

Observaciones a la doctrina francesa del hecho punible desde la perspectiva alemana

Kai Ambos

Georg-August-Universität, Göttingen

*Abstract**

El artículo analiza la teoría francesa del delito desde la perspectiva de la doctrina alemana e identifica siete modelos de estructurar los elementos constitutivos del hecho punible. La confusión en el contenido y posición sistemática del elemento legal, el contenido del elemento moral y su ubicación o no dentro del hecho punible y la existencia de un elemento injusto, son temas que dividen a los autores franceses. Se establece que la teoría francesa carece de una categoría independiente de culpabilidad. Temas particulares encuentran ciertas similitudes entre las doctrinas francesa y alemana, como la posible división de la dimensión subjetiva del elemento moral, asimilable a la distinción (pos)finalista entre intención psicológica del acto y culpabilidad normativa.

The paper analyzes the French doctrine of crime from a German perspective. It identifies seven possible structures containing the different constituting elements of crime. There is controversy as to the contents and systematic location of the legal and moral elements as well as to the existence of an autonomous element of wrongfulness. An autonomous category of culpability is not recognized. There are certain similarities with regard to the German doctrine, e.g. as to the possible distinction between a subjective and a moral element, comparable to the (post)finalist distinction between psychological intent and normative culpability.

Der Aufsatz untersucht die französische Verbrechenslehre aus deutscher Sicht. Der Verf. identifiziert sieben mögliche Formen des Verbrechensaufbaus. Es herrscht Uneinigkeit in der französischen Lehre bezüglich Inhalt und systematischer Verortung des „Legalelements“ und des „moralischen Elements“ sowie bezüglich der Anerkennung eines eigenständigen Unrechtselements. Eine eigenständige Schuld-kategorie wird grundsätzlich nicht anerkannt. Ähnlichkeiten zur deutschen Lehre zeigen sich etwa bei der Unterscheidung eines subjektiven und moralischen Elements, vergleichbar der (post)finalistischen Unterscheidung zwischen psychologischem Vorsatz und normativer Schuld.

Title: Observations on the French theory of crime from a German perspective

Titel: Zur Entwicklung der französischen Straftatlehre - Bemerkungen aus deutscher Sicht

Palabras claves: Teoría del delito (francesa), elemento legal, elemento moral, elemento injusto, culpabilidad.

Schlagwörter: (französische) Verbrechenslehre, Legalelement, moralisches Element, Unrechtselement, Schuld

Keywords: (French) doctrine of crime, legal element, moral element, element of wrongfulness, culpability

* Versión ampliada y provista de notas al pie de una conferencia realizada con motivo del “primer encuentro franco-alemán de derecho penal” (“premières rencontres du droit pénal franco-allemand de l’Est de la France”), de la Universidad Paul Verlaine de Metz, el 29 de junio de 2007. Trabajo publicado bajo el título «Zur Entwicklung der französischen Straftatlehre - Bemerkungen aus deutscher Sicht» en *ZStW* (1), 2008, pp. 180 y ss. Agradezco en este acto a mi colaborador Klaus Alten por todo el trabajo preparatorio y al Dr. Julien Walter de la Universidad de Metz por sus valiosas indicaciones. Traducción del alemán de Rodrigo González-Fuente Rubilar, Universidad de Concepción (Chile) y alumno del M.Iur. (LL.M.) en la Universidad de Göttingen.

Sumario

1. Simplificación y desorden
2. Significación y posición sistemática del elemento legal
3. Elemento objetivo ("material") *vs.* elemento subjetivo ("moral")
4. ¿Existencia de un elemento injusto independiente?
5. Ninguna categoría independiente de culpabilidad
6. Jurisprudencia citada
7. Bibliografía citada

1. Simplificación y desorden

Al examinarse los actuales manuales franceses relativos al derecho penal general¹, se puede confirmar la premisa de que en esta materia reina “un grand désordre”². Ello se manifiesta a través de un gran número de definiciones referidas principalmente tanto al hecho punible como a la responsabilidad penal, todo lo cual impide cualquier esfuerzo de sistematización. Mientras Vogel en el año 1998 constata³ que en Francia la teoría clásica de los tres elementos constitutivos del hecho punible, complementada con un elemento injusto (“élément injuste”) es la dominante, es posible hoy en día distinguir en la doctrina francesa las siguientes posturas:

- Teoría clásica de los tres elementos constitutivos del hecho punible, cuales son: “élément légal”, “élément matériel” y “élément moral”, “psychologique” o “intellectuel”⁴.
- Teoría de los tres elementos constitutivos del hecho punible a los que se les une un cuarto elemento independiente, éste es, el “élément injuste”. También se la denomina teoría de los cuatro elementos⁵.
- Teoría de los tres elementos constitutivos del hecho punible, junto al “élément injuste”, pero sin el elemento legal, por encontrarse éste fuera del hecho punible, siendo en realidad entendido como una condición previa a su existencia (“préalable légal”)⁶.
- Teoría de los dos elementos constitutivos del hecho punible (elemento material y elemento psicológico), considerando al elemento legal, al igual que la teoría anterior, como condición previa al hecho punible (“préalable légal”)⁷.

¹ CONTE/MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7ª ed., 2004; DESPORTES/LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, 13ª ed., 2006; LARGUIER, *Droit pénal général*, 20ª ed., 2005; MAYAUD, *Droit pénal général*, 2004; MERLE/VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, 7ª ed., 1997; PIN, *Droit pénal général*, 2005; PRADEL, *Droit pénal général*, 16ª ed., 2006-2007; RASSAT, *Droit pénal général*, 2ª ed., 1999; RENOUT, *Droit pénal général*, 12ª ed., 2007; ROBERT, *Droit pénal général*, 6ª ed., 2005; SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, 19ª ed., 2006; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 20ª ed., 2007.

² RASSAT, *Droit pénal général*, 2ª ed., 1999, n° 198, p. 273; compárese también OTTENHOF, *Archives de Politique Criminelle (APC)*, 2000, pp. 71 y ss., p. 76, quien señala que la doctrina está equivocada (“embarrassée”), porque busca en vano dar un orden a una legislación y jurisprudencia que son confusas. Ya había constatado JESCHECK, *ZStW* (98), 1986, pp. 1, 8, que los “lineamientos mayores” (“Grösseren Zusammenhänge”) aún no habían sido claramente diseñados; También PFEFFERKORN, *Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit im französischen und deutschen Recht*, 2006, p. 28 señala que domina “cualquier cosa salvo la claridad” y que la “multiplicidad sistemática y terminológica” es considerable. Igual crítica manifiesta WALTHER, *L’antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand* (contribution à une théorie générale de l’illicéité), 2003, pp. 123 y ss.

³ VOGEL, GA, 1998, pp. 127 y ss., p. 129.

⁴ RENOUT, *Droit pénal général*, 12ª ed., 2007, pp. 107 y ss.; y SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, 19ª ed., 2006, n° 61, p. 44.

⁵ LARGUIER, *Droit pénal général*, 20ª ed., 2005, p. 13.

⁶ RASSAT, *Droit pénal général*, 2ª ed., 1999, n° 198, p. 276; PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 135, p. 97, quien comprende el “matérielles Element” y el “moralisches Element” dentro del hecho típico (“fait typique”) y que al referirse a la ilicitud habla de “fait illicite”.

