disposición penal (tipo legal, *Tatbestand*; tipicidad, *Tatbestandsmässigkeit*). Esta noción, sin embargo, es diferente a la que comprende el conjunto de condiciones requeridas por la ley penal y que se asemeja a la noción francesa de “elemento legal de la infracción”. Este último aporte fue, en su época, considerado como un descubrimiento revolucionario. La antijuricidad fue explicada con la ayuda del positivismo jurídico, el mismo que, junto con el positivismo científico sirvieron de base a la concepción de von Liszt. Según el primero, el derecho era concebido como el conjunto de normas promulgadas por el legislador. En esta perspectiva, para establecer el sentido de las disposiciones, mediante la interpretación, no era indispensable recurrir a valoraciones. El carácter ilícito del comportamiento fue entendido, en consecuencia, como la violación del derecho positivo. La culpabilidad, aspecto subjetivo del comportamiento (suceso físico exterior), se comprendió como la relación psicológica existente entre el autor y su acción. Se consideró, por un lado, a la imputabilidad (*Zurechnungsfähigkeit*) como su presupuesto psicológico y, por otro, al dolo (*Vorsatz*) y a la culpa (*Fahrlässigkeit*) como sus formas o especies. De esta manera, se distinguieron los elementos objetivos del delito (acción, tipicidad y antijuricidad) de los elementos subjetivos (imputabilidad y culpabilidad).

⁷ 1912; 1929.

⁸ IHERING, 1867.

⁹ BELING, 1906.

- 994 La descripción clásica del delito devino -conforme al sistema conceptual del positivismo jurídico¹⁰- la tarea central de las investigaciones de los juristas. Su esquema (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) ha sobrevivido hasta ahora; pero el contenido de los conceptos ha sido modificado de manera significativa. Se puede decir que esta explicación clásica de la infracción proviene de la idea del positivismo que se caracteriza, respecto al análisis de los problemas jurídicos, por la utilización exclusiva de nociones de esta misma índole (*Begriffsjurisprudenz*).
- 995 El descrédito de esta primera doctrina se produjo a fines del siglo XIX e inicios del XX y su abandono progresivo se debió a las críticas formuladas contra sus fundamentos filosóficos¹¹. Éstas se inspiraban en la llamada teoría neokantiana del conocimiento, cuya idea básica era la separación radical de la realidad (*Sein*) y del mundo normativo (*Sollen*). La primera conclusión extraída a partir de este criterio fue la constatación de que no se podía, de un análisis empírico de la realidad, establecer una medida normativa idónea para valorarla. La noción de delito fue, de esta manera, analizada en consideración con los fines axiológicos del derecho penal. Fines que la ley no prevé en su totalidad, en oposición a lo que pensaban los partidarios del positivismo jurídico.

2. Concepción neoclásica

- 996 Esta teoría, también denominada teleológica¹², se fundamenta en tres “descubrimientos” esenciales. Primero, en el ámbito de la tipicidad, el hallazgo de los elementos normativos y de los subjetivos¹³ del tipo legal. Este cambio hizo posible superar la concepción de la jurisprudencia de los conceptos. Con este objeto, se tuvo en cuenta la idea del bien jurídico, la misma que se transformó en factor decisivo para la interpretación de la ley.
- 997 Segundo, en la constatación de que, en consideración a la finalidad de las disposiciones penales, era indispensable concebir la antijuricidad¹⁴ desde una perspectiva material, es decir, tener en cuenta el carácter dañino de la

¹⁰ BOBBIO, 1979, p. 43; NINO, 1980, p. 322 ss., en particular p. 325 ss.

¹¹ Cfr. LARENZ, 1927, p. 82 ss., RADBRUCH, 1974. Este autor sigue las ideas de LASK; HEINRICH RICKERT, 1902 y STÄMMER, 1932.

¹² Ver MEZGER, 1946. La expresión *teleologische Verbrechenslehre* es utilizada por JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 22 III 1.

¹³ Cfr. *infra* N° 1113 ss., 1216 ss.

