

## **Segunda parte: La teoría de la infracción**

### **Capítulo 1**

#### **Introducción**

- 278 El término teoría es utilizado por los juristas con mucha frecuencia y de manera diversa. A pesar de que algunas veces se tiene la impresión de que es empleado pensando que sirve para designar un proceso de explicación de la realidad, es de reconocer que se trata, muchas veces, de una idea o de un conjunto de ideas sistematizadas que tienen la finalidad de mejor interpretar y aplicar el derecho. Labor que resulta indispensable para lograr una mayor seguridad jurídica.
- 279 Un ejemplo por excelencia de teoría jurídica es la denominada teoría del delito. De la manera como es presentada, frecuentemente, aparece como la descripción de la infracción penal. Descripción que sería general y aplicable a todo derecho positivo. Dentro de esta teoría del delito se plantean otras teorías o subteorías. Por ejemplo, la teoría de la culpabilidad, del dolo, de la acción finalista, ... Hoy en día, se tiende a elaborar teorías parciales referentes a las diversas clases de delitos (dolosos, culposos, de omisión o de comisión). De esta manera, se abandona la pretensión a concebir una teoría general concerniente a toda forma de infracción. Este hecho constituye un avance hacia el abandono de criterios demasiado abstractos con lo que se trataba de comprender regulaciones diferentes y, a veces, hasta incompatibles.

#### **§ 1 Teoría clásica**

- 280 La expresión teoría del delito encubre una problemática bastante compleja y diversa. En tanto sistematización conceptual de las

condiciones legales para imponer una pena, la teoría del delito es el resultado de una larga evolución teórica. Puede considerarse que sus inicios datan de fines del siglo XIX. Los juristas, bajo la influencia de las ideas científicas predominantes entonces, se esforzaron en descubrir los "elementos naturales" de la infracción. Las nociones utilizadas procedían de la física o de la biología. Los trabajos pioneros, son sin duda, los de Franz von Liszt. Apoyándose en las ideas de Ihering, von Liszt distinguió las nociones de culpabilidad y de antijuricidad. Luego, Ernst von Beling propuso un tercer elemento: la tipicidad. Desde entonces, la infracción es concebida como una acción humana (controlada por la voluntad), típica, ilícita y culpable. Mediante la expresión "típica", se hace referencia a la conformidad de la acción con el tipo legal (descripción de dicha acción en la norma penal: *Tatbestand*). Este último aporte fue, en su época, considerado como un descubrimiento revolucionario. A la culpabilidad, aspecto subjetivo del comportamiento (suceso físico exterior), se le concibió como la relación psicológica existente entre el autor y su acción. La antijuricidad fue explicada con la ayuda del positivismo jurídico, para cuyos representantes el derecho era el conjunto de normas legales promulgadas por el legislador. El comportamiento fue considerado ilícito, como consecuencia, por violar el derecho positivo.

- 281 Conforme al sistema conceptual del positivismo jurídico, la descripción naturalista del delito ocupó el centro de las investigaciones de los juristas. Su esquema (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) ha sobrevivido hasta ahora con ciertas modificaciones en cuanto al contenido de las nociones empleadas. Se puede decir que esta concepción clásica del delito proviene de la idea del positivismo jurídico que se caracteriza, respecto al análisis de los problemas jurídicos, por la utilización exclusiva de nociones jurídicas (*Begriffsjurisprudenz*). La concepción "Liszt-Beling" fue cuestionada a fines del siglo pasado e inicios del presente. Poco a poco fue abandonada. Esto se debió, en primer lugar, a las críticas formuladas contra sus fundamentos filosóficos. Estas objeciones estaban inspiradas en la llamada "teoría neokantiana del conocimiento", cuya idea básica era la separación radical de la

realidad y del mundo normativo. 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 apreciar axiológicamente dicha realidad. La noción de infracción fue, de esta manera, analizada en consideración a los fines axiológicos del derecho penal. Fines que no están plenamente previstos en la ley, contrariamente a lo que pensaban los partidarios del positivismo jurídico.

## § 2. Teoría neoclásica y teoría finalista

- 282 La teoría clásica fue progresivamente substituida por una corriente de pensamiento a la que se llamó neoclásica o teleológica. Esta nueva concepción se fundó en tres "descubrimientos" esenciales. Primero, en el dominio de la "tipicidad", la determinación de los elementos normativos del tipo legal. Segundo, la constatación de los elementos subjetivos de la antijuricidad (violación de bienes jurídicos y violación de normas). Tercero, el reconocimiento del carácter normativo de la culpabilidad. Esta fue definida como un reproche formulado a quien libremente actúa contra el orden jurídico.
- 283 Los defectos de esta concepción fueron criticados por los sostenedores de la teoría finalista. A la distinción radical entre el mundo normativo y la realidad concreta defendida por el neokantismo, Hans Welzel opone dos ideas básicas: primero, la de las "estructuras lógico-objetivas" previas a toda regulación jurídica y, segundo, la de la naturaleza de las cosas. Según Welzel, el comportamiento humano debe ser tomado en cuenta por el legislador al elaborar las normas legales. La idea clave de esta concepción es la referente a la acción humana. Esta es caracterizada esencialmente por su estructura finalista. Esto significa que su autor tiene la capacidad de proponerse diferentes objetivos y de orientar su comportamiento en relación con ellos. La capacidad del autor está en relación con sus posibilidades de prever las consecuencias de su acto y con el conocimiento que tiene de la causalidad.

