

RAFAEL MÁRQUEZ PIÑERO

# Teoría de la antijuricidad

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



# TEORÍA DE LA ANTIJURIDICIDAD

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 38

---

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero  
Edición y formación en computadora al cuidado de Isidro Saucedo

RAFAEL MÁRQUEZ PIÑERO

TEORÍA  
DE LA  
ANTI JURIDICIDAD



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
MÉXICO, 2003

Primera edición: 2003

DR © 2003. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva, s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 970-32-0432-5

## CONTENIDO

Palabras del autor . . . . .	XI
------------------------------	----

### CAPÍTULO PRIMERO

I. Ubicación de la problemática de la antijuridicidad	1
II. La doctrina tradicional frente a la antijuridicidad	19
III. La antijuridicidad como elemento del delito . . .	32

### CAPÍTULO SEGUNDO

I. El finalismo de Hans Welzel y la antijuridicidad	47
1. El bien jurídico . . . . .	52
2. Valoración de acontecimientos . . . . .	54
3. Obras humanas en tanto objeto del juicio de valor	56
II. Consecuencias de la concepción welzeliana en la teoría del delito . . . . .	59
III. Causalismo y finalismo, similitudes y diferencias. Principales impactos del finalismo . . . . .	86

### CAPÍTULO TERCERO

I. La dogmática jurídico-penal posterior al finalismo y la antijuridicidad . . . . .	99
--	----

II. Las perspectivas de la antijuridicidad y los funcionalismos . . . . .	119
III. Reflexiones sobre la problemática planteada y la posición de diversos autores . . . . .	140
Bibliografía . . . . .	175

*Teoría de la antijuridicidad*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir en J. L. Servicios Gráficos, S. A. de C. V., el 28 de febrero de 2003. En su edición se utilizó papel cultural de 57 x 87 de 37 kgs. para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kgs. para los forros; consta de 1,000 ejemplares.

## PALABRAS DEL AUTOR

El libro de la *Teoría de la antijuridicidad* ha sido un texto que he ido elaborando durante cierto tiempo atento a los cambios de la dogmática jurídico-penal de nuestra época, desembocando en una conceptualización de la antijuridicidad como un juicio de valor objetivo íntimamente ligado al injusto personal. La tarea no me ha resultado fáciles, ya que he pretendido la consecución de dos objetivos no tan fácil de conciliar: 1) la sencillez expositiva; y 2) el manejo de las nociones más complicadas de este elemento básico del delito. Espero haber conseguido una parte de lo que fue mi finalidad; los lectores (si los hay) tendrán la palabra definitiva. En este sentido agradezco a la señora Rosa Ma. Tejada Alarcón por su abnegada labor en el acomodamiento y transcripción del texto. Igualmente lo hago con mis ayudantes de investigación, las señoritas Ma. Teresa Esteban Berdejo y Ana Belem Fernández Castro y a los señores Mihael Champo Sánchez, Joshua Parraga Saggiante, Jorge Vega Aragón y Jorge Zubarán Guadarrama.

Rafael MÁRQUEZ PIÑERO

## CAPÍTULO PRIMERO

I. Ubicación de la problemática de la antijuridicidad	1
II. La doctrina tradicional frente a la antijuridicidad	19
III. La antijuridicidad como elemento del delito . . .	32

## CAPÍTULO PRIMERO

### I. UBICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LA ANTIJURIDICIDAD

Sin duda, la problemática en torno de la antijuridicidad constituye uno de los tópicos más delicados y complejos dentro del ámbito jurídico-penal. Teniendo en cuenta esta perspectiva, cabría señalar que, para Mezger,<sup>1</sup> la antijuridicidad (o el injusto, como él emplea ambivalentemente ambos vocablos) es el presupuesto inesquivable de cualquier hecho punible, y supone que el delito encarna una violación del derecho, es decir, que contradice al jus.

Según el profesor alemán, tanto injusto (*unrecht*, no derecho) como antijuridicidad pueden y deben utilizarse como sinónimos. A pesar de ello, para Mezger, el primero es menos exacto que el segundo. La antijuridicidad se refiere al juicio impersonal-objetivo, que recae sobre la contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico, mientras que la culpabilidad destaca la atribución personal de una conducta a su autor.

Para Hans Welzel,<sup>2</sup> la antijuridicidad es una característica de la acción. De esta forma, la define diciendo: *antijuridicidad es, pues, la contradicción de la realización de un tipo con el ordenamiento jurídico en su conjunto* (no sólo con una norma aislada). En estas condiciones, por tanto, la antijuridicidad es siem-

<sup>1</sup> Mezger, Edmund, *Tratado de derecho penal*, México, Ed. Cárdenas, 1997, t. I, específicamente lo referente a la antijuridicidad.

<sup>2</sup> Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964, pp. 47 y ss.

pre la contradicción entre una conducta *real* y el ordenamiento jurídico.

De ahí que, por consiguiente, la antijuridicidad debe ser la misma en la totalidad del ordenamiento jurídico, en tanto que existe un injusto específico, pero no una antijuridicidad específicamente jurídico-penal. El injusto es la misma forma antijurídica de la conducta. Conviene, desde este punto de vista, expresar que el tipo (como figura conceptual) no es antijurídico, ya que únicamente su *realización* puede ser antijurídica. Así pues, *no hay tipos antijurídicos, sino solamente realizaciones antijurídicas del tipo*.

En la línea de este razonamiento, no existe una antijuridicidad penal en contraposición a una antijuridicidad general. No hay algo antijurídico dentro del derecho penal ni algo que no sea antijurídico fuera de él o viceversa. El derecho constituye una unidad cerrada, y el derecho y la antijuridicidad son los mismos en todos los diversos campos.

No obstante, lo anterior no excluye que, mediante la figura del *tipo penal*, el derecho haya creado un recurso técnico-jurídico-penal para destacar y deslindar, más concretamente, un ámbito especial del injusto al que conecta la punibilidad. En otras palabras: se produce una cerrazón y, por otra parte, una concreción de la conexión del injusto con la punibilidad.

Las tantas veces intentada identificación del tipo y de la antijuridicidad conduciría,<sup>3</sup> por tanto, a una grave confusión mental. En esta tesitura, resulta claro que: 1. *Tipo* es la descripción específica y concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Se trata de una figura o imagen puramente conceptual. 2. *Antijuridicidad* es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su totalidad.

No obstante, íntimamente ligadas las ideas del derecho, de la justicia y de la adecuación, al fin forman una base, sobre la

3 *Idem*.

que ha de girar todo lo referente a la problemática de la anti-juridicidad. Parece claro que la base positiva del derecho es, en primer término, la ley. Este principio rige, muy específicamente, en la parcela del derecho penal.

El injusto, al que se conecta la punibilidad, debe estar determinado, como tal, desde el punto de vista típico legal, antes de que sea realizada la acción, que lleva como consecuencia la pena. El derecho vigente requiere en todas sus relaciones una fundamentación sobre un basamento positivo autoritario. En estas condiciones, cabe aclarar que la idea del derecho, a pesar de esta positividad del mismo, es de imprescindible conocimiento, aun para su aplicación práctica.

Ninguna ley agota la totalidad del derecho, y esto abarca también a las leyes en amplio sentido y al derecho consuetudinario. De ahí que muchos consideren que la logicidad exacta y unitaria del derecho es una noción relativa. El simple positivismo legal no ofrece ninguna respuesta (cuando menos completa) a una buena cantidad de cuestiones de la vida práctica del derecho.

*Esa respuesta debe ser buscada, en primer lugar, en la interpretación amplia de la ley.* De idéntica forma, toda ley en amplio sentido, cuando pretende ser derecho, excluye (en función de esa pretensión) el empleo del arbitrio ilegal. Resulta inherente al derecho —porque es derecho— su finalidad fundamental y su entelequia.<sup>4</sup>

Para Huerta Tocildo,<sup>5</sup> en la doctrina penal alemana, la polémica en torno al concepto de acción, de gran amplitud en época anterior, ha cedido su lugar a la fuerte discusión sobre el contenido material de la antijuridicidad. En referencia a esta última (al igual que ocurre en numerosas ocasiones en el ámbito penal sustantivo) los diversos criterios no constituyen “meras disquisiciones teoréticas”, sino que implican consecuencias altamente

4 Mezger, Edmund, *op. cit.*, nota 1, *idem*.

5 Huerta Tocildo, Susana, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 13 y ss.

considerables en la medida de la pena, cuya exclusión puede llegar a determinar.

Así, el debate trasciende, además, del marco (tipo de injusto) en que aparece en sentido estricto, para adentrarse en otras áreas de idéntica significación para la materia. De esta manera, señala Huerta Tocildo que el mero hecho de participar en la polémica obliga ineludiblemente a tomar posición en relación al carácter valorativo o imperativo de la norma jurídico-penal, la naturaleza objetiva o subjetiva de la antijuridicidad, o la pertenencia del dolo al tipo de injusto o a la culpabilidad.

Asimismo exige adoptar o rechazar la teoría de los elementos negativos del tipo; a indagar la función de la tipicidad y sus relaciones con la antijuridicidad; a intentar esclarecer la esencia de las causas de tipificación; y, por último, aunque no lo de menor importancia, a tratar del error y de sus efectos. En resumen: toda una posición sobre la teoría del delito, sin olvidar las implicaciones que los puntos de vista adoptados suponen para los fines y funciones de la pena.<sup>6</sup>

En estas condiciones, se produce una tensión entre sistema y derivaciones político-criminales; de tal forma que cuando se cree haber logrado la coherencia intrasistemática, en uno u otro lugar, emerge de manera subrepticia una consecuencia indeseable político y criminalmente.

Y, al revés, cuando se estima haber conseguido la “solución correcta”, desde este último punto de vista, se produce el choque contra la estructura de las propias construcciones dogmáticas, que funcionan a menudo como auténticas fortalezas. En esta situación cabría recordar el pensamiento de Claus Roxin, que ha intentado o pretendido hacer penetrar en el sistema esas consideraciones político-criminales, para soslayar esas zonas de fricción entre el sistema dogmático y la política criminal.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> *Idem.*

<sup>7</sup> Roxin, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972, *passim*. Este libro, una pequeña monografía,

Llegado a este extremo, resulta conveniente traer a colación la adopción de un punto de vista *imperativo sobre la norma jurídico-penal*, que la considere como *norma de determinación de conductas* y no como *simple norma de valoración*, produciendo junto con la inclusión del *dolo* en el tipo de injusto de los delitos dolosos la elevación del *desvalor de acción* a la categoría de elemento constitutivo y fundamentador del injusto penal.

Por lo tanto, mientras que se mantenga la tesis de que la norma jurídico-penal es (en el ámbito de la antijuridicidad) *simple norma de valoración*, y se participe, con ello, de una concepción absoluta o predominantemente *objetiva* de este elemento del delito, lo trascendental a la hora de decidir si una conducta es o no *contraria a derecho* será la constatación de si ha producido o no la lesión o puesta en peligro del interés jurídicamente protegido en el correspondiente tipo de delito; o lo que es lo mismo: *la verificación de la presencia de un desvalor de resultado*.<sup>8</sup>

Rodríguez Mourullo<sup>9</sup> señala que la norma jurídica desarrolla un punto de vista sobre la justicia y, por eso mismo, implica siempre *un juicio de valor*, añadiendo que la vinculación que establece la norma penal entre el delito como presupuesto y la pena o la medida de seguridad, como consecuencia, *es una vinculación histórica de sentido axiológico*.

Más aún: la norma penal comporta una vinculación histórica de sentido axiológico entre dos hechos, que *se impone* como forma de vida social. En este sentido, expresa el ilustre penalista, la norma penal no es puro juicio de valor, sino también *imperativo*, que presiona sobre las tendencias antisociales del individuo, alterando la vida personal en el sentido de lo social.

constituye un clásico en la materia y, al propio tiempo, marca la época del nacimiento del funcionalismo jurídico-penal.

<sup>8</sup> Huerta Tocildo, Susana, *op. cit.*, nota 5, pp. 17 y ss.

<sup>9</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 77 y 78.

En el caso del derecho, la imperatividad, sinónimo de mando y organización, resulta más clara que en las restantes normas sociales no jurídicas, pero lo es sobre todo en aquella parcela del derecho que se halla en contacto directo con el Estado, que constituye un fenómeno de mando y organización indiscutible. A este ámbito pertenece el derecho penal.

En este sentido, Rodríguez Mourullo<sup>10</sup> señala que el contenido material de la antijuridicidad está constituido esencialmente, y en primer lugar, por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. La antijuridicidad constituye un juicio de desaprobación de la conducta fáctica, en cuanto resulta ofensiva para un bien jurídicamente protegido.

Sin embargo —continúa Rodríguez Mourullo— el derecho penal, dado su carácter fragmentario, no prohíbe bajo la amenaza de la punibilidad toda clase de ataque a los bienes jurídicos más elementales del individuo y de la comunidad, sino solamente aquellos que se consideran como más rechazables; el *desvalor de la acción* que implica la específica modalidad de ataque pasa también a formar parte del contenido sustancial de la antijuridicidad.<sup>11</sup>

Para Rodríguez Mourullo,<sup>12</sup> la ofensa al bien jurídico consiste en el desvalor de resultado. En la forma y modalidad de llevar a cabo la ofensa radica el desvalor de acción. Ambos aspectos desvaliosos han de ser tenidos en cuenta conjuntamente por la ley para configurar el injusto típico del delito de que se trate.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 331 y ss.

<sup>11</sup> *Idem*. Como aclara (en cita a pie de página) la palabra *resultado* la utiliza Rodríguez Mourullo como sinónima de puesta en peligro o lesión del bien jurídico, y no en el sentido tradicional de modificación del mundo exterior causada por la acción, como usualmente se entiende al hablar del resultado como elemento estructural del delito. Cuando se emplea “la clasificación desvalor de acción —desvalor de resultado— en sede de contenido material de la antijuridicidad, la expresión resultado ha de entenderse en su acepción de resultado ‘jurídico o formal’ (ofensa del bien jurídico) y no en su significado naturalístico de modificación del mundo exterior”.

<sup>12</sup> *Idem*.

En esta tesitura, la lesión del bien jurídico no constituirá un injusto típico si no va acompañado (a veces) del desvalor de acción. Así, la muerte de un ciclista, que circulaba violando las normas del Reglamento de Tránsito, y sin luz alguna, no integra el injusto de delito culposo de homicidio, si el manejador respetaba estrictamente las normas reglamentarias, o sea, si actuaba cumpliendo el *deber objetivo de cuidado* (ausencia de desvalor de acción).

Y a la inversa, en algunos casos la salvación del bien jurídico (valor de resultado) no convierte al hecho en conforme a derecho, si no va acompañada de una acción también valiosa (valor de acción). Quien salva la vida de un extraño, que estaba a punto de ser muerto por un agresor injusto, consigue un resultado considerado por el ordenamiento jurídico como valioso (valor de resultado), es decir, en legítima defensa, pero si el hecho se realiza por venganza, resentimiento y otros motivos ilegítimos (desvalor de acción) el hecho será antijurídico.

En el supuesto descrito, nos encontramos con la exclusión de delito, establecida en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, en materia común, y con idéntica fracción y numeral del Código Penal Federal; no obstante de que haya ciertas discrepancias entre la redacción del Código Común del Distrito Federal y del Código Penal Federal.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> En la fracción IV del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal en materia común, en el primer párrafo de dicha fracción, dice literalmente lo siguiente: “Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, racionalidad en la defensa respecto a la amenaza y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor”.

Por su parte, la fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal, en su párrafo primero dice literalmente: “Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende”.

Como fácilmente se advierte, en la legislación común, el criterio de la racionalidad de los medios empleados es sustituido por la racionalidad en la

Resulta, en definitiva, indudable que el *desvalor de acción* adquiere un papel protagónico, y en muchas ocasiones decisivo, junto al *desvalor de resultado*, en la integración del contenido material de la antijuridicidad.<sup>14</sup>

En la defensa de su posición, el maestro español ataca la postura de Hans Welzel, criticando lo que éste afirma, cuando dice:

la lesión del bien jurídico (el desvalor del resultado) tiene sólo relevancia en el derecho penal dentro de una acción *personalmente antijurídica* (dentro del desvalor de la acción). *El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el derecho penal.*

*El desvalor del resultado* (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento, que carece de independencia, de numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro). El desvalor del resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de la acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea.<sup>15</sup>

En abierta discrepancia con lo que opina Rodríguez Mourullo, la posición de Welzel se encuentra irrefutablemente ajustada

defensa respecto a la amenaza. En otras palabras, el legislador común del Distrito Federal ha introducido la racionalidad de la conducta defensiva, en función de la amenaza, y ha evitado el no siempre fácil problema de la determinación de la racionalidad de los medios empleados en la defensa, que en la práctica no en todas pero sí algunas veces fue entendida como proporcionalidad, lo cual (a pesar de las aclaraciones de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), se prestaba en la procuración de justicia, e inclusive en algunos casos de aplicación de la misma, a severas discusiones y malentendidos.

No son en ningún caso críticas al Código Penal Federal, sino que tratamos de destacar la nueva orientación producida, dentro de la legítima defensa, por el Código Común del Distrito Federal.

<sup>14</sup> Rodríguez Mourullo estima inadecuado atribuir la primacía al *desvalor de acción*, hasta el punto de otorgarle una relevancia principal (representada por el apartamiento del recto sentir jurídico) y que el *desvalor de resultado* (lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos) únicamente constituye una consecuencia de la acción.

<sup>15</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 2, p. 68, *in fine*.

al concepto de antijuridicidad que mantiene el creador del finalismo. Para él, lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es únicamente antijurídica como obra de un autor determinado: el fin que el agente estableció para el hecho objetivo, la actitud en que lo cometió, los deberes que le obligaban a este respecto, todo ello determina, decisivamente, *el injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico*.

En consecuencia, para Welzel *la antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto personal, es decir, lo injusto es injusto de la acción referido al autor*.

Finalmente, para el profesor germánico, la doctrina de la antijuridicidad como lesión causal de un bien jurídico, que rechaza, tiene de cualquier manera el mérito de haber destacado la importancia del elemento del resultado (del bien jurídico). En la mayoría de los delitos es indudablemente esencial una lesión o peligro de un bien jurídico, pero sólo como elemento parcial de la acción personalmente antijurídica, nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico agote lo injusto del hecho.

Por su parte, Alexander Graf Zu Dohna, el gran teórico de la antijuridicidad,<sup>16</sup> expresa que constituye un gran error, en el que incurren tanto la teoría como la práctica, creer que el material crítico, para la valoración jurídica de la conducta humana, se ubica en forma total y sin falta alguna en el orden jurídico, entendido en el sentido de los preceptos jurídicos técnicamente formados.

Sentada la anterior afirmación, Graf Zu Dohna se olvida de dos cosas relevantes: una, que llevamos dentro de nosotros (como supuesto lógico) un gran bagaje de representaciones y apreciaciones morales como firme contenido de nuestro desarrollo cul-

<sup>16</sup> Graf Zu Dohna, Alexander, *La ilicitud*, trad. Faustino Ballvé, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1959, pp. 3 y ss.

tural, sobre cuya base, que se considera natural e indiscutible, se construye el sistema jurídico, haciéndolos parte integrante de él.

Y, dos, que el espíritu del derecho no encuentra en ningún caso su expresión inequívoca en la formulación técnica de los preceptos jurídicos concretos, por lo que, no sólo para la evolución legislativa, sino para la mera aplicación adecuada del derecho, resulta importante descubrir la auténtica figura de los pensamientos jurídicos, que aparecen ante nosotros en forma velada.

De ahí que sea condición inesquivable de un sano desarrollo del derecho, disponer de un criterio para medir el contenido del derecho positivo, si sus preceptos no han de servir como meros formalismos instrumentales de dominación, sino para una reglamentación y estructuración, objetiva y justa, de la convivencia humana. Lo anterior es tanto más destacable, en cuanto es necesaria característica del derecho generalizar y objetivizar, es decir, eludir todo lo que la vida ofrece de originalidad y variedad.

No obstante, y siguiendo el razonamiento del autor en comentario, en lo anteriormente dicho reside el atractivo propio, al mismo tiempo que también la incomparable dificultad, de todo enfoque social, a diferencia del enfoque científico natural: “en que tan pronto son los factores constantes como los factores variables los que con intensidad predominante se imponen a nuestro conocimiento”.<sup>17</sup>

Esta mutabilidad y variabilidad de los fenómenos ha de ser pues tenida en cuenta por aquella fórmula que aspire a revelar en el terreno social una regularidad de valor general. Si la jurisprudencia no quiere fracasar en su misión de ordenar y regular la convivencia social según los puntos de vista apropiados, no se ha de limitar a las cuestiones y digresiones puramente técnicas.

Su tarea será la de concentrarse en las finalidades y propósitos que está llamada a servir. Ha de comunicar a las formas inertes el soplo vivificador que le permita (al mismo tiempo) establecer

<sup>17</sup> *Idem.*

controles inexpugnables a la arbitrariedad y propiciar, allanándolo, el terreno de expansión de la libertad individual.

Lo anterior supone acertadamente que libertad no equivale a arbitrariedad, sino que es voluntad intrínsecamente justa. Evitar que degenera en arbitrariedad es la función del deber que (con sobrada razón) se ha considerado como el concepto central del derecho. Pero por encima de él, sobre su esencia y naturaleza, es (desafortunadamente) lo que menos nos ilustra el orden jurídico.