¹⁴ Cfr. *infra* N° 1374 ss.

acción (violación tanto de los bienes jurídicos como de las normas). Lo que permitió modificar de modo substancial la manera de concebir las causas de justificación, en la medida en que dio lugar a la elaboración de criterios regulativos generales; por ejemplo, el del “medio adecuado para un fin justo”, el del principio de “más provecho que perjuicio” y el de la “ponderación de bienes o deberes”.

Tercero, en el reconocimiento del carácter normativo de la culpabilidad¹⁵: 998
formación de una voluntad contraria al deber. Así, la culpabilidad fue concebida como un reproche contra quien viola el orden jurídico. De esta manera, se superaron los obstáculos encontrados por la explicación psicológica de la culpabilidad, base de la teoría clásica del delito, para comprender y justificar las circunstancias de exclusión de dicho elemento del delito y admitir la negligencia inconsciente. Una muestra evidente del abandono de la perspectiva positivista jurídica, en favor de considerar criterios de valor, fue la admisión de la noción de la no exigibilidad como circunstancia suprallegal de exclusión de la culpabilidad.

La doctrina neoclásica fue criticada por los partidarios de la teoría finalista¹⁶. 999
A la distinción radical entre el mundo normativo y la realidad concreta defendida por el neokantismo, Hans Welzel¹⁷ opuso dos ideas básicas; primera, la de las “estructuras lógico-objetivas” previas a toda regulación jurídica y, segunda, la de la “naturaleza de las cosas”. Según Welzel¹⁸, el comportamiento humano orientado a un fin -en tanto constante antropológica- debe ser tenido en cuenta por el legislador al elaborar las normas legales. Sobre la base de estas ideas fundamentales, Welzel cambió de manera substancial la sistemática de la teoría del delito.

3. Concepción finalista

Welzel¹⁹, creador de esta concepción, partió de la idea de que la fusión entre 1000
elementos ontológicos y axiológicos se encuentra en las “estructuras lógico-objetivas” del mundo (impregnado de sentido por la vida comunitaria). Describió dichas estructuras como constantes antropológicas que preceden al derecho y que el legislador debe seguirlas estrictamente. En su opinión,

¹⁵ Cfr. *infra* N° 1607 ss.

¹⁶ WELZEL, 1964, p. 421; NIESE, 1951; PIOTET, 1956, p. 385 ss.; STRATENWERTH, 1965, p. 179 ss.

¹⁷ SCHÖNE, 2005, p. 257 ss.

¹⁸ WELZEL, 1969, p. 30. Cfr. ARTHUR KAUFMANN, 1966b.

¹⁹ WELZEL, 1961, p. 1 ss.

la estructura lógico-objetiva fundamental es la acción humana, que se caracteriza, en particular, por estar orientada hacia un fin determinado. Toda persona es considerada capaz, gracias a su conciencia de la causalidad, de prever -en cierta medida- los efectos posibles de su actividad, proponerse el logro de diversos fines y de dirigirla, según un plan, hacia un objetivo previsto²⁰.

- 1001 La idea clave de esta teoría es la referente a la acción humana, la misma que es caracterizada en esencia por su estructura finalista. Esto supone que el autor tenga la capacidad de proponerse diferentes objetivos y de orientar su comportamiento hacia ellos.
- 1002 Estos criterios implican variaciones esenciales en la sistemática de los elementos de la infracción. La tipicidad no es más concebida como la descripción objetiva del acto incriminado, sino que debe también comprender la finalidad con que éste es cometido para llegar a integrar sus aspectos necesarios. Por esto, resulta indispensable prever junto al tipo legal objetivo un tipo legal subjetivo.
- 1003 La nueva estructura de la tipicidad hace necesario que se distinga con claridad entre los delitos dolosos y los culposos. En los primeros, la finalidad de la acción -que no es otra cosa que la intención o dolo- y los otros elementos de naturaleza subjetiva (p. ej., el móvil con el cual actúa el agente) devienen partes integrantes del tipo legal subjetivo. La índole ilícita de los segundos se basa, sobre todo, en la violación del deber general de no dañar los intereses jurídicos de los demás, por lo que no puede ser reducida al simple hecho de causar un resultado perjudicial para un tercero.
- 1004 La concepción finalista logró, de esta manera, eliminar de la noción de culpabilidad los elementos psicológicos que habían sido conservados por la doctrina neoclásica y cuyo origen se encuentra en las tesis del positivismo jurídico. La culpabilidad es, en consecuencia, concebida sólo como un puro juicio de reproche expresado contra el autor del acto típico, ya que el dolo es desplazado hacia la tipicidad.
- 1005 Estos cambios determinaron que se modificara la noción material de anti-juricidad. Los elementos subjetivos fueron utilizados para destacar que no bastaba con tener en cuenta el carácter perjudicial de la acción (desvalor del resultado) sino que también debía considerarse la actitud negativa del