- 284 Los criterios de Welzel implican variaciones esenciales en la sistemática de los elementos de la infracción. La tipicidad no puede ser más concebida como la descripción objetiva del acto incriminado. Debe también comprender su finalidad para llegar a integrar sus aspectos esenciales. Por esto, resulta indispensable prever junto al tipo legal objetivo un tipo legal subjetivo.
- 285 Así, en los delitos dolosos, la finalidad de la acción, la intención o dolo y los otros elementos de naturaleza subjetiva (por ejemplo, el móvil con que actúa el agente) devienen partes integrantes de la tipicidad.
- 286 Las modificaciones en el dominio de los delitos culposos han sido igualmente importantes. La nueva estructura de la tipicidad hace necesario que se distinga claramente entre las infracciones dolosas y las culposas. La naturaleza ilícita de estas últimas no puede ser reducida al hecho de causar un resultado perjudicial para un tercero. Para completar este vacío, los finalistas colocan en primer plano la violación del deber general de no dañar los intereses jurídicos de los demás.
- 287 Los partidarios de la concepción finalista logran, de esta manera, eliminar de la noción de culpabilidad los elementos psicológicos que habían sido conservados según la concepción neokantiana y cuyo origen se encuentra en las tesis positivistas. La culpabilidad es, como consecuencia, concebida como un puro juicio de reproche formulado contra el autor del acto típico.
- 288 Además, el finalismo obligó a explicar, separadamente, las infracciones de omisión; pues, su naturaleza especial exigía un análisis específico. Así, se afirma la diferencia substancial que existe entre los delitos de comisión y los de omisión. Estas constituyen siempre la no realización de un comportamiento exigido por el orden jurídico. La naturaleza normativa del comportamiento omisivo impone la revisión de cada uno de los elementos del delito. Los "descubrimientos" del finalismo permitieron, de alguna manera, la rectificación global de las imprecisiones y contradicciones propias a la concepción neoclásica.

### § 3. Corrientes actuales

- 289 En los trabajos de estos últimos años, se percibe una renovación de la teoría del delito. La confrontación radical y estéril de ambas concepciones ha sido superada. A partir de la convicción de que ninguna de ellas tomada unilateralmente es suficiente para fundamentar todos los aspectos de la teoría del delito, se buscan nuevas perspectivas que tengan en cuenta los aportes positivos de ambas corrientes. En esta dirección, han desempeñado un papel decisivo, primero, los partidarios de la teoría de la acción social y, segundo, los autores que, como Roxin, tratan de renovar la noción del delito recurriendo a criterios que presuntamente se encuentran en la base de todo sistema penal racional y liberal. Esta nueva orientación se inspira en los progresos incontestables efectuados en el dominio de la política criminal y de la criminología.
- 290 La recepción de las ideas alemanas ha tenido lugar mediante los libros o artículos traducidos al español. Uno de los principales agentes de esta labor de difusión fue Jiménez de Asúa. Junto a este autor, es de mencionar a Sebastián Soler como introductor de las ideas penales en América Latina. Entre las obras alemanas traducidas al español que fueron ampliamente difundidas, destacan las de Edmund Mezger, Reinhart Maurach y Welzel.
- 291 En Guatemala y si nos limitamos a las obras más frecuentemente consultadas, podemos constatar que las explicaciones teóricas siguen, en relación a la teoría del delito, sobre todo las concepciones afiliadas al movimiento neoclásico. Así, por ejemplo, Mata Vela y León de Velasco, en su obra *Curso de Derecho Penal Guatemalteco*, afirman: "En nuestro medio de cultura jurídica, el criterio que mayor trascendencia ha tenido para la definición del delito, por considerarse el más aceptable dentro del campo penal, aún en nuestros días, ha sido el aportado por el movimiento técnico-jurídico, en la primera mitad del presente siglo".
- 292 Sin aceptar las tesis fundamentales de la teoría finalista, adoptamos la sistemática de análisis planteada por sus defensores. Al mismo

tiempo, tenemos en cuenta muchas de las ideas con que se ha enriquecido, en las últimas décadas, la discusión teórica sobre las diferentes condiciones de la punibilidad. De acuerdo con los alcances y fines de la presente obra, no entramos a los detalles de la disputa dogmática. Nos limitamos a tratar de presentar, en base al derecho guatemalteco, sus aspectos esenciales. Abordaremos, en primer lugar, el estudio del delito de comisión intencional y, luego, estudiaremos las demás formas de delito.

## **Capítulo 2**

### **Delitos de comisión dolosos**

#### **§ 1. Acción**

##### **A. Introducción**

- 293 La reacción punitiva tiene como referencia inicial una acción humana: hecho que se describe en el tipo legal, objeto del ilícito penal y base de la declaración de responsabilidad del autor. El derecho penal, en este sentido, es un derecho de actos.
- 294 La noción de acción cumple tres funciones esenciales. Primero, comprender todas las formas en que se presenta el obrar humano (acción de comisión o de omisión, dolosa o culposa). La diferencia específica debería encontrarse entonces en cada uno de los tipos de acción. Segundo, servir de elemento vinculante de los demás aspectos del delito. Debe ser independiente de cada uno de éstos y, al mismo tiempo, ser punto de referencia constante. La acción debe ser una acción típica, ilícita y culpable. Tercero, permitir la exclusión de los simples sentimientos o ideas, de los sucesos provocados por animales, actos reflejos o automáticos, etc.
- 295 Los esfuerzos efectuados para elaborar la noción de acción se han concretado en las denominadas teorías de la acción.