

SOBRE EL SUBJETIVISMO EN EL ÚLTIMO DERECHO PENAL ALEMÁN*

por JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA
Magistrado del Tribunal Superior de Medellín

No paró, con la crisis del finalismo, el *proceso de subjetivación del injusto* y por tanto del delito y la dogmática jurídico-penal. Entre los más descollantes síntomas de ello, en el más reciente derecho penal alemán, pueden citarse los siguientes:

1) Aunque se desecha, por la mayoría de los doctrinantes alemanes, el *concepto final de la acción* en favor de un *concepto social* de variados acentos, se niega que exista una conexión necesaria entre el concepto de acción y la economía de los elementos del delito, es decir, su estructuración sistemática. Es así como los más modernos “neoclásicos” adoptan a grandes rasgos el *esquema finalista* y las principales consecuencias dogmáticas del finalismo. En este triunfal acuerdo del subjetivismo alemán no puede verse, como a veces se afirma, un agotamiento de la “lucha de escuelas”, es decir, una maduración dogmática que consolide los más espinosos problemas en torno a soluciones opinables solo en los detalles y en los efectos secundarios, como si el nivel de las disputas hubiese alcanzado tal grado de profundidad y diferenciación que los antagonistas hubiesen terminado por ponerse de acuerdo al llegar todos, por distintas vías metódicas, a las mismas conclusiones fundamentales.

Esta unificación mayoritaria, ciertamente lograda en beneficio de una más profunda reflexión sobre las implicaciones político-criminales de la dogmática penal, no se obtuvo por un total agotamiento dialéctico y una absoluta e insuperable madurez lógico-sistemática. La “lucha de escuelas” en el siglo XX cristalizó en comunes aspiraciones a una *reforma del derecho penal alemán*, y el acuerdo final no fue el resultado de la decantación crítica solamente (quizás tampoco principalmente), sino que apareció como el fruto impuesto por la más reciente legislación penal que, al conciliar los antagonismos dogmáticos y sistemáticos, palió la aparición de un esquema del delito con el que todos resultaron más o menos de acuerdo, en un proceso más parecido a las uniones democráticas que a la sedimentación científica. Al plasmar en leyes conciliatorias las diferencias de escuela, se hizo posible, a partir de la reforma de la parte general del Código Penal alemán que entró en vigencia el 1° de enero de 1975, la

* El presente artículo aparecerá como parte de una obra conjunta en homenaje al profesor JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, la cual en este momento está en vía de editarse, por la Fundación para la Investigación y Estudios Jurídicos.

construcción de un *esquema híbrido*, ni causalista ni finalista, en el que todos contribuyeron a erigirlo como arquetipo común de una hipótesis de trabajo devenida *teoría legal*, arquetipo que permitió a cada bando conservar sus puntos de vista particulares sobre el concepto de acción, que bien poca importancia sistemática terminó por demostrar, o que cada cual fabrica según sus preferencias y conveniencias para explicar *ad hoc*, por distintos caminos, las mismas construcciones.

El esquema fundamental que ahora se pregona por casi todos es prácticamente el del finalismo de WELZEL: escisión del tipo en objetivo y subjetivo; pertenencia al tipo del dolo de tipo, separado de la conciencia de la antijuridicidad (teoría de la culpabilidad); sistematización del error en error de tipo y de prohibición: el error de tipo invencible excluye el tipo subjetivo (dolo natural), el invencible error de prohibición excluye la culpabilidad, en tanto que el error de tipo vencible da lugar a imputación por culpa, si existe el correspondiente tipo culposo, y el error vencible de prohibición deja subsistente el dolo y da lugar por tanto a una imputación *dolosa* que solo se discute si debe formularse por una pena atenuada o no; la tipicidad como indicio de la antijuridicidad que solo puede desvirtuarse por la ocurrencia de causas de justificación (tipos permisivos autónomos); la antijuridicidad formal escasamente distinguida de la tipicidad (también formal) y la antijuridicidad material atribuida simplemente a la realización del tipo sin causas de justificación; la culpabilidad como juicio de reproche ético-jurídico, dirigido al proceso de formación o motivación de la voluntad, o a la actitud interna contra el derecho que se demuestra con la realización del tipo de lo injusto, el cual aparece precisamente como un indicio de la culpabilidad que solo por la presencia excepcional de causas de inculpabilidad o de exculpación puede destruirse; la estructuración, en fin, de la culpabilidad sobre la imputabilidad —como presupuesto, generalmente—, entendida como “capacidad de culpabilidad” (capacidad de comprender el injusto del hecho y gobernar la propia conducta por esa comprensión), el conocimiento al menos potencial de la antijuridicidad y la ausencia de causas de inculpabilidad o de exculpación, mayoritariamente fundadas en la no exigibilidad de la conducta normativa. Y más allá, la punibilidad, su medición y su exclusión. Todo ello, sin embargo, estudiado en una estructura triple y no unitaria: delitos de comisión dolosos, delitos de imprudencia (culposos) y delitos de omisión (propia o impropia).