²⁰ WELZEL, 1969, p. 33.

agente frente al orden jurídico (desvalor de la acción). Así, se llegó a dar una dimensión marcadamente subjetiva a la antijuricidad, lo que hizo posible hablar de injusto personal.

Además, el finalismo obligó a explicar, de manera autónoma, las infracciones de omisión, pues, su naturaleza especial exigía un análisis específico. En efecto, éstas constituyen siempre la no realización de un comportamiento exigido por el orden jurídico. La naturaleza normativa del comportamiento de omisión impone la revisión de cada uno de los elementos de la infracción. Los “descubrimientos” del finalismo permitieron, de alguna manera, la rectificación global de las imprecisiones y contradicciones propias del neoclacisismo. 1006

La teoría finalista de la acción, en la actualidad, ha sido casi abandonada²¹. Sin embargo, se han conservado, en lo fundamental, su sistemática y diversos criterios propugnados por sus defensores. 1007

4. Concepción funcionalista

La doctrina se desarrolló, sobre todo, de acuerdo con las concepciones neoclásica y finalista. Progresivamente, los autores optaron por la sistemática de la segunda; en particular, el desplazamiento del dolo de la culpabilidad a la tipicidad. Sin embargo, esto no significa que aceptaran plenamente la teoría final de la acción. Al mismo tiempo que rechazaron la idea de las categorías lógicas objetivas, admitieron que no es posible comprender el sentido social de las acciones conforme a los tipos legales sin tener en cuenta el dolo con el que actúa el agente. La confrontación radical y estéril de la concepción clásica y la finalista ha sido superada. 1008

A partir de la convicción de que ninguna de ellas es satisfactoria para fundamentar convenientemente todos los aspectos de la teoría del delito, se buscaron nuevas perspectivas para tener en cuenta los aportes positivos de ambas corrientes. Entre los esfuerzos realizados en las últimas décadas merecen destacarse dos. El primero ha sido impulsado por Roxin²² y el segundo por Jakobs. 1009

Roxin califica a su sistema de “racional-final o teleológico (funcional del derecho penal)”. Su objetivo es replantear, con la finalidad de establecer la 1010

²¹ SCHMIDHAÜSER, 1986, p. 116.

²² ROXIN, 2006a, § 7, N° 29 ss.; 1972; JAKOBS, 1993, Cfr. HASSEMER, 1974, p. 133 ss.; STRATENWERTH, 1982b, p. 30; SCHÜNEMANN, 1984, p. 45; LAMPE, 2003, p. 211 ss.

unidad sistemática del derecho penal y la política criminal, las categorías tradicionales de la teoría del delito sobre la base de criterios de política criminal desarrollados y orientados en función a los fines de la pena; dicho de otra manera normativizar dichas categorías según criterios de valor relacionados con las garantías y la eficacia del sistema penal (objetivos de política criminal). Un ejemplo claro de esta orientación es la elaboración de las nociones de imputación objetiva²³ y de responsabilidad²⁴. Mediante la primera, se trata de sustituir el criterio lógico de causalidad por un conjunto de reglas destinadas a demostrar que el resultado puede ser imputado al autor cuando la producción de un peligro prohibido tiene lugar en el marco del fin de la protección de la norma. Criterio que implica un cambio significativo en la determinación de la tipicidad del comportamiento atribuido al agente. Así, la noción de acción es percibida como dependiente de la de tipicidad. La categoría de responsabilidad constituye un complemento de la noción de culpabilidad e implica la necesidad preventiva de carácter general o especial de recurrir a la sanción penal. La culpabilidad sigue siendo considerada como factor indispensable para la imposición de penas. Un efecto importante de este planteamiento es el reemplazo del criterio tradicional de la no exigibilidad, como fundamento de la exclusión de la culpabilidad, por el criterio de la falta de necesidad, ya sea de orden preventivo general o preventivo especial, de la sanción represiva.