Dicho orden, estima Graf Zu Dohna,<sup>18</sup> forma parte de aquellas representaciones que el derecho no establece, sino que únicamente presupone, que no son determinadas por el derecho, sino sus propias determinantes. Es él quien da la medida. Por consiguiente, ¿qué actitud ha de adoptar este enfoque ante el derecho positivo?

¿Ha de ser dejado de lado, con prepotencia despreciativa, en aras de una construcción conceptual de la cual los fenómenos naturales, cuya adecuada apreciación constituye precisamente nuestro afán, queden separados por “esa pared medianera del derecho positivo” excluyendo toda posibilidad de influencia?

La propia interrogante expone la contestación:

Se ha de tratar de analizar los preceptos jurídicos existentes en busca de lo que puedan ofrecernos para resolver el problema planteado, a fin de continuar luego la exploración... quien sabe si para encontrar la veta aurífera que nos baste seguir para regresar a la superficie cargados de rico botín.

En resumen: la cuestión fundamental consiste en preguntarse ¿cuándo una conducta humana ilegal es contraria al derecho?

<sup>18</sup> El profesor Graf Zu Dohna, en el texto que comentamos, señala que: “De una vez para siempre llamo la atención sobre la precisión fundamental de los conceptos del deber y de la libertad moral por Kant en la *Metafísica de las costumbres* y en la *Crítica de la razón práctica*”, *op. cit.*, p.5, cita a pie de página.

La respuesta de la ciencia penal del siglo XX no es fácil. Dependiendo del avance de la centuria, nos encontramos frente a una conceptualización que es doble. Ilegalidad es lesión del derecho: “en primer lugar, lesión del derecho objetivo, del precepto jurídico, lesión de la ley. En segundo lugar, lesión del derecho subjetivo, del interés, del bien jurídico”. Dicha explicación tiene su fundamento en sí misma.

Sin duda, el derecho penal persigue la protección de intereses, sus normas salvaguardan intereses humanos vitales (respecto de esto no cabe ninguna objeción). Luego, la lógica consecuencia es que: si una conducta humana lesiona un bien protegido jurídicamente, tal supuesto sólo puede darse mediante la infracción de la norma protectora y viceversa.

Tal conducta únicamente puede infringir la norma protectora lesionando el interés por ella protegida. El razonamiento de Graf Zu Dohna resulta impecable<sup>19</sup> y— al menos para el autor de este texto— tiene estrecho contacto con lo que mucho tiempo después nos va a decir Günther Jakobs.<sup>20</sup>

Frente al rigor lógico de la argumentación, señalada *ut supra*, (como consigna el propio Graf Zu Dohna), protestó Finger al expresar que: “La aserción de que toda ilicitud punible deba dirigirse contra un interés jurídicamente protegido... es errónea: nace de una confusión del motivo de un precepto penal concreto con el objeto del delito”.<sup>21</sup>

Finger aclara lo anteriormente dicho, explicando que el legislador conoce (antes que nada) que en muchos casos el interés que pretendía proteger con su norma no será afectado por la específica acción, que caerá bajo dicha norma. Sin embargo la

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 6 y ss.

<sup>20</sup> Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996, pp. 17 y ss.

<sup>21</sup> Finger, A., *Rechtsgut und rechtlich geschütztes Interesse*, G. S., vol. 40 pp. 153 y ss.

promulga, porque lo ha de hacer y no puede promulgarla de otro modo que al riesgo de este resultado indeseado.

Ha de ir más allá del objetivo para no quedarse corto ante el mismo. En ello, no quiere olvidar —y no olvida— que la aplicación de la ley no puede olvidar tampoco, que lo que constituyó el motivo esencial para la promulgación de la norma (la protección del interés) no ha de ser necesariamente afectado por la conducta contraria al deber jurídico penal.

Sin embargo, este inconveniente (hasta donde está justificado) se opone menos a la conclusión que a la premisa. Ya que donde existen normas que puedan ser infringidas sin una concomitante lesión de intereses, la protección de los intereses no integra su función conceptual, sino solamente su motivo.

De ahí que Jakobs<sup>22</sup> señale que el derecho penal tiene la misión de garantizar la identidad de la sociedad. Por consiguiente existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el derecho penal. El derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. “El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya”.<sup>23</sup>

Y añade Jakobs,<sup>24</sup> por consiguiente:

cabe pedir al derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social del mismo modo que a la inversa el derecho penal puede recordar a la sociedad, que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles.

En resumen: la norma se erige en elemento esencial para el debido acontecer social.

22 Jakobs, Günther, *op. cit.*, nota 20, pp. 15 y 16.

23 *Ibidem*, p. 18.

24 *Ibidem*, pp. 22-24.

Para Graf Zu Dohna (volviendo a la argumentación del clásico de la antijuridicidad) la incongruencia aparente de los razonamientos de Finger desaparece cuando (con Kessler) se distingue entre interés y bien jurídico, y se considera que una acción delictuosa puede también lesionar un interés, sin que haya causado un daño efectivo.

Precisamente, la misma circunstancia que impulsa al legislador a formular las normas en términos tan latos, que intenten evitar no sólo la lesión, sino también la amenaza y aun la posibilidad del peligro de nuestros bienes jurídicos, es decir, la insuficiencia de nuestra posibilidad de previsión del curso de la cadena causal iniciada por nosotros, esta misma circunstancia amplía, consecuentemente, el ámbito de nuestros intereses más allá del círculo de nuestros bienes jurídicos.

Del anterior planteamiento de Graf Zu Dohna,<sup>25</sup> deriva:

La posibilidad de un interés perfectamente real, aun sentido en el grado máximo, en la evitación de una acción que en sí misma, resulta en definitiva objetivamente indiferente. Se tiene interés en la evitación de toda acción que sólo entraña posibilidad de daño porque, convertida en realidad, puede llevar del grado de peligro al de daño efectivo.

El propio maestro (utilizando una cita de jus positivo de Kessler),<sup>26</sup> manifiesta que al aplicar la ley al caso concreto resulta inescusable la consideración de este interés concreto, ya que manejar un vehículo a velocidad excesiva, significa tanto como llevarlo a una velocidad que en las circunstancias del caso va en contra de aquel interés público. Así: en una autopista, o en una carretera recta, ancha y libre, cualquier velocidad es buena. Pero en una calle estrecha, tortuosa y concurrida, hay que ir muy despacio.

<sup>25</sup> Graf Zu Dohna, Alexander, *op. cit.*, nota 16, pp. 8-10.

<sup>26</sup> Kessler se refiere al artículo 366 del Código del Reich de su época, congruente con el manejar a gran velocidad un vehículo.

El ejemplo anteriormente citado nos trae a colación un supuesto, en el que el legislador establece como criterio decisivo de la punibilidad de una conducta un concepto totalmente indeterminado (en función de su misma relatividad) que sólo alcanza un contenido práctico por la reflexión sobre la auténtica finalidad de la norma relativa.

Yendo más lejos, podría sugerirse si la punibilidad concreta de una conducta (adecuada al hecho descrito por la ley) no debiera hacerse todavía de que tal conducta produjera la lesión del interés que dicha norma pretende proteger.

Graf Zu Dohna resume diciendo que si bien desde esta perspectiva no hay duda de que una lesión propiamente dicha de bienes jurídicos no pertenece a la esencia de la acción punible, resulta suficiente desde otro ángulo una observación de la secuencia vital, para que observemos la gran cantidad de ocasiones en que son afectados sensiblemente los intereses esenciales de nuestros semejantes, sin que el Estado intervenga (prohibiendo e impidiendo) y aun hasta que sea él mismo quien minusvalora sus propios mandatos, ocurriendo, de esta forma, que la protección estatal de los bienes jurídicos dimana, exclusivamente, de la lesión de tales bienes jurídicos.

En estos casos, el concepto unitario se escinde en dos vertientes: la lesión material del derecho (entendiendo por ella la lesión de los objetos protegidos) no es necesaria, de una parte, mientras que, de otra, no resulta suficiente para la existencia de una ilicitud formal, violación de la norma protectora.

Y añade el maestro (en este amplio repaso a sus argumentos) que en términos generales no es ilícita la reclusión de un delincuente y sí, en cambio, la tentativa fracasada de cualquier delito, no obstante de que exista (en el primer supuesto) un quebrantamiento material del derecho y no en el segundo. En estas condiciones, parece evidente que no es el quebrantamiento material del derecho, sino su quebrantamiento formal (la colisión con la norma jurídica) lo verdaderamente decisivo para la existencia de la *ilicitud* (*Rechtswidrigkeit*).

Ilícita, contraria al derecho, antijurídica (*Rechtswidrigkeit*), por tanto, sería una conducta que colmara el contenido de un delito conforme a su descripción legal; específicamente, únicamente sería ilícita una lesión de bien jurídico, cuando concurieran además todas las características exigidas por el tipo recogido en la norma penal.

El resultado al que se ha llegado con este razonamiento aparece tan claro y natural, tan comprensible por sí mismo, que (afirma Graf Zu Dohna) nos impide entender cómo ha podido suscitarse una gran controversia sobre el concepto de ilicitud, cómo ha podido dudarse de su definición.<sup>27</sup>

En su afán de clarificar toda la problemática que nos ocupa, Graf Zu Dohna intentó con su teoría buscar el presupuesto de la prohibición, encontrándolo en algo que, apoyándose en ciertos criterios derivados de la norma positiva, denominó, como ya hemos dicho, en forma provisional *antijuridicidad*, entendiéndolo que ésta supone el presupuesto de la prohibición y de la penalidad.

No obstante, la denominación de *antijurídico* y su sustitución por el de *ilicitud* (terminología utilizada por ciertos partidarios de Hans Kelsen y por el grupo de los ególogos argentinos) a la que se adhiere el traductor de Graf Zu Dohna, Faustino Ballvé, en el texto que venimos siguiendo, se considera como la traducción más adecuada de la palabra alemana *Rechtswidrigkeit*, criterio que no comparte Luis Jiménez de Asúa.<sup>28</sup>

El razonamiento del profesor español se apoya en que, a pesar de que en la época en que se ubican estos razonamientos de Graf Zu Dohna, y más concretamente en el instante en que hace su crítica Jiménez de Asúa (1916) la inclinación por la ilicitud era muy amplia; sin embargo, Jiménez de Asúa estimaba que la *ilicitud* es más vasta, en su significación, que lo *antijurídico*.

27 Graf Zu Dohna, Alexander, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

28 Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. III: *El delito*, 5a. ed., Buenos Aires, Lozada, 1965, pp. 960 y ss.

Lo ilícito es lo opuesto a la moral (y también al derecho), y ya que el círculo ético es de mayor extensión que el jurídico, “al decir *acto ilícito*, en vez de *acto antijurídico*, lejos de aproximarnos a un lenguaje exacto propio del jurista, nos desviamos de él y caemos en la imprecisión del hablar corriente”.<sup>29</sup>

Por su parte, Petrocelli desde una perspectiva distinta señala que, realmente:

*el autor del acto ilegal no va contra el derecho, sino que va por un camino donde no encuentra la protección del derecho; no se rebela contra un interés de otro jurídicamente protegido, sino que omite ejecutar las condiciones indispensables para conseguir la tutela jurídica de un interés propio.*<sup>30</sup>

Dentro de estas doctrinas clásicas, cabe señalar la posición del ilustre jurista mexicano Ricardo Franco Guzmán, quien (en dicha línea tradicional) afirma literalmente: “Podemos concluir... que la antijuricidad es una sola e indivisible y que no puede hablarse seriamente de una antijuricidad propia y exclusiva de lo penal”, línea seguida por casi la totalidad del clasicismo penal.<sup>31</sup>

Mariano Jiménez Huerta,<sup>32</sup> en su famosa monografía *La antijuricidad*, nos manifiesta que la significación con que en el

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 961, *in fine*, y 962, *ab initio*. El propio Jiménez de Asúa aclara que, en la traducción que hizo del *Tratado de derecho penal* de Franz von Liszt, escribió *ilegalidad* en vez de *antijuricidad* (t. II, p. 323), de igual manera que —en La Habana— por aquellos años Lavedán, en su *Programa*, utilizó la expresión *ilegalidad*.

<sup>30</sup> Petrocelli, Biagio, *L'antigiuridicit, corso di lezioni universitarie*, parte I, Padova, Cedam, 1947, pp. 8 y ss.

<sup>31</sup> Franco Guzmán, Ricardo, *Delito e injusto*, México, edición del autor, 1950, pp. 65 y ss.

<sup>32</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *La antijuricidad*, México, Imprenta Universitaria, 1952, pp. 18 y ss. Resulta ilógico, dice, promulgar una ley penal, cuando la conducta en ella descrita no fuese nunca antijurídica. De ahí que, de la sanción establecida en la ley penal, deba deducirse que la conducta (referida en la misma) es antijurídica en todo caso, *dentro de ciertos límites que hay que establecer*.

Y añade: “Aquellas leyes penales que no destacan *expressis verbis* la an

ordenamiento jurídico es regulada una conducta humana, requiere de su investigación mediante el método jurídico de carácter general. El sentido de esta regulación surge en parte de las leyes. Por lo tanto, las *leyes penales* fungen también como medio interpretativo.

En este sentido, Jiménez Huerta aclara que sin embargo la totalidad de preceptos jurídicos sobre la antijuricidad, extraídos del Código Penal, no da ocasión de afirmar que existe (como algunos puedan creer) “una antijuricidad penal específica”. Por consiguiente, no puede hablarse de una antijuricidad *contra el derecho penal*, ni de una antijuricidad que *únicamente lo sea para el derecho penal*, y no para el ordenamiento jurídico general.

Jiménez Huerta se refiere a Franz von Liszt, y destaca que esté matiza al decir que el hecho de que el delito sea antijurídico, no produce por resultado una antijuricidad.<sup>33</sup> En el mismo sentido, Francesco Carnelutti pone de relieve que en el ordenamiento jurídico frente a una multiplicidad de sanciones, se tiene siempre una unidad de preceptos.<sup>34</sup>

Carnelutti ejemplifica señalando que en los mandatos de no matar, no robar, etcétera, no son ni civiles ni penales. Dice él que no se trata de una norma, sino solamente de una proposición o de una parte de una norma, ya que la norma jurídica no se constituye por el solo precepto ni por la sola sanción, sino ambas cosas conjuntamente.<sup>35</sup>

tijuricidad como requisito de la punibilidad (por ejemplo, el artículo 302 del Código Penal, se refiere al entonces Código Penal común para el Distrito Federal y Federal para toda la República), parece presuponer que las acciones que describen son antijurídicas en general”.

<sup>33</sup> Cita del *Tratado de derecho penal* de Franz von Liszt, t. II cita, p. 324.

<sup>34</sup> Carnelutti, Francesco, *Il danno e il reato*, Padova, Cedam, 1926, pp. 87 y ss.

<sup>35</sup> *Idem*. Precisamente por esa razón no pueden ser colocados ni dentro del campo del derecho civil, ni dentro de la parcela del derecho penal, ya que aquel precepto único forma un solo cuerpo con todas las sanciones civiles y

Podemos cerrar este ya dilatado planteamiento de la ubicación de la problemática de la antijuricidad, refiriéndonos a la posición mantenida por Hans Welzel de que lo antijurídico es uno en todas las parcelas del derecho, y lo injusto es distinto en cada una de las ramas jurídicas.

Así, mientras la antijuricidad, como mera relación contradictoria entre el tipo realizado y las exigencias del derecho, es una única para todas las ramas del mismo, en los distintos ámbitos del jus existen diferentes especies de hechos típicos (materia de prohibición).

Como lógica derivación de lo anterior, Welzel añade que para él la *diferencia entre los conceptos de antijuricidad y de injusto* radica en que *lo antijurídico* es una simple relación contradictoria entre dos piezas, que han de encajar adecuadamente; en cambio, *lo injusto* (por el contrario) es algo más concretable, es decir: *el contenido material de la conducta antijurídica*.

En estas condiciones, siguiendo a Welzel puede afirmarse que si bien la antijuricidad es única, para todas las ramas del derecho, existen injustos administrativos, mercantiles, civiles, et- cétera; y obviamente también injustos penales, concretados en la conducta integrante del homicidio, la violación, el robo, et- cétera.

## II. LA DOCTRINA TRADICIONAL FRENTE A LA ANTIJURICIDAD

La sistemática tradicional, que comprende tanto al clasicismo como al neoclasicismo, nos sitúa frente a un enfoque del problema de la antijuricidad que (en forma provisional, al menos) pretende investigar lo que, realmente, es lo injusto, al propio tiempo que trata de profundizar en la noción *material, objetiva*

penales que lo garantizan. Y esclarece: “la clasificación en civiles y en penales es una clasificación de sanciones, no de normas, o al menos no de preceptos.

y *valorativa* de lo antijurídico, considerando en primer lugar el *prius lógico*, escogiendo los vocablos y, por último, avocándose a la evolución temporal y dogmática de lo antijurídico.

El causalismo, a través de sus representantes más connotados Franz von Liszt y Ernest Beling, utilizó en parte la metodología del positivismo filosófico del sociólogo francés Augusto Comte. En este sentido, Liszt dice que

el reconocimiento del principio de que la antijuricidad es uno de los caracteres esenciales del delito, así como el conocimiento más exacto de aquellas circunstancias que quitan al acto el carácter de injusto, son el resultado de un lento y aun no acabado desenvolvimiento.<sup>36</sup>

En realidad, la construcción dogmática de la antijuricidad puede decirse que comienza con Adolfo Merkel, quien puso las bases en 1867, lo que propició que pudiera establecerse (positiva y materialmente) la noción de lo antijurídico. Completando este pensamiento podemos decir que, para von Hippel, solamente algunos años después de 1870 comienza una construcción dogmática del problema que nos ocupa.

Puede decirse que fue Carlos Binding quien (al analizar los conceptos formales del delito y poniendo de manifiesto los errores cometidos por la dogmática jurídico-penal de su época) indica la naturaleza esencial del acto injusto y punible, consistente en constituir lo contrario, lo opuesto a la norma.

Trayendo a colación los imperativos de la ley (en la formulación doctrinal realizada por Thon) destaca que el destinatario de las normas no es ni el juzgador, ni el delincuente, sino que su obligatoriedad recae sobre el Estado, conminándole a sancionar, o sea, dotándole de la función (mescolanza de derecho y de deber) de perseguir y sancionar los actos delictivos.

<sup>36</sup> Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, trad. Jiménez de Asúa y Quintiliano Saldaña, Madrid, Reus, 1920, t. II, pp. 323 y ss.

En esta tesitura, cuando Binding entiende el delito como violación de la norma, no sólo destaca el verdadero sentido jurídico de la infracción, sino que (más precisamente) ubica la antijuricidad en el plano protagónico, aunque su pensamiento en términos generales se nos aparezca como mantenedor, defensor de la antijuricidad formal y subjetiva.

Blasco Fernández Moreda,<sup>37</sup> recogiendo en parte el pensamiento de Jiménez de Asúa, señala la secuencia temporal anteriormente indicada y coincide con el connotado jurista madrileño en las dificultades que atravesó la elaboración de la antijuricidad por la ciencia jurídico-penal.<sup>38</sup>

Zaffaroni expresa que la antijuridicidad es, pues, “el choque de la conducta con el orden jurídico, entendido no sólo como un orden normativo (antinormatividad), sino como un orden normativo y de preceptos permisivos”.<sup>39</sup>

Para el maestro argentino, la comprobación metodológica de la presencia de la antijuridicidad se ubica en la constatación de que la conducta típica (antinormativa) no está permitida por ninguna causa de justificación (precepto permisivo) en ningún lugar del ordenamiento jurídico, no únicamente en el derecho penal, sino también en el civil, comercial, administrativo, laboral y un largo etcétera.

<sup>37</sup> Blasco Fernández Moreda, Francisco, “La tipicidad, la antijuricidad y la punibilidad como caracteres del delito en su noción técnico-jurídica”, *Revista Criminalia*, México, marzo de 1943, pp. 436 y ss. “Nuevas reflexiones sobre los caracteres del delito”, *Criminalia*, México, agosto de 1945, pp. 474 y ss.

<sup>38</sup> Jiménez de Asúa, Luis, “L’antijuridicité”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, París, 2o. y 3er. trimestres de 1951, pp. 273-318. Jiménez de Asúa expresa que (aparte de lo señalado anteriormente), la noción de lo injusto necesitaba todavía de nuevos esfuerzos y, a este respecto, señala las importantes aportaciones de Hertz, estudio publicado en 1880, y la monografía sobre el consentimiento de Kessler, que aparece en 1884. Todas estas aportaciones aún necesitaron llegar al siglo XX para completar la elaboración conceptual del problema que nos ocupa.

<sup>39</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, EDIAR, 1999, pp. 480 y ss.

El propio autor en comentario manifiesta que, en los primeros años del siglo XX, la parcela jurídica se encontraba dominada por el positivismo jurídico, si bien fracturado en dos corrientes adversas del mismo: “*por un lado el positivismo jurídico y por otro, el positivismo sociológico*”.