2) Dos son, pues, las bases del acuerdo: la comprobación de que cualquier concepto de acción (causal, social o final), con cualquier extensión (comprensivo o no de la omisión) lleva a las mismas conclusiones sobre los movimientos o comportamientos que no constituyen acción humana con relevancia para el derecho penal, a saber: los actos reflejos, los actos realizados en plena inconsciencia y la *vis absoluta*, agregándose con frecuencia la hipnosis. Este acuerdo en la *extensión negativa* permitió sospechar con razón, que la *extensión positiva* tampoco era discrepante y que en el fondo todos esos conjuntos desembocaban en lo mismo o eran idénticos; pero más aún: pudiendo preservar sus diferencias, estas no resultaban decisivas para la construcción de la estructura

analítica. Al acogerse por la ley las más salientes consecuencias del finalismo, se obvió la tendencia a ponerse de acuerdo en el refinado esquema finalista.

3) No solamente existe un tipo subjetivo, sino que a este pertenece el dolo, al lado de los llamados elementos subjetivos del tipo o del injusto por el neoclasicismo inicial, con la sola salvedad de los elementos anímicos de culpabilidad configurados objetivamente (ej., motivos abyectos o innobles).

4) Pero el dolo que integra el tipo subjetivo no es el dolo integral de los clásicos y romanos (*dolus malus*), sino el dolo de tipo (*dolo natural*), proceso cognitivo que se agota en el conocer y querer los hechos constitutivos del tipo legal. La separación del dolo, en su noción tradicional, de la conciencia de la ilicitud o antijuridicidad, se funda en la regulación legal del *error de tipo* como excluyente de la tipicidad subjetiva, con ubicación y efectos distintos a los del *error de prohibición* excluyente de la culpabilidad. La diferencia es tal que aquí el error vencible de prohibición no da lugar a una *culpa de derecho*, sino a una imputación dolosa, también por ministerio de la ley. Es la famosa *teoría de la culpabilidad* que tan decisiva consideró siempre el finalismo para su subsistencia, pues de ella depende su fundamental distinción entre voluntad final de la acción y proceso motivacional o formativo de la misma, distingo de que se nutre la separación finalista de injusto y culpabilidad. Es completamente claro que si se condena por dolo, aunque sea con pena atenuada, al que pudo conocer la prohibición *pero en definitiva no la conoció*, se está predicando el subjetivismo, esto es, un derecho penal prevalentemente fundado en la voluntad, el ánimo, el sentimiento o la actitud, se está asimilando al dolo la *sui generis* imprudencia jurídica y, sobre todo, se está haciendo un último esfuerzo por mantener, bajo esa nueva versión de la anciana ficción, el imperio del principio de que *la ignorancia de la ley no excusa* (es decir, no exculpa, no excluye el dolo), en su último albergue como postrer límite para el reinado tranquilo y amplio del *principio de culpabilidad*. En el fondo, pues, hay cierto rasgo de *responsabilidad objetiva (versari)* en esa posición, porque al fin y al cabo se está presumiendo el dolo o por lo menos uno de sus elementos constitutivos, precisamente el que muestra el sentido sociojurídico del acontecimiento típico no justificado. La “teoría de la culpabilidad” es por tanto opuesta al *principio de culpabilidad* estrictamente definido y mantenido. Ninguna razón política o policríiminal puede convencer de la necesidad, conveniencia, utilidad, eficacia y justicia de castigar como dolo lo que no es dolo, o como culpable de dolo a quien a lo sumo podría serlo de culpa, si bien la *culpa de derecho* es también un expediente poco suasorio.