- 1011 Las diversas críticas dirigidas contra la concepción de Roxin son de orden tanto general como particular. Así, se le objeta el hecho de situar su sistema dentro de la denominada corriente funcionalista. Recordando que el mismo Roxin admite, al sentar las bases de su sistema, que “se debe partir de la tesis de que un moderno sistema del derecho penal debe estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas”, se estima que debería denominársele “sistema teleológico-políticocriminal”²⁵ y, por tanto, no considerarlo como “funcionalista”. Adoptar esta última perspectiva tendría como consecuencia oscurecer la exposición y debilitar la fuerza del sistema propuesto por Roxin. En buena cuenta, esta crítica va sobre todo dirigida a destacar que la corriente encabezada por Roxin no ha establecido un sistema completo de imputación, por no haber logrado reelaborar todas las categorías dogmáticas en función de los objetivos de

²³ Cfr. *infra* N° 1161 ss.

²⁴ Cfr. *infra* N° 1589 ss.

²⁵ Cfr. ROXIN, 2006a, § 7, N° 57 ss. En este sentido, la política criminal jugaría un papel decisivo de orientador del derecho penal.

política criminal asumidos. De manera más concreta, se le reprocha, por ejemplo, la vinculación que establece entre la culpabilidad y la idea de necesidad preventiva de pena. Lo que lo ha obligado a tratar de precisar mejor su pensamiento recurriendo a la prevención de reintegración, consistente en el “fortalecimiento de la conciencia jurídica general a través de la satisfacción del sentimiento jurídico”. Según este criterio, sólo se hace responsable al autor por acciones que se puedan evitar individualmente.

La segunda tendencia, impulsada por Jakobs²⁶, se basa, por un lado, cuanto al esquema, en los principios y los conceptos de la teoría de los sistemas sociales desarrollada por Luhmann. Los que permitirían describir el derecho penal de la sociedad que el mismo derecho ha contribuido a crear y que se presupone legítimo. Por otro, de manera cada vez más acentuada, en el idealismo alemán tradicional, representado sobre todo por Hegel²⁷. Para quien la noción de delito implicaba la relación dialéctica de éste como negación del derecho y la pena como negación del delito. Además, consideraba como factor esencial la voluntad libre que se exterioriza en la acción del autor. Éste es, por tanto, considerado responsable, culpable en consideración sobre todo de su actitud frente al derecho y no tanto respecto a su comportamiento. Esta forma de imputación juega un papel significativo en algunos planteamientos dogmáticos.

Según Jakobs, las categorías conceptuales del derecho penal en general y, en particular, las de la teoría del delito sólo pueden ser precisadas en función de garantizar la “identidad normativa de la sociedad” y, por tanto, de las necesidades de la regulación jurídica (criterio sistémico). A diferencia de Roxin, quien orienta su sistemática hacia los fines preventivos de la pena según una concepción determinada de política criminal, Jakobs concibe el sistema penal como parte de un sector del sistema social, el mismo que tiende a mantener, mediante la pena, su configuración normativa ante los ataques constituidos por los delitos. Así, su función es el “mantenimiento de la sociedad”, sin orientación teleológica, ni valorativa²⁸. Se trataría de una reacción contra los comportamientos que contradicen la identidad normativa de la sociedad. En esta perspectiva, la pena es concebida, “no sólo [como] un medio para el sustento de la identidad de la sociedad”, sino

²⁶ JAKOBS, 1993, 1/27 ss., 35 ss.; LAMPE, 2003, 21 ss. Cfr. GARCÍA CAVERO, 2008, p. 254 ss., p. 269 ss.; CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, I, p. 277 ss., p. 302 ss.; VILLA STEIN, 2008, p. 185 ss.; VELÁSQUEZ, 2010, p. 297.

²⁷ Cfr. JAKOBS, 1995b, p. 844 ss.

²⁸ Cfr. JAKOBS, 1995b, p. 844.

ya como “el mismo mantenimiento”. Así, la explicación es circular, opera dentro de un sistema jurídico, sin orientarse a finalidades valorativas (p. ej., de política criminal). Por esto, Jakobs llega a afirmar que “la pena significa ya [...] autoaseguramiento”²⁹.

