

Doctrina

LA TEORÍA DEL DELITO DE BELING EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Kai Ambos

Gracias a la jurisprudencia originada en Nuremberg así como a las subsecuentes codificaciones que se han redactado en la materia, el Derecho Penal Internacional (DPI) ha ido conformando una teoría básica y preliminar del tipo, con varias de las características propias del sistema angloamericano. De esta manera, este catedrático de la Universidad Georg August y juez del Tribunal estatal (Landgericht) de Gotinga, en Alemania, considera que varios de los elementos utilizados por la teoría del delito de Beling resultan de una enorme utilidad, para elaborar una teoría más lógica y racional en el campo del DPI. Como ejemplos de ello, el autor considera que serían de enorme ayuda conceptos como los de la categoría del tipo de garantía, la tipicidad estricta y la comprensión del tipo sistemático.

I. TIPO DE GARANTÍA, TIPO SISTEMÁTICO, TIPO PERSONAL Y TIPO DUAL CON ANTERIORIDAD A BELING

Hace 101 años Ernst Beling publicó su obra fundamental, *La teoría del delito*.¹ Según la opinión mayoritaria, con esta teoría se fundó la teoría del tipo penal.² En todo caso, Beling renovó la teoría del tipo y desarrolló su potencial para el Estado de Derecho,

* Agradezco al Prof. Dr. Fritz Loos (Göttingen), al Dr. Peter Rackow y al Dr. Ebrahim Nesbat sus valiosos comentarios. Traducción del alemán (publicado en www.zis-online.com, 10/06) y portugués a cargo de Dña. Ana Ma. Garrocho Salcedo, becaria FPU del Ministerio de Educación y Ciencia (España), área de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid; revisión del autor.

¹ Beling, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906.

² Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, v. 1, Munich, C. H. Beck, 2006, § 7 nota marginal (a partir de ahora, nm.) 12, § 10, nm. 1.⁴ Valdés Costa, *op. cit.*, p. 4.

“extrayendo de la máxima: *nullum crime sine lege*, todas las consecuencias sistemáticas”.³ Con todo, debe mencionarse que, mucho antes que Beling, dos penalistas del siglo XIX, Christoph Karl Stübel y Heinrich Luden, ya se habían ocupado con anterioridad sobre la teoría del tipo penal.⁴ Stübel, considerado asimismo como el fundador de la teoría del tipo objetivo, lo hizo en 1805, por tanto un siglo antes que Beling,⁵ y Luden que se ocupó de la misma en 1840.⁶

Stübel, influenciado por la teoría preventiva general de la coacción psicológica de Feuerbach,⁷ y de acuerdo con la máxima *nullum crimen*, elaboró un sistema de Derecho Penal fundado en el principio de legalidad, por lo que se puede afirmar que este autor apostaba por un tipo de garantía (*Garantietatbestand*) orientado por la máxima *nullum crimen*. Con ello, Stübel se anticipaba a la cuestión de la diferenciación entre tipo integral y tipo legal de garantía, que posteriormente desarrolló Lang Hinrichsen.⁸ Lo revolucionario del concepto de tipo

³ Hall, Karl Alfred, “Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs aus dem Geist des Prozesses”, en Geerds, Friedrich (ed.), *Festschrift (FS) für Hellmuth Mayer*, Berlín, Duncker & Humblot, 1966, p. 38; véase también Hall, *Die Lehre vom Corpus delicti*, Stuttgart, Kohlhammer, 1933, pp. 155 y ss.

⁴ Para un análisis pormenorizado de la teoría del tipo en Luden y Stübel, véase Ebrahim-Nesbat, Shahryar, *Die Herausbildung der strafrechtlichen Teilnahmeformen im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/M et al., Peter Lang, 2006, pp. 59 y ss., 85 ss.

⁵ En su monografía titulada *Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern besonders in Rücksicht der Tödtung nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten*, Wittenberg, Zimmermann, 1805.

⁶ En su *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, zweiter Band: Ueber den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1840.

⁷ Feuerbach, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, Heyer, 1847, § 8 ss., 13: “Toda infracción tiene su fundamento psicológico en lo sensible [...] este impulso sensible puede suprimirse, dado que cada uno sabe que, a su delito le sigue inevitablemente un mal, que será mayor que el desagrado o malestar que resulta por la no satisfacción del impulso criminal”. Stübel renunció públicamente a su teoría de la prevención especial y se adhirió a la de Feuerbach (*cf.* Ahrendts, *Rudolf, Christoph Carl Stübels Strafrecht und ihre Wandlung*, Leipzig, Weicher, 1937, p. 62 ss.); al mismo tiempo, Stübel ejercía influencia considerable sobre Feuerbach, hasta el punto de que Binding lo llegó a considerar como un precursor de Feuerbach (*cf.* Binding, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, Felix Meiner, 1918, v. III, pp. 96 y ss. y nota 15).

⁸ Lang-Hinrichsen, Dietrich, “Tatbestandslehre und Verbotsirrtum”, en *Juristische Rundschau (JR)*, 1952, p. 302 (307); Lang-Hinrichsen, “Die irrtümliche Annahme

que Feuerbach⁹ y Stübel presentaron radicaba en su apartamiento del pensamiento procesal de la época entonces dominante, esto es: el proceso inquisitivo.

El sistema procesal inquisitivo partía de inquisición general del delito, del *corpus delicti*, para después aproximarse a la figura del autor, al cual se le debía imputar el delito en inquisición especial.¹⁰ Así, el juez inquisitivo, cuyas funciones eran las de investigar y enjuiciar, tenía que confirmar, en primer lugar, la comisión del delito en su manifestación externa, para poder dirigirse con posterioridad al *auctor delicti*. Esa antítesis entre el hecho (*corpus delicti*) y la autoría (*auctor delicti*) sólo podía resolverse, por regla general, a través de la confesión del reo, dado que la constatación de la culpabilidad requería, al menos, la confirmación por dos testigos, que rara vez conseguía ser presentada.¹¹

Esta concepción del proceso fue abandonada con la adopción de un nuevo modelo procesal, regido por el principio acusatorio. En éste, se separaban las fases de instrucción y enjuiciamiento, por ello el juez encargado de juzgar ya no se ocupaba de la investigación del delito y del autor, sino que esa función estaba encomendada al instructor que debía traer al plenario al autor del delito por lo averiguado, dejando, por tanto, al juez la labor de subsunción de los hechos acusados en el

eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes”, en *Juristenzeitung (JZ)*, 1953, p. 362 (363 con n. 7). Ahí se establece la distinción entre “tipo integral” y “tipo de garantía”, en el que el primero comprende la materialización de las características que forman la *ratio essendi* de la antijuridicidad, siendo el tipo de garantía una parte del tipo integral regido por la máxima *nullum crimen* (cf. Engisch, Karl, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, en Engisch (ed.), *FS Edmund Mezger*, Munich, C. H. Beck, 1954, p. 120).

⁹ Feuerbach, Paul Johann Anselm, *supra* nota 7, § 80 ss; véase también Ebrahim-Nesbat, *supra* nota 4, pp. 31 y ss.

¹⁰ Cf. Hall, A. K. *Corpus delicti*, *supra* nota 3, p. 2 y ss; Hall, FS H. Mayer, *supra* nota 3, p. 37 s.