5) La llamada “teoría de la culpabilidad”, reconocida por el legislador alemán y de buena gana admitida por los doctrinantes de la misma nacionalidad (muy poco de otras, salvo entre los finalistas ortodoxos), revela que es falsa, o al menos insuficientemente aplicada, la *teoría de las estructuras lógico-objetivas*, con la que a todo trance quería WELZEL mantener la vinculación del legislador a la naturaleza de las cosas y a ciertos datos óntico-ontológicos. En efecto, con esa teoría la ley ha roto la natural composición del dolo, ha escindido su estructura objetiva para que una parte del mismo sea integrada al

tipo de la acción injusta y otra uncida al reproche de culpabilidad. Si ello puede hacerlo la ley con una parte o elemento del dolo, no se ve por qué no pueda hacerlo con todo el dolo, y entonces los causalistas clásicos tendrían razón al sostener que la ley muy bien podría imponer la pertenencia del contenido de la voluntad (dolo) a la culpabilidad y no a la acción típica o al injusto.

6) Pero la herencia subjetivista de los más recientes esquemas germánicos (JESCHECK y WESSELS especialmente, pero también según ellos mismos, SCHÖNCKE-SCHRÖDER-LENCKNER) resienten su falla mucho más al fondo del problema. Se ha terminado, en efecto, por aceptar que el injusto está tan integrado por el *desvalor de resultado* como por el *desvalor de la acción*, dando a este último un lugar *prioritario* o al menos *igualitario* en su constitución legal y dogmática. Ello se aprecia sobre todo en la concepción de la culpa como violación del cuidado objetivo, el postulado extremo (no unánime) del resultado del delito culposo de resultado como mera condición objetiva de punibilidad (que algún autor, en esta línea, llevó a esa función, separada del alcance del dolo y la constitución objetiva del injusto, en todos los delitos de resultado); pero se aprecia también en la teoría altamente subjetivizada de la tentativa y de las causas de justificación.

7) Paralelamente a la exigencia de los *elementos subjetivos del tipo* para la fundación del injusto típico, apareció, y se consolidó paulatinamente, la idea de que también las causas de justificación (exclusión de la antijuridicidad) dependen de la coetánea concurrencia de los *elementos objetivos y subjetivos de justificación*. Si falta cualquiera de ellos, la conducta permanece antijurídica: faltando los objetivos, puede haber lugar a inculpabilidad por error concreto o indirecto de prohibición, en tanto que faltando los subjetivos (error de permisón) la conducta es antijurídica y culpable y procede la imputación de un delito doloso consumado o al menos tentado. Por el carácter fundamentalmente objetivo del injusto, las variantes clásicas admiten aquí la justificación, por *prevalencia de la función valorativa sobre la función motivadora* de las normas incriminadoras y por tanto por independencia del derecho frente a la moral y supremacía del primero frente a la última en las cuestiones jurídicas.

8) La misión del derecho penal, clásicamente fundada en la *tutela de los bienes jurídicos fundamentales* de la colectividad y del individuo, se hace depender ahora, en una clara *función preventiva éticosocial*, también y/o en primer lugar, de la protección de los elementales valores éticos de la conciencia social (función educadora, preventiva y moralizadora del derecho penal), o bien del impacto de la mala (injurídica) voluntad manifestada sobre las expectativas de corrección por parte de la comunidad (*teoría de la imprevisión*).