- Teoría objetiva de los dos elementos constitutivos del hecho punible (elemento legal y elemento material)⁸ siendo el hecho punible completamente objetivo, exteriorizado a través de un acto o acción⁹ (material), dejando toda la faz subjetiva del hecho dentro de la culpabilidad.
- Teoría objetiva del elemento único del hecho punible¹⁰, la cual admite sólo características objetivas como elementos propios constitutivos del hecho punible (“proprements constitutifs”). Esta teoría considera al elemento legal como una condición previa y, a la faz subjetiva del hecho, como una categoría del actor (“théorie du delinquant”)¹¹ o bien, como una categoría de la imputación (“imputabilité”)¹².
- Teoría objetivo-subjetiva (mixta) de los dos elementos constitutivos del hecho punible¹³, que reconoce junto al elemento material, también al elemento moral, pero considerando las características propias del actor (por ejemplo: coacción, demencia) como una categoría independiente del delincuente.

Así, el término “élément” aparece como el concepto portador de la teoría francesa del hecho punible, siendo concebido ya a finales del siglo XVIII y utilizado en las distintas etapas del devenir histórico¹⁴. Además, a través de este concepto se han elaborado las actuales posiciones que se conocen sobre el tema. Se puede incluso decir que la debilidad de la “densité théorique” constatada por ROBERT de la teoría del hecho punible¹⁵ persiste hasta hoy, cuando se hace caso omiso de la controversia relativa a la auténtica posición, y sobre todo de la correcta comprensión, del elemento legal (ver *infra* 2), así como del reconocimiento del elemento injusto (ver *infra* 4), ya mencionado por René GARRAUD¹⁶. En todo caso, en vano resulta buscar un estudio que trate de manera global el concepto del hecho punible (sobre el cual ya se había publicado hacía más de cien años en la doctrina germana) sino hasta el surgimiento de la

⁷ DESPORTES/LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, 13ª ed., 2006, n° 430, p. 409; CONTE/MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7ª ed., 2004, n° 219, p. 129; MAYAUD, *Droit pénal général*, 2004, n° 13, p. 21, n° 150, p. 129.

⁸ MERLE/VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, 7ª ed., 1997, n° 383, pp. 504 y ss.

⁹ STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 20ª ed., 2007, n° 211, p. 207: “un fait ou un acte”; DESPORTES/LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, 13ª ed., 2006, n° 431, p. 411: “manifestation extérieure”.

¹⁰ PRADEL, *Droit pénal général*, 16ª ed., 2006-2007, n° 294, p. 275; ROBERT, *Droit pénal général*, 6ª ed., 2005, p. 203.

¹¹ Así, PRADEL, *Droit pénal général*, 16ª ed., 2006-2007, n° 294, pp. 275 y ss., n° 500 y ss., pp. 444 y ss.

¹² Así, sobre la evolución histórica de este concepto ROBERT, «Histoire des éléments de l'infraction», *Rev. Soc. Crim.*, 1977, pp. 270 y ss.

¹³ STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 20ª ed., 2007, n° 210, p. 205; sobre el desarrollo histórico de esta teoría, CUCHE, *Précis de droit criminel*, 1ª ed., 1925, teoría que se remonta a ROBERT, *Rev. Soc. Crim.*, 1977, pp. 270 y ss.

¹⁴ ROBERT, *Rev. Soc. Crim.*, 1977, pp. 270 y ss., demuestra que ya a fines del siglo XVIII la doctrina francesa comprendía en el hecho punible a la acción externa o hecho (“le fait”) en complemento con el propósito malicioso (“intention mauvaise”) y que los CP de 1808 y 1810 reconocían el elemento objetivo “élément matériel” y el elemento subjetivo “élément moral”.

¹⁵ ROBERT, *Rev. Soc. Crim.*, 1977, p. 272.

¹⁶ GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 1ª ed., 1881, n° 238-250; sobre el punto ROBERT, *Rev. Soc. Crim.*, 1977, p. 277.

monografía básica del autor de origen libanés, Adrien-Charles DANA sobre la “notion d’infraction penale” del año 1982¹⁷. En dicha ocasión, Dana pretende reemplazar la teoría de los elementos constitutivos del hecho punible por una noción dualista del mismo. Así, el hecho punible se representa por un lado como una acción humana imputable (“action humaine imputable”), es decir, acción atribuida a un individuo¹⁸, y por otra parte, como acción humana culpable (“action humaine culpable”) debido a la conexión del acto con la sociedad y con el repudio que ésta manifiesta hacia aquel¹⁹. DECOCQ entiende en su introducción a la obra de DANA a la “intention” como “volonté dirigée”... “contre un valeur sociale”, y al hecho punible como “volonté en action contre la norme”. De este modo, se descartó la utilización de los llamados elementos constitutivos del hecho punible²⁰.

Ante esa razón resulta poco sorprendente que MERLE y VITU constaten una insensibilidad general frente a la escuela alemana de orientación filosófica²¹. Así, GARÇON lacónicamente juzgaba a comienzos del siglo XX que “los conceptos alemanes en nada pueden contribuir de manera útil a la doctrina francesa”²². Según OTTENHOF, a la tradición francesa le corresponde “dejar a un lado toda discusión metafísica y filosófica”²³. Además, DANA refuta en su ya citado estudio la aproximación alemana por considerarla muy abstracta, sin consecuencias prácticas, confusa y difícil de abordar; pero sin citar a ningún autor alemán al respecto o cerciorarse que la doctrina alemana se haya agotado o que realmente aún se agote en consideraciones puramente abstractas²⁴. Autores jóvenes, como PIN, muestran haber superado esta tendencia anti alemana. Así, este autor utiliza en su propia teoría términos como “le fait typique”²⁵, “le fait illicite”²⁶, “imputation”²⁷, “subsomption”²⁸, usados por la doctrina alemana refiriéndose al

¹⁷ Así DANA, *Essai sur la notion d’infraction pénale*, 1982, p. 2. Según DECOCQ, en su introducción a la obra de Dana, p. XII, este autor ha leído toda la literatura francesa. La nueva literatura francófona es de origen más bien suiza o belga; compárese GRAVEN/STRÄULI, *L’infraction pénale punissable*, 2ª ed., 1995 y TULKENS/VAN DER KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 6ª ed., 2003.

¹⁸ DANA, *Essai sur la notion d’infraction pénale*, 1982, pp. 18, 515. Según este autor la “imputabilité” debe ser un elemento constitutivo del hecho punible (*ibidem.*, pp. 35 y ss., p. 274); Además, DASKALAKIS, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, 1975, p. 16.

¹⁹ DANA, *Essai sur la notion d’infraction pénale*, 1982, p. 19: “rattachement... à la société doit dégager la culpabilité...”, “du côté de la société” como “action humaine occupable” (del mismo modo, pp. 276, 515).

²⁰ DECOCQ, en su introducción a la obra de Dana, p. XIII.

²¹ MERLE/VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, 7ª ed., 1997, n° 379, p. 499: “dans l’ensemble demeurés assez insensibles”.

²² Prefacio de v. LISZT, *Traité du droit pénal allemand*, 17ª ed., 1911, p. XI: “... ces concepts germaniques ne pouvaient rien apporter d’utile à la doctrine française.” (citado posteriormente en MERLE/VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, 7ª ed., 1997, n° 379, p. 499, nota al pie n° 3).

²³ OTTENHOF, *APC*, 2000, p. 72.

²⁴ DANA, *Essai sur la notion d’infraction pénale*, 1982, p. 8 y ss. Por lo demás, es su referencia al conocido penalista hispano-argentino Jiménez de Asúa algo contradictoria, pues éste ha difundido la doctrina alemana tanto en España como en Latinoamérica, para BACIGALUPO (en *Delitos improprios de omisión*, 2005, p. 35) sólo existe un estudio dogmático español después de la *Teoría jurídica del delito* de JIMÉNEZ DE ASÚA, es decir, a partir de 1931. Sobre la influencia de la doctrina alemana en el derecho europeo-continental (*civil law*) compárese AMBOS, «100 Jahre Belings “Lehre vom Verbrechen”: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene?», *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, p. 464, pp. 467 y ss., www.zis-online.com, versión en español en: RECPC 09-05 (2007), <http://criminet.ugr.es/recpc09-05.pdf>.