¹¹ Cf. Schmidt, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1965, § 109 s. (p. 127 s.). En aquel tiempo, eran válidas las pruebas de confesión (art. 60 *Constitutio Criminalis Carolina* CCC) y dos testigos (art. 66 CCC, reproducido en Buschmann, Arno, *Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit*, Munich, C.H. Beck, 1998). Sobre la tortura para obtener la confesión, véase Rüping, Hinrich/Jerouschek, Günther, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, Munich, C.H. Beck, 2002, notas 104 y 107: en caso de que el inquisidor abjure o rechace la confesión el art. 57 CCC determina la continuación del proceso; véase también sobre esta cuestión, Maier, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Del Puerto, t. I, 2004, p. 292 y s.

tipo. Mientras que el juez inquisitivo debía encontrar al autor de los hechos, ahora éste se le entregaba al juez.

Si anteriormente el instructor se ocupaba del *corpus delicti*, en el proceso acusatorio el juez debía subsumir lo acusado en el tipo penal, por lo que éste ya no se ocupa de investigar el *corpus delicti* y al autor potencial, sino que se limita al comportamiento del presunto autor en relación con el tipo penal.¹² Con todo ello, se observa cómo el tipo no sólo cumplía una función de garantía, sino que además cumplía una función sistemática: el tipo contiene y circunscribe —por así decirlo, como “tipo sistemático”— los elementos objetivos y subjetivos que configuran un tipo delictivo y del que resulta el juicio de antijuridicidad.¹³

Con eso descubrió Stübel, inmediatamente después que Feuerbach¹⁴ y mucho antes que H. A. Fischer y Hegler (sobre estos autores, véase *infra*), que el tipo no debe entenderse solamente en su vertiente objetiva, sino que las características internas o subjetivas (referentes al autor) también imprimen en los tipos una marca decisiva, como por ejemplo, el “ánimo de lucro” en el tipo de hurto. Stübel se refería a ello como tipo personal¹⁵ (*personaler Tatbestand*), gracias al cual pretendía resolverse el problema de los delitos con tendencia interna trascendente (*Tatbestände mit überschüssender Innentendenz*). Si utilizamos el esquema conceptual de Lang-Hinrichsen,¹⁶ citado anteriormente, se puede mantener que el tipo objetivo y el tipo personal forman un “tipo integral” (*Gesamttatbestand*).

La teoría del tipo obtuvo un nuevo impulso gracias al penalista Heinrich Luden. Bajo la influencia hegeliana del injusto penal como violación del Derecho objetivo y racional,¹⁷ Luden realizó una separación entre los conceptos de acción y tipo, y desarrolló una construcción bipartita de la teoría del tipo, es decir, diferenciaba entre el aspecto objetivo del delito y el tipo subjetivo (dolo y culpa sin impu-

¹² Cf. Hall, A. K. *Corpus delicti*, *supra* nota 3, pp. 161 y ss.; Hall, FS H. Mayer, *supra* nota 3, pp. 38 y ss.

¹³ Cf. Roxin, *supra* nota 2, § 10, nm. 1.

¹⁴ Feuerbach, *supra* nota 7, § 55 con nota al pie “a”.

¹⁵ Stübel, *supra* nota 5, §§ 4, 18; sobre esta cuestión, véase también Ebrahim-Nesbat, *supra* nota 4, p. 59 s.

¹⁶ Cfr. *supra* nota 8.

¹⁷ Cfr. Von Bubnoff, Eckhart, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, Heidelberg, Carl Winter, 1966, p. 88.

tabilidad).¹⁸ A mayor abundamiento, Luden subjetivizó el concepto determinista de acción mediante el componente de la “determinación criminal de la voluntad” (*verbrecherischen Willensbestimmung*), al exigir una finalidad (*Zwecktätigkeit*) para la acción, a la que se le presuponía un determinado contenido de la voluntad.¹⁹ Y de este modo se funda un concepto finalista de acción, mucho antes del finalismo de Welzel,²⁰ a pesar de que el propio Welzel jamás hizo referencia a Luden.

II. DEL TIPO DESCRIPTIVO (NO VALORATIVO) A LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO

Volvemos a Beling. Su teoría de la neutralidad axiológica del tipo (*Wertfreiheit des Tatbestandes*), que no poseía ningún significado para la declaración de antijuridicidad,²¹ fue puesta en cuestión con el “tipo personal” de Stübel, dado que la existencia de elementos subjetivos del tipo o del injusto, como más tarde demostraron especialmente H. A. Fischer²² y Hegler,²³ no sólo tiene consecuencias para la teoría del delito (ver inmediatamente), sino que normativiza el tipo y trata a esos elementos subjetivos (por ejemplo, ánimo de apropiación o de lucro) como elementos altamente normativos. En cualquier caso, desde Ernst Mayer²⁴ sabemos que existen elementos normativos (objetivos)

¹⁸ Luden, *supra* nota 6, pp. 110, 122, 131, 346, 500 y ss.; Luden, *Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechtes*, v. 1, t. I., Iena, (Luden), 1847, § 7 (p. 17), § 51 (p. 334 con nota 1), § 52 (p. 336 s.).

¹⁹ Luden, *supra* nota 6, p. 114; véase también, Von Bubnoff, *supra* nota 17, p. 93 s.; Ebrahim-Nesbat, *supra* nota 4, pp. 87 y ss.

²⁰ Véase *infra* nota 42.

²¹ Beling, *supra* nota 1, p. 206; *cfr.* también Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1930, pp. 30 y ss., donde Beling admite que el legislador puede integrar “conceptos singulares, jurídico-normativos” en el tipo, aunque no puede resolver con ello la cuestión de la antijuridicidad.

²² Fischer, Hans Albrecht, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, Munich, Beck, 1911, pp. 138 y ss.

²³ Hegler, A., “Die Merkmale des Verbrechenens”, en *ZStW*, núm. 36, 1915, pp. 19, 31 y ss.

²⁴ Mayer, Max Ernst, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, Heidelberg, Winter, 1915, pp. 182 y ss.

del tipo,²⁵ que si bien no pueden fundamentar la antijuridicidad, sí sirven como indicio²⁶ de ésta tal y como Mayer vislumbró.²⁷ Con ello, la anteriormente mencionada función de garantía del tipo se extiende también a los presupuestos del injusto (elementos del tipo y —de manera negativa— ausencia de causas de justificación) que nos permite afirmar un tipo amplio de garantía en el sentido de un tipo completo de injusto (*Unrechts-Gesamttatbestand*).²⁸

La normatividad de los elementos del tipo —en el sentido de una “significación valorativa”—²⁹ puede encontrarse, sin dificultad, en los elementos accesorios de las instituciones jurídicas del Derecho Civil,³⁰ tal y como muestran los conceptos de “ajenidad” o de “cosa” en el ámbito de los delitos contra la propiedad, y en otros elementos que sólo pueden ser comprendidos a partir de una definición jurídica, tal y como sucede, por ejemplo, con el concepto de “documento”. Por esta razón, también los elementos descriptivos que, a primera vista parecen axiológicamente neutros, como ocurre por ejemplo con el concepto de “hombre”, se revelan —tras su observación más detallada— como elementos dotados de valor, como sucede —por seguir con este ejemplo— con la discusión sobre el comienzo de la vida humana en conexión con la protección de la vida no nacida (diagnóstico prenatal, interrupción del embarazo) o con la eutanasia (activa o pasiva).