9) Casi como un simple corolario de lo anterior deviene la *teoría subjetiva o prevalentemente subjetiva de la tentativa*, que no la concibe como un atentado objetivo de daño o de peligro para el bien jurídico tutelado por la norma, sino también y/o principalmente como la exteriorización de una voluntad mala, peligrosa, antijurídica, como tal intolerable social y políticamente por hacer fracasar la expectativa comunitaria de corrección de la conducta impuesta por el orden jurídico a todos los individuos. Con ello se fundamenta la punición de la tentativa inidónea (aun absolutamente), se equipara la pena de consumación

y tentativa, o al menos se pretende que esta última dé lugar a lo sumo a una atenuación potestativa. Es obvio que de tal manera se ensancha notoriamente el ámbito de lo punible y se lo hace precisamente por razones subjetivistas propias de un *derecho penal del ánimo*. Empero, todas las expectativas de una conducta ajustada a derecho por parte de la comunidad jurídica, quedan necesaria y suficientemente protegidas por el carácter teleológico de los tipos penales, orientados a la tutela de los bienes jurídicos fundamentales y a la punición de ciertos atentados de daño o peligro contra ellos, o a lo sumo de los más graves atentados contra otros bienes jurídicos. De suerte que la subjetivación de la tentativa y su fundamentación en el desvalor de acto viola también el moderno postulado politicocriminal del mínimo derecho penal posible, derivado del carácter sancionatorio y fragmentario que desde BINDING se atribuye al mismo.

La concepción subjetiva o subjetivizada de la tentativa relativiza también la separación entre *actos preparatorios impunes* y *actos ejecutivos punibles*, pues se complementa con la cláusula legal de que el carácter ejecutivo del acto o el principio de ejecución del mismo no depende de cálculos objetivos, sino del *plan global del autor*. No es la objetiva proximidad de los actos al tipo lo que ofrece el límite para el principio de ejecución, sino esa proximidad en el plan de autor: habrá principio de ejecución, no cuando se dé comienzo verdadera y realmente a la acción típica, se apliquen los medios típicos, se invada la esfera de derechos del sujeto pasivo o se cree un peligro concreto para el bien jurídico, sino cuando en el plan del autor la acción típica debe seguir inmediatamente.

10) No se rechaza en forma expresa y clara, como método peligroso para el estado social o liberal de derecho, la *técnica legislativa de la anticipación de la consumación* (delitos de consumación anticipada y de peligro abstracto, no siempre justificados), pero en cambio sí se desecha con energía la *teoría de los elementos negativos del tipo*, que pretende que la conducta justificada no está prohibida por el tipo, o no es merecedora de pena para este y no es por tanto típica. De esta teoría se deriva nada menos que el *tratamiento unitario del error*, o al menos del error de tipo y de prohibición, que es lo más conveniente y correcto. Se ve de inmediato que esta doctrina de los elementos negativos del tipo está o debería al menos estar íntimamente ligada a la *teoría del dolo*, que concibe el dolo, a la manera tradicional y clásica, como unidad de conocimiento, voluntad y comprensión del hecho típico, incluida, pues, la conciencia de la antijuridicidad. Con ello, el error de prohibición y el error de tipo se identifican en su tratamiento sistemático y en sus consecuencias, sin que por ello se niegue la existencia del tipo subjetivo ni se desvertebre la *concepción normativa de la culpabilidad*, que, antes bien, así resulta depurada de sus últimas contaminaciones sicologistas. La distinción de los tipos de error, si se mantiene, es solo con fines didácticos, de modo alguno sistemáticos o epistemológicos.

11) Más curiosamente aún, se rechaza la construcción dogmática de los *tipos abiertos*, que para WELZEL representaban precisamente el más grave peligro contra la función de garantía en las modernas legislaciones penales. Se rechaza ese concepto por la exigencia sistemática de separar tipicidad y

antijuridicidad, ya que precisamente en tales tipos no hay *indicio* de la última y esta no es un elemento suyo, de suerte que el error sobre la antijuridicidad es necesariamente en tales tipos un error de tipo. Se dice que el tipo, por definición, es *cerrado*, pero no se patentiza que los tipos indeterminados, de innegable existencia en los códigos más recientes en todo el mundo occidental, son contrarios a los requerimientos de certeza y seguridad jurídicas, que tienen justamente rango constitucional en los Estados de derecho. Con la negativa de los tipos abiertos se practica una política criminal de avestruz, dificultando o imposibilitando la defensa jurídica contra ellos, pero esa postura no se reputa incompatible con el reconocimiento de *elementos globales de valoración del hecho*, que son un simple sucedáneo, legitimado por arte de mero circunloquio, expediente con el que se arriba a la incolumidad de la "teoría de la culpabilidad", porque el error sobre tales valoraciones globales del tipo es error de prohibición y no de tipo, salvo si no se trata de la valoración misma, que es el *quid* del asunto, sino de sus supuestos fácticos.