²⁵ PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 136 y ss., pp. 98 y ss.

²⁶ PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 193 y ss., pp. 145 y ss.

hecho típico, a la antijuricidad y a la imputación (objetiva), así como la técnica de la subsunción. Sin embargo, MERLE y VITU son fieles representantes de la posición mayoritaria que señala que la doctrina francesa ofrece un análisis más simple y claro²⁹. Además, estos autores indican que la estructura de la teoría francesa del hecho punible es comparable a la alemana en la medida que ambas “caminen” desde el acto al actor y desde las condiciones objetivas a las condiciones subjetivas de responsabilidad³⁰. En efecto, en el desarrollo histórico de la teoría de los elementos, como lo demuestra ROBERT³¹, había cierto paralelo entre la orientación en el hecho y la importancia del elemento material por un lado, y por otro, una orientación en el actor y la importancia del elemento moral. A pesar de todo, las principales diferencias entre la teoría alemana y la francesa no han sido eliminadas. La distancia ya descrita de la teoría francesa en consideración con la teoría del derecho penal o de la filosofía del derecho penal, incluso en toda reflexión metajurídica, tiene por consecuencia una orientación positivista en el (Nouveau) Code Pénal³² (v. art. 111-3)³³ lo cual recuerda al “tecnicismo giuridico”³⁴ italiano y marca una diferencia fundamental con la doctrina alemana³⁵. Además, la concepción causalista clásica –prefinalista- del hecho punible aparece más bien como una consecuencia pragmático-positivista y no tanto fundada en principios jurídicos o teóricos³⁶.

²⁷ PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 237 y ss., pp. 181 y ss., distingue entre los requisitos de la imputación (imputabilidad y capacidad de discernimiento) y de la participación, pero no considera la capacidad en sentido objetivo; compárese también ROBERT, *Droit pénal général*, 6ª ed., 2005, p. 189: “... démonstration que, matériellement et psychologiquement, le comportement reproché à l'accusé est bien le sien: cette démonstration... aboutit à l'imputation”. Sobre el concepto de la imputabilidad como “mettre sur le compte de quelqu'un” ver DASKALAKIS, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, 1975, p. 13.

²⁸ PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 135 et passim. Respecto a la subsunción, también ROBERT, *Droit pénal général*, 6ª ed., 2005, p. 189, cuando señala: “le comportement matériel... doit coïncider avec la description qu'en donne le texte d'incrimination”.

²⁹ Compárese también WALTER, *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, 1999, p. 5 (prefacio).

³⁰ MERLE/VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, 7ª ed., 1997, n° 379, p. 500: “...elle remonte elle aussi de l'acte au délinquant, des conditions objectives de la responsabilité aux conditions subjectives”.

³¹ ROBERT, *Rev. Soc. Crim.*, 1977, pp. 273 y ss.

³² Sobre el punto ver VOGEL, *GA*, 1998, p. 127, pp. 129 y ss.; sobre la histórica emergencia y para una visión global de la parte general del Derecho penal véase ZIESCHANG, *ZStW* (106), 1994, pp. 647 y ss.

³³ Art. 111-3 señala: “Nul ne peut être puni pour un crime ou un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi”. Ver también Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 15 octubre 1991, *Droit pénal* 1992, n° 263, en lo que se refiere a los “éléments constitutifs”.

³⁴ Principalmente ROCCO, *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, vol. 1ª parte (1910), pp. 497 y ss., pp. 561 y ss. (p. 505: “tenersi fermi, religiosamente e scrupolosamente attaccati allo studio del diritto”; p. 515 y ss.: “studio esclusivo del diritto penale e, conformemente ai suoi mezzi, dell'unico diritto penale che esista come dato dell'esperienza, cioè il diritto penale positivo”; p. 518: “necessariamente uno studio tecnico giuridico, perché altri mezzi non si hanno, nella conoscenza scientifica del diritto, se non quelli forniti dalla tecnica giuridica ...”; p. 521: “l'elaborazione tecnico - giuridica del diritto penale positivo e vigente ...”).

³⁵ Mismo sentido VOGEL, *GA*, 1998, p. 129, que ve a la doctrina francesa como iuspositivista, ceñida a los principios y a la pragmática. Ya antes JESCHECK, *ZStW* (98), 1986, p. 4, constataba un método alemán más conceptual y un método francés más orientado a lo práctico.

³⁶ Compárese con la clasificación de la doctrina penalista francesa del punto de vista del derecho comparado en AMBOS, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS), 2006, p. 464, pp. 467 y ss., www.zis-online.com, versión en español en: *RECPC* 09-05 (2007), <http://criminet.ugr.es/recpc09-05.pdf>, pp. 464, 468.

2. Significación y posición sistemática del elemento legal

La mayor parte de la literatura jurídica, al menos la más reciente, no concibe más al elemento legal como parte del hecho punible³⁷. Mayormente se lo ha tratado bajo el concepto de ley penal en vez de hecho punible. La ley penal en sí define al hecho punible, por lo que no puede ser a la vez un elemento, sino una condición esencial (“condition essentielle”) del mismo³⁸. De manera concisa señala DOUCET: “...La loi ne peut être en même temps source et élément constitutif de l’infraction. Le contenant est nécessairement distinct du contenu”³⁹. Otros autores hablan de una “condition préalable”⁴⁰ o de una “préalable légal”⁴¹. Se trata entonces o, de una condición previa positivista, o de una exigencia de punibilidad en el sentido del principio formal de legalidad⁴². Además, esta distinción del hecho punible como una descripción legal abstracta (“description abstraite”, “infraction-description”) y el hecho concreto (“acte réel”, “infraction-action”)⁴³ no cambia en nada la afirmación de que el elemento legal no puede ser parte del hecho punible, ni tampoco de la “infraction-description”, porque es en sí mismo una definición abstracta y, justamente, una condición previa del hecho punible. Los representantes de la teoría clásica de los tres elementos concuerdan en considerar al elemento legal como “texte incriminateur” y como condición previa necesaria de la punibilidad (y al mismo tiempo como elemento constitutivo del hecho punible)⁴⁴. Del mismo modo para DEPORTES y LE GUNEHEC el elemento legal no es otra cosa que la ley penal aplicable, pero no forma parte del hecho punible, sino sólo es su condición previa.⁴⁵

³⁷ DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13^a ed., 2006, n° 430, p. 409; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 20^a ed., 2007, n° 210, p. 205; MAYAUD, *Droit pénal général*, 2004, n° 13, p. 21; PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 135, p. 97; RASSAT, *Droit pénal général*, 2^a ed., 1999, n° 198, p. 276; PRADEL, *Droit pénal général*, 16^a ed., 2006-2007, n° 294, p. 275; ROBERT, *Droit pénal général*, 6^a ed., 2005, p. 189; CONTE/MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^a ed., 2004, n° 219, p. 129. Ver también WALTHER, *L’antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand* (contribution à une théorie générale de l’illicéité), 2003, pp. 165 y ss., p. 447.

³⁸ Así DECOCQ, *Droit pénal général*, 1971, p. 61: “Elle [l’appellation d’élément légal] implique ... que la loi est partie de l’infraction, proposition inadmissible, car une norme ne peut s’intégrer à un fait, au surplus illicite. Au vrai, le texte de la loi est une condition essentielle, non un élément, de l’infraction ...”; del mismo modo DANA, *Essai sur la notion d’infraction pénale*, 1982, p. 14.