Por ello, incluso en la actualidad se defiende con poderosos argumentos que —basándose en la distinción material mantenida por Erik Wolf,³¹ entre elementos “llenos de valoración” (*wertgefüllt*) y elemen-

²⁵ Cfr. también Engisch, *supra* nota 8, pp. 133 y ss.; Hall, *FS H. Mayer*, *supra* nota 3 *in fine*, p. 40.

²⁶ Mayer, M.E., *supra* nota 24, p. 182 (“elementos propios de la antijuridicidad”).

²⁷ Sobre esta discusión, *cfr.* Engisch, *supra* nota 8, pp. 135 y ss.; sobre la función indiciaria de la tipicidad, véase también Roxin, *supra* nota 2, § 10 nm. 10.

²⁸ Cfr. también Roxin, *supra* nota 2, § 10 nm. 15.

²⁹ Mayer, M.E. *supra* nota 24, p. 182.

³⁰ Bruns, A.A. Hans-Jürgen, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, Berlín, Nicolai, 1938, pp. 314 y ss., para el que los llamados “elementos jurídico-normativos del tipo” no exigen ningún juicio de valor por parte del juez, sino que pueden extraer su sentido —en cierto modo, cognitivo— de las normas de contenido extrapenal.

³¹ Wolf, Erik, en Schreiber, Otto (eds), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, v. V, Berlín, De Gruyter, 1929, pp. 54 y ss.; véase también, Wolf, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, Breslau, Ferdinand Hirt, 1931, p. 58. De modo que los elementos llenos de valoración tienen una “escala de valor fija”, mientras que los elementos que necesitan ser llenados de valoración requieren una valoración subjetiva.

tos “necesitados de ser llenados de valoración” (*wertausfüllungsbedürftig*)* (N. del T.)— todos los elementos del tipo tienen un impacto normativo.³² A esta afirmación se le puede objetar, sobre la base de un entendimiento óntico u ontológico del Derecho Penal en consonancia con Welzel,³³ que los conceptos jurídicos son meras “descripciones de algo ontológicamente configurado”, son descripciones de valoratividad prejurídica, y en esa medida son conceptos descriptivos que se contraponen con el concepto doble de normatividad, dado que aquéllos, en sentido amplio, comprenden la aceptación de lo óntico, del ser prejurídico a través de los conceptos jurídicos, y en sentido estricto coinciden con el ser natural.³⁴ Sin embargo, esa rehabilitación de los elementos descriptivos³⁵ sólo puede tener éxito sobre la base de la

va del juez. Se trata, por tanto, de un doble concepto de normatividad; por un lado, ésta se refiere a valores (*Wertbezogenheit*) y, por otro, los valores son tenidos en cuenta (*Wertungsbezugnahme*) (véase Engisch, *supra* nota 8 *in fine*, p. 141).

* N. del T. La traducción al castellano de la obra de Erik Wolf *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit* ha sido realizada en España por la Prof. Dra. María del Mar Carrasco Andrino con el título *Las categorías de la tipicidad. Estudios previos sobre la doctrina general de la parte espacial del Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005. Por ello, los conceptos de *wertgefüllten* “und” *wertausfüllungsbedürftigen Merkmalen* se traducirán en este trabajo conforme a lo traducido por esta autora en el trabajo mencionado, esto es: elementos “llenos de valoración” y elementos “necesitados de ser llenados de valoración” (véase *op. cit.*, Las categorías de la tipicidad..., p. 113).

³² Cfr. Von Liszt, Franz/Schmidt, Eberhard, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlín, De Gruyter, 1932, § 32 A II 1 b (p. 182 s.); Class, Wilhelm, *Grenzen des Tatbestandes*, Breslau-Neukirch, Schletter, 1933, p. 166 s.; Hall, FS H. Mayer, *supra* nota 3, p. 40. En el mismo sentido, también Mezger, Edmund, *Strafrecht*, Munich, C.H Beck, 1933, p. 191, según el cual “todos los elementos del tipo tienen carácter normativo (aunque en ulteriores ediciones, esta afirmación no se reproduce”, 9ª ed., 1960, p. 99, y tampoco consta en la 15ª ed., de Hermann Blei, 1973, p. 110 s.); en la doctrina contemporánea, entre otros, cfr. Roxin, *supra* nota 2, § 10 nm. 11, 59 s.; Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Giesecking, 2003, § 8 nm. 17; Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, C.F. Müller, nm. 132 (§ 5 III, 2); Heinrich, Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Stuttgart, Kohlhammer, 2005, nm. 127.

³³ Welzel, Hans, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim, Deutsches Druck-und Verlagshaus, 1935, p. 74 s., 1. Posteriormente Welzel se apartó en su obra *Naturecht und materiale Gerechtigkeit*, 1951, de una comprensión estricta y ontológica del Derecho Penal y propugnó la diferenciación entre el ser y el deber ser (*Sein und Sollen*); cfr. más detalladamente Loos, en Loos (ed.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1987, pp. 486 (504 y ss.).

³⁴ Engisch, *supra* nota 8, p. 141.

³⁵ Sobre su existencia, cfr. Engisch, *supra* nota 8, p. 140 y ss. (143, 145).

concepción ontológica del Derecho Penal que, en el debate moderno, ha sido refutada convincente y particularmente por Roxin.³⁶

III. DE LA TEORÍA CLÁSICA DEL DELITO A LA POSFINALISTA

La revisión de la teoría de Beling no se limitó al concepto de tipo, sino que también alcanzó a la teoría clásica causalista del delito, basada en el concepto causal de acción. Beling concebía la acción —en el sentido de una mera causalidad natural— como movimiento corporal externo capaz de percibirse por los sentidos provocada por la voluntad humana, sin tener en cuenta la finalidad (o contenido) de la voluntad. El dolo (*Vorsatz*) pertenecía, exclusivamente, a la categoría de la culpabilidad (*Schuld*): “para comprobar que una acción ha ocurrido basta con la certeza de que el autor actuó voluntariamente o de que permaneció inactivo. Lo que el autor quiso concretamente es indiferente; el contenido de la voluntad (*Willensinhalt*) sólo es relevante en sede de culpabilidad”.³⁷

De este modo, Beling seguía el concepto de acción propuesto por Franz von Liszt que definía acción —en el sentido de un mero impulso o estímulo nervioso de causas naturales— como: “modificación en el mundo exterior provocado por la voluntad humana”.³⁸ Sobre la base de este concepto de acción exento de contenidos de valor e intención que al mismo tiempo puede ser entendido como un concepto general del sistema (*Systemoberbegriff*), se puede desarrollar sin problemas una construcción bipartita objetiva-subjetiva de la teoría del delito, en donde acción, tipo y antijuridicidad conforman el injusto y la parte

³⁶ Roxin, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlín, De Gruyter, 1973, pp. 5 y ss., 13 y ss.; Roxin, *supra* nota 2, § 7 nm. 90 y nota al pie 112; *cf.* también Ambos, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Bogotá/Montevidéo, Temis/Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 51 y ss. Incluso algunos seguidores del finalismo se apartaron de la base ontológica, véase Bacigalupo, en J. Arnold *et al.* (eds.), *FS Albin Eser*, 2005, p. 61 (74).