12) La diferencia entre autoría y participación se hace depender de la tesis del *dominio del hecho*, síntesis ecléctica de las teorías objetiva y subjetiva de autoría y participación. Se encubren por completo, entonces, los factores causales objetivos de los que puede hacerse depender el fundamento de esa distinción.

13) La separación de injusto y culpabilidad ofrecía ya en WELZEL dificultades serias: no tanto por el desplazamiento del dolo (natural) al ámbito del tipo, sino sobre todo por su doctrina del "injusto personal", edificada de modo preponderante sobre el desvalor de acción. Pero sucede que *el desvalor de acción es ya un desvalor de la voluntad* manifestada como rebelde o contraria al derecho, un desvalor del desacato o la desobediencia jurídica con respecto a la pretensión motivadora del ordenamiento jurídico. El desvalor de acción, en cuanto desvalor de voluntad y sentimiento, en bien poco se diferencia con nitidez del reproche ético-jurídico de culpabilidad en el finalismo. Esta situación se ha agudizado en la más reciente dogmática, para la que la *misión del derecho penal* está comprometida en el logro de "un querer materialmente correcto" (JESCHECK), el desvalor de acción está saturado de elementos personales y la esencia de la antijuridicidad consiste en la *violación de un deber* de actuar o de omitir establecido por la norma jurídica, violación con la que se deteriora la confianza de la comunidad en el cumplimiento del derecho, núcleo material de la misma. Llevando esas premisas hasta sus extremos, propuso ZIELINSKI que el desvalor de resultado se considerara como simple condición objetiva de punibilidad en todos los delitos de resultado, fueran estos dolosos o culposos, propuesta que algunos finalistas ortodoxos (BACIGALUPO, p. e.) aceptan solamente para los últimos. De todas maneras, el *carácter personal del injusto* se sustenta también en la pertenencia del dolo al injusto penal, función inseparable del finalismo y admitida por la doctrina alemana dominante, sobre la base de la nueva legislación. Pero ahora se argumenta que el dolo mantiene una "doble posición", pues pertenece igualmente a la culpabilidad, tal como MEZGER lo proponía para los estrictos "elementos subjetivos del tipo" o del

injusto (distintos del dolo). Pero si la parte subjetiva del injusto pertenece también a la culpabilidad y esta varía igualmente en atención a la gravedad mayor o menor de aquel, ¿en qué puede ya fundar el subjetivismo penal la separación básica de injusto y culpabilidad, ya que de ninguna manera puede apoyarse en el desvalor de resultado? Tal vez no soñó WEBER que su doctrina de que la antijuridicidad se nutre del *deber* y la culpabilidad del *poder* (individual) llegaría tan lejos, pero tal fue sin duda el origen de la actual situación, pues allí se consolidó la tendencia a abandonar la lesividad de la conducta para el bien jurídico como meollo de la primera.

Si se repara en las implicaciones de tales posiciones esquemáticas, bien fácilmente podrá observarse que es siempre inconveniente que las disputas científicas se resuelvan por vía de la autoridad legislativa, pues esto cancela las polémicas ideológicas, cierra los campos de la fructífera discrepancia y por tanto dificulta y casi que imposibilita la dialéctica del progreso científico. Se pone asimismo de manifiesto que la subjetivación de la teoría del delito con la hipertrofia del desvalor de acción y la atrofia del desvalor de resultado, la exaltación de la función formativa ético-social del derecho en desmedro de su función protectora, la hipérbola de la función de prevención general como fundamento de la pena (teoría de la imprevisión), etc., son posiciones y direcciones del pensamiento juridicopenal difícilmente armonizables con el requerimiento de garantías materiales (no meramente formales), objetivas y por tanto controlables (no subjetivas e irracionales) del Estado social o liberal de derecho, incompatibles también con el actual derecho internacional de los derechos humanos. Ningún favor se hace a la *función protectora de bienes jurídicos* —núcleo de la orientación democráticoliberal de la política criminal y el derecho penal— con la hipótesis de los momentos anímico-políticos del delito, sobre todo si, como en efecto sucede en el finalismo y en los "neoclásicos" que adhirieron más o menos acriticamente a su sistemática y principalmente a sus consecuencias en el tratamiento de los problemas axiales de la dogmática, al mismo tiempo se desdibuja el concepto de *antijuridicidad material* (lo que se hace al privarla de su pristino sentido de lesión real o potencial para el bien jurídico concreto y definirla formalmente por la conjunción de la tipicidad y la ausencia de causas de justificación, con desprecio de los principios de adecuación social, insignificancia e inocuidad, estrechamente emparentados con la esencia retributiva de la pena, también y sobre todo de la pena final). Lo propio sucede cuando se niega relevancia al *error sobre los supuestos fácticos de las causas de inculpabilidad* (descartada de allí, claro está, la imputabilidad) y de ciertas exenciones de pena.