En relación con el positivismo jurídico, la tensión entre positivismo y organicismo no pudo por menos que explotar violentamente. Lo curioso (para Zaffaroni) es que todos los autores de esta época estaban conscientes de esta tensión, que pudiéramos llamar dialéctica, inclusive en los momentos de mayor esplendor del organicismo positivista.

Cuando se adquirió la cabal percepción de esta crisis, empezó a surgir una tendencia (ya adelantada por autores anteriores) que pretendió escindir (con la mayor nitidez posible) el conocimiento jurídico del conocimiento social. Precisamente, esta tendencia o actitud referente a la problemática de la criminalidad y de su combate (principalmente represivo) es a lo que se denominó *positivismo jurídico penal*.

De aquí, se derivó una conceptualización que (en contraste con el positivismo naturalista que exaltaba el hecho) constituía el positivismo jurídico, que suponía un culto al hecho “en lo jurídico”, es decir, estimando que el “hecho”, en la parcela jurídica, son las leyes (o sea las leyes positivas). Así, el único derecho posible y toda la base de su interpretación son las leyes (la letra de la ley).<sup>40</sup>

Las consecuencias de tales enfrentamientos no se hicieron esperar, el positivismo jurídico fue dividiéndose en diversas corrientes, alguna de las cuales postulaban la utilización de una metodología positivista (con sus percepciones correspondientes como puntos de partida) y que realmente constituían un disfraz ocultador de ideologías diferentes.<sup>41</sup>

40 *Ibidem*, pp. 251 y ss.

41 *Idem*.

Para Zaffaroni, en el campo penal,

el más difundido positivista jurídico fue *Vicenzo Manzini*, quien sostuvo un tremendo repudio hacia todo lo filosófico, admitiendo a lo sumo la concesión de valor interpretativo a lo histórico. El positivismo jurídico es algo completamente hueco desde el punto de vista metafísico e ideológico.

En resumen, las consecuencias del enfrentamiento, según Zaffaroni,<sup>42</sup> consistieron en que el positivismo jurídico entendía la antijuridicidad como *un concepto legal*, y el positivismo sociológico la concebía como un *concepto sociológico*, “al que llamó antijuridicidad ‘material’ (en oposición a la ‘formal’ del positivismo jurídico)”.

Entre tanto, si la antijuridicidad (según Liszt) puede reconocerse como algo “socialmente dañoso”, fuera e independientemente de la ley, en primer lugar habrá de admitirse que dicho concepto “material” sirve para limitar, restringir la antijuridicidad “formal” y, posteriormente, se le utilizará para ampliarla.

En otras palabras, del concepto material de antijuridicidad (o de sus manifestaciones similares) surgió la justificación *supralegal* (las conocidas *causas supralegales de justificación*) y luego directamente un *injusto supralegal* que fueron sustancializados por diversas corrientes del positivismo sociológico, pero cuyo origen se encuentra en sus conceptos.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 480. La antijuridicidad “material” fue concebida como lo socialmente dañoso, y el patrocinador de esta posición fue Franz von Liszt. A pesar de ello, Liszt sostuvo que la antijuridicidad “material” no podía ser sustituida, sin la previa exigencia de pasar por la antijuridicidad *formal o legal*, ya que (como es sobradamente conocido) él consideraba al derecho penal como la “carta magna” del delincuente.

En opinión de Zaffaroni, estos intentos de estructuración de lo antijurídico a partir de supuestas valoraciones sociales, inevitablemente terminan trayendo a colación al *delito natural*, cuya construcción queda a la discrecionalidad del intérprete. No obstante que las cosas no llegarán tan lejos en Alemania como en Italia, una observación detenida de lo ocurrido nos sitúa en una posición parecida.

<sup>43</sup> *Idem*.

El pensamiento de Zaffaroni al respecto, puede resumirse diciendo que lo mismo para la determinación de la tipicidad como de la antijuridicidad; con frecuencia, el legislador no tiene otra opción que “apelar para ello a valoraciones de carácter social, lo que no implica la afirmación de que toda la determinación de la antijuridicidad se convierta en un terreno librado a criterio sociológicos de harto dudosa objetividad”.<sup>44</sup>

Siguiendo con la doctrina argentina conviene precisar la opinión de Ricardo C. Núñez, quien en la misma línea del clasismo hace referencia a la problemática de la antijuridicidad, señalando que en un estado de derecho la pena no puede constituir la consecuencia de un hecho jurídicamente beneficioso o indiferente, sino de un atentado contra el orden establecido por el derecho, salvo caer en contradicciones innecesarias.

Para él: “La *antijuridicidad* es la calidad del hecho que determina su oposición al derecho. Esa calidad no existe simplemente porque el hecho sea típico”. Así, haciendo la salvedad de los casos en los que un elemento normativo del tipo exige y adelanta, como un elemento de la noción del hecho, “el juicio sobre la antijuridicidad del comportamiento del autor, la tipicidad es sólo un indicio de la antijuridicidad del hecho, ya que la presunción que aquélla implica es excluida si concurre una causa de justificación”.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 482 *ab initio*. En virtud de lo anterior, el profesor argentino expresa: “negamos que la antijuridicidad pueda tener otro fundamento que la ley, aunque para su determinación en los casos concretos se deba eventualmente acudir a valoraciones sociales”. Estima, además, que en el plano dogmático puede hablarse de una antijuridicidad *material* opuesta a la *formal*; porque la “antijuridicidad es una, material porque implica invariablemente la afirmación de que se ha afectado un bien jurídico, formal en cuanto que su fundamento no puede hallarse fuera del orden jurídico”.

<sup>45</sup> Núñez, Ricardo C., *Manual de derecho penal. Parte general*, 4a. ed. actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999, p. 153, *ab initio*. El que priva de la vida a otro, en legítima defensa, realiza el tipo delictivo de homicidio, pero no obra antijurídicamente. No obstante, quien realiza una conducta típica obra antijurídicamente, si no concurre una causa de justificación.

En estas condiciones, la determinación de la antijuricidad en función del *principio de la regla-excepción*, no propicia la existencia de una antijuricidad penal especial. Efectivamente, si bien el tipo es una descripción de eventos que por su dañosidad el legislador declara merecedores de pena, dicha selección no los excluye del sometimiento al juicio unitario de todo el ordenamiento jurídico positivo, es decir, de la *unidad de la antijuricidad*.

Por consiguiente, la unidad, dimanante de la armonía necesaria de ese ordenamiento y que, en consideración del orden, excluye toda contradicción, queda puesta de manifiesto (en el caso concreto) a través de la norma jurídica que lo regula. Esta norma es el producto de la interconexión sistémica de las leyes y de los preceptos jurídicos positivos aplicables al caso concreto, con arreglo a los *principios de la recíproca prevalecencia y de la especialidad*.<sup>46</sup>

Núñez, en la versión actualizada de Spinka y González, entiende que la antijuricidad es *formal*, porque únicamente el derecho positivo, mediante la formulación de los tipos y de las reglas especiales de justificación, constituye su fuente; y por consiguiente la antijuricidad solamente existe si el hecho ha sido realizado en contraposición con una norma de prohibición o de mandato del tipo penal, sin la concurrencia de una causa de justificación.<sup>47</sup>

En esta tesitura, a la antijuricidad se la ubica en la falta de adecuación del hecho a determinadas pautas decisorias. De esta manera (desde una perspectiva subjetiva) la antijuricidad queda vinculada a criterios valorativos, y se entenderá que una conducta será antijurídica, si no se presenta como el medio adecuado para lograr el fin reconocido como legítimo por el legislador (Liszt).

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 154 *ab initio*.

<sup>47</sup> *Idem*. De este modo, el concepto de *antijuricidad formal* es distinto de la noción de *antijuricidad material*. Dicha conceptualización obedece a la idea de que la antijuricidad tiene un contenido material, que no radica en la oposición formal del hecho a una específica norma jurídica.

Igualmente, si no se manifiesta como un medio justo para un fin justo (Dohna); o cuando perjudica más que beneficia al Estado (Sauer); o se opone al fin último de todo derecho de armonizar (en la mayor medida posible) los intereses de los individuos frente a los intereses comunitarios (Mezger).<sup>48</sup>

En realidad, todas esas tesis supralegales, que encuentran la materia de la antijuridicidad de los hechos típicos en criterios ajenos al derecho positivo, no tienen un conocimiento adecuado de la autonomía de éste frente a los demás reguladores de la vida social, que no cumplen su verdadera función en el momento de la aplicación del derecho, sino en la momentaneidad legislativa, al expresar las necesidades y el sentido de la regulación jurídica.<sup>49</sup>

La noción de antijuridicidad formal se limita (en virtud del principio de la regla-excepción) a expresar los casos en que un hecho es antijurídico, sin entrar en el problema del contenido material del evento antijurídico. No obstante, más allá de ese formalismo, la antijuridicidad de la conducta se concreta en los intereses sociales protegidos por los tipos penales.

Se trata, pues, de una ofensa objetiva, que se traduce en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicamente protegidos (antijuridicidad objetiva) tras este clasicismo, viene el elemento personal del injusto, característico del finalismo que (contemplado desde la perspectiva de Günther Jakobs) vendría siendo otra versión de un clasicismo distinto.

Desde que Carrara publica su *Tratado de derecho penal*, en 1881, llevado por la crítica que Liszt hace al concepto de delito del jefe de la escuela clásica, introduce en el mismo un tercer elemento. Lo que para Carrara era la esencia del delito, para

<sup>48</sup> *Idem.* Por su parte, el objetivismo creyó encontrar la materia de la antijuridicidad en la oposición de la acción a las normas culturales de una sociedad, o sea, a las propias normas sociales, morales, religiosas, etc., con las que una sociedad mediante prohibiciones y mandatos exige las conductas convenientes.

<sup>49</sup> *Idem.*

von Liszt es exclusivamente una nota. En estas condiciones, el delito es una *acción antijurídica y culpable*, es decir, la noción de delito pasa a convertirse de bipartita en tripartita, situación que se mantiene hasta la actualidad.<sup>50</sup>

Los elementos negativos del delito quedan de esta forma ordenados congruentemente; así, a la acción se sigue oponiendo la *vis physica*, en tanto que a la antijuridicidad se opone las causas de justificación y a la culpabilidad, las causas de exculpación. La acción (para von Liszt) es un mero proceso causal, que se integra con una manifestación de la voluntad, un resultado y un nexo de causalidad física que liga a ambos.<sup>51</sup>

En consecuencia, la antijuridicidad es para Liszt una simple oposición al ordenamiento jurídico, lo que todavía no puede llamarse un juicio de valor, ya que para el maestro alemán toda ciencia (y, obviamente, también la ciencia del derecho) para ser tenida como tal ha de considerar tan sólo el ser (*sein*) pero no el deber ser (*sollen*). La idea de un juicio de valor va más allá de la empírica constatación de un hecho, porque comparan lo que es con lo que debería ser. *La antijuridicidad es un juicio de realidad.*<sup>52</sup>

La culpabilidad añade a la antijuridicidad la relación psicológica entre el sujeto y el resultado típico, en tanto que esta

<sup>50</sup> Landecho Velasco, Carlos María y Molina Blázquez, Concepción, *Delito penal español. Parte general*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 1996, pp. 176 y ss.

<sup>51</sup> *Idem*. Pero en la manifestación de voluntad (señalan los autores que seguimos) no hay que atender al contenido de la misma (a lo que el ser humano pretende), sino tan sólo a que el movimiento dimane de una voluntad humana, cualquier cosa que sea lo que pretendiese el hombre con ello, ya que el contenido (la intención del sujeto) queda para la culpabilidad.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 176, *in fine*. Añade von Liszt a la noción (reseñada *ut supra*) la característica de “amenazada con una pena”, lo que da lugar a la nota de punibilidad, introduciéndola a la discusión dogmática (existente en la doctrina) respecto de la misma.

No obstante (señalan los autores a quienes seguimos) la punibilidad no es nota postulada por el derecho penal, sino una conceptualización integrada a la noción del delito, por razones de política criminal.

De ahí que (a pesar de ella) la definición de von Liszt y todas las posteriores se denominan tripartitas.

última se circunscribe a la mera comprobación de que la conducta es contraria a derecho. En virtud de lo anterior, la acción como la antijuridicidad son puramente objetivas, mientras que la culpabilidad es subjetiva.<sup>53</sup>

Por su parte, Beling, en su monografía *La teoría del delito*, agrega la tipicidad a los elementos señalados por von Liszt; según Landecho Velasco y Molina Blázquez, estiman necesaria dicha nota con el fin de dar cabida en la noción del delito al principio de legalidad, ya que no es suficiente que una acción sea antijurídica, sino que resulta necesario que sea penalmente antijurídica, es decir, típicamente antijurídica.

En resumen, según los reiterados autores, no es bastante una antijuridicidad civil, mercantil, administrativa, etcétera, para que haya delito, se requiere ineludiblemente una antijuridicidad penal. Por consiguiente, para Beling, el delito es una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, introduciendo la nota de la punibilidad para completar su concepto.

Dicha conceptualización, en sentido general, ha sido respetada hasta nuestra época. Desde esta perspectiva, Beling estima que cada elemento integrante del delito es independiente de los demás, siguiendo a Liszt y coincidiendo con él en que el único elemento subjetivo es la culpabilidad, mientras que los demás son exclusivamente objetivos.<sup>54</sup>

De cualquier manera, Beling aclara que —para el jurista— toda conducta que no pueda incluirse entre los tipos descritos por la ley (*lo atípico*) por muy injusta y culpable que pueda ser, no es una conducta punible; y, viceversa, la conducta *típica* es una conducta *punible* en la medida de la conminación penal adecuada a ella, en unión con los demás preceptos legales que afectan a la punibilidad.<sup>55</sup>

53 Liszt, Franz von, *op. cit.*, nota 36, pp. 326 y ss.

54 Landecho Velasco y Molina Blázquez, *op. cit.*, p. 177.

55 Beling, Ernesto, *El rector de los tipos de delito (Die Lehre vom Tatbestand)*, trad. Prieto Castro y Aguirre Cárdenas, Madrid, Reus, 1936, pp. 10 y ss. Para el legislador, la creación de los tipos de delitos no es, como fácil-

Consecuentemente, la acción es neutra y la tipicidad también lo es, puesto que se limita a una descripción de lo meramente externo de la conducta, que se pretende sancionar. Con la anti-juridicidad y la culpabilidad empiezan las constataciones (no valoraciones, como afirman Landecho Velasco y Molina Blázquez, “de las que no se habla hasta la escuela neoclásica con el concepto de ciencia de von Liszt y de Beling”), de que la conducta va contra el derecho y de que el autor se ha colocado en un enfrentamiento contra el derecho.

En cambio, en la culpabilidad se incluyen la totalidad de los procesos espirituales y psíquicos que se desarrollan en el interior del autor. La culpabilidad se escinde en la imputabilidad (que es un presupuesto de la misma), las dos especies de la culpabilidad (dolo y culpa) y, por último, las causas excluyentes de la culpabilidad. De ahí que para los autores en comento, Beling postula lo que hoy se denomina la teoría psicológica de la culpabilidad.<sup>56</sup>

Enrique Bacigalupo entiende que la teoría de la antijuridicidad tiene como finalidad establecer cuáles son las condiciones y los supuestos en que la realización de un tipo penal (con dolo o no; con conducta activa u omisiva) no es contraria al derecho, es decir, “el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico”.

Desde su enfoque, Bacigalupo estima que se trata de una teoría de las autorizaciones para la realización de ciertos comportamientos típicos, y añade “decir que un comportamiento está

mente se comprenderá, la manifestación de un capricho arbitrario. A través de la descripción legislativa lleva a cabo una valoración, que es doble: *selecciona*, de lo injusto culpable lo merecedor o no de pena, según sea o no de *tal manera injusto y culpable*. Y ya —dentro de la parcela de lo típico— *forma con los tipos una jerarquía de valores*. Los tipos de delito son figuras normativas, tan normativas como “injusto” y “culpabilidad”, dentro del círculo de las cuales se encuentran situados.

En definitiva, cada tipo de delito constituye un complejo de elementos de naturaleza variada.

<sup>56</sup> Landecho Velasco y Molina Blázquez, *op. cit.*, pp. 177 y 178.

justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró”.<sup>57</sup>

Como estamos contemplando, a través de la referencia de los distintos autores, la perspectiva real de la antijuridicidad ha ido evolucionando al compás del desarrollo del derecho penal. En esta secuencia, la antijuridicidad es una cuestión que, de alguna manera, se evadió de los moldes de las anteriores nociones de la misma.

Durante la etapa del clasicismo y del neoclasicismo, como se ha señalado anteriormente, nos encontramos con un manejo predominantemente unitario de la antijuridicidad, sin entrar en la posterior consideración de la posibilidad, existente sin duda, de la dualidad entre *injusto* y *antijuridicidad* (anteriores a la aparición del genial Welzel); claro está que esto no quiere decir —y desde luego el autor de este texto no lo dice— que no conocieran una noción jurídica de la antijuridicidad.

Tal vez, la mejor evaluación del clasicismo alemán (en sentido amplio) es la que realiza Hans-Heinrich Jescheck, al afirmar:

el concepto clásico de delito fue un producto del pensamiento jurídico característico del *positivismo científico*. Se entiende por tal una concepción estrictamente limitada al derecho positivo y a su interpretación, que pretendió abordar todos los problemas del derecho con la sola ayuda de los conceptos jurídicos, excluyendo en lo posible de la dogmática jurídica las valoraciones filosóficas, los conocimientos psicológicos y la realidad sociológica.

Por esta vía se obtuvo una imagen extremadamente formal de las características del comportamiento humano que debían contemplarse en la estructura del concepto de delito. Se distinguió entre la acción entendida de forma naturalística, el tipo concebido objetivo-descriptivamente (sin dar entrada en él a los elementos valorativos ni subjetivos), la esfera de la antijuridicidad delimitada objetivo-normati-

<sup>57</sup> Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Buenos Aires, Hammurabi-José Luis Depalma editor, 1999, pp. 351 y 352.

vamente y la culpabilidad entendida subjetivo-descriptivamente (como teoría psicológica de la culpabilidad).<sup>58</sup>

En cuanto al concepto de delito, el propio Jescheck señala que la estructura de la noción de delito correspondiente al sistema de Liszt y Beling sufrió, pronto, un proceso profundo de transformación. Puede designarse la etapa siguiente como la referente al *concepto neoclásico de delito*, ya que sin abandonar totalmente los principios sistémicos anteriores, produjo una reforma inmanente al sistema, aunque amplia.

En lugar de la coherencia formal de un pensamiento jurídico, introspectivamente volcado dentro de sí mismo, se pretendió construir el concepto de delito, partiendo de los fines inherentes al derecho penal y en función de las perspectivas valorativas que constituyen su base, es decir, la *teoría teleológica del delito*.<sup>59</sup>

En este periodo, se hace sentir la influencia de la teoría *cognoscitiva neokantiana* (así, Stammler, Rickert, Lask y un amplio etcétera) que en conexión al método científico-naturalístico del observar y describir restauró una metodología perteneciente a

<sup>58</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, trad. Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 275, 276. Jescheck estima que en estrecha conexión con el carácter objetivo-formal de este concepto de delito se encuentra, sin duda, la *idea de Estado de derecho*, que se materializó en la búsqueda de seguridad y calculabilidad del derecho, a realizar mediante la vinculación del juez a conceptos sistemáticos sencillos y comprobables. Tal planteamiento servía de contrapeso a las exigencias de prevención especial postuladas por la escuela moderna, patrocinadas por el mismo von Liszt junto a la dogmática clásica. “Así, el sistema jurídico-penal clásico presentaba una característica imagen bipolar: por una parte, debía garantizar mediante el objetivismo y el formalismo de los presupuestos de la pena un máximo de seguridad jurídica; por otra parte, pretendía alcanzar, por la vía de un sistema sancionatorio orientado hacia el delincuente, un máximo de eficacia”.

<sup>59</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. Manzanares Samaniego, 4a. ed., Granada, Comares, 1993, todo lo referente a la teoría del delito, especialmente lo relacionado con el concepto neoclásico de delito.

las ciencias del espíritu, caracterizada por el comprender y el valorar.

Lo anterior provocó una contemplación de la esencia del derecho penal en la *orientación a valores e ideas*, si bien su contenido escasamente se concretó debido a la característica renuncia del neokantismo al conocimiento vinculante de criterios materiales de valor.

En la teoría neoclásica del delito la ciencia jurídica germana del derecho penal llegó a su punto álgido en cuanto a su rendimiento y vigencia internacionales. A partir de ese momento, la dogmática jurídico-penal alemana produjo una gran influencia en Italia, España, Portugal y Grecia.

### III. LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO

Todos los elementos integrantes del concepto neoclásico de delito fueron sometidos, en forma ordenada, a un proceso de transformación, así:<sup>60</sup>

A. La reforma se inició con el *concepto de acción* que, entendido desde una perspectiva naturalística, era el que en más escasa medida se incardinaba con un sistema del derecho penal referido a valores.<sup>61</sup>

El cúmulo de dificultades originados *en la teoría de la acción* se intentaron solucionar por distintas vías. *Por una parte*, se suavizó el concepto de acción recurriendo al *concepto de comportamiento*, que se entendió como una actuación de la voluntad humana en el mundo exterior. La acción, de conformidad con

<sup>60</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, nota 58, p. 278 y ss.