³⁷ Beling, Ernst, *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1925, p. 20 s. (§ 14).

³⁸ Von Liszt, Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, J. Guttentag, 1891, p. 128.

objetiva del delito, y la culpabilidad psicológica representa el aspecto subjetivo:³⁹

Cuadro 1. El concepto clásico de delito sobre la base de la teoría de la acción causal

| | |
|--|--------------------|
| I. Injusto objetivo | |
| 1. Tipicidad | 2. Antijuridicidad |
| Acción (Movimiento corporal voluntario) Resultado (Modificación del mundo exterior) Causalidad (Teoría de la equivalencia) | |
| II. Aspecto subjetivo: Culpabilidad (psicológica) | |
| Imputabilidad: como presupuesto de la culpabilidad Elementos de la culpabilidad: intención, motivos Dolo (conocimiento de la antijuridicidad) Ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad (estado de necesidad etc.) | |

La dicotomía entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva se correspondía con el espíritu del modelo procesal del proceso inquisitivo.⁴⁰ Como arriba se mencionó, éste distinguía entre hecho objetivo (*corpus delicti*) y la autoría subjetiva (*auctor delicti*). Desde la perspectiva filosófico-constructiva del Derecho Penal, con la inclusión de los elementos subjetivos en el tipo y la completa subjetivización del concepto de acción, tal y como formuló Luden⁴¹ y desarrolló Welzel⁴² has-

³⁹ Este cuadro y los siguientes están basados en los de Gropp, Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlín, Springer, 2005 § 3, núm. 60.

⁴⁰ Sobre esto véase, Hall, FS H. Mayer, *supra* nota 3, p. 38; véase, Hall, *Corpus delicti*, *supra* nota 3, p. 10 s.

⁴¹ *Supra* nota 19, Había, por tanto, un paralelismo entre Luden y Beling, puesto que ambos autores extraían el tipo a partir del delito singular. Así lo escribe Beling, en referencia a Luden: “El (concepto puro de tipo) ha ganado con la inclusión de los elementos singulares de los tipos de delito (Verbrechenstypen) por medio de la abstracción; él es la unidad conceptual en la que se resumen una pluralidad de tipos singulares” (*supra* nota 1, p. 111).

⁴² Welzel, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, Berlín, De Gruyter, 1969, pp. 33 y ss. Según Welzel la conducta humana siempre está orientada por una finalidad o un

ta sus últimas consecuencias, esta concepción de la teoría del delito tenía que fracasar.

Ante las insuficiencias del anterior concepto de delito surge el concepto neoclásico del delito, que reconoció la existencia de la intención y los motivos como tipo subjetivo (*subjektiven Tatbestand*) y normativizó la culpabilidad.⁴³ Posteriormente, la teoría del delito (pos)finalista reemplazó las anteriores concepciones de la teoría del delito, desplazando el dolo (natural) de la culpabilidad al tipo⁴⁴ y entendiendo la culpabilidad en términos puramente normativos, de modo que se sustituyó la dicotomía causal objetivo-subjetiva entre el injusto y culpabilidad, por una estructura normativa-objetiva-subjeti-

| | |
|--|---------------------|
| I. Tipicidad | |
| 1. Objetivo | 2. Subjetivo |
| Acción Resultado Causalidad Causalidad como presupuesto mínimo del juicio de imputación (objetiva) | Intención Dolo |
| II. Antijuridicidad | |
| Elementos objetivos de las causas de justificación | |
| Elementos subjetivos de justificación | |
| III. Culpabilidad (normativizada) | |
| Imputabilidad Conocimiento de la antijuridicidad Ausencia de causas de exculpación Dolo, intención, motivos como formas de culpabilidad (controvertido) | |

objetivo: la acción humana no es mera causalidad objetiva sobre un resultado, aunque sí lo determina. Ella contiene un elemento subjetivo, esto es: un afán, deseo o propósito, etc., por el que la acción causal producirá un resultado determinado. En ese sentido, la acción final “ve”, mientras que la acción causal “es ciega”

⁴³ Cfr. por todos Fischer y Hegler, notas 22 y 23, y el esquema de Gropp, *supra* nota 39, § 3 nm. 62.

⁴⁴ El desplazamiento del dolo al tipo no es lo característico del finalismo, pues esto ya fue propuesto —antes que Welzel— por Hellmuth V. Weber (*Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts*, 1929; *Deutsche Juristen Zeitung*, 1931, p. 663, 666 y ss.; *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, pp. 9 y ss); Mucho más característico del finalismo es la elaboración de los valores pre-jurídicos, ónticos —de las estructuras de la realidad—, en los que se basa la ley (cfr. detalladamente Loos, *supra* nota 33, pp. 495 y ss.; Hirsch, en *Rechtswissenschaftliche*, Fakultät Uni Köln (ed.), FS Köln, 1988, pp. 399 (401 y ss., 415 y ss.).

va tripartita de la teoría del delito, diferenciando entre tipo y antijuridicidad objetiva, tipo y antijuridicidad subjetiva, y un concepto puramente normativo de la culpabilidad.

También desde el punto de vista procesal es preferible adoptar una teoría del delito (pos)finalista a una teoría causalista, dado que en este nuevo proceso acusatorio⁴⁵ introducido a principios del siglo XIX, el juez debía ocuparse detenidamente del autor y de la motivación o finalidad de su acción y, *last but not least*, de su dolo. En consecuencia, la “subjetivización” del curso del proceso, particularmente de la actividad juzgadora, contribuyó a la superación de la teoría de la acción causal.

Sin embargo, explicar la superación de la teoría causalista de la acción en términos exclusivamente procesales, apelando al espíritu del proceso inquisitorio o acusatorio,⁴⁶ es ir demasiado lejos, puesto que hasta hoy existen sistemas procesales acusatorios (puros), en particular el sistema angloamericano (véase infra), que van de la mano de una construcción causal del delito. En consecuencia, no se puede comprender la teoría del delito (pos)finalista sin la fundamentación filosófico-penal del concepto final de acción.

IV. LA PERSPECTIVA TRANSNACIONAL I: EL DERECHO PENAL EXTRANJERO

Por más convincente que resulte la superación de la teoría causal del delito por la teoría (pos)finalista del mismo en el seno de la discusión alemana, no se puede dejar de afirmar que Beling, en términos globales, es más actual que nunca. Si se intentan comparar las distintas concepciones de la teoría del delito de los diversos ordenamientos jurídicos, se advierte con facilidad —asumiendo aquí el riesgo que toda simplificación implica—⁴⁷ que el modelo posfinalista no es, en modo alguno, el dominante.

⁴⁵ El llamado proceso penal reformado, *cf.* Rüping/Jerouschek, *supra* nota 11, pp. 98 y ss.

⁴⁶ Véase Hall, FS H. Mayer, *supra* nota 3, p. 39.