³⁹ DOUCET, *Précis de Droit pénal général*, 1976, p. 51.

⁴⁰ Compárese PRADEL, *Droit pénal général*, 16^a ed., 2006-2007, n° 294, p. 275.

⁴¹ Compárese PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 135, p. 97.

⁴² Ya ha sido reconocido por VOUIN, *Manuel de droit criminel*, 1949, p. 231, al señalar: “On peut exclure l’élément légal parce que la loi pénale se présente exactement comme un agent de répression. La dire élément constitutif n’est qu’une manière de parler... en vue de rappeler le principe de la légalité des infractions.” (citado posteriormente por ROBERT, *Rev. Soc. Crim.*, 1977, p. 276, con nota al pie n° 38, destacado en cursiva por el autor).

⁴³ Ver ROBERT, *Rev. Soc. Crim.*, 1977, pp. 276 y ss.

⁴⁴ SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, 19^a ed., 2006, n° 61 y ss., pp. 44 y ss.

⁴⁵ DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13^a ed., 2006, n° 430, p. 409: “la règle pénale préalable est régulièrement applicable aux faits considérés, autrement dit l’existence d’une incrimination” (destacado en cursiva por el autor). Del mismo modo PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 135, p. 97.

En relación con lo anterior, la distinción entre “conditions préalables” y los “éléments proprement constitutifs” del hecho punible⁴⁶ se remonta a la clasificación hecha por DECOCQ entre “condition” y “élément”⁴⁷. Así por ejemplo, el tipo penal de homicidio (l’homicide, art. 222-1) supone la existencia de un ser humano vivo⁴⁸, el delito de abuso de confianza (art. 314-1) requiere el desplazamiento de la cosa al futuro sujeto activo, o bien, la existencia de un contrato civil, lo que constituye una condición previa de la posterior defraudación y en sí la materialidad del hecho en un sentido estricto⁴⁹. En los hechos, asimismo, distinguen DESPORTES y LE GUNEHEC entre “élément préalable” de punibilidad de los “éléments matériels”, considerando que la condición previa en el abuso de confianza se compone del contrato civil que establece el desplazamiento de la cosa⁵⁰. Por lo demás, indican que las condiciones previas de la punibilidad y los elementos propiamente constitutivos de la prohibición existen de manera independiente los unos de los otros⁵¹. Desde una perspectiva alemana, esta distinción resulta realmente desconcertante, puesto que lo que los franceses consideran una condición previa son explícita o implícitamente elementos constitutivos del hecho punible. Así, en el abuso de confianza (art 314-1) se requiere el elemento constitutivo desplazamiento de la cosa (“lui ont été remis...”) y en la formulación “acceptes à charge de les rendre...” deviene una obligación de corte civil. El elemento legal, por el contrario, no es otra cosa que el principio de legalidad y no pertenece al hecho punible, sino que constituye un requisito de punibilidad. La discusión sobre el elemento legal se refiere no sólo a su posición sistemática, sino también a su auténtica significación, confusión que se genera por la falta de claridad al respecto, o al menos, por no haber sido elaborado claramente.

Otros autores afirman que la posición clásica consistente en ubicar al elemento legal como parte del hecho punible no fue recogida por el Nouveau Code Pénal, pues éste no habla de “hecho punible” (“l’infraction”), sino sólo distingue entre ley penal (“loi pénale”) y responsabilidad penal (“responsabilité pénale”)⁵². Sin embargo, esa es una posición positivista, que no excusa a la doctrina de aclarar el concepto del hecho punible, pues la elección de los términos utilizados por el legislador no cambia en nada el problema fáctico de determinar sus condiciones o sus elementos constitutivos.

⁴⁶ PRADEL, *Droit pénal général*, 16^a ed., 2006-2007, n° 294, p. 275; PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 137 y ss., pp. 98 y ss.

⁴⁷ DECOCQ, *Droit pénal général*, 1971, p. 88, citado posteriormente por ROBERT, «Histoire des éléments de l’infraction», *Rev. Soc. Crim.*, 1977, p. 283.

⁴⁸ PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 137, pp. 98 y ss.

⁴⁹ PRADEL, *Droit pénal général*, 16^a ed., 2006-2007, n° 294, p. 275; PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 137, p. 98.

⁵⁰ DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13^a ed., 2006, n° 433, p. 412.

⁵¹ DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13^a ed., 2006, n° 433, p. 412.

⁵² DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13^a ed., 2006, n° 430, p. 409.

3. Elemento objetivo (“material”) vs. elemento subjetivo (“moral”)

El élément matériel describe el acto o acción externo (material)⁵³ en el mismo sentido de la voz *actus reus*⁵⁴ utilizada en el derecho anglo-americano. Se trata, por un lado, de una consecuencia del derecho penal de actos que prohíbe el castigo del simple pensamiento, pero que, por otro lado, puede conducir a una responsabilidad puramente objetiva a través de una completa “materialisierung” del delito (“délits matériels”), a lo cual viene a poner fin el art. 121-3 CP.⁵⁵

En relación con el elemento moral, se trata de un concepto que induce a error, no por la concepción positivista que DEPORTES y LE GUNEHEC indican al señalar que “un hecho punible es normalmente contrario a la moral”⁵⁶, sino porque el derecho penal no tiene por objeto la protección de conceptos morales –El principio de la protección de bienes jurídicos, *l’offensivité*, o el *harm principle* forman parte del derecho comunitario europeo y por ende, también del derecho penal francés⁵⁷, sino el respeto del principio de culpabilidad a través del discernimiento del actor tenido en el momento de cometer el hecho⁵⁸. Por esa razón, es más conveniente hablar de elemento psicológico “élément psychologique”⁵⁹ o, como se utiliza a menudo, elemento subjetivo (“élément subjectif”) o intencional (“intentionnel”) en oposición al concepto de elemento intelectual (“élément intellectuel”)⁶⁰ que se posee únicamente cuando se tiene una noción cognitiva de la intención. Pero tal concepción se contradice con el desarrollo histórico del “élément moral” que tradicionalmente comprendió, por un lado, la voluntad como propósito malicioso⁶¹ y por otro, como “élément intentionnel” tanto de manera volitiva (“l’intention”) como cognitiva (“liberté et intelligence”)⁶². Aún hoy la doctrina francesa entiende el elemento moral como el aspecto subjetivo del acto, comprendiendo dentro de él a la culpa⁶³ (*mens rea* para el derecho anglosajón). El artículo 121-3 del código Penal se refiere en su primer apartado a la “intention”, debiendo ser entendida como los aspectos volitivos y

⁵³ STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 20ª ed., 2007, n° 211, p. 207: “un fait ou un acte”; DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13ª ed., 2006, n° 431, p. 411: “manifestation extérieure”.

⁵⁴ Compárese PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 138, p. 99.

⁵⁵ Compárese BENILLOUCHE, *Rev. Soc. Crim.*, 2005, pp. 541 y ss.

⁵⁶ DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13ª ed., 2006, n° 463, p. 439.

⁵⁷ Comparece recientemente FRISCH, *GA*, 2007, p. 250, particularmente p. 253.

⁵⁸ Sobre el “principe de culpabilité”, en igual sentido PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 165, p. 122.

⁵⁹ PUECH, *Droit pénal general*, 1988; punto criticado por DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13ª ed., 2006, n° 463, p. 439.

⁶⁰ Por ejemplo DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13ª ed., 2006, n° 463, p. 439.