<sup>61</sup> *Idem*, Jescheck considera ineficiente a este concepto de acción, respecto de algunos delitos como la injuria (referente al Código Penal alemán) o, en su caso, la difamación del artículo 350 del Código Penal Federal mexicano. En tales supuestos, lo que es relevante es el sentido de una expresión en cuanto manifestación de desprecio y el menoscabo de la estima debida al ofendido, y no los fenómenos fisiológicos y físicos implicados.

esto, se convertía en: “comportamiento voluntario”, “realización de la voluntad”, “comportamiento espontáneo” o, lisa y llanamente, “comportamiento humano” (*concepto causal de acción*).

Por otra parte, se estimó factible prescindir del propio concepto de acción y comenzar la estructura del delito por la tipicidad. *El concepto social de acción de Eb. Schmidt*, ocasionalmente desarrollado, implica el paso a un momento de evolución posterior: la acción es concebida como “fenómeno social en el sentido de actuación en la realidad social”.<sup>62</sup>

B. También en el ámbito de la tipicidad se produjeron cambios notables. La noción meramente descriptiva y no valorativa del tipo fue afectada (en grado sumo) por la aparición y descubrimiento de los *elementos normativos*, que exigen la necesaria atribución de un contenido valorativo para alcanzar la plenitud de su sentido.

Por otro lado, la aparición de los elementos subjetivos del tipo originó la necesidad de completar la concepción típica exclusivamente objetiva y únicamente determinada por factores pertenecientes al mundo externo. Aparecen, pues, como protagonistas de primera línea, los elementos subjetivos de la acción y del tipo y con ellos el finalismo en su manifestación más clara.

C. Al propio tiempo de esta modificación de la noción de tipo, y consecuente con ella, se produjo una necesidad de revisar (*in profundis*) la teoría de la antijuridicidad. La consecuencia fue que, habiéndose entendido ésta como una oposición formal a una norma jurídica, ahora se dedujo de la finalidad de los preceptos penales “que era preciso concebir el injusto de forma material, como *dañosidad social*”.<sup>63</sup>

La perspectiva material permitió graduar el injusto según la gravedad de la lesión de intereses. En el caso de que no haya

<sup>62</sup> *Idem*.

<sup>63</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, nota 59, reiteramos todo lo referente a la teoría del delito, y específicamente lo relativo al concepto neoclásico del mismo, pp. 200 y ss.

lesión de intereses, el hecho no podría ser antijurídico. La teoría de la antijuridicidad material hizo posible nuevas causas de justificación más allá de los supuestos legalmente previstos, siendo útil socialmente (si no hay otro remedio) salvar un bien jurídico de superior valor a costa de otro menos valioso.

En este sentido, adquiere singular relevancia el giro que sufrió *la relación de tipicidad y antijuridicidad*, a partir del reconocimiento de los elementos normativos del tipo y la concepción material del injusto. El tipo, desde entonces, dejó de considerarse como una descripción no valorativa de un proceso exterior y se convirtió en un instrumento pleno de sentido (en manos del legislador), “que reúne los elementos del injusto característico del tipo de delito”.

Nos encontramos de esta forma en un tipo de injusto, que abarca la reunión de los momentos de antijuridicidad típicos de la correspondiente clase de delito. En estas condiciones, la tipificación del injusto merecedor de pena, provoca la siguiente situación:

El tipo no se encuentra ya situado al mismo nivel de la antijuridicidad, como en el sistema clásico, sino que se limita a su tarea formal de fijación de los elementos de la antijuridicidad en la ley penal, *subsistiendo como únicos elementos materiales del delito la antijuridicidad y la culpabilidad*.<sup>64</sup>

D. En esta secuencia (tan magistralmente expuesta por Jescheck) también resultó modificada la *teoría de la culpabilidad* en la concepción teleológica del delito. Según el comentado maestro alemán, fue *Frank* quien realizó la novación determinante.

Frank estimó la presencia de la culpabilidad *en la formación de la voluntad contraria al deber*, que puede reprocharse al autor: “Un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando pueda reprochársele haberlo efectuado” (*concepto normativo de culpabilidad*).

64 Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, nota 58, pp. 280 y 281.

Esta conceptualización normativa de la culpabilidad consiguió dar respuesta lógica a las muchas cuestiones dejadas sin resolver por la noción psicológica de culpabilidad: “pese a la presencia de un hecho doloso, el reproche de culpabilidad desaparece en caso de incapacidad de culpabilidad, pues no puede exigirse al enfermo mental una formación de su voluntad ajustada a derecho”.

No obstante, a pesar de la presencia de capacidad de culpabilidad y dolo, resulta necesario negar el reproche de culpabilidad en el estado de necesidad, ya que el ordenamiento jurídico no exige un comportamiento heroico (no olvidemos que el derecho penal está dirigido a seres normales) cuando la vida se encuentra en peligro actual no evitable de otro modo.

Así (en la imprudencia), el reproche social de la culpabilidad no va dirigido contra el concepto negativo de falta de representación del resultado, “sino contra la falta de atención demostrada por el autor en el cumplimiento de un deber de cuidado”. En otras palabras, la base del reproche de culpabilidad se sitúa en la infracción del deber de cuidado, que le imponía al autor, según las circunstancias y condiciones personales.

El sistema neokantiano (referido a valores) de la teoría neoclásica del delito, esencialmente caracterizada por la disolución del concepto de acción, por la nueva conceptualización de la función del tipo y por “la transformación material de antijuricidad y culpabilidad”, fue superada en Alemania, aunque defendida por algunos connotados autores. La noción neoclásica de delito (no obstante, todavía dominaba en otros países), aunque ya en trance de abandono.<sup>65</sup>

Sin embargo, las deficiencias sistémicas (sobre todo en relación con su aparición en la década de los años veinte) se ubicaron en lo político, con su excesiva neutralidad frente al acervo de valores del derecho penal, y tuvo como consecuencia la afectación de la ciencia jurídico-penal en su enfrentamiento con la

<sup>65</sup> En España, en Italia, por poco tiempo en Austria, etcétera.

ideología del Estado totalitario y también muy acentuadamente con los problemas sociales derivados de la época industrial.

Su consecuencia fue un divorcio de la dogmática y de la política criminal. Ante esta situación, las *consideraciones teóricas* perdieron fuerza. Se produjeron contradicciones y lagunas que exigieron un posterior proceso de transformación y complementación. De esta manera, la noción de acción quedó convertida en una simple fórmula, vacía de contenido, y requirió una concepción nueva en aras de recuperar su preeminencia, como noción sustancial del sistema.

El impacto de todo esto en la estructura de la teoría del delito se hizo más acucioso: “La concepción del dolo como forma de la culpabilidad se hizo insostenible tras el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y el triunfo del concepto normativo de culpabilidad”.<sup>66</sup>

Pero la cosa no se detuvo ahí, ya que se necesitaron ciertos acomodamientos esenciales, así:

a) Se requirió un adecuado tratamiento del error sobre la antijuridicidad, especialmente desde que Frank dedujo el contenido de culpabilidad, propio del error de prohibición vencible, de la concepción normativa de culpabilidad. Todo lo cual produjo una copiosa bibliografía en torno al error y a sus distintas facetas.

b) Por último, al lado de la parcela del hecho imprudente (expresión tan cara a los juristas alemanes) correspondiente a la culpabilidad, debía también determinarse independientemente su especial contenido de injusto. En otras palabras, tales modificaciones de la estructura del delito fueron realizadas mediante la sistemática finalista.

En realidad, el descubrimiento del injusto y de la culpabilidad como elementos diferenciados del sistema jurídico-penal es, en palabras del propio Hans Welzel, un avance dogmático sin parangón posible en las dos o tres generaciones últimas de científicos penales. Como señala Wilfried Küper: es parte integradora

<sup>66</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, nota 58, p. 281.

de las grandes aportaciones de la dogmática jurídico-penal de las cuales ya no puede prescindirse.<sup>67</sup>

En el sentido indicado, Schünemann<sup>68</sup> hace referencia a la *función* de la delimitación de injusto y culpabilidad, lo que supone un claro avance del pensamiento científico-jurídico general, y en particular de la conceptualización sistémica del mismo. Un pensamiento sistémico no acepta (dentro de la mínima logicidad jurídica exigible) que se enfatice solamente el aspecto de reproducción de hechos y relaciones naturales, ni tampoco considerar ello como un punto de partida imprescindible.

La inevitable referencia a un orden prescriptivo obliga a estimar éste como el punto de partida del ordenamiento jurídico, en su conformación conceptual de la alusión teleológica (la función), no pudiendo actuarse de otra manera, sobre todo tratándose de nociones intrasistemáticas elaboradísimas y con una alta exigencia de abstracción, como es el caso del injusto y de la culpabilidad.

De cualquier manera, la construcción de una pirámide conceptual, como señala Roxin, tiene que partir (al menos en sus líneas fundamentales) de las particulares categorías de la figura delictiva (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) que deben ser sistematizadas, desarrolladas y consideradas, *ab initio*, bajo la perspectiva de su función político criminal.<sup>69</sup>

Las funciones referidas son de naturaleza diversa, así: El tipo está bajo el *leitmotiv* de la determinación legal, al que frecuentemente se ha reducido únicamente la legitimación de la dogmática: *los tipos sirven realmente a la realización del principio nullum crimen y de él debe derivarse la estructura dogmática.*

<sup>67</sup> Schünemann, Bernd, *La función de la delimitación de injusto y culpabilidad*, trad. de la ponencia “Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld”, realizada por Carlos J. Suárez González, profesor titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, B. Schünemann y J. De Figueiredo Dias (coords.), Barcelona, Bosch, 1995, pp. 205 y ss.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 206, *ab initio*.

<sup>69</sup> Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 7, pp. 40 y ss.

Por su parte, la *antijuridicidad* se ubica en el ámbito de las soluciones sociales a los conflictos, se trata del sector del choque entre los intereses individuales opuestos o las exigencias de carácter social con las necesidades del individuo. Nos encontramos, pues, ante un problema de suyo antiguo, o sea, la contraposición de intereses: unos individuales y otros sociales.

En esta tesitura, cuando se intentan conciliar las necesarias intervenciones administrativas con el derecho a la personalidad, *in genere*, y con la libertad inesquivable de actuación del ciudadano, o cuando, encontrándonos en presencia de situaciones inminentes e imprevisibles surge la imperiosa necesidad de una toma de decisiones. En este caso, como hemos señalado en páginas anteriores, se trata siempre de una regulación que tenga el carácter de justa en el campo social y que provea la consecución de una convivencia social recta y adecuada.

Por supuesto —como indica el propio Roxin— estas situaciones propician unas consecuencias dogmáticas y sistémicas, que han de ser deducidas y que, comparativamente consideradas, en referencia a la interpretación del tipo tienen una naturaleza y un carácter sustancialmente distintos.<sup>70</sup>

En cuanto a la *culpabilidad* habría que considerar las opiniones de Günther Jakobs, quien con sobrada razón alega la existencia de un grupo de elementos necesarios para calibrar la posibilidad de actuar de manera distinta a la que se llevó a cabo.<sup>71</sup>

<sup>70</sup> Sabido es que —en la creación de un tipo penal— se produce una secuencia, que se inicia en relación con un bien jurídico-penalmente protegible, que, al no ser objeto de la debida garantización jurídica, origina una inquietud en la colectividad que termina convirtiéndose en una *necesidad social*, que impele a los legisladores a la creación de un tipo penal, en cuanto parte integrante de una norma jurídico-penal, ya que (como todos sabemos) una norma de esta clase se integra con una descripción del legislador de determinados eventos antisociales (tipo), y con una descripción de la amenaza (punibilidad). Esta situación (bastante frecuente, por cierto) se ve mediatizada, no obstante, por una serie de factores que inciden en la descripción típica final, tales como los económicos, los políticos, los sociales, los culturales y un largo etcétera.

<sup>71</sup> Márquez Piñero, Rafael, “El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Luhmann”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México,

De ahí que la posible solución no ha de buscarse en la postura antagonica con el núcleo de partida situado sobre la base del sujeto.

En otras palabras, sin prescindir de ella, Jakobs opina que hay que obviar “la tradicional doctrina europea aristotélica del Estado como conjunto, orientada en atención a la comunidad, aunque, desde luego, se pueda formular dentro de este modelo de sustancia social”.<sup>72</sup>

En cuanto a la posición de Roxin (en su primera formulación de *Política criminal y sistema del derecho penal*) señala que la culpabilidad tiene

mucho menos que ver con la averiguación del poder actuar de un modo distinto, algo empíricamente difícil de constatar, que con el problema normativo de si y hasta qué punto en los casos de circunstancias personales irregulares o condicionadas por la situación conviene una sanción penal a una conducta que, en principio, está amenazada con una pena.<sup>73</sup>

El ilustre profesor trata de aclarar esta cuestión, señalando que el trabajo dogmático requiere, igualmente, considerar la función limitadora de la pena, ínsita en la culpabilidad, y asimismo

t. XLIX, núms. 225-226, mayo-agosto de 1999, pp. 105 y ss. El profesor Günther Jakobs formula su pensamiento, partiendo de la idea del funcionalismo jurídico-penal concebido como aquella teoría, conforme a la cual el derecho penal está encauzado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. Dentro de este razonamiento, la sociedad no es entendida en consideración al punto de vista de la conciencia individual, y en tal sentido como un sistema que puede componerse de sujetos que realizan contratos, producen imperativos categóricos o se extienden en tareas similares. De cualquier manera (como señala el propio Jakobs) este pensamiento es utilizado por Niklas Luhmann, quien destaca la intersubjetividad. Se aparta, pues, de la concepción filosófica, que comienza en Descartes y sigue de Hobbes a Kant.

<sup>72</sup> Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996, pp. 15 y 16.

<sup>73</sup> Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 7, p. 41.

tener en cuenta la prevención general y la prevención especial. A tal efecto, nos pone un ejemplo, muy claro, y que reproducimos literalmente:

El que una persona perteneciente a una determinada profesión destinada a prevenir el peligro (por ejemplo, un policía o un bombero), no pueda disculparse, invocando una situación de necesidad, más fácilmente que otra, se debe a la protección de bienes jurídicos, es decir, a un interés de la comunidad que exige aquí una sanción; mientras que puede permanecer impune el que actúa en una situación parecida, pero sin tener un deber social específico, porque no necesita la resocialización y, dado lo excepcional de la situación, no puede dar un mal ejemplo.

Desde esta perspectiva, el apotegma del *nullum crimen, nulla poena*, la ponderación reguladora de intereses sociales en situaciones conflictivas y las propias exigencias de la teoría teleológica de la pena se erigen en el fundamento (desde el punto de vista político-criminal) de las categorías delictivas normalmente manejadas.

De esta forma, la teoría del tipo y la teoría de la culpabilidad hay que someterlas al análisis dogmático jurídico con base en principios específicamente jurídico-penales. En tanto que la parcela de la antijuridicidad abarca otros sectores del ordenamiento jurídico general.<sup>74</sup>

<sup>74</sup> Roxin, Claus, *Dogmática penal y política criminal*, trad. Abanto Vázquez, Lima, IDEMSA, 1998, pp. 25 y ss. Roxin señala que (durante el siglo XX) la teoría del injusto penal fue construida basándose en los elementos fundamentales y sustentadores de la causalidad y de la finalidad. Primero, mediante los proyectos sistémicos de la teoría *clásica*, después de la teoría *neoclásica* y —a partir del inicio de la década de los años treinta de dicho siglo— por el comienzo de la vigencia de la teoría *final de la acción*.

De dichos proyectos, que tuvieron la secuencia temporal indicada, quedó residualmente la discusión (cronológicamente muy prolongada) sobre si la causalidad, cuando se la contempla como elemento sustentador de la realización del tipo, puede ser adecuada para los delitos de omisión. En la teoría final de

A esta situación es debido el que las causas de justificación tengan su origen en todo el ámbito jurídico y que, por consiguiente, conecten al derecho penal con otras ramas del derecho, todo ello dentro de la unidad orgánica del ordenamiento jurídico de una comunidad, de un país, ya que éste trata de proteger los valores integrantes del acervo de una sociedad.

La escasa eficacia de los intentos resolutivos de integración entre *causalistas* y *finalistas* contribuyó a superar, en alguna medida, la disputa (preponderante a lo largo de los veinticinco años siguientes a la Segunda Guerra Mundial), dando lugar a que dichas formaciones doctrinales, en Alemania actualmente, estén superadas o, en su defecto, tengan pocos partidarios.

De la consideración retrospectiva (en el plano histórico dogmático) destacan menos las diferencias que las similitudes entre ambas teorías: *ellas son fundamentadoras del sistema de derecho penal en categorías ónticas, libres de valores, inmunizadas desde el principio contra objetivos sociales y político-criminales*.<sup>75</sup>

Frente a las concepciones anteriormente reseñadas (y sin perjuicio de extendernos más en las consideraciones funcionalistas, en su momento oportuno) el proyecto sistemático, político criminal y teleológico (funcional) que comenzó su difusión en 1970, logrando de inmediato una gran cantidad de seguidores, supuso “un cambio casi copernicano”.

A partir de ahí, el funcionalismo (y reiteramos nuestra posterior dedicación al detenido estudio del mismo), al traer a colación la teoría de la imputación objetiva, al interpretar la acción típica en cuanto realización de un riesgo no permitido, no admisible, en el ámbito del abarcamiento del tipo, lleva a cabo una estructuración del injusto.

la acción, se le añadió la problemática de si la imprudencia constitutiva del tipo puede ser abarcada por el criterio de la finalidad.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 26, *in fine*. La relación causal (en el sentido de la teoría de la equivalencia) y también su sobredeterminación final intentan describir leyes estructurales del acontecimiento, en el mundo exterior, que precede a cualquier estimación valorativa.

Para ello, dicho injusto se ve desprendido de sus variadas manifestaciones fenomenológicas-ónticas, recurriéndose a la función del derecho penal e (inclusive) implicándose valoraciones, recientemente incorporadas a la acción típica (como el riesgo no permitido, el radio de acción del tipo penal).<sup>76</sup>

Roxin (al menos así interpreto yo su pensamiento) expresa que donde se presentan estas estructuras, existe una carencia de relación con el derecho penal, de tal modo que no son adecuadas para enfatizar, correctamente, lo que en una acción típica sea penalmente relevante.<sup>77</sup>

Precisamente, las bases sociológicas del riesgo admisible en un proceso social (en cuanto la acción típica es considerada ejecutora de un riesgo no permitido), dimanar de la teoría sociológica de Niklas Luhmann y originan el rol, jurídico-penalmente relevante, de la tarea del derecho penal orientada a evitar los riesgos socio-políticamente rechazables para los particulares y la sociedad.<sup>78</sup>

Para terminar, la noción de riesgo (su propia idea) avanza más, va más allá de la dogmática jurídico-penal y plantea problemas fundamentales de la sociedad moderna y de sus técnicas de control. Naturalmente (bajo estas premisas) la elaboración dogmática del concepto de riesgo propicia y, a la vez, demanda la incorporación de conceptos político-criminales y empíricos, provocando la conducción de la dogmática hacia una mayor aper-

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 27. En este sentido, Roxin señala “Pues el injusto penal no puede ser caracterizado mediante categorías como la de la causalidad o la finalidad. Él no es causalmente necesario o causado de manera final, como por ejemplo en la omisión”.

<sup>77</sup> *Idem*. Roxin, aclarando su pensamiento, nos dice que —desde la perspectiva— de un sistema funcionalista del derecho penal, “el injusto de la imprudencia y de la omisión es el resultado de una imputación según parámetros jurídicos. Luego, los problemas esbozados tanto en la teoría causal como final de la acción carecen de objeto desde el principio”.

<sup>78</sup> Luhmann, Niklas, *Sociología del riesgo*, trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura, México, Triana Editores-Universidad Iberoamericana, 1998, pp. 43 y ss.

tura en referencia a la realidad (abandonando las antiguas concepciones sistémicas en su estructura conceptual).<sup>79</sup>

Esta incorporación (de conformidad con mi pensamiento) de la concepción sociológica del riesgo de Luhmann tuvo su impacto en diversos sentidos, sobre otros participantes del campo sociológico y del estrictamente jurídico-penal, y se singularizó especialmente en el pensamiento jurídico de Günther Jakobs.<sup>80</sup>

Por su parte, Enrique Bacigalupo expresa dudas respecto de la posible exclusión de la antijuricidad sólo en el ámbito penal, ubicando dicha situación dentro de la problemática moderna de las causas de justificación. A tales efectos, señala que, en la teoría actual de las causas de justificación, queda cuestionado el postulado de la unidad del orden jurídico y con ello se deduce la posibilidad de admitir una antijuricidad específicamente penal.

Lógicamente, tal situación tendrá la contrapartida de una justificación también específicamente penal; dicho de otra forma: tal justificación no tiene efectos en otras ramas del derecho (civil, administrativa, ambiental, etcétera). De ahí que el apotegma de la unidad del orden jurídico conducía a una unificación de los efectos de las causas de justificación en dicho orden.

<sup>79</sup> *Ibidem*, pp. 47, *in fine*, y 49. En este sentido, Luhmann dice: “Es posible que también tenga que considerarse que el umbral de riesgo puede fijarse de manera muy diversa, según sea el caso de que uno participe en el riesgo como portador de decisiones o como afectado por las decisiones riesgosas. Todo esto hace difícil pensar que los cálculos de riesgo tengan posibilidades de suscitarse consenso, inclusive en el caso de situaciones específicas”.