⁴⁷ La complejidad de la cuestión se muestra en la reciente discusión sobre ontologismo y normativismo en la ciencia del Derecho Penal, *cf.* Schünemann, en FS Roxin, 2001, p. 1 y 12 y ss.; Moreno, Moisés, en UNED (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2001, pp. 579 y ss.

Ya se dijo anteriormente que el Derecho Penal angloamericano (el llamado sistema de *common law*) se adhiere a una teoría causalista del delito. En este sistema sigue siendo vigente la máxima del Derecho Canónico⁴⁸ adoptada por el juez Edward Coke (1552–1634)⁴⁹ de *actus non facit reum nisi mens sit rea*. De aquí resulta un concepto bipartito de delito, objetivo y subjetivo, constituido por el *actus reus* y la *mens rea* en el sentido de la teoría causalista del delito (véase *supra*, cuadro 1),⁵⁰ en donde, por cierto, se discute si la *mens rea* abarca el dolo y la imprudencia (en el sentido de una *descriptive mens rea*), o si también engloba otros elementos normativos de la culpabilidad (*normative mens rea*).⁵¹

De modo similar, en los países de tradición románica de la Europa continental (el llamado sistema de *civil law*) solamente —aparte de Alemania—⁵² Austria, Portugal y España acogen claramente una teoría del delito basada en el (pos)finalismo.⁵³ En el resto de este grupo de países domina una teoría causalista del delito, o ésta ejerce una influencia considerable. En este sentido, se debe mencionar, en primer lugar, a Italia como el ejemplo más significativo donde se mantiene la diferenciación entre *fatto* (elemento material) y *colpevolezza* (elemento moral), que originariamente fue introducida por Carrara.⁵⁴ Esta diferenciación, acogida de manera mayoritaria, se vincula con la

⁴⁸ Cfr. Gropp, *supra* nota 39, § 3, nm. 2.

⁴⁹ Cfr. Vogel, Joachim, “Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des common law”, en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* (GA), 1998, 127 ss. (136).

⁵⁰ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl/Slokar, Alejandro/Alagia, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 375.

⁵¹ Cfr. Mansdörfer, Marco, en Mansdörfer (ed.), *Die allgemeine Straftatlehre des common law*, 2005, 10 ss.; Ambos, Kai, *¿Es posible el desarrollo de un Derecho Penal sustantivo común para Europa? Algunas reflexiones preliminares*, en *Cuadernos de Política Criminal*, 88, 2006, pp. 51 y ss.

⁵² Cfr. Roxin, *supra* nota 2, § 7, nm. 4 y ss. No obstante, en Alemania también hay autores que siguen todavía una teoría causalista del delito, sobre todo Baumann/Weber/Mitsch, *supra* nota 32, § 12, nm. 5; Naucke, Wolfgang. *Strafrecht*, Neuwied, Luchterhand, 2002, § 7, fundamentalmente nm. 151.

⁵³ Cfr. Ambos, *supra* nota 50, p. 62. A juicio de Bacigalupo (en Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, v. 23, Madrid, Dykinson, 2005, p. XXXV), la dogmática penal española existe desde que Jiménez de Asúa elaborara su *Teoría jurídica del delito* (véase *infra* nota 75) en 1931.

⁵⁴ Carrara, Francesco, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, vol. 1. Lucca, Canovetti, 1877, p. 9, 48 ss.

teoría objetiva del injusto, la cual relega todos los elementos subjetivos a la categoría de la culpabilidad o de la reprochabilidad.⁵⁵

De modo semejante, el Derecho Penal francés establece la diferencia entre *élément matériel* y *élément moral o psychologique*.⁵⁶ Respecto a éste último, todavía se discute si abarca los presupuestos subjetivos de punibilidad y la imputabilidad.⁵⁷ La diferenciación sueca en torno a los presupuestos de una acción u omisión antijurídica y la responsabilidad personal conlleva, del mismo modo, la clásica distinción entre lo objetivo y subjetivo del concepto de delito.⁵⁸ Finalmente los Derechos Penales griego y turco⁵⁹ mantienen la estructura clásica del delito.

En cualquier caso, se percibe una diferencia sensible en el seno de la discusión científica en los países antedichos: mientras en Francia o en Suecia la preferencia por el sistema clásico del delito no es apenas puesta en cuestión (en el caso de Francia se puede decir que la teoría finalista es ciertamente desconocida); en Italia, Grecia o Turquía sí existe una ávida discusión influenciada por la dogmática jurídico-penal alemana y —naturalmente con matices— con una orientación inclinada hacia el modelo (pos)finalista. La doctrina dominante en estos países aboga por una estructura tripartita o, al menos, reclama

⁵⁵ Mantovani, Ferrando, *Diritto penale, Parte generale*, Padua, Cedam, 2001, pp. 107 y ss.; Pagliaro, Antonio, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milán, Giuffrè, 2003, pp. 254 y ss.; *cfr.* también Paliero, Carlo Enrico, *Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht Italien, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 110, 1998, p. 428.

⁵⁶ Stefani, Gaston; Levasseur Georges; Bouloc, Bernard, *Droit pénal général*, París, Dalloz, 2003, p. 225, comparar esa diferenciación entre *actus reus* y *mens rea*. *Cfr.* también Manacorda, Stefano, *Die allgemeine Lehre von der Straftat in Frankreich: Besonderheiten oder Lücken in der französischen Strafrechtswissenschaft?*, GA 1998, p. 125.

⁵⁷ *Cfr.* Stefani/ Levasseur/Bouloc, *supra* nota 56, p. 225 y nota 1; Manacorda, *supra* nota 56, pp. 125 y ss. —Merle, Roger/Vitu, André, *Traité de droit criminel*, París, Cujas, 1997, pp. 727 y ss., entienden el aspecto moral como elemento intelectual (espiritual) de culpabilidad, esto es: dolo y culpa; por tanto, parece más convincente hablar de elemento intelectual (*élément intellectuel*), *cfr.* Desportes, Frédéric/Le Gunehec, Francis, *Droit pénal général*, París, Economica, 2003, pp. 205 y ss.

⁵⁸ *Cfr.* Jareborg, Nils, “Der schwedische Verbrechensbegriff”, en Schünemann *et al.* (eds.), *FS Roxin*, Munich, Beck, 2001, p. 1447 ss.; Jareborg, “Justification and Excuse in Swedish Criminal Law”, en *Essays in Criminal Law*, Uppsala, Iustus Förlag, 1988, p. 11 ss.

⁵⁹ Sobre la nueva parte general del CP turco véase Roxin/Isfen, GA 2005, pp. 228 ss.

el reconocimiento de las características subjetivas del tipo, en el sentido de la teoría del delito neoclásica⁶⁰ anteriormente mencionada.