⁶¹ Respecto al propósito malicioso, ver *supra* nota al pie n° 14 y, en la doctrina del siglo XIX, por ejemplo TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, 1854, p. 90, p. 106 quien habla de las perturbadas relaciones sociales (“troubler les rapports sociaux”) y desobediencia frente a la “loi sociale” y la “volonté perverse”. Aquí también aparecen la valoración como “inmoralidad” y la normativización del “elemento moral”.

⁶² VILLEY, *Précis d’un cours de droit criminel*, 3ª ed., 1884, pp. 95, 108.

⁶³ PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 138, p. 99, n° 165, pp. 121 y ss.: “la volonté ou la conscience de violer la loi pénale”; MAYAUD, *Droit pénal général*, 2004, n° 194, p. 178; SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, 19ª ed., 2006, n° 178, pp. 97 y ss., n° 204, p. 105; RASSAT, *Droit pénal général*, 2ª ed., 1999, n° 254 y ss., pp. 355 y ss.; RENOUT, *Droit pénal général*, 12ª ed., 2007, pp. 135 y ss., p. 142; DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13ª ed., 2006, n° 463, pp. 439 y ss.; véase también STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 20ª ed., 2007, n° 253, p. 234, para quienes el elemento moral equivale a *mens rea*.

cognitivos de la resolución criminal. Los apartados siguientes del 2 al 5 regulan la violación inintencional⁶⁴, cuyo apartado 2º (“*misse en danger délibéré*”) necesita al menos de la culpa conciente, pues quien actúa “*délibéré*” es al menos conciente del riesgo que su actuar puede generar. Cuando, finalmente, la doctrina comprende el “*dol général*” –parte de la “*intention*” junto al “*dol spécial*”– como “*intención de transgredir la ley penal*”⁶⁵, la conciencia de la ilicitud pertenece a la intención y, por lo tanto, al elemento moral⁶⁶.

En relación con la ubicación del “*élément moral*” –sea o no como parte constitutiva del hecho punible– se pueden distinguir tres diferentes posiciones, en atención a las teorías sobre el hecho punible ya desarrolladas:

- “*Élément moral*” como parte constitutiva del hecho punible, según la teoría subjetiva de los tres o dos elementos⁶⁷.
- Abolición del “*élément moral*” colocando a la dimensión subjetiva en una categoría independiente del actor, de la imputación o de la responsabilidad, según las teorías objetivas de los dos elementos o del elemento único⁶⁸.
- División de la dimensión subjetiva, perteneciendo una parte al hecho punible y la otra al actor, según la teoría objetivo-subjetiva (mixta) de los dos elementos⁶⁹.

Esta última postura recuerda –independientemente de los problemas ya manifestados relativos a los límites de los correspondientes elementos⁷⁰– a la distinción finalista entre la intención psicológica del acto y la culpabilidad normativa (responsabilidad). En vista de los efectos provocados en Francia por dicha teoría en relación con la punibilidad de la participación penal (accesoria),⁷¹ se puede decir que el fundamento teórico del finalismo (noción finalista de la acción) no tuvo importancia y ni siquiera fue conocido. Por lo demás, las discusiones entre los objetivistas y los subjetivistas se referían sólo a determinar cuál era la teoría correcta del hecho punible⁷², mientras que permanecieron indiscutidos los asuntos sobre una eventual dimensión subjetiva de la responsabilidad penal, o bien si ésta era un elemento constitutivo del hecho punible o una categoría independiente del actor o bien de la imputación. Para los objetivistas,

⁶⁴ Compárese DESPORTES/LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, 13ª ed., 2006, n° 463, p. 439; BENILLOUCHE, *Rev. Soc. Crim.*, 2005, p. 530. Sobre el establecimiento del art. 121-3 CP y, fundamentalmente, sobre la teoría francesa de la imprudencia, ver PFEFFERKORN, *Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit im französischen und deutschen Recht*, 2006, pp. 29 y ss., p. 451.

⁶⁵ DESPORTES/LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, 13ª ed., 2006, n° 470: “...l'intention de violer la loi pénale.”; en igual sentido BENILLOUCHE, *Rev. Soc. Crim.*, 2005, p. 532; compárese también PIN, *Droit pénal général*, 2005, como en nota al pie n° 63.

⁶⁶ Compárese igualmente VOGEL, *GA*, 1998, p. 133.

⁶⁷ *Supra* notas al pie n° 4 a 7 y su texto; igualmente ver OTTENHOF, *APC*, 2000, pp. 77 y ss.

⁶⁸ *Supra* notas al pie n° 8 a 10 y su texto; igualmente ver OTTENHOF, *APC*, 2000, p. 76.

⁶⁹ *Supra* nota al pie n° 13 y su texto.

⁷⁰ Compárese ROBERT, *Rev. Soc. Crim.*, 1977, p. 282 para mayores antecedentes.

⁷¹ Compárese ROBERT, *Rev. Soc. Crim.*, 1977, pp. 282 y ss.

⁷² Sobre el punto RASSAT, *Droit pénal général*, 2ª ed., 1999, n° 198, pp. 273 y ss. Sobre las similitudes con la controversia alemana relativa a la teoría personal del delito ver VOGEL, *GA*, 1998, p. 133 y nota al pie n° 38.

la verdadera distinción se debe realizar entre “acte” o “actum” y “personne” (délinquant)⁷³. La utilización del término “elemento moral” tan solo tiene finalidades didácticas (“comodité pédagogique”)⁷⁴.

El mérito de una concepción objetiva, como se indicó al comienzo, radica en la importancia de concebir al “élément matériel” como acción externa que se adecua a la orientación material del derecho penal francés: el artículo 121-1 CP habla de responsabilidad por “propre fait” y casi todos los tipos penales de la parte especial comienzan con el “fait” de hacer cualquier cosa⁷⁵. Con esto se pone de manifiesto que se rechaza toda inclinación hacia un derecho penal de la intención, como lo contemplaba el Código Penal de Napoleón de 1810⁷⁶. Así, el nuevo tipo penal de conspiración (“complot”), que renunciaba antes totalmente a todo elemento material⁷⁷, habla en la actualidad de “actos materiales” (art. 412-2 CP)⁷⁸. Ciertamente, el reconocimiento de un derecho penal material no supone un objetivismo puesto al extremo de excluir al elemento subjetivo de la noción de hecho punible. Existen, asimismo, autores que comprenden al hecho punible de modo objetivo-subjetivo, reconociendo la orientación material del código penal y, en resumidas cuentas, de todo el derecho penal francés⁷⁹.

Sin embargo, la posición objetiva debe ser rechazada, porque algunos tipos penales no pueden ser explicados sin la dimensión subjetiva. Se puede citar como ejemplo el robo, que es definido como una “sustracción fraudulenta” (art. 311-1) –siendo la expresión “fraudulenta” la dimensión subjetiva–. En el abuso de confianza, cuya acción material consiste en el desplazamiento de la cosa en detrimento de otro (“desviar en perjuicio de otro”, art. 314-1). De este modo los subjetivistas establecieron que la dimensión subjetiva estaba presente en toda ley⁸⁰. Para otros, el elemento moral está fuertemente ligado al elemento material⁸¹ y la

⁷³ PRADEL, *Droit pénal général*, 16^a ed., 2006-2007, n° 294, p. 277.

⁷⁴ PRADEL, *Droit pénal général*, 16^a ed., 2006-2007, n° 294, p. 277.

⁷⁵ Compárese por ejemplo, art. 221-1 (“le fait de donner la mort”) o art. 314-1 (“le fait par une personne de détourner...”).

⁷⁶ En este sentido también DANA, *Essai sur la notion d’infraction pénale*, 1982, p. 23.