14) Pero, aun si no se piensa en ese acuerdo fundamental de esquemas y consecuencias primordiales, es decir, aun si no se le reconoce o no se le profesa, las bases subjetivistas del derecho penal contemporáneo están echadas con y desde la actual *concepción éticopenal de la culpabilidad*. Se insiste, en efecto, prácticamente por todos, en que la culpabilidad es un juicio de reproche personal por la realización libre de la conducta antijurídica. Y pese al notorio esfuerzo por mostrar los alcances juridicopenales del reproche culpabilista, no se logra alejar este de sus inexorables fundamentos morales, fundamentos

que se suponen relacionados con la "ética social" y no tanto con la "moral individual". Los primeros neoclásicos ciertamente entendieron la reprochabilidad al lado de las formas tradicionales de la culpabilidad (dolo y culpa) y sobre la base normativa, aparentemente objetivista, de la "exigibilidad de la conducta conforme a derecho" en la situación concreta del autor. "Actúa culpablemente quien actúa antijurídicamente, siempre que no hubiera podido actuar de otra manera" y no sea inimputable, expresa WEBER¹.

Sin embargo, GOLSCHMIDT, con su teoría de las "normas de derecho" (que determinan la antijuridicidad) y las "normas de deber" (que determinan la culpabilidad normativa), abrió la brecha para que, en el derecho penal posterior, se fundara el reproche de culpabilidad en la *infracción del deber de motivación correcta*, que se supone una de las pretensiones de la unitaria norma jurídico-penal. Se trata, pues, del problema de los deberes de conciencia (no hay otros, en verdad, y por esto R. LAUN solo admitía la existencia de *deberes morales*). Si, pese a esta estructura de la culpabilidad como violación del deber interno (correlativo al objetivo deber externo), se insiste en distinguir injusto y culpabilidad por la pareja conceptual deber-poder, es porque se está en frente del poder de internalizar el deber. No es ya, por tanto, suficiente que el sujeto de derecho cumpla con ajustar su conducta a las valoraciones objetivas y generales de la norma jurídico-penal, sino que se pretende que esta actuación, adecuada a la norma (externamente), debe también acoplarse internamente a ella. El sujeto ya no solo debe cumplir la norma, sino aceptar sus implícitas valoraciones, haciendo que estas ingresen a la más profunda reconditez de su conciencia moral. Por otra parte, esto habría debido colocar en aprietos al finalismo por haber situado el "desvalor de acto" en el núcleo del injusto penal, pero de ellos lo rescata su "teoría de la culpabilidad" al exigir la distinción entre voluntad final (perteneciente a la acción típica) y proceso de formación o motivación de la voluntad (atinente al reproche de culpabilidad). Fácil es comprender, sin embargo, que si el reproche de culpabilidad se inspira en un examen judicial de los motivos de la voluntad, se fragiliza la separación política entre moral y derecho y se postula un fondo de cuantificación punitiva muy similar al de los "motivos determinantes" del positivismo italiano. Por esto, "uno empieza a sospechar que el culpabilismo, al acentuar cada vez más la subjetivación del delito como *ratio* de la pena, termina en el mismo punto del peligrosismo, o en la anarquía" y también que "cuando el Estado invade la intimidad de las conciencias sabemos que ha llegado la hora de la tiranía", según escriben tinosamente J. GONZÁLEZ ZAPATA y F. MEZA MORALES². Que una tal interpretación es correcta y legítima, lo atestigua la autoridad de ARMIN KAUFMANN, para quien "la formación de voluntad motivada por el deber es el

¹ "Para la estructuración del sistema del derecho penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, Edit. Temis, 1982.