Tampoco en el caso de América Latina —íntimamente ligada a la tradición penal de la Europa continental (con marcada influencia de Alemania, España, Italia y Portugal)— se puede hablar de una superación total de la teoría causalista del delito.⁶¹ Esto muestra el siguiente esbozo sobre la evolución de la teoría del delito en el siglo XX:⁶² gracias a la traducción de la obra de Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*,⁶³ y de la obra de Graf zu Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*,⁶⁴ el finalismo se expandió a los países de habla hispana.⁶⁵

⁶⁰ Cfr. Padovani, Tullio, *Diritto penale*, Milán, Giuffré, 2004, p. 95 ss., 101 ss; Fian-daca, Giovanni, Musco, Enzo, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 156 ss.; Romano, Mario, *Commentario sistematico del Codice Penale*, v. 1, Milán, Giuffré, 2004, p. 22 ss.; cfr. también Morselli, Elio, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padua, Cedam, 1988. Más referencias sobre la teoría neoclásica en Europa, cfr. Jescheck Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlín, Duncker & Humboldt, 1996, p. 207, nota 47.

⁶¹ Debo agradecer por las valiosas consideraciones en esta parte del trabajo a los siguientes colegas: Prof. Dr. José Luis Guzmán (Valparaíso, Chile), Prof. Dr. Daniel Pastor (Buenos Aires, Argentina), Prof. Dr. Fernando Velásquez (Medellín, Colombia), Prof. Pablo Alflen (Porto Alegre, Brasil), Prof. Dr. Fábio D'Ávila (Porto Alegre, Brasil), Prof. Dr. Hurtado Pozo (Friburgo, Suiza), Prof. Dr. Javier Llobet (San José, Costa Rica), Prof. Dr. Jean Pierre Matus (Santiago de Chile) y al asistente científico (*wissenschaftlicher Assistent*) y doctorando en la Universidad de Múnich, D. Luis Greco.

⁶² Sobre la evolución de la teoría del delito en América Latina, véase Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Ibañez, 2004, pp. 523 y ss.; críticamente, Moreno, *supra* nota 47, pp. 612 y ss. Sobre la evolución en Argentina, véase Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, 5 t., Buenos Aires, Ediar, 1980-83, reimpr. 1998-2001, t. III, reimpr. 1999, p. 39 s.; en Brasil, véase Juárez Tavares, *Teorías del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, p. 103 ss., y Zaffaroni, Pierangeli, *Manual de Direito penal brasileiro: parte geral*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 399 s.; en México véase Moreno, M., “Sobre el estado actual de la dogmática jurídica penal mexicana”, en *Homenaje al maestro Celestino Porte Petit Candaudap*. México, INACIPE/ Academia Mexicana de Ciencias Penales, 2000, p. 439 (464 ss.); en Costa Rica, véase Llobet Rodríguez, *La teoría del delito en la dogmática penal costarricense*, San José, Jurídica Continental, 2002.

⁶³ *Derecho penal*, Buenos Aires, Depalma, 1956, traducción a cargo de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker (sobre la no alusión al calificativo de “alemán”, cfr. Bacigalupo, “Welzel y la generación argentina del finalismo”, en Hirsch/Cerezo/Donna (eds.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 27), trad. de la *Allgemeiner Teil*, última edición (11a) de 1969 (*supra* nota 42) a cargo de Juan Bustos y Sergio Yáñez, publicada en 1976 en Santia-

A finales de la década de los años 60 del siglo XX, gracias a Juan Bustos (Chile)⁶⁶ a Enrique Bacigalupo (Argentina),⁶⁷ y después Moisés Moreno (México)⁶⁸ —todos ellos estudiaron con Hans Welzel en Bonn—⁶⁹ junto con Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina),⁷⁰ Nodier Agudelo (Colombia),⁷¹ Joao Mestieri,⁷² Helen Claudio Fragozo⁷³ y Luiz Luisi⁷⁴ (Brasil), el finalismo se expandió a América Latina. Hasta entonces predominaba el modelo causalista neoclásico del delito influenciado, sobre todo, por Beling y von Liszt. El autor más significativo de estas posiciones causalistas fue Luis Jiménez de Asúa (España),⁷⁵ quien tradujo los volúmenes II y III del *Lehrbuch des Deutschen*

go de Chile (Ed. Jurídica de Chile). La traducción de Fontán Balestra sobre la teoría de acción final de Welzel (*La teoría de la acción finalista*) publicada en Argentina de 1951, no tuvo una influencia relevante, *cfr.* Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 17, 27.

⁶⁴ *La estructura de la teoría del delito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, trad. de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker.

⁶⁵ *Cf.* Bacigalupo, *supra* nota 53, p. XVII; Bacigalupo *supra* nota 63, p. 16 s.

⁶⁶ *Culpa y finalidad (Los delitos culposos y la teoría final de la acción)*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1967; con anterioridad destaca su tesis doctoral presentada en Bonn: *Finalität, Fahrlässiges Begehungsdelikt und chilenisches Strafgesetzbuch*, 1966, publicada en español con el título de *El delito culposo*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1995, 2ª reimp. 2006.

⁶⁷ *La noción del autor en el Código Penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965; Bacigalupo. *Culpabilidad, dolo y participación*, Buenos Aires, Álvarez, 1966; Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1974, 1986.

⁶⁸ *Der finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht* (tesis doctoral), Bonn, 1977.

⁶⁹ Sobre la vida y obra de Hans Welzel (1904-1977) véase sobre todo, Loos, *supra* nota 33, p. 486 ss. Welzel fue catedrático en la Universidad de Göttingen (1936-1952, como sucesor de von Hippel) y después en Bonn (1952-1977). *Cfr.* También Loos, *Juristen Zeitung (JZ)* 2004, p. 1115.

⁷⁰ *Teoría del delito*. Buenos Aires: Ediar, 1973; Zaffaroni, *vid supra* nota 62, pp. 11 y ss, 43 y ss, 97 y ss.

⁷¹ El primer ejemplar de la revista *Nuevo Foro Penal*, fundada en 1978, por él y por Fernando Velásquez estuvo dedicado al finalismo y en él se contenía el artículo de Welzel sobre “La doctrina de la acción finalista, hoy”, traducido por Agudelo.

⁷² *Curso de Direito Criminal. Parte Especial*, Río de Janeiro, Forense, 1971, p. 18; también, Mestieri. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*, v. 1, Río de Janeiro, Forense, 2002, p. 103 ss.

⁷³ *Lições de Direito penal*, 2003, pp. 181 y ss.

⁷⁴ *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, 1987, p. 37 y ss.

⁷⁵ *Cfr.* *La teoría jurídica del delito*, Madrid, 1931, reimpresión sin modificaciones en Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, v. 23, Madrid, Dykinson, 2005, p. 28 ss.; Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1945, p. 207 ss. *et pas-*

Strafrechts de von Liszt,⁷⁶ a pesar de que, con posterioridad, mostró una cierta simpatía por el concepto final de acción, entre otras cosas por su reconocimiento de la categoría del desvalor de acción (*Handlungsunwert*).⁷⁷ A él le siguieron después: en Argentina, Sebastián Soler⁷⁸ —quien tradujo las obras de Beling, *Grundzüge des Strafrechts* (11ª edición de 1930) y la *Lehre vom Verbrechen*—, en Chile, Eduardo Novoa Monreal,⁷⁹ en Colombia, Luis Carlos Pérez⁸⁰ y Alfonso Reyes Echandia,⁸¹ y en Brasil Aníbal Bruno.⁸²

Vale decir que los dos primeros autores mencionados se diferencian de la posición de Jiménez de Asúa en su enfoque extremadamente positivista, que no les permitía reconocer las causas supralegales de justificación y exculpación.⁸³ En cualquier caso, si se analizan las obras de los autores modernos, se puede mantener —con cautela—

sim; Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. III, Buenos Aires, Losada, 1965, p. 302 ss., 359 ss.