Y añade, el ilustre sociólogo: “Cuando se trata de fijar las determinaciones del concepto de riesgo, uno se encuentra de inmediato sumergido, por así decirlo, en una espesa niebla, donde la vista no alcanza a distinguir más allá del propio bastón. Este es también el caso de la literatura especializada que ni siquiera aborda el problema de manera adecuada”.

<sup>80</sup> Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 74, p. 28, cita 5: “Compárese solamente el muy discutido libro del sociólogo Beck sobre la ‘Risikogesellschaft’ [sociedad de riesgos] (1986), la monografía de Kratzsch sobre ‘Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht’ [Control de conductas y organización en el derecho penal] (1985) y el trabajo de Prittwitz sobre ‘Strafrecht und Risiko’ [Derecho penal y riesgo] (1993)”.

Para aclarar esta cuestión, Bacigalupo ejemplifica diciendo: “El autor que obra en un estado de necesidad justificante no debería responder civilmente por el daño sufrido por el titular del bien sacrificado, dado que su acción no sólo estaría justificada en el derecho penal, sino también en el civil”. Esta posición, añade Bacigalupo, fue la dominante durante un cierto tiempo.<sup>81</sup>

Desde su particular perspectiva hispano-argentina, Bacigalupo indica que, actualmente, se pretende sostener que las causas de justificación no pueden ser transferidas, alegremente, de un ámbito jurídico a otro. Por consiguiente, resulta necesario establecer y aclarar los criterios básicos que deben decidir “la extensión de las causas de justificación no penales al ámbito del derecho penal”.

Así, sería dudoso de que cualquier autorización de actuación tenga que conducir *inevitablemente* a una autorización para realizar un tipo penal, aunque Jakobs se pronuncia afirmativamente con un específico razonamiento particular suyo.<sup>82</sup>

Para Bacigalupo, resulta de gran interés la tesis desarrollada por Jakobs, que establece la diferencia entre *causas de justificación específicamente penales*, que excluyen concretamente la antijuridicidad penal, pues disminuyen el contenido de ilicitud por debajo del mínimo exigido por el *principio constitucional de proporcionalidad*, para legitimar una sanción penal.<sup>83</sup>

<sup>81</sup> Bacigalupo, Enrique, *Principios de derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Madrid, Akal, 1998, pp. 255-257. Bacigalupo se refiere, en la página 255, *in fine* a la polémica entre Günther Jakobs, *Strafrechtswidrigkeit und Strafanrechtsausschluss*, 1983 (*passim*), Jakobs § 11/4 y ss.; Claus Roxin, § 14/32.

<sup>82</sup> *Ibidem*, Günther Jakobs, cita 341, § 11/6 y Claus Roxin, § 14/31 desde otro punto de vista.

<sup>83</sup> Bacigalupo, *op. cit.*, nota 81, p. 256, *in fine*, aclara con relación al ejemplo del derecho a la libertad de expresión e información del artículo 20 constitucional español, que sería perfectamente aplicable a los artículos 6o. y 7o. de la Constitución mexicana que, dada la gravedad de la sanción penal, es necesario que la conducta tipificada posea un grado elevado de ilicitud, pero esta intensidad no es necesaria, por ejemplo, en el derecho administrativo o civil.

La consecuencia práctica consistiría en una conducta penalmente justificada que (no obstante) no lo está en el ámbito civil, en el que el deber de indemnizar el daño causado continuaría subsistiendo. Jakobs, analizando esta situación, propugna la necesidad de distinguir entre las que tienen un *carácter general*, porque hacen llegar sus efectos a todo el ordenamiento jurídico (por ejemplo la legítima defensa o el estado de necesidad), y *las estrictamente penales*.

Bacigalupo señala (muy acertadamente, por cierto) que otros autores se inclinan a sacar consecuencias similares, aunque no idénticas, al distinguir entre autorizaciones *de acción* y autorizaciones *de intervención*. *Las primeras* únicamente permiten justificar la realización de la acción, sin imponer al afectado por la autorización de la acción el deber de consentir una lesión en sus bienes jurídicos.

En contra de esta situación, las autorizaciones de intervención obligan al afectado a soportar (como un auténtico deber) en sus bienes jurídicos los resultados o consecuencias de la acción justificada, precisamente por ser él el elemento desencadenante de la situación jurídica producida.<sup>84</sup>

<sup>84</sup> Bacigalupo, en la obra reiteradamente aludida, señala como ejemplo de las autorizaciones de acción, el de una persona que sabe que un reportero va a publicar una imputación que afecta a su privacidad y a su honor, y, antes de que ello ocurra, sustrae el trabajo periodístico. Tal situación se encuentra justificada por un estado de necesidad, ya que la autorización de acción queda estrictamente referida a eso, pero no otorga un derecho a lesionar bienes jurídicos ajenos (para mayor claridad: el que sustrae queda ubicado dentro del estado de necesidad).

En relación con las autorizaciones de intervención que, como se ha dicho, impone sobre el afectado el deber de soportar, en sus bienes jurídicos, las consecuencias de la acción justificada, tiene su manifestación más clara en la no eficacia de la “legítima defensa” contra quien se está defendiendo legítimamente.

## CAPÍTULO SEGUNDO

I. El finalismo de Hans Welzel y la antijuridicidad	47
1. El bien jurídico . . . . .	52
2. Valoración de acontecimientos . . . . .	54
3. Obras humanas en tanto objeto del juicio de valor	56
II. Consecuencias de la concepción welzeliana en la teoría del delito . . . . .	59
III. Causalismo y finalismo, similitudes y diferencias. Principales impactos del finalismo . . . . .	86

## CAPÍTULO SEGUNDO

### I. EL FINALISMO DE HANS WELZEL Y LA ANTIJURIDICIDAD

Aunque hemos hecho constantes alusiones a la formulación científico-jurídica de Hans Welzel, no obstante, la lucha de escuelas trató de superar el enfrentamiento y, para ello, cabe establecer el marco teórico de la distinción entre la *norma objetiva de valoración* y la *norma subjetiva de determinación*.

Este escenario, que atañe a las formulaciones de los defensores de las teorías absolutas y relativas (*entre las que se encontraba la de la prevención especial*) desembocó en las teorías unitarias que requirieron un concepto de norma “que permitiera sintetizar el juicio de valor y el juicio imperativo, tal como lo propusieron Schmidt y Mezger”.<sup>85</sup>

En esta tesitura, la nueva formulación de la teoría de la norma (reformulación la denomina Jaén Vallejo) implicaba una distinción entre la *norma objetiva de valoración (norma jurídica)*, que podría ser definida como “*un deber impersonal*”, es decir, *como un juicio de valor sobre el hecho y no sobre el autor*, en el cual lo fundamental constituye la defensa de un concreto “estado de cosas”.

Y, por otra parte, la *norma subjetiva de determinación o de motivación (norma de deber)*, que suponía, precisamente, un des-

<sup>85</sup> Jaén Vallejo, Manuel, *Cuestiones básicas del derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Baco de Rodolfo Depalma, 1999, pp. 55 y ss. Jaén Vallejo utiliza el pensamiento de von Liszt y Schmidt en su *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 26a. ed., 1932, t. I, pp. 174 y ss., y de Mezger, Edmund, *Tratado de derecho penal*, t. I, nota 1, concretamente lo relativo a la antijuridicidad.

plazamiento “del imperativo originario al ámbito de la culpabilidad”. “Como puede verse, según esta concepción la norma haría referencia a dos momentos: la primera tendría relevancia en el momento de la ilicitud, y la segunda en el de la culpabilidad”.<sup>86</sup>

Para el profesor Jaén Vallejo las ventajas de dicho punto de vista sobre la norma (*concepción de la norma de dos momentos*) pueden ser resumidas de este modo:

a) Permitía concebir la ilicitud en sentido objetivo, independientemente del autor, como un “orden objetivo de vida”;

b) Permitía eliminar el problema del destinatario de la norma y daba lugar a estimar al incapacitado como autor de un ilícito, si bien no podía ser culpable;

c) Luego, también podían ser objeto de la norma de valoración los actos de los inimputables, y

d) La distinción entre lo ilícito y la culpabilidad hacía permisible la aplicación de las medidas de seguridad; la culpabilidad (como se vio, dice Jaén Vallejo) se construye como la infracción de la norma subjetiva de motivación (norma de deber), que en nada se diferenciaba de la norma de la teoría de los imperativos.<sup>87</sup>

Por otro lado, la problemática que afrontó esta teoría fue —sustancialmente— la siguiente:

a) ¿Cómo justificar que el objeto de la valoración sea únicamente el aspecto exterior del comportamiento? ¿Por qué no el aspecto subjetivo?, y

b) El problema de la compatibilidad del concepto de ilícito, surgido de esta teoría de la norma, con el ideal científico de las ciencias del espíritu, nítidamente influyente en la ciencia del derecho de aquella época, y cuya referencia común es, según la

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 55 y 56.

<sup>87</sup> Jaén Vallejo se sigue apoyando, en lo reseñado *ut supra*, en el pensamiento de Mezger expuesto en su *Tratado de derecho penal*, t. I.

expresión de Dilthey “determinar lo humano y diferenciarlo de lo que corresponde a las ciencias naturales”.<sup>88</sup>

El objeto de la norma solamente podía constituirlo una acción, un “acto humano”; esta idea hizo factible la aparición de un *concepto personal de lo ilícito*, y, en cierta manera, un retorno a la teoría de los imperativos. En este instante, Welzel interviene formulando su conceptualización del problema del ilícito y de la ubicación del mismo dentro de su panorámica general.<sup>89</sup>

Por otra parte, Welzel aclara que el resultado producido (lesión del bien jurídico) y escindido de la persona de su agente no agota lo ilícito. La acción se convierte en antijurídica únicamente como la obra de un determinado autor: “Qué fin ha dado éste al hecho objetivo, de qué actitud ha partido, qué deberes le incumbían, todo ello determina en forma decisiva lo ilícito del hecho junto a la lesión del bien jurídico”.<sup>90</sup>

El contenido de la voluntad, que anticipa mentalmente las consecuencias posibles de un acto voluntario y que dirige (según un plan y sobre la base del saber causal) el suceder externo, se convierte en un mero *reflejo* del proceso causal externo en el alma del autor. Con ello, la doctrina de la acción causal produce

<sup>88</sup> Jaén Vallejo, Manuel, *op. cit.*, nota 85, p. 56, *in fine*. Para el profesor hispano: “En efecto con la norma (objetiva) de valoración el contenido de ilicitud quedaba reducido a la lesión *causalmente* producida de un bien jurídico, luego a un simple suceso natural, cuando las nuevas corrientes de pensamiento exigían que lo ilícito reflejara la diferencia entre la realidad de las ciencias naturales y la realidad de las ciencias del espíritu (entre lo humano y lo natural). Por tanto, el objeto de la norma no podía quedar reducido a un resultado *causado* por un movimiento corporal; esta explicación causal no servía para lograr aquella necesaria diferenciación”.

<sup>89</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 2, pp. 32 y 33. Para el creador del finalismo el defecto fundamental de la acción causal consiste en que no solamente desconoce la función absolutamente constitutiva de la voluntad (en tanto que factor de dirección para la acción) sino inclusive la destruye y convierte la acción en un mero proceso causal provocado por un *acto voluntario* cualquiera (“acto voluntario”). Hay, pues, un desconocimiento de que toda acción es una *obra* (más o menos lograda), mediante la cual la voluntad humana dirige el acaecer causal.

<sup>90</sup> Jaén Vallejo, Manuel, *op. cit.*, nota 85, p. 57.

una inversión completa de la relación entre la voluntad y la acción.<sup>91</sup>

Puede decirse (como hace Jaén Vallejo) que a partir de esta formulación se inició una *situación nueva*, una nueva fase del desarrollo de la teoría del delito, caracterizado por la oposición entre la teoría causal de la acción y la teoría final de la acción.

La contienda entre *el finalismo* y *el causalismo* no se redujo a una discusión sobre el concepto de acción. Además, alcanzó el objeto de la norma y —consecuentemente— el concepto de lo ilícito, pues mientras los causalistas continuaron con la teoría de la norma de valoración y la norma de determinación, los finalistas propiciaron un regreso a la teoría de los imperativos.<sup>92</sup>

Claro está, que esta vuelta a la teoría de los imperativos (para fundamentar el concepto personal de ilícito) sin duda presentaba algunos problemas. Especialmente, si tenemos en cuenta que el nuevo sistema de derecho penal no tenía intención de retornar al monismo, es decir, a la exclusiva utilización de la pena, propio de las teorías absolutistas.

Antes al contrario, ya desde los últimos años del siglo XIX, se había impuesto el *sistema de doble vía*, o sea, el dualismo de las penas y las medidas de seguridad y —obviamente— resultaba necesario un concepto de ilícito personal común para la posible aplicación de una y otra consecuencia jurídico penal.<sup>93</sup>

91 Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 2, p. 33, *ab initio*. El profesor alemán destaca el fracaso de la doctrina causal en la definición de la tentativa, porque la tentativa no es un mero proceso causal que no produce su efecto, sino una acción que *apunta* a un resultado previamente elegido. Por consiguiente, una acción en la que en *el contenido de la voluntad es un elemento constitutivo*. El propio Welzel se pregunta: “¿Cómo podría definirse de otro modo la tentativa de homicidio, sino como una acción con la que el autor quiere matar un hombre? Si la dirección de la conducta externa, por la voluntad, conduce al resultado, con ello no puede variar la función de la voluntad en la acción. Si el contenido de la voluntad es una parte integrante, necesaria, de la acción, en la tentativa, seguirá siéndolo cuando se produzca el resultado. Ante este hecho fracasa toda interpretación causal de la acción”.

92 Jaén Vallejo, Manuel, *op. cit.*, nota 85, p. 57, *in fine*.

93 *Idem*.

La pretensión era la de fundamentar la distinción entre ilícito y culpabilidad en el ámbito de un concepto de norma (teoría de los imperativos), que fue abandonado, justamente, por su incapacidad para responder a las exigencias señaladas. En conclusión puede decirse que (como expresa acertadamente Welzel) el momento de la culpabilidad (básico para el juicio de reproche en que ella consiste) está referido a la decisión de la voluntad a favor del valor más bajo en contra del valor más alto.

Esa decisión a favor del valor más bajo en detrimento del valor más elevado, provoca el reproche de culpabilidad referente, precisamente, a la decisión valorativa en favor de la acción ilícita ejecutada tomando como base esta decisión. En consecuencia, la distinción entre el objeto de la norma (*la acción como finalidad*) y la motivación (*fundamento de la culpabilidad*) provoca —finalmente— la pertenencia de la conciencia (potencial) de la antijuridicidad a la culpabilidad.<sup>94</sup>

La posición anteriormente indicada tiene una ilustre prosapia en el derecho penal. En ese excepcional texto de Armin Kaufmann, constitutivo de un extraordinario estudio, exégesis de la *Teoría de la norma* de Karl Binding, se dice que, en su texto citado anteriormente, Binding afirma literalmente: “*El presupuesto conceptual de todo dictado de una norma y, al mismo tiempo, su único motivo*” es un “*juicio acerca de la inadmisibilidad jurídica de determinadas acciones u omisiones*”.<sup>95</sup>

Entonces, el cumplimiento de la norma significa la creación del objeto de un juicio de valor positivo o la no creación del objeto de un juicio de valor negativo. A esta concordancia refiere

<sup>94</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 2, pp. 34 y ss.

<sup>95</sup> Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. Bacigalupo y Garzón Valdés, Buenos Aires, Depalma, 1977, pp. 87, *in fine*, 88, *ab initio*. Expresa, pues, la concepción de que necesariamente la norma está precedida lógicamente y realmente por un *juicio de valor*. Más aún, Binding pretende “distinguir en todas las normas... dos cosas: una *declaración* de que lo que está prohibido en la norma es inadmisibile para el orden jurídico, y lo que está ordenado, indispensable”, para “separar tajantemente” de esto una “*orden*” que crea deberes de acción y de omisión.

la norma su validez. Uno puede formular la siguiente proposición: *El objeto de la norma es idéntico con el objeto del correspondiente juicio de valor.*<sup>96</sup>

Binding reconoce también esta identidad: es la misma acción la que es tanto “inadmisible jurídicamente” como “prohibida” o, por otra parte, la que es “jurídicamente necesaria” y “ordenada”. Similar es la fórmula de Welzel: “Con respecto a la acción, coinciden la norma de determinación con la de valoración”.

Cabría añadir (como hace Armin Kaufmann) que:

Si la *axiología* es el ámbito de la *filosofía* del derecho, las *estructuras lógico-objetivas* en la materia del derecho constituyen el campo de tareas de la *teoría general del derecho y de la dogmática*.<sup>97</sup> Desde luego, hay que entender la dogmática de una manera tal que tenga como consecuencia la sistematización, sin que ello signifique que deba limitarse simplemente a esta última.

Para aclarar, Kaufmann agrega: “Por dogmática jurídica entiendo la ciencia de los presupuestos esenciales del derecho”, ha observado acertadamente Gerhard Husserl. Como tarea de esta dogmática menciona “la elaboración de un sistema de conceptos fundamentales supratemporales que constituyen el ámbito de las posibilidades *a priori* del derecho”.

En relación con la conexión entre norma y juicio de valor, según Armin Kaufmann cabe hablar: *de una secuencia escalonada de valoraciones*, y dentro de ella el bien jurídico, la valoración de acontecimientos y las obras humanas en tanto objeto del juicio de valor.

### 1. *El bien jurídico*

La primera valoración es siempre positiva. En este sentido una valoración negativa implica una valoración positiva que la

<sup>96</sup> *Ibidem*, pp. 98 y 99.

<sup>97</sup> *Ibidem*, pp. IX-X.

precede, aunque ambas puedan coincidir en el tiempo. Dicha valoración positiva crea los llamados *bienes jurídicos*.

En relación con lo anterior, se detecta un enfrentamiento entre la conceptualización de von Liszt, en el sentido de que las normas “en general” han de ser redactadas “en forma positiva”. Así: “son sagradas la vida, la propiedad...”. En este sentido, la polémica de Binding contra esta teoría se encuentra injustificada, aunque (en el sentir de Armin Kaufmann) la crítica de Binding es más profunda, aun cuando no haya tenido —en su exposición— la suficiente precisión.

De esta manera, estima Kaufmann que, en esta versión de von Liszt resultan coincidentes el juicio de valor y la norma y (a tal efecto) señala que esto puede ser correcto con respecto al *deber ser*; pero para la *norma*, para el *deber hacer* no es suficiente. Por otra parte, en el supuesto de una vinculación inmediata a la valoración en tanto que “bien jurídico” de la formulación de la norma quedará afectado aquel aspecto del universo valorativo jurídico que Hans Welzel denomina *valores socio-éticos de la acción*.<sup>98</sup>

La suma de los juicios positivos de valor puede estar caracterizada como la “situación jurídicamente aceptada” y, mejor aún, con arreglo a la estimación de Welzel, como “orden” “de contenido objetivo” de las “existencias personales y objetivas”, en definitiva como “orden social”.<sup>99</sup>

<sup>98</sup> *Ibidem*, pp. 90-91. Para concretar, Kaufmann expresa que: “La unilateralidad de la teoría de la lesión de los bienes tiene aquí un inicio constructivo. Al contrario, Binding, que dio carta de ciudadanía al concepto de ‘bien jurídico’ en la dogmática jurídico-penal, no vincula de manera inmediata la formulación de la norma con la valoración positiva del bien jurídico”.

En relación al concepto de bien jurídico de Binding resulta característico el que, por un lado, el bien jurídico sea concebido objetivamente y, por otro, se entiendan no sólo valores de situaciones (*estados de cosas*) sino en parte, además, valoraciones de actos.

<sup>99</sup> Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1976, pp. 83 y ss. 11a. ed. alemana y 2a. ed. castellana. Welzel expresa que: “En la función de los tipos de presentar el ‘modelo’ de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas

Para Welzel “La adecuación social constituye en cierto modo la falsilla de los tipos penales: es el estado ‘normal’ de libertad social de acción que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos”. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aun en todos aquellos casos que pudieran ser subsumidas en ellos, por ejemplo, de acuerdo a criterios causales.<sup>100</sup>

Como ámbito de las formas de conductas de normal libertad social, se distingue la adecuación social de las causas de justificación, porque —efectivamente— éstas conceden también una “libertad” de acción, pero de naturaleza especial, o sea *una permisividad especial*, que autoriza la realización de acciones típicas, es decir, socialmente inadecuadas.<sup>101</sup>

## 2. Valoración de acontecimientos

Una vez que son formulados los primeros juicios positivos valorativos, necesariamente sigue, en cuanto *segundo nivel*, las *valoraciones relativas al acontecer*. O sea: “Todo aquello que afecta la ‘situación jurídica’ valorada positivamente, es decir, todo acontecimiento que ‘lesiona un bien jurídico’, cae bajo un juicio de valor negativo”.<sup>102</sup>

de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, están referidas a la vida social, pero, por otra parte, son precisamente inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos se hace patente la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del derecho penal; señalan las formas de conducta que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social”.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 86. Por esta razón —piensa Welzel— las formas de acción socialmente adecuadas mencionadas *ut supra* no son de ninguna forma acciones de matar, de lesionar, de privar de la libertad, de menoscabos abusivos del patrimonio, etcétera. En otras palabras: no son homicidios, lesiones, privaciones de la libertad, etcétera, *socialmente adecuadas*.