² "Del peligrosismo al culpabilismo", en *Estudios de Derecho*, núms. 97-98, Medellín, 1980.

objetivo y la coronación de la norma"³. Este último planteo permite colegir, además, con entera propiedad, que el último fundamento del actual subjetivismo penal se encuentra ya en BINDING, para quien el delincuente no viola la ley penal sino la norma que aquella presupone, siendo la norma expresión de *lo debido*; de suerte que, por ejemplo, una "norma prohibitiva" no se limita a prohibir una conducta externa desvalorativa, sino que al tiempo prescribe o manda una actitud interna-subjetiva valiosa. Al reprochar los motivos de la decisión de voluntad y no simplemente la voluntaria (dolosa o imprudente) realización del injusto, la actual doctrina de la culpabilidad transita por caminos harto distintos y distantes de la concepción objetiva del delito como "ente jurídico" (CARRARA) y de su comprensión sustancial como atentado de daño o de peligro contra bienes jurídicos fundamentales y determinados de la persona humana o de la sociedad organizada. Se hace entonces posible que coincidan los "códigos penales de la libertad" con los "códigos penales de la tiranía", que era lo que el insigne maestro pretendía evitar y lo que tras él ambiciona aún la doctrina demoliberal del Estado de derecho.

Se ve, pues, claramente, que la moderna teoría del delito y de la pena está en la hora actual crucificada entre dos tensiones politicocriminales antagónicas, ambas igualmente importantes. De una parte está la exigencia de la preservación de los derechos fundamentales del individuo, que sin duda debe ser protegido en su personalidad y dignidad humanas contra la intervención creciente de los organismos estatales. De otro lado está la necesidad de una tutela efectiva de la sociedad contra el avance y multiplicación de la criminalidad. Ambas tendencias deben ser de alguna manera conciliadas para preservar el equilibrio entre las necesidades individualistas y sociales del Estado de derecho. En una tal conciliación politicocriminal, los sistemas clásicos otorgan prelación a la tutela de los derechos individuales y los sistemas subjetivistas hacen mayor hincapié en las consideraciones preventivas, fijando de modo distinto los límites de la punibilidad en el sentido de su ejercicio.

Se desprende de todo ello que un *retorno a los clásicos* es necesario como elemental requerimiento democrático-liberal, retorno que no apunta ciertamente a la sistemática, sino a los *principios y al tratamiento de las instituciones límite* del derecho penal. Antes que esta rectificación del rumbo se lleve a cabo, seguramente muchos estragos habrán podido suceder. Pero, en todo caso, en la rectificación ha de contar más intensamente la orientación (sentido) que la arquitectura, pues al fin y al cabo no sería razonable desperdiciar los logros sistemáticos ya obtenidos con el alto nivel de profundidad y diferenciación de la teoría jurídica del delito.

Llama poderosamente la atención que, tras tanta especulación dogmática y tan debatida reforma del derecho penal alemán, se llegara a un estado similar al que imperaba ya en la doctrina italiana desde la expedición del facistoide Código Penal de 1930, como fácilmente se colige de la comparación de los

³ A. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1977, pág. 229.

resultados mencionados, por ejemplo, con la famosa obra de SCARANO sobre "la tentativa". Se siente uno de esta guisa tentado a suscribir, con alcance general, el célebre y duro juicio de GRISPIGNI de que los finalistas alemanes no hacían en el fondo más que repetir las "verdades" que el positivismo italiano había postulado treinta o cuarenta años atrás⁴, pero ya no con referencia al positivismo sino al subjetivismo juridicopenal. Este subjetivismo dogmático tiene tanto que ver con el legado del positivismo filosófico, que en no pocas ocasiones se concilia, de modo sorprendentemente manifiesto, con el positivismo criminológico que hoy todo el mundo repudia teóricamente, pero al que confluje también en cierta medida el renacimiento de la política criminal.