⁷⁶ Sobre esta cuestión y la influencia de von Liszt, véase también Bacigalupo, *supra* nota 53, p. XIII, XV.

⁷⁷ Ya en el prólogo del tomo III de su *Tratado*, *supra* nota 75, Jiménez de Asúa tomó en consideración la teoría de la acción finalista y los trabajos de Bacigalupo sin adherirse a ellos, aunque afirmando que “tomamos de su acervo lo que nos parece mejor”; más adelante, en la página 359 y ss., reconoció el significado de la categoría del desvalor de acción para los delitos imprudentes, las teorías de la tentativa y la participación, así como reconoció la formulación de los delitos de mera actividad (p. 383). Sobre esta cuestión, véase también Bacigalupo, *supra* nota 53, p. XVII s.; Bacigalupo, *supra* nota 63, pp. 29, 31 (sobre el informe de Jiménez de Asúa en relación con la autoría y participación para la AIDP, 1957) pp. 34 y ss.

⁷⁸ *Derecho Penal Argentino*, t. I-V, 1940, especialmente el t. I (*Parte General*, 1970, actualizada en 1986 por Guillermo Fierro), pp. 313 y ss. (372 y ss.).

⁷⁹ *Curso de Derecho Penal Chileno*, t. I y II, 1960/1966, especialmente t. I, p. 222 y ss.; *cfr.* también el debate fundamental con el finalismo (sobre todo de Zaffaroni) Novoa Monreal, en *Causalismo y finalismo en Derecho Penal*, 1982, pp. 41 y ss.

⁸⁰ *Tratado de derecho penal*, v. I-V, Bogotá, 1967-1974; v. I-III, 1975-1978; posteriormente, *Derecho Penal. Parte general y especial*, v. I-V, Bogotá, 1981-1986.

⁸¹ Inicialmente, de modo extremadamente positivista, en el sentido de la escuela técnico-jurídica italiana (Rocco), en su *Derecho Penal colombiano: parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967; con orientación neoclásica a partir de la 2 ed. (1972).

⁸² *Direito penal*, t. I-V, Río de Janeiro, Forense, 1956 ss., en especial t. I (3 ed, 1967), pp. 281 y ss.

⁸³ Sobre Soler, *cfr.* Bacigalupo, *supra* nota 63, p. 22 ss.; sobre —los igualmente positivistas— Ricardo Núñez y Carlos Fontán Balestra (¡el traductor de Welzel!) véase también Bacigalupo, *op. cit.*, p. 25 s. Completamente diferente Jiménez de Asúa, quien defendía una dogmática independiente de la legalidad y abogaba por un dere-

que el finalismo y el (pos)finalismo en el sentido del funcionalismo y normativismo moderado de Roxin,⁸⁴ es dominante.⁸⁵ A pesar de ello, se distinguen de un lado posiciones neoclásicas,⁸⁶ y de otro lado posi-

cho *supra* legal, *cf.* por ejemplo, Jiménez de Asúa. *La Ley y el Delito*, *supra* nota 75, pp. 208 y ss.

⁸⁴ Roxin, *supra* nota 2, § 7 nm. 26 ss., 57 ss.

⁸⁵ Velásquez, Fernando, *Derecho Penal Parte General*, Bogotá, Temis, 1997, p. 332 ss. (está preparándose la 4ª ed, de signo funcionalista moderado); Cury, Enrique. *Derecho penal*. 7ª ed, Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2005, p. 243 ss., 263 ss.; Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2005, p. 47 ss.; Maciver Cousiño, *Derecho Penal chileno: Parte general*, t. III, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1992, p. 27 ss. (donde él revisa parcialmente su perspectiva anterior, orientada hacia una teoría causalista del delito, *cf.* t. I, p. 235 ss., 429 ss.); Régis Prado, Luiz, *Curso de Direito penal Brasileiro*, v. I, Sao Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2005, p. 321, 338 ss. (sobre la imputación objetiva); Greco, Rogério, *Curso de Direito Penal. Parte Geral*, 2004, p. 163 ss.; también Bitencourt, Cesar, *Tratado de Direito Penal*, v. I, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2006, pp. 262 ss., 269 ss. Cirino Dos Santos, Juárez, *A moderna teoria do fato punível*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 8 y ss., 30 s.; igualmente posfinalista, Fernández Carrasquilla, *supra* nota 62, p. 524 ss. (¡diferente la edición anterior!); con una orientación claramente funcionalista, Bacigalupo, E., *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 199 ss. (teoría del delito como “teoría de la imputación”); moderadamente funcionalista Hurtado Pozo, *Derecho Penal Parte General*, Lima, Grijley, 2005, pp. 373 ss., 394 ss.; Queiroz, Paulo, *Direito Penal. Parte geral*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 115 ss. y *passim*; en otro sentido funcionalista (moderado) —haciendo énfasis en la necesidad de una limitación al poder punitivo del Estado basada en el Estado de Derecho— Zaffaroni/Slokar/Alagia, *supra* nota 50, pp. 372 ss., 399 ss., 432 ss. (372: “función correctiva reductora del poder punitivo”; 373: “contención [...] del estado de policía”); *cf.* también Zaffaroni/Pierangelli, *supra* nota 62, pp. 383 ss., 395 ss.; en ese sentido, también la teoría del injusto de Juárez Tavares, *Teoria do injusto penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 159 ss. y *passim*; en sentido contrario, Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal*, t. I, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1998, que por un lado sustenta un concepto finalista de acción (pp. 175, 209, 292) pero por el otro sitúa al dolo en sede de culpabilidad (p. 290: “voluntad culpable”) y por tanto defiende una concepción del dolo como *dolus malus* (p. 295: “conocimiento de la antijuridicidad de la acción”).

⁸⁶ Porte Petit, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*, México, Porrúa, 2003, p. 255 ss.; Villamor Lucía, Fernando, *Derecho penal boliviano*, La Paz, v. I (Parte general), 2003, p. 61 ss.; Reale Júnior, Miguel, *Instituições de direito penal, Parte Geral*, v. 1, Río de Janeiro, Forense, 2002, p. 125 ss. (142, 146 s.); Polittoff/Matus/Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2004, pp. 35 y ss., 164 s. y *passim* (donde el debate con Welzel sobre el Derecho Penal nazi en la p. 39 ss., es más de naturaleza político-criminal que dogmática, en tanto que rechaza la teoría finalista acusándola de ser autoritaria, argumento que no es muy

ciones más radicales funcional-normativistas⁸⁷ en el sentido jakobsiano.⁸⁸ No obstante, la preponderancia de la teoría de Roxin se muestra en el estudio casi excesivo de la teoría de la imputación objetiva,⁸⁹ que el propio Roxin revitalizó y normativizó.⁹⁰ Por lo que, en todo caso y en relación con América Latina, se puede afirmar con F. C. Schroeder que “esta teoría ha sustituido a la teoría final de la acción en cuanto a su importancia y a su observación”⁹¹

convinciente dado que, precisamente, el reconocimiento de estructuras lógico-dogmáticas puede colocar barreras al arbitrio del poder legislativo autoritario; en el mismo sentido, también Bacigalupo, *supra* nota 63, p. 36; Zaffaroni, *Prefacio*, en Juárez Tavares, *supra* nota 85, p. XXI).