⁷⁷ Art. 87.1: “Le complot ayant pour but les crimes mentionnés à l’article 86, s’il a été suivi d’un acte commis ou commencé pour en préparer l’exécution, sera puni de la détention criminelle à temps de dix à vingt ans”.

⁷⁸ La “association de malfaiteurs” requiere siempre de “faits matériels” (art. 265 CP antiguo, art. 450-1 CP nuevo), es decir, de una manifestación del plan criminal a través de acciones externas. Compárese también DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13^a ed., 2006, n° 431, pp. 411 y ss. (la referencia se entiende al art. 412-2, en lugar del art. 412-1).

⁷⁹ Compárese DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13^a ed., 2006, n° 432, p. 380: “Il n’existe pas d’infraction sans activité matérielle”. Estos autores demuestran el carácter liberal de un estado de derecho acorde con un derecho penal de actos (*ibidem*, n° 432, p. 380) y sobre la facilidad de prueba del elemento material (*ibidem*).

⁸⁰ RASSAT, *Droit pénal général*, 2^a ed., 1999, n° 198, p. 274: “...les textes d’incrimination décrivent... dans quel état d’esprit le délinquant doit y avoir participé. (...) [D]e la loi elle-même, on peut déduire qu’une infraction comporte nécessairement un élément moral”.

⁸¹ STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 20^a ed., 2007, n° 253, p. 234: “se joigne à l’élément matériel (qu’il apparaisse avant ou au même moment)...”.

voluntad o conciencia constituye el elemento común a todo hecho punible⁸². Esta posición es confirmada por el art. 121-3 CP al señalar que no se puede cometer delito “sans intention de le commettre”.

4. ¿Existencia de un elemento injusto independiente?

El elemento injusto, utilizado por primera vez por GARRAUD⁸³, es hasta hoy objeto de discusión. Por un lado, ha sido rechazado por causar confusión con el elemento legal, ya que sólo la ley penal decide qué está prohibido o autorizado (justificado); una autorización legal (una justificación) negaría, de este modo, la existencia del elemento legal⁸⁴. Otros autores, incluso sectores positivistas, indican que este elemento no es otra cosa que la falta de causas de exclusión de la responsabilidad, debiendo ser estudiado específicamente en este ámbito⁸⁵. En este sentido, se defiende también una categoría indiferenciada de causales de exclusión de la punibilidad (“circonstances exclusives de l’incrimination”)⁸⁶ –del mismo modo que las “defences” anglo-americanas– lo cual encuentra sustento positivo en los artículos 122-1 y siguientes del CP (“des causes d’irresponsabilité”)⁸⁷.

El tratamiento específico del injusto es posible encontrarlo en aquellos autores que siguen en principio la doctrina clásica⁸⁸, como también en parte, en aquellos que excluyen al elemento legal del hecho punible⁸⁹ o en aquellos que defienden una doctrina más objetiva⁹⁰. Se rechaza la teoría del efecto indicativo de la realización del hecho típico por la refutación de la existencia de una justificación⁹¹, porque a través de ella se invierte la carga de la prueba, poniéndola de parte del sospechoso o del acusado⁹². Por otra parte, se señala como ilógica la existencia de una categoría de causas de exclusión de la punibilidad, porque no se pueden agrupar todas ellas

⁸² STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 20ª ed., 2007, n° 253, p. 235: “...volonté ou conscience constitue l’élément commun à toutes les infractions”.

⁸³ GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 1ª ed., 1881, n° 238 y ss.; citado por ROBERT, *Rev. Soc. Crim.*, 1977, pp. 277 y ss., relativo a la teoría del ilícito desarrollada por Garraud, ahora WALTHER, *L’antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand* (contribution à une théorie générale de l’illicéité), 2003, pp. 127 y ss.

⁸⁴ STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 20ª ed., 2007, n° 210, pp. 205 y ss.: “l’élément injuste se ramène à l’élément légal et se confond avec lui”. También DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13ª ed., 2006, n° 627, p. 627, según los cuales los hechos justificativos se encuentran en el elemento legal.

⁸⁵ DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13ª ed., 2006, n° 430, p. 409.

⁸⁶ DECOCQ, *Droit pénal général*, 1971, p. 295.

⁸⁷ En este sentido DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13ª ed., 2006, n° 628, pp. 629 y ss.

⁸⁸ Así al menos LARGUIER, *Droit pénal général*, 20ª ed., 2005, p. 13, pp. 48 y ss.

⁸⁹ Véase RASSAT, *Droit pénal général*, 2ª ed., 1999, n° 198, pp. 273 y ss.; PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 135, p. 97, n° 193 y ss., pp. 145 y ss.

⁹⁰ Compárese MERLE/VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, 7ª ed., 1997, n° 435, p. 560, los autores describen –refiriéndose sin duda a la doctrina alemana– entre ilicitud formal y material las que consideran “contraire à des principes supra-légaux”.

⁹¹ En esta posición RASSAT, *Droit pénal général*, 2ª ed., 1999, n° 198, p. 275: “l’infraction est punissable si elle est prévue par une loi et non justifiée par une autre”. El mismo autor refuta esta posición, ver siguiente nota al pie y su texto.

⁹² RASSAT, *Droit pénal général*, 2ª ed., 1999, n° 198, p. 275 y n° 289, pp. 407 y ss.

bajo una misma denominación⁹³. Con todo, el efecto de las auténticas (“materiellen”) causas de justificación (“causes de justification” o “faits justificatifs”) es el objeto de discusión: según una parte de los autores, una causa de justificación hace “desaparecer el hecho punible”⁹⁴, según otros, lo “neutraliza”⁹⁵, y para algunos simplemente no puede ser realizado –en ausencia de un elemento constitutivo (negativo)– no se ha originado (teoría de los elementos constitutivos negativos)⁹⁶; finalmente se ha dicho también que la responsabilidad es suprimida⁹⁷, lo que se reafirma con la fórmula legal “n’est pas pénalement responsable” (art. 122 CP).

Ciertamente no se puede hacer caso omiso que los mismos autores que reconocen fundamentalmente un elemento injusto, no hablan al mismo tiempo de un concepto material de ilicitud⁹⁸. De hecho Xavier PIN constituye la única excepción dentro de los autores de manuales; él distingue entre ilicitud material e ilicitud formal (“illicéte matérielle et formelle”) y quiere distinguirla en función de la violación de un interés protegido y el equilibrio entre el interés atacado y el interés salvaguardado⁹⁹. Tratándose de monografías, recientemente Julien WALTHER¹⁰⁰, en un estudio fundamental, indica que un concepto de antijuricidad material debe estar relacionado a los bienes jurídicos, el que desarrolla en función a la doctrina alemana. Así, la antijuricidad tendrá, por un lado, una función positiva, estructurante en el sentido de determinarse como una ilicitud material¹⁰¹, y por otro lado, la ilicitud tiene una función negativa, excluyente sobre las causas de justificación¹⁰². Por tanto, si se considera el sistema completo, se distingue entre antijuricidad/ilicitud y culpabilidad¹⁰³, refiriéndose la ilicitud a la noción de bien jurídico¹⁰⁴. La doctrina mayoritaria es de la opinión contraria, basándose en argumentos más positivistas, siendo para GARRAUD el elemento injusto no más que “una condición

⁹³ RASSAT, *Droit pénal général*, 2ª ed., 1999, n° 198, p. 275; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 20ª ed., 2007, n° 371, pp. 326 y ss., distingue en las “causes exclusives de la responsabilité” entre “faits justificatifs” y “causes de non-imputabilité”.

⁹⁴ JEANDIDIER, *Droit pénal général*, 1988, n° 250, p. 233.

⁹⁵ CONTE/MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7ª ed., 2004, n° 241, p. 145.