<sup>101</sup> *Idem*.

<sup>102</sup> Kaufmann, Armin, *op. cit.*, nota 95, p. 91. La realización de un resultado de este tipo “sin que importe cómo se produce, sea por quien es capaz

Por otra parte, el *segundo nivel* posee, igualmente, *juicios de valor positivos*; de este modo: “todos los acontecimientos que impiden o compensan la perturbación de aquella ‘situación jurídica’, han de ser valorados positivamente”. De esta manera, puede inferirse del reconocimiento de los bienes jurídicos *el valor de su conservación y el disvalor de su modificación*.

No obstante, la estructuración del orden jurídico en función de valoraciones positivas, no se agota en el hecho de que las situaciones, propiedades y relaciones se consideren valiosas para el orden jurídico. Con cierta frecuencia, más bien diríamos con harta frecuencia, la valoración positiva del primer nivel viene referida a una “situación” que efectivamente (aún) no existe.

Por otro lado, en el *segundo nivel*, cualquier acontecimiento que propicie o facilite la aparición de aquella situación tiene que ser valorado positivamente. Con terminología welzeliana, podría decirse que se trata de “*valores de estados de cosas*”. Armin Kaufmann trae a colación el pensamiento de Binding destacando su coherencia en relación con la expresión de la estructuración del orden jurídico y de los acontecimientos propiedades y conexiones que son juzgadas valiosas para el mismo.<sup>103</sup>

de actuar o por quien no lo es, por personas o por seres naturales ciegos” [incluso] “no sólo es un disvalor para el orden jurídico sino que lo perturba positivamente”.

La “*primera esfera*” de la valoración “se refiere a la situación jurídicamente reglada; sus valores se destruyen si se destruye esta situación, sin que importe cuál sea el acontecimiento que lo haya causado”. Aquí, pues, “también acontecimientos que no están enraizados en la conducta humana, pueden ser objeto de valoración jurídica”. En resumen, Binding propone para “este juicio de disvalor” la expresión “contrariedad al orden jurídico”. El propio Hans Welzel, al manejar esta esfera valorativa de dicha conceptualización, utiliza la expresión “disvalor del estado de cosas”.

<sup>103</sup> *Idem*, p. 92, *in fine*. Destaca Armin Kaufmann, como uno de los grandes aciertos de Binding, el haber señalado claramente, con la introducción del concepto de bien jurídico, el hecho de que toda valoración hace referencia a la comunidad jurídica. A tal efecto, recogiendo literalmente el concepto de *Binding* (*Normen*, t. I, pp. 357 y ss.), indica “*El bien jurídico es siempre bien jurídico de la totalidad, por más que pueda parecer individual*”.

La anterior perspectiva pone de manifiesto que el bien jurídico-penalmente protegido, ha de tener *rango social*, es decir, que ese bien, o esos bienes, son aquellos que se consideran indispensables para el debido funcionamiento de una comunidad, aunque esta *indispensabilidad* pueda variar, y así lo hace en ocasiones, en función de las circunstancias crónicas y tópicas.<sup>104</sup>

### 3. *Obras humanas en tanto objeto del juicio de valor*

Las valoraciones correspondientes al *segundo nivel* (referidas *ut supra*) versan sobre un objeto de conocimiento que son los *acontecimientos*. Reiterando lo dicho, en este supuesto concreto, resulta indiferente quién sea su “creador” y cuál la clase de estos acontecimientos.

Naturalmente, los “acontecimientos” o sucesos destacables son aquellos que sean *obra humana*:

por lo pronto, las acciones humanas en cuyo objetivo (necesariamente) figuraba el perjudicar, proteger o crear “bienes jurídicos”, luego también —con arreglo a un conocimiento social y causal más sutil— aquellas acciones cuya realización provocan un perjuicio, conservación o promoción de bienes jurídicos, realización que si bien es cierto no fue querida, conforme a las leyes causales era más o menos probable que produjera esos resultados.<sup>105</sup>

Al transformarse el mero acontecimiento en “obra de la voluntad”, la finalidad hace que el “acontecimiento” sea imputable a una persona y —por tanto— incluye como objeto al hombre,

<sup>104</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 99, p. 313 *in fine*. En este sentido, opina Hans Welzel, en relación a lo establecido *ut supra*, que la jurisprudencia y la doctrina trabajaron el concepto del “*bien jurídico personalísimo*”, aunque la praxis presentara objeciones, ya que la lesión de bienes jurídicos personalísimos implica, al propio tiempo y de manera sustancial, la afectación en todo caso a la colectividad y una delimitación muy restringida.

<sup>105</sup> Kaufmann, Armin, *op. cit.*, nota 95, p. 93. “Lo que se valora aquí no es la causalidad en tanto ‘acontecimiento’ o ‘suceso’ sino la ‘composición teleológica de la intencionalidad’ del hombre”.

en resumen: *ilícito personal*. En el caso de valoración negativa, el resultado será constituido por *disvalores de actos*; en el caso de la valoración positiva, serán *valores de actos*.

En opinión de Armin Kaufmann (refiriéndose a Binding) no encontramos una nítida diferenciación, ubicada entre los niveles de valoración de segundo y tercer grado, en la secuencia de la distinción entre *valor (o disvalor)* del estado de cosas y de los actos.

De esta manera, la diversificación entre *desaprobación de la acción y antijuridicidad del proceso* se refiere, aquí, al choque, u oposición, entre un *juicio de culpabilidad* y uno de *antijuridicidad*, pero no al enfrentamiento entre el disvalor de un estado de cosas y un disvalor de la acción.<sup>106</sup>

La recurrencia al bien jurídico dimana, necesariamente, de la generalización inevitable de la norma, ya que resulta claro que ninguna norma puede reclamar su existencia y su vigencia en función de ella misma, sino que tiene que estar basada en un juicio de valor, pues lo contrario sería caer en lo absurdo, de ahí que hablemos de la necesaria exigencia de un bien jurídico o unos bienes jurídicos, en cuanto presupuesto de valoración normativa.

Un derecho penal pretende, en forma esencial y destacada, la protección de determinados bienes indispensables (esenciales) de una comunidad. Sin embargo, para la debida *valoración del he-*

<sup>106</sup> *Ibidem*, pp. 94 y 95. “Según la división llevada a cabo por Binding los momentos del disvalor del acto están contenidos tanto en la ‘antijuridicidad’ como en la ‘desaprobación’. En otras palabras, lo que Binding denomina *inadmisibilidad jurídica* de una acción se corresponde con el concepto de ilícito personal. En este sentido (conforme a Binding) dicha “inadmisibilidad jurídica” de la acción humana es —en todo momento— una consecuencia de la “antijuridicidad del proceso”. Así pues, el disvalor del *estado de cosas* se encuentra ya previamente integrado o contenido en esta “inadmisibilidad jurídica”.

Por consiguiente, en este ámbito resulta adecuado decir que el disvalor del acto continúa estando “referido al bien jurídico”, precisamente porque por exigencia la actividad finalista que se encuentra vinculada con el *disvalor del acto*, lleva consigo la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

*cho particular*, ya no adviene en exigencia insoslayable que dicha valoración se encuentre referida, realmente, en función de la causalidad a un bien jurídico, ya que: “lo decisivo aquí es únicamente el valor (o disvalor del acto)”.

De igual forma, conviene señalar lo mismo cuando el objeto de la valoración no es un acto dolosamente encauzado (de alguna manera) a un bien jurídico, sino un acto cuya intención es (desde este punto de vista) “neutral”. O sea, una acción en la que la relación con el bien jurídico es simplemente un criterio de la valoración.<sup>107</sup>

Armin Kaufmann expone que, de alguna manera, el análisis de si estos llamados delitos (según Binding) son los únicos en los cuales la relación con el bien jurídico es solamente criterio para la valoración del acto, pero no es elemento constitutivo del acto en cuanto dirección del dolo y, en tal sentido, advierte que la respuesta podría ser que también los denominados *delitos de pura actividad* pertenecen a este grupo.

En tal sentido, el dolo no se dirige (necesariamente) a una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, pero el (posible) perjuicio que se infrinja a bienes jurídicos es un criterio para el juicio de disvalor sobre estos actos. Asimismo, Armin Kaufmann manifiesta que (conforme a Binding) pertenecen aquí, igualmente, la mayoría de los tipos penales de mandato y los tipos penales de negligencia.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 95. Señala el profesor Kaufmann: “El criterio de valoración es la referencia de todos los actos a un bien jurídico; al contrario, no siempre es el caso que una acción valorada por el derecho esté referida a la manera como esta acción afecta a un bien jurídico”. En este sentido, Kaufmann expresa que Binding ha visto muy claramente la diferencia señalada al contraponer aquella “inadmisibilidad jurídica” de la acción en que radica el motivo de la legislación y que (debido a ello) está siempre en relación con los bienes jurídicos, con la *desobediencia, al ataque contra el derecho de sumisión*, que es esencial para todos los delitos.

Así, pues, hay “delitos cuyo contenido de ilicitud no se agota en la desobediencia lesionante”. Los delitos con “desobediencia simple”, es decir —en términos generales—, los *delitos de peligro abstracto* se contraponen a los delitos concretos de peligro y a los delitos de lesión.

En relación a los “tres escalones de la valoración”, hay que expresar, destacadamente, que no estamos en presencia de una secuencia sucesiva de valoraciones, sino que las valoraciones se sobreponen, de forma múltiple, y con frecuencia se contradicen. Precisamente, Hans Welzel ha puntualizado que lo importante está constituido por “la cantidad de relaciones valorativas convergentes en el tipo vital concreto y, consiguientemente, que, tanto como valores secundarios coadyuvantes o como valores expuestos contradictorios, se agregan al valor del *objeto de la protección*”.<sup>108</sup>

En resumen, se reiteran valoraciones que resultan decisorias en conflictos de valor (acciones) ya sea manifestándose la preferencia absoluta de una valoración, ya sea a través de la delimitación del contexto en el que tienen validez el uno al lado del otro, juicios de valor fundamentalmente contradictorios.

## II. CONSECUENCIAS DE LA CONCEPCIÓN WELZELIANA EN LA TEORÍA DEL DELITO

En tres conferencias pronunciadas por Reinhart Maurach, en la Universidad Externado de Colombia,<sup>109</sup> expresa que la entonces vigente “lucha de escuelas” en la ciencia jurídico-penal alemana, es decir, la contienda sobre la esencia y los fines de la pena entre Franz von Liszt, por una parte, y la “escuela clásica”, por otra, dio lugar a un enfrentamiento de opiniones, ya ampliamente superado, en el ámbito de la política criminal, cuya lamentable repercusión fue el retraso de la reforma del derecho penal.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 96, *in fine*, y 97.

<sup>109</sup> Publicadas por la revista de dicha Universidad, vol. VI, núm. 3, diciembre de 1965, pp. 313 y ss.

<sup>110</sup> Las tres conferencias fueron dictadas en la Universidad Externado de Colombia, por Reinhart Maurach, profesor en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Munich, los días 29 y 30 de septiembre y 1o. de octubre de 1965.

Con posterioridad se inicia la hermosa polémica entre los autores de la *estructura del delito* y, más específicamente, del elemento decisivo de la misma (dentro de la teoría del delito) o sea la *estructura de la acción*. Se enfrentan, de un lado, los defensores del concepto tradicional (clásico) de acción, caracterizada por ellos mismos como *concepto de acción social* o —más claramente— *concepto causal de acción*.

De otro lado, los precursores y el diseñador del *concepto final de acción*.<sup>111</sup> Entre los primeros, señaladísimamente, Von Weber, Graf Zu Dohna y Helmut Mayer y su auténtico creador Hans Welzel.<sup>112</sup> Las consecuencias más importantes del concepto final de acción (aceptado, en su mayor parte, por el poder judicial alemán) fueron, entre otras, las siguientes:

- Ordenamiento sistemático del dolo en la estructura de los hechos punibles.
- Tratamiento del error.
- Problemática de la autoría y de la participación.
- Ubicación de la antijuridicidad en relación con la culpabilidad.
- Entendimiento de las normas de comportamiento en función de los imperativos.
- Distinción entre disvalor de acción y disvalor de resultado.

Por su parte, Maurach (a quien, en lo personal, considero el segundo jefe de la escuela finalista) expresa que el concepto

<sup>111</sup> Welzel, Hans, *La teoría de la acción finalista*, trad. Fontán Balestra y Eduardo Friker, Buenos Aires, Depalma, 1951, *passim*. Se trata de una reunión de diversos artículos (publicados por Hans Welzel) sobre la teoría de la acción finalista.

<sup>112</sup> Por supuesto que Welzel tuvo muchos partidarios destacadísimos (entre ellos y sin agotar esa brillantísima pléyade) Niese, Busch, Armin Kaufmann, Stratenwerth y Maurach. Aunque aclaramos que ellos no fueron seguidores acrílicos, sino más bien cuestionadores de algunos aspectos del finalismo. Sin embargo, una gran mayoría de los mejores penalistas actuales se formaron en el regazo jurídico del ilustre Welzel.

final de acción tiene su origen en diversas causas. Su fundamentación reside en dos raíces: *la primera es de carácter filosófico*. Se trata de la reacción ante el concepto naturalista o causal de acción (desarrollado por Liszt y sus seguidores) que continuó desenvolviéndose al amparo de la denominación de *concepto social de acción*.<sup>113</sup>

*La segunda integra un producto del desarrollo de la dogmática típicamente jurídico-penal* y (específicamente) una expansión adecuada, y sobre todo necesaria, de la teoría del tipo, puesta de manifiesto por Ernest Beling al comienzo del siglo XX, concretamente en los años iniciales del mismo (1906-1907).

Sin duda la aportación del finalismo fue extraordinaria y Welzel uno de los juristas originales del siglo XX, aunque hay situaciones de su formulación científica ya superadas (o en vía de superación), que tampoco se corre tan rápido con un jurista de esa categoría.<sup>114</sup>

Cierto es que el adelanto dogmático jurídico-penal que proporcionó el finalismo, actualmente puede ser cuestionado; así, su metodología constituyó, tal vez, un obstáculo para el acercamiento a la política criminal. Fue tan enorme el impacto que produjo en la dogmática, que constituyó una secuencia de tal capacidad valorativa que —de alguna manera— cercenó ese acercamiento a la política criminal.

No obstante, hay que reconocer que ciertas instituciones (importantes para la dogmática jurídico-penal, como a guisa de ejemplo el dolo eventual) quedaron en dificultades para su comprensión, en el ámbito de las estructuras lógico reales del finalismo.<sup>115</sup> Frente al concepto final de acción se anticipó el con-

<sup>113</sup> Maurach, Reinhart, *op. cit.*, nota 109, p. 3. Llevando a sus últimos extremos dicha noción, este concepto de acción, realmente, no constituía ninguna conceptualización de acción, “sino un ‘proceso de causación’, es decir, acción es igual a la causación de un resultado típico”.

<sup>114</sup> Es un caso parecido (respecto de lo que ocurrió con los grandes filósofos idealistas alemanes, críticos de Kant) ya que con notoria ligereza trataron de derrumbar la excepcional construcción filosófica del filósofo de Königsberg.

<sup>115</sup> Cerezo, Mir, José, “El finalismo hoy”, ponencia presentada en el Primer Congreso Iberoamericano de derecho penal, México, 1998.

cepto naturalista de acción —formulado en su momento por Franz von Liszt—.

Dicha noción naturalista de acción muestra (diáfananamente) la influencia de la filosofía de raíz positivista, entendida en el sentido de Augusto Comte. Recibió el nombre de “acción natural”, ya que pretende incorporar las leyes causales de las ciencias naturales al ámbito del derecho penal y, además, a causa de que su contenido es *prejurídico*, es decir, un contenido *a priori* desde el punto de vista jurídico.<sup>116</sup>

Evidentemente, de lo anteriormente señalado, derivan los errores primeros de esta teoría. Inevitablemente, la noción naturalista de acción produce una consideración física de la causalidad. A pesar de ello, ésta tiene que ceder en el caso de delito de omisión, puesto que, para el concepto físico de acción, rige desde luego el apotegma de que: “de la nada no puede seguir nada”. En este sentido, el delito de omisión no puede originar ninguna causalidad (al menos, en el plano estrictamente físico).<sup>117</sup>

En cuanto al concepto social de acción, por su parte, estima que la acción del hombre (verdadera base de toda construcción del delito), resulta imposible definirla únicamente en función de las leyes de la naturaleza, o sea, “en un ámbito extraño al derecho”. En la acción, se trata de un concepto plenamente ubicado

<sup>116</sup> Liszt, Franz von, *op. cit.*, nota 36, pp. 118 y ss. Según esta opinión, “la acción es un puro factor de causalidad. Acción es la producción de un resultado mediante fuerza física” de esta manera, de conformidad con Liszt “la acción es una ‘modificación en el mundo exterior físico, perceptible material, es decir, sensorialmente’, debido a la tensión muscular, en el delito comisivo y al descanso físico, en el delito de omisión”.

<sup>117</sup> Maurach, Reinhart, *cit.*, nota 111, pp. 3 y 4. No obstante, de mucha mayor relevancia jurídica es otro reparo, dimanante del propio concepto naturalista de acción; así se lo sacó de las leyes de la ciencia de la naturaleza. Sin embargo, el derecho (y sobre todo el derecho penal) constituye un fenómeno sociológico, enraizado en la vida social. “De ahí que las disposiciones del derecho penal, así como el desarrollo del concepto jurídico-penal de acción han de aplicarse a la sociedad, al mundo exterior social”. Precisamente, de la percepción cognoscitiva de esta situación se originó la separación de la noción naturalista de acción del concepto social de acción, que se difundió ampliamente.

dentro del derecho (inclusive un concepto situado dentro del derecho penal).

En estas condiciones, el hecho de que la acción origine una modificación en el mundo físico externo no produce, por consiguiente, ningún aspecto importante. “Esencial es tan sólo que implique una relación valorativa con el mundo circundante social. Por eso, qué sea la ‘acción’, no lo determinan las leyes de la naturaleza, sino los requisitos del derecho”.<sup>118</sup>

“Acción es la causación de un resultado relevante socialmente; desde el punto de vista jurídico-penal, es la causación de un resultado típico”. Por consiguiente, la acción es idéntica a la causación del resultado, con el agregado de un puro factor de causalidad.<sup>119</sup>

Resumiendo podría decirse que los reparos a formular a este concepto social de acción, son tres fundamentalmente:

1. Lo mismo que ocurre con el concepto naturalista de acción, el concepto social de la misma es un mero concepto causal: acción es igual a causación, es decir causación de un resultado típico en lo que se refiere al derecho penal. Para Maurach literalmente hablando: “Sostener tal teoría, es, sin embargo, tomar el rábano por las hojas”.

Para Maurach (finalista, sin mácula alguna, aunque crítico como seguidor de Welzel) la teoría causalista de la acción

<sup>118</sup> *Idem*, de esta manera quedan resaltadas las divergencias esenciales entre el concepto natural y el concepto social de acción, y, al propio tiempo, sus similitudes, puesto que el concepto social de acción no puede evadirse fácilmente su íntima relación intelectual con el concepto naturalista de acción.

<sup>119</sup> *Ibem*. De lo dicho *ut supra*, resulta que lo que quiere el autor de la conducta a través de su hacer, es decir, la dirección de su voluntad, la finalidad de su conducta, no es interesante, por lo que se refiere al concepto social de acción. “Basta con que el agente haya querido ‘una cosa cualquiera’; la cuestión de qué ha querido, está excluida del concepto de acción”. Obviamente, tal problema ha de ser resuelto o, al menos, analizado. Sin embargo, eso no sucede dentro del concepto de acción, sino posteriormente en el interior de la doctrina de la culpabilidad. Queda claro, pues, la directriz marcada por este concepto social de acción.

olvida, que ésta es un ejercicio final de la actividad humana, en principio. El autor de la conducta contempla la meta, antes de escoger el medio (y de prepararse en consideración a dicho propósito) para la acción.

Para Welzel,<sup>120</sup> la acción tiene como característica principal “la anticipación del fin en el pensamiento”. Presume, por consiguiente, una voluntad específica dirigida a un objetivo y una manifestación final de dicha voluntad. En la concepción welzeliana de la acción, rige el principio fundamental no de cualquier actividad humana, sino el de “una actividad final humana”.<sup>121</sup>

De cualquier manera, la explicación de una cosa (aunque pueda contener el contexto de la misma), requerirá —ante todo— aclarar la cuestión de lo que ha sido querido por el agente, es decir, cualquier noción causal que se haga de la acción, se proyecta en dos partes relativas a un fenómeno vital uniforme.

Así, a la acción (y consecuentemente al tipo del delito) pertenecerá la producción de un resultado. Si el autor pretendió conseguir dicho resultado (o si el resultado se produjo más bien sin quererlo) esta cuestión queda fuera del concepto de acción para ser aclarada, posteriormente, dentro de la doctrina de la culpabilidad.