- 1014 La propuesta de Jakobs de renovar, en un sentido marcadamente normativo, las categorías penales comporta abandonar todos los criterios ontológicos de las teorías precedentes y reelaborarlas considerando la finalidad de restablecer la vigencia de la norma defraudada mediante la comisión del delito. La idea de la prevención, concebida por Jakobs al explicar el fin de la pena, adquiere un papel decisivo en la determinación del sentido de los conceptos penales. Así, por ejemplo, la culpabilidad es explicada al interior de la prevención general, conforme a la idea de lo que es indispensable para el adiestramiento en la lealtad al derecho y sin tener en cuenta la capacidad individual real del agente para actuar en un sentido determinado. Lo decisivo es atribuir un sentido de comunicación social a la acción ejecutada. Para comprender estos planteamientos, hay que tener en cuenta que Jakobs separa, por un lado, el objeto de la culpabilidad, el mismo que es percibido como la imputación objetiva del riesgo prohibido y su realización y, por otro, la misma culpabilidad en tanto imputación subjetiva.
- 1015 En la perspectiva de la función atribuida al derecho penal, Jakobs explica el criterio de la imputación objetiva. En su opinión, no basta tener en cuenta la idea del dominio del peligro creado o aumentado para imputar al autor haber realizado el tipo legal, sino que es necesario considerar si éste ha violado, en la terminología de Jakobs, sea su rol general de ciudadano, sea un rol especial que le concierna personalmente. El desarrollo de estas ideas culmina hasta en considerar superflua la distinción entre delitos de comisión y delitos de omisión.
- 1016 Si bien estas nuevas corrientes influyen cada vez más los estudios penales³⁰, una explicación global de esta índole aún no ha logrado imponerse. Si esto sucederá y cuáles serían las ventajas que produciría son cuestiones a las que aún no se puede responder de manera tajante. Lo cierto es que constituye una nueva fase en la evolución de las ideas básicas de la teoría del delito. De manera que se trata de una nueva perspectiva de interpretación de las con-

²⁹ JAKOBS, 1995b, p. 844.

³⁰ En el Perú, entre los pocos jóvenes juristas que han estudiado y siguen más de cerca las tesis de Jakobs destaca PERCY GARCIA, con su obra sobre parte general del derecho penal económico, 2003; así mismo CARO JOHN, 2003, p. 49 ss., MAZUELOS, 2003, p. 147 ss.

diciones de la punición. Sus resultados no podrán ser juzgados a partir de criterios de verdad o falsedad, sino más bien según criterios normativos y de eficacia en la protección de los bienes jurídicos dentro de un estricto respeto de los derechos humanos y de los principios del Estado de derecho. La persona³¹ como objeto y fin del derecho penal no puede ser utilizada como un instrumento con miras a perfeccionar el sistema de control penal sobre todo represivo. Lo que no significa promover un simple retorno al liberalismo racionalista del derecho penal clásico, sino insistir en que el aspecto central es el respeto de la persona como fundamento de la sociedad, para evitar que sea sacrificada en aras de una política puramente funcional y centrada en la seguridad. En este sentido, debe ser comprendido la declaración contenida en el primer artículo de la Constitución: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

III. Concepción francesa

El peso de la influencia teutona es tan fuerte que los estudiosos nacionales desconocen las concepciones penales desarrolladas en otras latitudes y siguiendo una tradición jurídica propia. En razón a las fuentes de nuestra legislación penal sustantiva, resulta lógico que las obras consultadas sean las alemanas o las elaboradas bajo la influencia de las ideas germánicas (en especial las españolas e italianas)³². Estudiar lo que se hace, por ejemplo, en Francia es de gran interés para comprender mejor la labor de los juristas y la naturaleza de los resultados de su trabajo. Allí también existe, por ejemplo, una concepción global para explicar, partiendo de la legislación nacional, en qué consiste el delito. Ésta es el resultado de análisis teóricos que constituyen la doctrina penal francesa o, en la terminología alemana, la ciencia o dogmática penal. A veces, se ha pretendido negar el carácter “científico” de las concepciones francesas por oposición a la dogmática alemana que constituiría la verdadera ciencia. Esta manera estrecha de juzgar debe ser rechazada y las razones pueden deducirse del análisis que presentamos.