⁸⁷ En este punto se debe citar, por ejemplo, a los discípulos de Jakobs en Colombia (sobre todo en la Universidad del Externado) y en Perú, los cuales, sin embargo, según mi entender, no presentaron ninguna teoría completa del delito (*cfr.* García, Percy, *Derecho Penal económico: parte general*, Lima, Ara, 2003). Marcelo Sancinetti (*Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991; *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, Colonia, Carl Heymanns, 1995; en español: *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá, Temis, 1995) defiende una teoría del injusto extremadamente subjetivista en la misma línea de Armin Kaufmann, Eberhardt Struensee, y sobre todo Diethart Zielinski.

⁸⁸ *Cfr.* Jakobs, *Schuld und Prävention*, 1976, pp. 1, 8 s., 10, 14, 24, 31 ss.; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1991, pp. VII s., 1 ss., 17, 18 ss., 22; críticamente Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2004, pp. 59 ss., 537 s.; Ambos, *Feindstrafrecht*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStR)* 124 (2006), 1 (25 ss.) [versión en Cancio Méliá/Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Edisofer/Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2006, pp. 119-162; otra versión más extensa y actualizada va a ser publicada en los Cuadernos *Jiménez de Asúa*, Dykinson, Madrid]. Críticamente también desde una perspectiva sociológica-jurídica, Hendrik Schneider, *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?*, 2004, diferenciando entre dogmática “funcional sistémica” (*systemfunktional*, equivalente a Jakobs) y “funcional personal” (*personfunktional*, equivalente a Roxin) (pp. 56 ss.) y rechazando la primera porque, entre otras cosas, no es compatible con el sistema constitucional de Alemania (p. 343).

⁸⁹ *Cfr.* a modo de ejemplo Reyes A., *Imputación objetiva*, 2005; Chamon Junior, *Imputação objetiva e risco no direito penal*, 2005; Greco, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, 2005; Modolell G., *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, 2001; López D., *Introducción a la imputación objetiva*, 2000; Sancinetti, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, 1996.

⁹⁰ *Cfr.* Roxin, “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, *FS R. Honig*, 1970, pp. 132 y ss.

⁹¹ Schroeder, en *FS Androulakis*, 2003, p. 651.

V. LA PERSPECTIVA TRANSNACIONAL II: EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

A partir de este esbozo histórico jurídico comparativo sobre el concepto de delito, no puede sorprender que también el concepto de delito en el Derecho Penal Internacional se oriente con más fuerza hacia la dicotomía que sustenta el sistema angloamericano del *actus reus/mens rea* y de la *offence/defence*, que al modelo propuesto por el posfinalismo.⁹² No obstante, no se debe olvidar que el concepto de delito en Derecho Penal Internacional es producto de la jurisprudencia penal internacional desde Nuremberg y de las codificaciones internacionales,⁹³ y no una consecuencia lógica o racional del desarrollo de la teoría del delito a lo largo de los siglos.

Sea como fuere, en el Derecho Penal Internacional se presenta una estructura bipartita del delito que diferencia, por un lado, entre *actus reus* y *mens rea*, y por otro entre la responsabilidad individual (con fundamento en una *offence*) y las posibles causas de exclusión de la punibilidad (*defences*). De ese modo, no se sigue la distinción (según el modelo posfinalista) entre dolo psicológico y culpabilidad normativa, o sea injusto (con inclusión del dolo psicológico referente al tipo) y culpabilidad (normativa).

En consecuencia y salvando las particularidades,⁹⁴ en el ámbito del Derecho Penal Internacional está todavía por desarrollar una teoría del tipo penal. Para ello, la teoría del tipo de Beling y de sus antecesores puede efectuar valiosas aportaciones. Así, por ejemplo, la categoría del tipo de garantía (*Garantietatbestand*)⁹⁵ es indispensable para un Derecho Penal Internacional que merezca ese calificativo, al igual que para el Derecho Penal de los precarios Estados de Derecho (donde frecuentemente los ciudadanos se encuentran frente a un poder punitivo politizado) es necesario establecer límites garantistas, como

⁹² Cfr. Ambos, *supra* nota 36, p. 135 ss. (141 s.) y *passim*; Ambos, “La construcción de una parte general del derecho penal internacional”, en *Revista Penal*, 17, enero 2006, p. 5 (22 s.); Ambos, *Internationales Strafrecht*, Munich, Beck, 2006, § 7, nm. 2.

⁹³ Cfr. el análisis de la jurisprudencia y la codificación del Derecho Penal Internacional en Ambos. *Der Allgemeine Teil ...*, *supra* nota 88 partes I y II.

⁹⁴ Sobre la estructura del delito en el *Derecho Penal Internacional*, cfr. Ambos, *supra* nota 36, p. 169 ss.; Ambos, *Internationales Strafrecht*, *supra* nota 92, § 7 nm. 10 ss.

⁹⁵ Cfr. *supra* nota 8 y 28 con el texto principal.

lo impone particularmente la garantía de tipicidad estricta (*lex stricta*), que sirva, como en las famosas palabras de von Liszt, de *Magna Charta* de los delincuentes.⁹⁶ Del mismo modo, la comprensión del tipo como tipo sistemático (*Systemtatbestand*),⁹⁷ basado en la idea fundamental de la descripción precisa del injusto material, puede servir para contribuir a la precisión de los tipos delictivos del Derecho Penal Internacional.

Cuadro 3. Concepto de delito en el Derecho Penal Internacional

| | |
|---|--|
| I. Responsabilidad individual | |
| <p style="text-align: center;">1. Formas de intervención punible</p> <p>a) Autoría directa y participación</p> <p>b) Autoría mediata (especialmente a través de los aparatos organizados de poder)</p> <p>c) Complicidad (conductas de apoyo o colaboración) Coautoría/<i>Joint Criminal Enterprise</i> I y II</p> | <p style="text-align: center;">2. Extensiones de la responsabilidad/imputación</p> <p>a) Responsabilidad del superior</p> <p>b) Tentativa</p> <p>c) Especial contribución a un delito colectivo/ <i>Joint Criminal Enterprise</i> III</p> |
| 3. Imputación subjetiva/presupuestos de la punibilidad | |
| II. Causas de exclusión de responsabilidad (<i>Defences</i>) | |
| <p style="text-align: center;">1. Causas materiales de exclusión de la responsabilidad</p> <p>a) Actuar en cumplimiento de órdenes/Obediencia debida</p> <p>b) Estado de necesidad, incluso estado de necesidad por coacción</p> <p>c) Legítima defensa</p> <p>d) Error</p> | <p style="text-align: center;">2. Otras formas de extinción de la responsabilidad (inmunidades, prescripción, etc.).</p> |

⁹⁶ Von Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, v. 2 (1892-1904), Berlín, De Gruyter, 1905 (reimpr. 1970), pp. 75 y ss. (80).

⁹⁷ *Cfr. supra* nota 13 y texto.