Dicho de otra forma: la diferenciación entre el homicidio doloso y el homicidio culposo no se hace ni en la esfera de la acción, ni en la parcela del tipo (como una acción tipificada por la ley) sino únicamente en la parcela de la culpabilidad. Efectivamente, resulta asaz difícil hablar de una acción (conducta) de homicidio, si no se sabe todavía, si el autor quiso la muerte del sujeto pasivo.<sup>122</sup>

2. Piensa Maurach que si las doctrinas causales de la acción identifican el concepto de acción con la producción del re-

120 Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 112, *passim*.

121 *Ibidem*.

122 Maurach, Reinhart, *op. cit.*, nota 108, p. 6.

sultado, es muy difícil entender la ubicación de ciertas clasificaciones de la manifestación de voluntad que no producen resultado.<sup>123</sup>

3. Estima el ilustre profesor alemán (seguidor de Welzel en sentido crítico, repetimos) que el concepto causalista de acción (según él) es igual a la causación de un resultado y no constituye, desde luego un fundamento sólido del delito. Recuerda Maurach que no fue por mera casualidad que, en tiempos pasados, dentro de la dogmática jurídico-penal alemana hubo voces que rechazaron totalmente la aplicación de la acción como fundamento del delito.

Ante esta tesitura, Maurach (en las conferencias anteriormente reiteradas) repitió que el origen del concepto final de acción tiene su fundamento en dos raíces: por un lado, una causa psicológico-filosófica; y, por el otro, en la ciencia del derecho penal, o dogmática jurídico-penal.<sup>124</sup>

A. La doctrina de Hans Welzel (referente al concepto final de acción) constituyó una reacción típica frente al mal llamado dogma de la causalidad, mismo que fue presentado en las doctrinas causales de acción. No obstante (antes de Welzel), hubo penalistas alemanes (por cierto muy destacados) que *rechazaron la tesis doctrinal de que la acción es causación del resultado y de que la acción criminosa es la pura causación de un resultado antijurídico.*

Por ejemplo, se formulaban la pregunta de por qué el homicidio calificado era castigado con sanciones más graves que el homicidio simple doloso, y éste (a su vez) con penas más graves

<sup>123</sup> *Idem.* El ejemplo más frecuente es el de la tentativa delictiva. Se erige en elemento esencial de la misma la no causación de un resultado. En consecuencia, las teorías causales de la acción deberían acceder a la conclusión lógica de que (en la tentativa del delito) el autor no ha actuado de ninguna manera, conclusión totalmente absurda. Sin embargo, las teorías causales no han podido disipar totalmente las dudas surgidas respecto de esta situación.

<sup>124</sup> *Idem.*

que el homicidio culposo. En virtud de lo cual, creían que no era posible que tal diferencia residiera en el resultado.<sup>125</sup>

En estas condiciones, se razonaba que no tenía relevancia el hecho de si el autor de la conducta cometía homicidio calificado, homicidio doloso simple, o si únicamente incurría en homicidio culposo, ya que la punibilidad desigual de delitos de homicidio no dependía solamente de la causación del resultado, sino de la forma de las diversas acciones, ya que todas producen el mismo resultado.

De este modo: el homicidio calificado se caracteriza (dice Maurach, parafraseando a Welzel) por codicia o sevicia; el homicidio culposo se castiga con pena más leve, ya que el autor no quiso el resultado de la muerte. “Se admitió que el delito se califica no sólo por *el desvalor del resultado, sino también por el desvalor de las acciones, de la voluntad de las tendencias, finalidades y motivos del autor*; en definitiva por el desvalor del fenómeno de la acción de por sí”. Por ello, se llegó a distinguir entre tipos de delito preponderantemente *causales* y hechos punibles en su mayoría  *finales*, es decir, caracterizados por los fines del agente.

B. En estos prolegómenos de su elaboración de la teoría final de la acción, le fue factible a Welzel enfocar la problemática de forma sistémica basándose en las doctrinas filosóficas que, en Alemania se encontraban representadas por los filósofos *Richard Höningwald* y *Nicolai Hartmann*. Así la acción humana es dirección final del suceso causal: *acción es actividad final humana*.<sup>126</sup>

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 7. Efectivamente “no es posible que tal diferencia dependa del resultado. Pues, no tiene importancia el hecho de que si el agente comete homicidio calificado o doloso, o simplemente homicidio culposo”; ya que en todos estos casos “el resultado es el mismo: un hombre muerto y el cadáver sigue siendo cadáver”.

<sup>126</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 2, pp. 11 y ss. Welzel afirma que, durante cierto tiempo, algunos críticos de su doctrina se refirieron (cada vez más) a su origen y creían poderlo detectar en una relación de dependencia con un sistema filosófico determinado, concretamente el de Nicolai Hartmann. Tal vez

El ilustre creador del finalismo aclaró que (sin duda) no tendría que avergonzarse de que el origen de su doctrina estuviera en la filosofía de Nicolai Hartmann, siempre que eso fuera cierto, que no era precisamente el caso en su particular opinión. En estas condiciones, consideró conveniente aclarar la cuestión.

Según la propia afirmación del creador de la doctrina finalista, las sugerencias para la formulación de su tesis doctrinal no las recibió de Hartmann, sino de la psicología del pensamiento y la primera de ellas, precisamente, de la obra *Grundlagen der Denkpsychologie (Fundamentos de la psicología del pensamiento)* del filósofo Richard Hönlswald.

También —señala el maestro— recibió otras inspiraciones de los trabajos de los psicólogos Karl Bühler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters y de los fenomenólogos P. F. Linke y Alexander Pfänder, entre otros.<sup>127</sup>

En estas condiciones, el creador del finalismo estima que Hartmann no ejerció ninguna influencia sobre los autores menciona-

(afirma Welzel) fue Engisch el que suministrara base para ello, cuando en 1944 llamaba a Hartmann “mi garante”. En la misma línea se manifestó Hall en relación a Hartmann, y lo consideró como *el maestro filosófico de los finalistas*.

Por su parte, Würtenberger aludió a la “aceptación acrítica” de las doctrinas de Hartmann. Klug estima que constituye una “tesis clásica del finalismo”, que la inclusión del dolo en el tipo se deriva de la ontología de Hartmann. En fin, Oehler creía que la separación del dolo y la culpa, representaba una consecuencia de mi aceptación de la doctrina de los valores de Nicolai Hartmann, y así un largo etcétera. Durante cierto tiempo, Hans Welzel se mantuvo en un discreto silencio en cuanto al origen de su doctrina finalista, ya que él entendía que (en la ciencia) sólo debería concederse importancia al contenido de verdad de una afirmación y no al posible origen de la misma.

<sup>127</sup> *Idem*. Todos estos trabajos (aparecidos en la década de 1920 a 1930) produjeron la ruptura con la antigua psicología mecanicista, de elementos y asociaciones y pusieron de manifiesto una forma de realización de los actos anímicos, que no eran meramente causal-mecánica. Aclaró Welzel, que denominó a esta forma de realización “intencional de sentido” y la seguí desde la acción “interna”, de los *actos de pensamiento*, en los que había sido puesto de manifiesto por los trabajos de aquellos autores, hasta los *actos voluntarios* y la *realización de la voluntad* (es decir) hasta la *acción externa*.

dos y sus trabajos, sino que (contrariamente) incorporó a su pensamiento los conocimientos (en aquella época) muy acalorados y que, posteriormente, se convirtieron en un patrimonio común del curso no-causal de determinados actos anímicos.

Fue (después de 1930) que desarrolló en sus grandes obras ontológicas una teoría general de los estratos del ser, puntualizando Welzel que, hacia 1920, Hartmann era considerado un neokantiano en periodo de evolución (bajo la influencia de la fenomenología) hacia un realismo crítico.

No obstante, Welzel expone que el análisis, de una claridad meridiana, de la estructura de la acción en la *Ethik* de Nicolai Hartmann y en su *Problem des Geistigen Seins* (*Problema del ser espiritual*) me incitó a formular nuevamente mi pensamiento, en mi libro *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (*Naturalismo y filosofía de los valores en el derecho penal*) publicado en 1935 y en la utilización del término más conocido de *finalidad*, en lugar del vocablo menos acertado de “intencionalidad”.<sup>128</sup>

En conclusión (para dejar el problema aclarado) Welzel señala que en la comprobación de la tesis de la estructura final de la acción, sólo basta remitirse a las explicaciones de lo anteriormente dicho y a la bibliografía filosófica y psicológica, citada *ut supra*. Dicha comprobación se obtiene a través de la vía de la que surge todo conocimiento de las cosas, es decir, de los datos de la experiencia interna y externa y de su explicación racional (categoría).<sup>129</sup>

Más recientemente, Maurach señala que la teoría final de la acción, creada por Welzel y continuada por Busch, Niese, Stra-

<sup>128</sup> *Idem*. El complejo esquema sistémico de Hartmann en los tomos de su *Ontologie* (publicados después de 1935) según Welzel ha deformado —especialmente en la ciencia del derecho, separada la mayor parte de las veces de la filosofía, por lo menos en esa época— la visión de la situación en que se hallaba la filosofía alemana en el tercer decenio del siglo XX (de igual manera, que la obra de Hartmann fue oscurecida, posteriormente, por el existencialismo).

<sup>129</sup> Márquez Piñero, Rafael, “La antijuridicidad y las modernas corrientes del derecho penal”, *Revista Criminalia*, México, 2001, edición conmemorativa, *passim*.

tenwerth y Armin Kaufmann, entre otros, tiene su origen en la filosofía de Höningwald (*Bases de la filosofía del pensamiento*) y Nicolai Hartmann (*El problema del ser espiritual*, 4a. ed.) alcanzó su esplendor en la década de los 60.<sup>130</sup>

De conformidad con el pensamiento expresado, Maurach manifiesta que la acción (siempre constituida por una conducta humana, en oposición al acontecer causal objetivo [proceso material causal] y también a la reacción instintiva del animal) *consiste en la dirigibilidad de la acción real*, a través de la incorporación de componentes propios de determinación hacia “lo deseado”.

La acción es *actividad humana final*. De la misma manera, Welzel señala que la finalidad o el carácter final de la acción se fundamenta en que el ser humano (gracias a su saber causal) puede prever (desde luego, dentro de cierto límite) las consecuencias posibles de su actividad. Por tanto, puede fijarse fines distintos y encauzar su actividad (conforme a su diseño) a la obtención de esos fines.<sup>131</sup>

Interpretando el pensamiento de Welzel en el sentido que analizamos, Maurach y Zipf destacan que la finalidad y la causalidad tienen su diferencia, esencialmente, en el intercambio de los momentos lógico-temporales de relación; la segunda constituye el producto de una cadena causal determinada en forma objetiva, cuyas conexiones requieren una explicación —posterior— también objetiva.

Por su parte, la finalidad, que conoce o estima conocer las leyes de la causalidad, basándose en la experiencia, hace una valoración anticipada de estos conocimientos, *supradeterminando el nexo causal* y utiliza los medios que le permitirán dirigir el acontecer causal hacia el fin perseguido: “la causalidad es ciega, la finalidad vidente”.

En ella (la finalidad) la constelación causal aparece ordenada en consideración a la obtención de la meta, de tal manera que

<sup>130</sup> Maurach, Reinhart-Heinz Zipf, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1994, t. 1, pp. 255 y ss.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 255 (más detalladamente, Klug, Emge-Festschrift, § 34).

(en el caso del homicidio doloso intencional) la secuencia de movimientos corporales vendría determinada de la siguiente forma: se compra el arma, se obtiene informaciones para elegir la ocasión propicia, se coloca el agente al acecho, se apunta el arma y se dispara. En definitiva: *todos ellos, actos dirigidos a la meta, sometidos a un plan conjunto*.<sup>132</sup>

De cualquier manera, la actual relevancia dogmático-jurídica de la teoría final de la acción se concentra —sustancialmente— en haber destacado un aspecto decisivo para la fundamentación de la pena: “la estructura final de la conducta humana”. Por tanto, el finalismo ha sido capaz de aprehender (en cierta medida) *el componente antropológico de la responsabilidad penal*.<sup>133</sup>

También (frente a un hecho culposo) resulta posible hablar de una utilización errónea de dirección final. Tal situación queda bastante bien enmarcada en la frase “lesión evitable de un bien jurídico”, que es abundantemente citada para tratar de caracterizar los hechos punibles culposos. Así: *el delito culposo puede ser entendido como la falta de la dirección final generalmente exigida y que el autor puede dar a sus acciones*.<sup>134</sup>

Con todo lo dicho *ut supra*, obviamente se han producido cambios en la ubicación y en la perspectiva inicial de la crítica a la teoría final de la acción. *De un lado*, la idea de la orientación hacia un fin de la noción ontológica de acción se ha impuesto (para muchos, se impuso) en forma progresiva. *De otro lado*, se detectaron ciertas objeciones a la homologación igualitaria de finalidad y dolo para los delitos culposos, característica del finalismo.<sup>135</sup>

Desde un punto de vista funcional y de desarrollo histórico, *la teoría social de la acción* se encuentra entre la teoría causalista y la teoría finalista. De hecho, su punto de partida se ubica, al menos en parte, en los años treinta; pero únicamente adquiere

132 Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 98, pp. 99 y ss.

133 Maurach-Zipf, *op. cit.*, nota 130, p. 260.

134 *Idem*.

135 *Idem*.

su mayor proyección después de terminada la segunda conflagración mundial.<sup>136</sup>

Precisamente, dada la diversidad de formulaciones de la teoría social de la acción, resulta ciertamente dificultoso constatar un nexo de unión entre ellas. No obstante, *este elemento común de lo diverso* (entrañable expresión aristotélica) se encuentra constituida por la atención prestada a la *relevancia social de la conducta humana* (ya sea de acción o de omisión).<sup>137</sup>

Sin duda, la diferenciación (respecto de la teoría causal de la acción) se produce (en referencia al concepto de relevancia social) en la exigencia de un punto de vista valorativo, con lo que ocurre que el concepto social de la acción se transmuta, se transforma “en el concepto normativo de ella”.

Por lo que hace a su estricta delimitación con la teoría finalista de la acción se origina en el hecho de que la teoría social de la acción no surge del modelo final de la actividad humana y en que (por otra parte) tampoco es considerada toda conducta desde la perspectiva de la dirección final.

No obstante, la delimitación es flexible, fundamentalmente porque (por una parte) la teoría social de la acción puede incluir la dirección final de la misma dentro de su modelo; mientras (por otra parte) la teoría final de la acción no se encuentra constreñida a negar la relevancia social de las conductas humanas.<sup>138</sup>

<sup>136</sup> La teoría social de la acción surgió, por un lado, de la teoría causal de la acción, y, por el otro (esencialmente) tras la guerra terminada en 1945, como resultado de un desarrollo ya independiente. La gran amplitud de su base de conocimiento es (simultáneamente) su fuerza y su debilidad. En tal sentido viene a cumplir un rol de intermediación, aunque por esa razón se dificulta bastante su unidad interna. Por supuesto, las diversas formulaciones de la misma (aunque coinciden en lo principal) difieren en los matices en los detalles, y muchas veces hasta en el contenido, aunque se respetan las características generales de la misma.

<sup>137</sup> Rudolphi, Has-Joachim, *Causalidad e imputación objetiva*, trad. Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de derecho penal y Filosofía del Derecho, 1998, *passim*.

<sup>138</sup> Maurach-Zipf, *op. cit.*, nota 130, pp. 263-264.

Con un detenido análisis de las posibilidades de compromiso entre las tres teorías de la acción, se puede estimar que (según la estructuración de cada una) hay una incompatibilidad manifiesta entre las teorías causal y final de la acción, que se excluyen mutuamente.<sup>139</sup> Esta situación varía, considerablemente, respecto de la teoría social de la acción que está abierta hacia los dos lados (causal y final).

De cualquier manera, una componenda con la teoría causal de la acción implicaría (necesariamente) que esta última admitiera el punto de vista normativo para la acción. En caso de que una cosa así ocurriera, la teoría causal se negaría a sí misma, convirtiéndose en una teoría social de la acción. Contrariamente, la cooperación entre las teorías social y final se antoja hacer lo más conveniente, puesto que ellas no se excluyen mutuamente, antes al contrario se complementan.<sup>140</sup>

Sin embargo, las teorías final y social de la acción captan la esencia de la conducta humana en sí, sólo que desde distintos puntos de vista. Así, por ejemplo, la teoría social en cuanto acontecimiento de la vida social común en relación al fenómeno humano

<sup>139</sup> *Ibidem*. La posibilidad de una teoría causalista-finalista vendría determinada, *per se*, a un rotundo fracaso, ya que entre las dos no existe ningún consenso posible, en relación al cuestionamiento referente a la inclusión del resultado en el concepto de acción.

<sup>140</sup> *Idem*. Una afirmación de juicio sobre la teoría social de la acción tiene dos perspectivas: en primer plano, la gran amplitud de lo que constituye el punto inicial de su investigación. Porque, así como la teoría final de la acción fue criticada por su excesiva estrechura, a la teoría social de la acción puede hacerse el reproche justamente de lo contrario, es decir, su gran extensión y una considerable falta de contenido.

Desde un segundo punto de vista, si se tiene en cuenta el concepto de relevancia social (estimado independientemente de los tipos penales) es cierto que su capacidad delimitadora resulta pequeña, ya que (generalmente) la conducta humana tiene, por su propia esencia, una relevancia social.

Por otra parte, en el supuesto de entenderse la relevancia social en forma antecedente al tipo penal, el concepto de acción pierde su eficacia como elemento general del delito previo al tipo, puesto que con la sola relevancia social no sería factible manejar, con cierta seguridad, la función delimitadora, a la que venimos aludiendo.

interno; por esta razón, ambos puntos de vista se complementan perfectamente.

En otro sentido, las teorías final y social de la acción tratan de captar la esencia de la acción humana en sí misma, nada más que desde perspectivas distintas. Así: la teoría social, en cuanto acontecimiento ínsito en la vida social ordinaria, y la teoría final de la acción en referencia al fenómeno humano en su interinidad. De ahí que ambos puntos de vista sean complementarios entre sí.<sup>141</sup>

El desarrollo que Jescheck ha caracterizado, bastante adecuadamente, parece acercarse a esa pretensión: “se ha impuesto paulatinamente ‘el alto grado de fuerza de convicción propio de la sistemática actual’ ”. Sin duda, este resultado es, simultánea y completamente suficiente.

Ningún partidario del finalismo —defensor del mismo a ultranza— puede pedir al poder judicial —e inclusive al legislador— una “declaración expresa y fundamental” de adhesión a las bases o fundamentos teóricos del finalismo. Lo mismo resulta válido, solamente que a la inversa, para los defensores de la teoría social de la acción.

Tal situación resultaría cuando menos perjudicial, ya que supondría ubicar elementos extraños a la dogmática jurídico-penal, con la consecuencia de perjudicar, o al menos inhibir su evolución.<sup>142</sup> Por ello resulta suficiente que los más conspicuos re-

<sup>141</sup> Maurach-Zipf, *op. cit.*, nota 130, p. 267. La teoría social (por lo menos a la manera defendida por Jescheck y Wessels) y la teoría final de la acción son coincidentes (en su contemporaneidad) en sus resultados prácticos respecto de la clasificación de los elementos de la estructura del hecho punible en las diversas fases del delito (especialmente en la ubicación del dolo y la culpa general en el tipo). Ante dicha coincidencia en el resultado (en opinión de Maurach-Zipf) parece inadecuado incidir más profundamente en las disputas sobre el concepto de acción en la dogmática jurídico-penal alemana, resultando más conveniente (por el contrario) intentar establecer una secuencia punitiva, a través de señalar aquello que existe en común, en ambas concepciones jurídicas.

<sup>142</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, nota 59, especialmente lo relacionado con lo referente a la problemática que nos ocupa (a la que ya nos hemos referido

presentantes de la ciencia penal (independiente-mente de que pertenezcan a las teorías social y final de la acción) se encuentren dispuestos a extraer las consecuencias prácticas derivadas de la clasificación del dolo y la culpa general dentro del tipo.

Por su parte, Günther Jakobs define la acción “como causación de un resultado individualmente evitable” y distingue por una parte el concepto final de acción, en cuanto excluye del concepto de acción la dirección del impulso, y por la otra, el concepto social de acción en cuanto atiende a la evitabilidad.<sup>143</sup>

En este sentido, el complejo fenómeno de la investigación jurídico-penal de la causalidad sólo puede ser debidamente estudiado, cuando se parte de una clara diferencia entre las perspectivas empíricas y las normativas. De manera precisa, ahí radica el interés principal de la teoría de la imputación objetiva del resultado.

Para dicha formulación doctrinal “la causalidad sólo es la condición mínima; a ella debe agregarse la relevancia jurídica de la relación causal entre el sujeto actuante y el resultado”. Por

ut supra). Por las mismas razones hay que considerar como irrelevante, secundario (para la persistencia de la secuencia de la evolución), que los adscritos a las teorías social y final de la acción, tengan ya una concepción común de la acción (*una teoría final-social*) o, por el contrario se ubiquen, en una común determinación del ilícito. De cualquier manera, los esfuerzos por radicar el concepto de acción entre la perspectiva social y la final se acrecientan constantemente.