Los juristas franceses³³, para explicar la noción de delito (*infraction*), recurren también al concepto de elementos³⁴, los cuales tienen diversos orígenes y han sido concebidos en periodos distintos. En un inicio, se afirmó

³¹ GARCÍA CAVERO, 2008, p. 271 ss.

³² Cfr., por ejemplo, MATUS, 2008, p. 1 ss. ; el mismo autor, 2009, p. 1 ss.; WEEZEL, 2008, p. 1 ss.

³³ Descripción detallada, en DANA, 1982, p. 23 ss.

³⁴ DANA, 1982, p. 57 ss.

que toda infracción estaba formada por dos partes: el hecho que constituía el aspecto material del delito y la intención, previa al hecho y determinante del elemento moral. Esta idea, inspirada por la filosofía cartesiana, supuso la distinción, en el sentido clásico, de la *imputatio facti* y de la *imputatio iuris*. Los juristas franceses lograron, por esta vía, sistematizar una concepción global del hecho punible. Según Jacques-Henri Robert³⁵, fue Victor Molinier quien, en 1851, inventó esta sistemática. Retomando las palabras del Presidente Barris, según Robert, Molinier afirmó: “Todo hecho inculminado y penado mediante la ley presenta dos elementos: un elemento material constituido por los actos externos; un elemento puramente moral, referente al autor y que constituye la culpabilidad”.

- 1019 A estos dos elementos se agregó con posterioridad el llamado “elemento legal”: la violación de la ley, como condición indispensable para la realización de la infracción. Así, ésta es definida basándose en el “célebre trío de elementos”: legal, material y moral.
- 1020 En la doctrina francesa, este análisis clásico ha sido aceptado en general. Sin embargo, no se le ha dejado de criticar. Ciertos autores rechazan el elemento legal. Según ellos, en primer lugar, el hecho de admitirlo significaría que la ley es parte de la infracción. En segundo lugar, decir que es un elemento de la infracción, “no es más que una manera de hablar, y no la mejor para recordar el principio de la legalidad de las infracciones”³⁶.
- 1021 Otros juristas³⁷, al mismo tiempo que excluían el elemento moral, agregaron a la noción de infracción el elemento injusto. Fue Garraud quien tomó la iniciativa al explicar, influenciado por las ideas germánicas, que la infracción comporta también la violación del bien jurídico protegido por la norma. En realidad, según Garraud, el elemento injusto no es sino una condición negativa: el acto inculminado es justificado por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho³⁸.
- 1022 La negación del elemento moral de la infracción fue sin duda condicionada por el hecho de que los juristas consagraban al análisis de la personalidad del delincuente un capítulo separado³⁹ del dedicado al estudio de la infracción. La índole psicológica de dicho análisis hizo superfluo el análisis del elemento moral en tanto que factor constitutivo del delito.

³⁵ ROBERT, 1977, p. 273.

³⁶ VOUIN, 1949, p. 231.

³⁷ GARRAUD, 1922, T. 2, N° 433; 1934, p. 324 ss.; PRADEL, 2003, p. 270.

³⁸ GARRAUD, 1922, T. 2, N° 433; 1934, p. 324 ss.

³⁹ PRADEL, 2003, p. 361 ss.

El retorno al “trío de elementos” sólo fue posible gracias a una reestructuración del elemento moral. Con una parte del contenido perteneciente a éste (estudio de la irresponsabilidad y de los menores), se elaboró la teoría del delincuente, concebida de manera independiente de la teoría de la infracción. Los demás aspectos (dolo, error, coacción, etc.) fueron considerados como la materia del mismo. El desinterés de la doctrina por el citado elemento, en opinión de Robert, no fue sino “pasajero”⁴⁰.

Valga citar, por último, a título de ejemplo la noción de infracción elaborada, a finales de la primera década de los años cincuenta, por Vidal y Magnol⁴¹. Estos autores decían que es “la violación de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, producto de un acto externo del hombre, positivo o negativo, socialmente imputable, no justificándose por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho y sancionado con una pena por la ley”.