⁹⁶ RASSAT, *Droit pénal général*, 2ª ed., 1999, n° 198, p. 276: “ne se forme pas à défaut d’un de ses éléments rationnels”.

⁹⁷ STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 20ª ed., 2007, n° 372, p. 327: “supprimer la responsabilité pénale...”.

⁹⁸ Sobre la ausencia de una noción de ilicitud material, WALTHER, *L’antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand* (contribution à une théorie générale de l’illicéte), 2003, pp. 121 y ss., p. 130, pp. 445 y ss.

⁹⁹ PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 193 y ss., pp. 145 y ss.; Sobre la violación de intereses protegidos también ROBERT, *Droit pénal général*, 6ª ed., 2005, pp. 225 y ss., quien se funda también en el interés protegido.

¹⁰⁰ WALTHER, *L’antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand* (contribution à une théorie générale de l’illicéte), 2003.

¹⁰¹ WALTHER, *L’antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand* (contribution à une théorie générale de l’illicéte), 2003, pp. 187 y ss., pp. 450 y ss.

¹⁰² WALTHER, *L’antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand* (contribution à une théorie générale de l’illicéte), 2003, pp. 219 y ss., pp. 451 y ss.

¹⁰³ WALTHER, *L’antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand* (contribution à une théorie générale de l’illicéte), 2003, pp. 288 y ss., pp. 456 y ss.

¹⁰⁴ WALTHER, *L’antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand* (contribution à une théorie générale de l’illicéte), 2003, pp. 367 y ss., pp. 459 y ss.

negativa”, es decir, “ausencia de una causa de justificación”, entendiendo el mismo autor la justificación como “el ejercicio de un derecho o de un deber del autor”¹⁰⁵. Una noción de ilicitud material y teórica –entendida como una violación de intereses socialmente protegidos¹⁰⁶ o sobre el fundamento de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción¹⁰⁷– no hace necesario una noción positivista de la ilicitud porque sólo se reconoce como causa excluyente de ella lo que ha estado previsto como tal por el derecho positivo. La manera en la que se resuelven aquellos casos que no encuadran en una causa de exclusión de la ilicitud, legalmente prevista, pero en los cuales la realización de la ilicitud material es por lo menos dudosa, queda abierta. Se puede, por ejemplo, pensar en el secuestro, por parte de unos terroristas, de los pasajeros de un avión, el cual es dirigido hacia un sector empresarial compuesto de edificios comerciales. Este caso se resuelve sólo a través de consideraciones materiales, que la ley penal no necesariamente contempla.¹⁰⁸

5. Ninguna categoría independiente de culpabilidad

Básicamente no se encuentra en la teoría francesa del delito ninguna categoría de culpabilidad¹⁰⁹, tal como se conoce en el derecho alemán. La gran mayoría de los autores entienden por culpabilidad, de manera naturalista, la dimensión subjetivo-sicológica de la responsabilidad (“responsabilité”) tomando la posición adoptada ya por BARRIS, presidente de la cámara penal de la Corte de Casación entre los años 1806 y 1824, y de MOLINER en 1851¹¹⁰. Es de importancia la constatación de una “faute pénale”, que puede ser definida como transgresión (negligente) de un deber (“manquement à un devoir”), como mínimo para retener la culpabilidad¹¹¹. Incluso, para un autor más moderno como PIN tiene importancia la

¹⁰⁵ GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 1ª ed., 1888-94, aquí t. 2, 3ª ed., n° 433 (citado por ROBERT, *Rev. Soc. Crim.*, 1977, p. 279 y ss). Compárese también GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 7ª ed., 1901, n° 143 y ss., pp. 200 y ss.

¹⁰⁶ En relación a la distinción fundamental entre ilicitud formal y material, v. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 12ª y 13ª ed., 1903, pp. 140 y ss.; un punto de vista actual ROXIN, *Strafrecht, AT I*, 2006, § 14 n° 4 y ss.

¹⁰⁷ VON BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 1ª ed., 1872, t. 1, pp. 3 y ss., pp. 28 y ss., p. 56, fundamento para la distinción entre norma y ley; punto de vista francés ver ROBERT, *Rev. Soc. Crim.*, 1977, pp. 277 y ss.

¹⁰⁸ Para una causal de exoneración de culpabilidad supra legal, “wenn der Abschuss nach menschlichem Ermessen nicht zur Tötung Unbeteiligter führen kann”, ver ROXIN, (supra nota n° 106), § 22, n° 149.

¹⁰⁹ Para una apreciación crítica, SAINT-GÉRAND, *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, 2000, n° 15, p. 21: “Le droit pénal ne prend pas suffisamment en compte la culpabilité comme concept juridique autonome. Sa compréhension est davantage orientée vers l’abstraction et la philosophie que vers la science juridique proprement dite, ce qui a pour conséquence que la culpabilité est considérée et traitée comme une théorie secondaire, sous-entendue dans d’autres concepts jugés plus fondamentaux. La culpabilité est négligée car il est davantage question de legalité, de responsabilité, d’imputabilité, d’infraction et d’incrimination en droit pénal”. Ver igualmente GIRAULT, *Le droit à l’épreuve des pratiques euthanasiques*, 2002; así como SAAS, *L’ajournement du prononcé de la peine – Césure et recomposition du procès pénal*, 2004.

¹¹⁰ Compárese ROBERT, *Rev. Soc. Crim.*, 1977, p. 271, p. 273, mayores antecedentes en nota al pie n° 9 y 17; BENILLOUCHE, *Rev. Soc. Crim.*, 2005, pp. 530 y ss.

¹¹¹ DESPORTES/LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, 13ª ed., 2006, n° 463 p. 439; la oración siguiente es incomprensible, “dass das Studium des intellektuellen Straftatelements das Studium des strafrechtlichen

culpabilidad en forma de principio de culpabilidad respecto de la necesidad de un elemento moral¹¹². Una auténtica teoría de la culpabilidad que posicione como centro del problema la posibilidad de reprochar el comportamiento de una persona determinada, que será por ende normativamente fundada, debe ser aún desarrollada¹¹³. Esto ya ha sido expuesto por DANA, quien se opone a la noción clásica psicológica, que no considera la realidad social y, por el contrario, quiere depositar sobre un reproche normativo o jurídico, tales como la indiferencia (“indifférence”) o la hostilidad (“hostilité”) del actor contra los bienes jurídicos y valores socialmente reconocidos, como un juicio de valor negativo del comportamiento del hechor¹¹⁴. “La esencia social” del hecho punible reside en una violación o en una falta normativa “faute normative”, su aspecto psicológico en una transgresión o en una falta intencional “faute intentionnelle”¹¹⁵. La falta normativa consiste en una violación de una norma de conducta y, en sí, en el desprecio hacia el interés jurídicamente protegido por dicha norma. La violación de la norma de conducta se representa como una “debilidad reprochable” que funda la “reprobación social”¹¹⁶. La falta normativa es independiente de la realidad psicológica¹¹⁷ y, por el contrario, dependiente del principio de legalidad¹¹⁸. Sin embargo, esta doctrina no ha encontrado repercusión.

La incapacidad para responder penalmente (coacción, enfermedad mental, minoría de edad) pertenece a la imputabilidad (“imputabilité”). Ésta es principalmente concebida de manera naturalista como una descripción del estado psicológico del actor, de su libertad de querer algo y de su capacidad para discernir entre el bien y el mal¹¹⁹. Existe también una noción normativa, según la cual el actor no es imputable, porque si bien, él ha querido el acto, le estaba vedada de antemano la posibilidad de quererlo¹²⁰. El “Rechtsirrtum” (error de derecho) pertenece a la responsabilidad: mientras antes la conciencia de la ilicitud se presumía, el actual código penal en su art. 122-3 establece que frente a la comprobación de un error de prohibición (“erreur de droit”) se excluye la responsabilidad¹²¹.