En los señalados sentidos es sin duda —y esto representa a la vez motivo de orgullo nacional e incitación a un importante papel histórico-dogmático— más acertado, por su ponderación y clasicismo, el nuevo Código Penal colombiano (1980) que la más reciente reforma de la parte general del Código Penal alemán (1975). Al asumir aquel ordenamiento, correctamente, la "teoría del dolo" y regular en forma amplia el "error de prohibición" como excluyente de la culpabilidad, rechaza perniciosas posibilidades de responsabilidad inculpable; al exigir la antijuridicidad material, otorga al carácter teleológico de los tipos en orden a la protección de bienes jurídicos un cariz muy avanzado y especial; en fin, al rechazar la punición de la tentativa inidónea, aminorar la pena de la tentativa y la complicidad, dar carácter objetivo a las causas de justificación y desechar la culpabilidad como reproche moral de los motivos, se afilia sin vacilación a las concepciones objetivas que ponen los derechos fundamentales de la persona humana como cortapisa infranqueable a la maquinaria punitiva del Estado.

OBRAS BÁSICAS DE REFERENCIA

- CEREZO MIR, JOSÉ: *Curso de derecho penal español*, t. I, Madrid, Edic. Tecnos, 1976.
- MIR PUIG, SANTIAGO: *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1976.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH: *Tratado de derecho penal*, 2 vols. trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Edit. Bosch, 1981; *La reforma del derecho penal en Alemania*, Parte general, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1976.
- SUÁREZ MONTES, R. F.: *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Madrid, Ediciones Rialp, S.A., 1963.
- WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán*, trad. de la 11ª edición alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1970.
- WESSELS, J.: *Derecho penal*, Parte general, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980.

⁴ "La nueva sistemática del delito en la doctrina alemana más reciente", en *Criminalia*, junio de 1952, págs. 297-307.

COMPOSICIÓN DEL TIPO DEL INJUSTO

(Introducción al estudio de la antijuridicidad penal)

Por el profesor SERVIO TULLIO RUIZ

1. CONCEPTO DE TIPO DEL INJUSTO. Debemos resaltar que el nuevo Código Penal en innumerables disposiciones habla de *hecho típico*, especialmente en el libro primero, título primero. Con ello está significando la ley que es necesario y fundamental que la conducta del hombre, para ser delictuosa, en primer lugar debe corresponder a una descripción legislativa o modelo legal o tipo penal. Con ello se quiere decir que tal conducta debe adecuarse o corresponder a todos los elementos o requisitos del tipo o modelo, partiendo del tipo delimitado en la parte especial del Código (en donde se describe el delito de que se trate) y complementado con los tipos de la parte general. En efecto, para que un hecho constituya delito es indispensable que corresponda y se subsuma en un tipo de delito de la parte especial del Código Penal; pero también es menester que se subsuma en el tipo de la parte general del mismo Código, que habla de la culpabilidad, y que no se subsuma en ningún tipo de las justificantes, las cuales deben estar ausentes (subsunción negativa) para que pueda hablarse de ilícito penal.

En efecto, cuando se habla de tipicidad, como concepto general, debe entenderse que existe en primer lugar un tipo en el que se describen las conductas en sus aspectos externos o materiales, las cuales son innumerables según la cantidad de los ilícitos (delitos) que en un momento dado se señalen en el Código como punibles. En el sentido de que este tipo es variable según el delito de que se trate. En cambio, el tipo en que se indica la forma como el hecho o conducta debe estar conectado causalmente al agente, la manera como debe estar ligado a su voluntad, para que se le pueda decir que es suya, y por ende reprochar o censurar, es indudablemente fijo, no existe sino uno, pues son taxativas las formas que debe asumir la voluntad y concretamente no puede ser sino dolosa, culposa o preterintencional. Estas formas son iguales, invariables, fijas, estables para cualquier clase de ilícito o hecho punible. De la misma manera, existe un tipo de las justificantes o de causas de justificación del hecho, también fijo respecto a cualquier clase de hecho que pueda subsumirse en los tipos de la parte especial del Código. Este tipo de las justificantes debe estar ausente, no debe configurarse, para que pueda darse el hecho punible. Al no existir el tipo de las justificantes, nace inmediatamente el tipo del injusto sobre la base an-