Las concepciones alemana y francesa del delito divergen claramente. Existen entre ellas, sin embargo, semejanzas en cuanto al método y las técnicas utilizadas para sistematizar las nociones obtenidas mediante la abstracción. No es sorprendente entonces que ambas formas de análisis hayan sido criticadas por un abuso del formalismo jurídico y, en consecuencia, por su rechazo a tener en cuenta la realidad social⁴².

IV. Influencias doctrinarias

Resulta interesante observar que tanto los penalistas alemanes como los franceses se limitan a utilizar la bibliografía de sus propios países, sin recurrir a la del vecino; salvo en los autores que buscan dar a sus obras una coloración comparativa. No se trata, evidentemente, de un simple problema lingüístico, sino más bien del resultado de la historia y de la tradición cultural de cada uno de los países. Entre nosotros⁴³, como también en otras latitudes, lo característico es el recurso a fuentes de información diversas. Situación que puede ser comprendida como necesaria, si se tiene en cuenta la pobreza de la bibliografía nacional. Esta apertura hacia horizontes diferentes puede constituir una riqueza; pero puede revelar, también, un esno-

⁴⁰ ROBERT, 1977, p. 280.

⁴¹ VIDAL/MAGNOL, 1949, I, p. 76.

⁴² ANCEL, 1981, p. 211, 215 ss.

⁴³ MATUS, 2008, p. 1 ss.; idem, 2009, p. 1 ss.; WEEZEL, 2008, pp. 1 ss.; VELÁSQUEZ, 2009, p. 502 ss.

bismo: constituye nota distintiva y de prestigio el hecho de que un trabajo contenga citas de tratadistas germanos, lo que lleva a los autores a utilizar referencias indirectas y hasta citar en alemán sin conocer este idioma. Además, revela una actitud intelectual especial, consistente en abordar las obras doctrinales extranjeras sin tener en cuenta ni la legislación que les sirve de punto de partida, ni la legislación nacional que debe ser interpretada recurriendo a las doctrinas importadas.

- 1027 Uno de los efectos negativos de esta actitud es que no se llega a desarrollar, de modo conveniente, un pensamiento propio, aunque modesto, que constituya el contexto doctrinal indispensable para la interpretación y aplicación de las disposiciones legales nacionales. Sin que esto signifique admitir la necesidad (o posibilidad) de crear “doctrinas nacionales”, sino dar a las concepciones jurídicas la connotación particular resultante de interpretar el derecho positivo nacional con la ayuda de dichas concepciones.
- 1028 Las pocas obras publicadas, muchas veces, son ignoradas en el momento de elaborar otras nuevas. De modo que no se da una continuidad en el esfuerzo de estructurar una doctrina que sea el resultado del análisis del derecho propio. Cada esfuerzo se transforma en una iniciativa que parte de cero, apoyándose en obras foráneas. Si bien éstas son indispensables para tener una idea cabal de la concepción doctrinal que inspira y fundamenta nuestro sistema penal, no deben dejarse de tener en cuenta los estudios referentes al derecho nacional. Además, se descuida la relación dialéctica que existe entre criterios de política criminal, redacción de leyes y aplicación de las mismas. El evitar estos errores constituye la condición básica para desarrollar los estudios de derecho penal.
- 1029 La jurisprudencia de los tribunales, en especial la de la Corte Suprema, no es publicada de manera regular y completa. Esto impide, a pesar de algunos esfuerzos particulares, por un lado, que se establezca un intercambio de ideas entre quienes aplican la ley y los que la comentan y, por otro, que existan criterios de interpretación y aplicación de las normas que orienten a las instancias inferiores. Un esfuerzo notable ha sido efectuado mediante los acuerdos plenarios o las sentencias vinculantes. El objetivo buscado es armonizar los criterios de interpretación que los jueces deben aplicar, sobre todo respecto a casos en los que se han dictado decisiones contradictorias o notoriamente deficientes. El riesgo es que se llega a decretar una llamada “doctrina legal” y con pretensiones de ser aceptada estrictamente, lo que implica una restricción de la facultad de interpretar y aplicar la ley con plena independencia por parte de los jueces.