Verstoßes sei” (“L’étude de l’élément intellectuel de l’infraction est donc l’étude de la faute pénale”). Sobre la culpabilidad “faute”, véase también OTTENHOF, *APC*, 2000, p. 74, part. p. 80.

¹¹² PIN, *Droit pénal général*, 2005, n°165, pp. 121 y ss.

¹¹³ Compárese también BENILLOUCHE, *Rev. Soc. Crim.*, 2005, pp. 531 y ss.: “...n’existe pas non plus d’étude approfondie relative à un jugement normatif sur la réprobation se fondant sur la volonté spécifique de l’auteur”. Sin embargo, ciertos autores ya han asumido el riesgo en sus tesis doctorales como GIRAULT, *Le droit à l’épreuve des pratiques euthanasiques*, 2002; SAAS, *L’ajournement du prononcé de la peine – Césure et recomposition du procès pénal*, 2004.; SAINT-GÉRARD, *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, 2000.

¹¹⁴ DANA, *Essai sur la notion d’infraction pénale*, 1982, pp. 280 y ss., pp. 282 y ss. (pp. 283 y ss.).

¹¹⁵ DANA, *Essai sur la notion d’infraction pénale*, 1982, p. 281.

¹¹⁶ DANA, *Essai sur la notion d’infraction pénale*, 1982, p. 516: “défaillance blâmable qui appelle le blâme social”.

¹¹⁷ DANA, *Essai sur la notion d’infraction pénale*, 1982, pp. 287 y ss., p. 454.

¹¹⁸ DANA, *Essai sur la notion d’infraction pénale*, 1982, p. 287, pp. 382 y ss.

¹¹⁹ Compárese OTTENHOF, *APC*, 2000, pp. 74 y ss., con mayores antecedentes; fundamentalmente en DASKALAKIS, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, 1975, pp. 13 y ss.

¹²⁰ OTTENHOF, *APC*, 2000, p. 75: “...il a voulu l’acte mais parce qu’il aurait dû ne pas le vouloir”.

¹²¹ DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 13ª ed., 2006, n° 673, pp. 665 y ss.; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 20ª ed., 2007, n° 433, p. 372; compárese PIN, *Droit pénal général*, 2005, n° 252, p. 191.

6. *Jurisprudencia citada*

Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 15 octobre 1991, Droit pénal 1992, n° 263, en lo que se refiere a los “éléments constitutifs”.

7. *Bibliografía citada*

AMBOS, Kai, «100 Jahre Belings “Lehre vom Verbrechen”: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene?», *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, www.zis-online.com, versión en español en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC) 09-05 (2007), <http://criminet.ugr.es/recpc09-05.pdf>.

BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa” t. 23, Madrid 2005.

BENILLOUCHE, Mikaël, «La subjectivisation de l’élément moral de l’infraction: plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité», *Rev. Soc. Crim.*, 2005, pp. 541 y ss.

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, t.1., 1ª ed., Leipzig 1872.

CONTE, Philippe/MAISTRE DU CHAMBON, Patrick, *Droit pénal général*, 7ª ed., Paris 2004.

CUCHE, Paul, *Précis de droit criminel*, 1ª ed., Paris 1925.

DANA, Adrien-Charles, *Essai sur la notion d’infraction pénale*, Paris 1982.

DECOCQ, André, *Droit pénal général*, Paris 1971.

- Introducción a la obra de DANA, *Essai sur la notion d’infraction pénale*, Paris 1982.

DASKALAKIS, Élie, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, Paris 1975.

DESPORTES, Frédéric/LE GUNEHEC, Francis, *Droit pénal général*, 13ª ed., Paris 2006.

DOUCET, Jean-Paul, *Précis de Droit pénal général*, Liège 1976.

FRISCH, Wolfgang, «Rechtsphilosophie und Strafrecht in Europa», *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* (GA), 2007.

GARRAUD, René, *Précis de droit criminel*, 1ª ed., Paris 1881.

- *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 1ª ed., Paris 1888-1896.

- *Précis de droit criminel*, 7ª ed., Paris 1901.

GIRAULT, Carole, *Le droit à l’épreuve des pratiques euthanasiques*, Aix-en-Provence 2002.

- GRAVEN, Philippe/STRÄULI, Bernhard, *L'infraction pénale punissable*, 2^a ed., Bern 1995.
- JEANDIDIER, Wilfrid, *Droit pénal général*, Paris 1988.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, «Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* (98), 1986, pp. 1 y ss.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Teoría jurídica del delito*, Madrid 1931.
- LARGUIER, Jean, *Droit pénal général*, 20^a ed., Paris 2005.
- V. LISZT, Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 12^a y 13^a ed., Berlin 1903.
- *Traité du droit pénal allemand*, 17^a ed., Paris 1911.
- MAYAUD, Yves, *Droit pénal général*, Paris 2004.
- MERLE, Roger/VITU, André, *Traité de droit criminel*, t. I, 7^a ed., Paris 1997.
- OTTENHOF, Reynald, «Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal», *Archives de Politique Criminelle*, 2000, pp. 71 y ss.
- PFEFFERKORN, Fabian, *Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit im französischen und deutschen Recht*, Berlin 2006.
- PIN, Xavier, *Droit pénal général*, Paris 2005.
- PRADEL, Jean, *Droit pénal général*, 16^a ed., Paris 2006-2007.
- PUECH, Marc, *Droit pénal general*, Paris 1988.
- RASSAT, Michèle-Laure, *Droit pénal général*, 2^a ed., Paris 1999.
- RENOU, Harald, *Droit pénal général*, 12^a ed., Orleáns 2007.
- ROBERT, Jacques-Henri, «Histoire des éléments de l'infraction», *Revue de science criminelle et droit pénal comparé* (Rev. Soc. Crim.), 1977, pp. 270 y ss.
- *Droit pénal général*, 6^a ed., Paris 2005.
- ROCCO, Arturo, «Il problema e il metodo della scienza del diritto penale», *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, vol. 1., 1910, pp. 497 y ss.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, München 2006.
- SAAS, Claire, *L'ajournement du prononcé de la peine – Césure et recomposition du procès pénal*, Paris 2004.

SAINT-GÉRAND, Valérie, *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, Thèse Lyon III 2000.

SOYER, Jean-Claude, *Droit pénal et procédure pénale*, 19^a ed., Paris 2006.

STEFANI, Gaston/LEVASSEUR, Georges/BOULOC, Bernard, *Droit pénal général*, 20^a ed., Paris 2007.

TREBUTIEN, Eugene, *Cours élémentaire de droit criminel*, vol. 1, Paris 1854.

TULKENS, Françoise/VAN DER KERCHOVE, Michel, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 6^a ed., Bruxelles 2003.

VILLEY-DESMESERETS, Edmond-Louis, *Précis d'un cours de droit criminel*, 3^a ed., Paris 1884.

VOGEL, Joachim, «Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des common law», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 1998, pp. 127 y ss.

VOUIN, Robert, *Manuel de droit criminel*, Paris 1949.

WALTHER, Julien, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand* (contribution à une théorie générale de l'illicéité), thèse Université de Nancy II cotutelle avec l'Université de la Sarre 2003.

WALTER, Tonio, *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, Heidelberg 1999.

ZIESCHANG, Frank, «Der Allgemeine Teil des neuen französischen Strafgesetzbuchs», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (106), 1994, pp. 647 y ss.