<sup>143</sup> Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 168 y ss. El ilustre maestro distingue entre la dirección de la acción y el control del impulso, y añade “en la determinación del concepto de acción no se trata sólo de imputar su acción a un sujeto, sino que al establecer el concepto de acción se determina simultáneamente lo que es un sujeto y lo que es su acción. De todos modos, el derecho penal vigente determina que sujeto actuante sólo puede serlo una persona física y no una persona jurídica. La constitución psicofísica de la persona, relevante para el injusto penal no está establecida desde el principio”. Ya la diversidad de los conceptos de acción, hasta ahora manejados en el injusto, implica también una diversidad de sujetos actuantes. El sujeto que actúa voluntariamente en el concepto causal de acción se encuentra menos especificado que el sujeto que actúa (directivamente) en el concepto final de acción.

consiguiente, la tarea investigativa de la causalidad se proyecta en dos niveles, estructurados uno sobre el otro, ya que, en primer lugar, debe ser examinada la causalidad empírica del resultado y —tras su afirmación— ha de procederse, en segundo lugar, con la imputación normativa del resultado.<sup>144</sup>

Para Jakobs, el intento más destacado (históricamente hablando) de limitar la causalidad a la imputable objetivamente se ha realizado mediante la teoría de la adecuación. La necesidad de limitar la causalidad (con independencia de la limitación que, de cualquier forma, tiene lugar a través del dolo y de la imprudencia) surgió esencialmente a través de los delitos cualificados por el resultado en su versión antigua.<sup>145</sup>

Hecha la aclaración (consignada en la cita 145) en esta situación legislativa, la cualificación por el resultado estaba ligada en exclusiva a si había sido causada, de tal forma que, de conformidad con el apotegma de la teoría de la equivalencia, se daba respuesta también por la cualificación, no obstante que —en una estimación valorativa— el autor no fuera responsable del resultado. Y Jakobs ejemplifica: “a causa de predominar la propia culpa de la víctima o a causa de una desgraciada concurrencia de circunstancias en el caso”.

En esta tesitura, Jakobs señala que la *teoría de la adecuación* no sustituye a la de la equivalencia, sino que únicamente excluye “la equivalencia de todas las condiciones”. De conformidad con la teoría de la adecuación, “una causación sólo será jurídicamente

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 237. “Naturalmente, la relevancia de los cursos causales no se limita sólo objetivamente, sino que también la exigencia de un aspecto subjetivo del hecho, congruente, tiene un efecto limitador. Sin embargo, aquí se especificarán en primer lugar aquellos presupuestos o requisitos de la imputación que —como ya la causalidad— son independientes de la relación del sujeto con ellos”.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 238. A tales efectos, Jakobs aclara que “en tales delitos no se requería (referente al resultado cualificante) ‘al menos imprudencia’ ni ninguna relación de naturaleza subjetiva”, dado que faltaba un precepto legal similar al § del StGB (para mayor claridad, Jakobs señala que el parágrafo 256 StGB fue añadido por la 3a. Ley de Reforma Penal de 4 de agosto de 1953.

relevante (en la versión antigua: sólo valdrá como causación en sentido jurídico) si no es improbable.<sup>146</sup>

En la perspectiva valorativa de la *teoría de la adecuación* es preciso establecer una diferencia nítida entre: a), la adecuación de una consecuencia de determinado género; y b), la de un determinado curso causal para una consecuencia.

A. La probabilidad de una consecuencia es en el supuesto extremo un criterio de la imputación. Hay acciones cuya escasa probabilidad de resultado excluye la responsabilidad cuando, a pesar de la escasa probabilidad, acaece el resultado.<sup>147</sup>

B. La adecuación de un determinado curso causal con respecto a una consecuencia —y sobre ello versa la adecuación del principal ámbito de aplicación de la teoría— no existe. Se trata de que un

<sup>146</sup> *Idem*. Esta teoría fue creada por von Kries y, desde ese momento, se utiliza como instrumento solucionador para diversos supuestos problemáticos (delimitación general de la responsabilidad, concepto de peligro, desviación con respecto al dolo, marco de los delitos imprudentes y consumación anticipada entre otros). En estas condiciones, la jurisprudencia penal no ha dejado de rechazar la aplicación de la teoría de la adecuación, incluso en los delitos cualificados por el resultado en su versión antigua.

De otra forma, la jurisprudencia civil, que se sirve de ella especialmente para limitar la responsabilidad por el peligro y para completar la causalidad que da lugar a la responsabilidad. No obstante, en la doctrina penal ha encontrado (por lo menos hasta ahora) amplio consenso la teoría de la relevancia. En definitiva, la teoría de la dirigibilidad (*Bezweckbarkeit*) objetiva según la cual la responsabilidad debe ser limitada a los cursos causales dominables por una persona razonable, viene a desembocar en la teoría de la adecuación.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 239. Jakobs pone el siguiente ejemplo: “*Quién* —sin más intervención ni conocimiento— hace que su hijo viaje en un avión comercial con la esperanza de que muera en un accidente, lo que efectivamente ocurre, *no responde, porque no sobrepasa el riesgo permitido*”. No obstante, *el riesgo permitido no depende sólo del grado de probabilidad, sino también de la clase de riesgo, de la situación en la que éste se desencadena*, etcétera. “El juicio de adecuación no puede sustituir al enjuiciamiento diferenciado que se realiza a través del riesgo permitido y es superfluo junto a éste.

El propio Jakobs añade que: “Cuando Wolter (*GA*, 1977, pp. 257 y ss.; y 271 y ss.), sabedor de esto, gradúa el juicio de adecuación en función de los distintos ámbitos vitales, únicamente cabe discutir, ya inútilmente, sobre el nombre (¿adecuación graduada o riesgo permitido?)”, nota 53 del texto de Jakobs (referido *ut supra*) p. 239.

comportamiento (un disparo a una persona) condiciona un resultado (la muerte), pero de un modo desacostumbrado y en este sentido inadecuado (la víctima del disparo fallece en el hospital en que se le había ingresado, en un incendio, por la noche).

Esta ausencia de adecuación eliminaría la imputación objetiva, para algunas de las soluciones, desde luego sólo la imputación a título doloso, pero en todo caso (según la solución admitida actualmente), la imputación como injusto. Sin embargo, al hacer un examen suficientemente detallado del curso causal, “cada curso se revela rarísimo”.<sup>148</sup>

De cualquier manera, si refiriéndonos, dice Jakobs, a la relación colisión-lesión, ésta puede basarse en una secuencia desdichada de condiciones. Si pretendemos no abandonar la adecuación, hemos de preguntarnos, también, por la conexión adecuada “de las consecuencias intermedias perceptiblemente frecuentes”.

Así: “No se puede eludir la adecuación hasta en el detalle. A ello se añade un error genuino de la teoría de la adecuación”. A saber: *La teoría cualifica procesos causales con arre-*

<sup>148</sup> *Ibidem*, pp. 240 y 241. Como en casos anteriores Jakobs ejemplifica: “Si un conductor, cuyo vehículo patina con los neumáticos gastados, choca precisamente de un modo concreto contra la parte delantera de un camión que justamente se aproximaba a ese lugar, etc., resultando aplastado el pulmón del acompañante del conductor, lo que por último conduce a su muerte, al existir ya una insuficiencia del otro pulmón y producirse otras complicaciones, ésta es sólo una variante más del curso causal de entre las innumerables variantes posibles”. Si se agregan datos específicos más concretos, el curso causal acaecido no es especialmente más adecuado que lo que sería un fallo en los neumáticos no advertible. Sin duda, se puede pronosticar una cadena de sucesos no improbables (en el ejemplo: llantas gastadas, patinazo, colisión, lesión, muerte), pero tales sucesos no resultan factible pronosticarlos en concreto, sino sólo en el contexto de una forma de aparición usual. Tampoco es posible modificar la teoría de la adecuación en el sentido de que, abandonando la probabilidad del curso causal concreto, se atienda a la probabilidad de una forma de aparición usual.

A pesar de ello, dicha forma de aparición únicamente se podría apoyar en aquellas consecuencias intermedias que ocurren frecuentemente según la experiencia. En esta situación, habría que dilucidar, finalmente, la adecuación de los procesos causales situados *entre* estas consecuencias intermedias.

*glo a criterios estadísticos (¿probable?) y de perceptibilidad general (¿forma de aparición usual?), sin alcanzar a exponer la relevancia normativa de estos criterios.*<sup>149</sup>

Finalmente, independientemente de las posibles insuficiencias de la teoría de la adecuación (prolijamente expuestas, anteriormente) tanto la adecuación del curso causal concreto, como la del curso causal referente a la forma de aparición usual, no resulta verificables en un número (destacable en la práctica) de supuestos fácticos.

De este modo: el hecho de que una determinada condición tenga consecuencias, también determinadas, es frecuentemente conocido en medicina, farmacia o química e inclusive puede ser empleada para fines específicos de conformidad con un plan; así: para terapias, envenenamientos, explosiones, aun cuando el curso causal entre condición y resultado sea desconocido y por ello no se pueda enjuiciar su adecuación.<sup>150</sup>

Para Arthur Kaufmann (desde una perspectiva iusfilosófica) los hechos jurídicos son la materia del derecho, la realidad es de la legislación; su número inabarcable, ilimitado. Para Kaufmann, el hecho jurídico más relevante “es la *acción* en sentido jurídico”. Según él, puede ser definida como la conformación “responsable” y significativa de la realidad, con la secuela de

<sup>149</sup> *Idem.* No obstante, en contra de la teoría de la adecuación, determinados cursos causales (rarísimo) pueden llegar a ser normativamente relevantes sin corresponderse con una forma de aparición usual. A estos efectos, Jakobs ejemplifica: “Si un veneno común en una persona que se droga con un medicamento sumamente raro, a causa de su constitución modificada a través de esa adicción, no surte efecto en el estómago —como suele— sino en el esófago (o no antes de los intestinos) a pesar de la extrema improbabilidad del curso causal concreto no cabe aportar ninguna razón para no imputar el resultado; pues la consecuencia constituye la realización del peligro causado por el autor en las condiciones del caso concreto”.

En otras palabras, la facticidad del injusto adquiere especial relevancia en la secuencia natural del curso causal.

<sup>150</sup> *Idem.* “También fracasa la teoría de la adecuación en supuestos por separado muy raros, pero que en conjunto acarrear a menudo el resultado (ejemplo: reacciones psíquicas individuales a estímulos complejos)”.

las consecuencias causales (en amplio sentido) que la voluntad es capaz de controlar y, por consiguiente, imputables a quien actúa.<sup>151</sup>

En esta tesitura, dicho concepto de actuación abarca no sólo comportamientos jurídicos y antijurídicos, intencionales y negligentes, ejecutados o simplemente iniciados, de autoría y complicidad, sino también, al lado de la *acción positiva* (hacer) la *omisión*, entendida como un acto no realizado (no hacer) pero cuya concreción realizadora era esperada en el orden jurídico. Actuación, pues, en relación con un deber de evitación de un resultado jurídicamente destacable, relevante.

Distinta de la actuación jurídica y antijurídica es la *actuación no valorada por el derecho*, conocida como *espacio libre de derecho*. Se trata, por tanto, de una forma de comportamiento, en su mayor parte la de aquellas conductas en estado de necesidad que son jurídicamente relevantes y se encuentran regulados jurídicamente, pero que *racionalmente* no son susceptibles de ser valorados como jurídicos o antijurídicos.

En estos casos, el legislador establece una regulación, lo que frecuentemente es desconocido (por ejemplo, cuando declara la conducta correspondiente como *no punible*). No obstante, el legislador (adrede) prescinde de una valoración, se la deja a los interesados. En buena técnica jurídica, esta situación debe denominarse “espacio libre de valoración jurídica”.<sup>152</sup>

<sup>151</sup> Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, trad. Ana María Montoya, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 211 y ss.

<sup>152</sup> *Ibidem*, pp. 407 y ss. Lo importante será, por consiguiente, tratar de establecer en qué consiste el denominado “espacio libre de derecho”. Claro está, que, desde nuestra perspectiva jurídico-penal, la cuestión se ubica exactamente en la *relevancia* que pueda tener para el *derecho penal* dicha doctrina, ya que es precisamente en los ordenamientos jurídico-penales donde alcanza su mayor significación. La doctrina del *espacio libre de derecho* ha encontrado (desde hace tiempo) un lugar preponderante en la ciencia jurídica, y más específicamente en la dogmática jurídico-penal, donde tiene numerosos partidarios. No obstante, no ha conseguido imponerse unánimemente, ya que también ha tenido (y sigue teniendo) numerosos detractores.

Esta posición relevante en la dogmática jurídico-penal, ha cosechado razones de rechazo muy variadas (véase nota 152). Así, en principio, las consecuencias derivadas de un grave *malentendido*. Reiteradamente, se objeta “que la renuncia a la regulación jurídica en el ámbito propio de la criminalidad (por ejemplo en relación con el aborto) conduce a un estado de naturaleza sin derecho y, en consecuencia, al reconocimiento del derecho del más fuerte”.<sup>153</sup>

Conviene agregar que el “espacio libre de derecho” no significa *jurídicamente no regulado*, sino *jurídicamente no valorado*; sin embargo (a fuer de sinceros), tenemos que reconocer que la expresión “libre de derecho” es desafortunada y, por tal motivo, fuente de grandes confusiones.<sup>154</sup>

Los modos de comportamiento no regulados jurídicamente, puesto que el derecho no se interesa en absoluto por ellos, reciben la denominación (en la teoría del derecho) de “vacíos de derecho”. Estamos en presencia de ciertas actividades que no se encuentran jurídicamente reguladas, ya que el derecho no se interesa lo más mínimo por ellas.

Por el contrario, “en el espacio libre de derecho” nos encontramos con conductas relevantes y jurídicamente reguladas, que a pesar de ello *no pueden ser valoradas, adecuadamente, ni en*

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 408. En este sentido, Arthur Kaufmann señala que: “Con la interrupción del embarazo, *v. gr.*, los partidarios a favor y en contra del aborto librarían una abierta batalla campal en la clínica en donde se practique la intervención, con heridas recíprocas considerables, sin que de ello se desprendan consecuencias jurídicas”. El ejemplo del profesor alemán, en mi opinión, es notoriamente desafortunado, ya que (cuando menos en México) el aborto es un delito contra la vida, ubicado en el título XIX, capítulo VI, artículos 329 y siguientes, del Código Penal Federal.

<sup>154</sup> *Idem*. Casi todos los no versados, en materia jurídica, entienden el “espacio libre de derecho” como una parcela completamente ajena a cualquier regulación jurídica. Lo anterior no debe sorprendernos, ya que a esas personas les resulta difícil de entender la diferencia entre lo “no punible” y lo “no regulado penalmente”. A ello, habría que agregar que, aun dentro de los partidarios de la doctrina del espacio libre de derecho, hay algunos que se expresan de manera poco clara y precisa.

*cuanto conforme a derecho, ni en tanto antijurídicas.* Como expresión caracterizadora de dichas conductas ambivalentes se utilizó la muy poco adecuada de *no prohibidas*. Aunque, tal vez, lo más correcto sería hablar de “espacio libre de valoración jurídica”, que no ha podido imponerse como concepto, en la materia que venimos tratando.

La problemática esencial de la doctrina del espacio libre de derecho consiste en el cuestionamiento sobre si todas las formas de comportamientos relevantes penalmente pueden ser concebidas, adecuadamente, en la dicotomía *jurídicas y antijurídicas* (aquí no se trata de “inocencia o culpabilidad”). La pregunta ha de ser respondida negativamente.

Las dos categorías se muestran ineficaces, de manera fundamental en los supuestos de “conflictos trágicos y de necesidad existencial”, es decir, en situaciones límites. De este modo, el conocimiento referente a que tampoco es posible solucionar determinados casos (supuestos de necesidad) exclusivamente sobre la base de la valoración *jurídico-antijurídico* no constituye ninguna novedad.<sup>155</sup>

Si pretendemos juzgar el ejemplo de la tabla de Carneades (véase nota 155) la dogmática jurídico-penal dominante, que en el ámbito de la antijuridicidad únicamente conoce las valoraciones *jurídico-antijurídico*, entonces X, quien permaneció en la tabla y se salvó a costa de Y, *mató solamente en “estado de necesidad exonerable de culpabilidad”* (§ 35 StGB, Código Penal Alemán), y —por tanto— de forma antijurídica.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 410. “Desde hace dos mil años, la mayoría de los filósofos de mayor entidad (Aristóteles, Cicerón, Tomás de Aquino, Kant, Fichte, Hegel, Jaspers, Sartre y un largo e impresionante etcétera) intentan dar una respuesta. La discusión se inició con Carneades (filósofo helénico, nacido en el año 214 a. C.), quien —por lo menos— nos obsequió su famosa tabla”. Con el transcurso del tiempo, han aparecido numerosas variantes de la “tabla de Carneades”, si bien la más famosa se refiere al siguiente supuesto fáctico: “Dos naufragos intentan salvarse asiéndose a una tabla flotante, que evidentemente no puede soportar más que a uno. Cada uno de los dos intentan respectivamente separar violentamente al otro de la tabla. X se salva. Y se ahoga”.

De esta situación dimana la extraña consecuencia de que (desde la perspectiva del derecho): “O uno de los dos se ofrece voluntariamente a ahogarse o ambos habrían tenido que ahogarse”; provocando la sarcástica expresión de Karl Binding de denominar “la sinrazón misma” a una “solución” tal.<sup>156</sup>

Todo el ejemplo, que se viene manejando, finalmente, termina por desembocar en un auténtico callejón sin salida, del que no resulta posible evadirse, porque se diga que la acción de uno, en tanto ataque, es antijurídica y, en cuanto defensa, se torna jurídica; ya que agresión y defensa se encuentran indisolublemente unidas, porque una y la misma acción resultaría, así, jurídica y antijurídica: lo cual constituiría un ejemplo paradigmático de la vulneración del principio de contradicción. Al llegar a este punto, la dogmática jurídico-penal (conocedora únicamente de la dicotomía valorativa jurídico/antijurídico) se encuentra en un callejón sin salida.<sup>157</sup>

La situación requería (demanda, pues) una solución adecuada. Kaufmann (cuyo pensamiento venimos siguiendo) estima conveniente partir de ejemplos, para desembocar en la formulación teórica correspondiente, así dice literalmente:

Luego de un accidente en masa en una autopista, dos heridos de gravedad son trasladados al hospital. El médico jefe responsable conecta a uno de los dos heridos a la única máquina de corazón y pulmón todavía disponible.

<sup>156</sup> *Idem*. La aporía (dificultad lógica que presenta un problema especulativo) resulta aún más grave, ya que: “Si ambos naufragos luchan entre sí para alcanzar la tabla, esto ha de juzgarse respectivamente como una agresión antijurídica (aun cuando exculpable). Frente a una agresión antijurídica es posible ejercer la legítima defensa. Por consiguiente, a cada uno le correspondería el derecho a la legítima defensa frente al otro. Legítima defensa frente a legítima defensa no existe”. Binding, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, 3a. ed., 1919, t. I, p. 765. *Cfr. op. cit.*

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 411. Resulta muy claro que a la doctrina que venimos comentando debe faltarle alguna categoría para entender, jurídicamente hablando, la conducta de X. Esta carencia es conocida desde hace tiempo.

Éste se salva; el otro, que *ex ante* tenía las mismas posibilidades de vivir muere; que fuera trasladado a otro hospital no era aconsejable, teniendo en cuenta su estado.

Por supuesto, la conducta del médico está “reglada jurídicamente” (homicidio, estado de necesidad), se cuestiona, no obstante, que la solución sea adecuada.

Sin embargo, no todos los autores coinciden en esta posición, así Jescheck tiene su propio enfoque del problema, y señala (en relación con el mismo ejemplo):

En tales supuestos se produce una *colisión de deberes jurídicamente insoluble*. El médico jefe no puede negar a ambas personas, gravemente heridas, la conexión con el único medio de salvación disponible, es decir, la máquina de corazón-pulmón, ya que lo contrario sería dejar de cumplir este deber (¿cómo, pues, ha de cumplir este deber?).<sup>158</sup>

De cualquier manera, en el concreto ámbito de tales perentorios casos de necesidad no resulta posible una *generalización*; dicho de otra forma, no existen *reglas válidas en forma general, que puntualicen, nítidamente, el deber de actuar de cada cual*. No resulta posible decir que una decisión específica sea gene-

<sup>158</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, notas 58 y 59, *passim*. Según el profesor alemán la persona que se encuentre en esta situación, se enfrenta a una colisión de deberes sin solución, ya que cualquiera que sea la decisión que tome, terminará actuando antijurídicamente. Semejantes posiciones (aunque con matices) adopta Günther Stratenwerth, quien señala que la problemática planteada (respecto del ejemplo del que nos venimos ocupando) ha de decidirse de tal manera que no sea posible formular un reproche socio-jurídico de culpabilidad. “La pena supone un quebrantamiento craso de normas sociales”. Para la situación, aquí contemplada, realmente no existen reglas de decisión, ni tampoco soluciones, que puedan ser aceptables como un criterio generalmente aplicable. Stratenwerth, Günter. *Derecho penal. Parte general, I: El hecho punible*, trad. Gladys Romero, 2a ed., Madrid, 1976, pp. 162, ss. y concordantes. Entiendo (en lo personal) que las colisiones de intereses y de deberes, objeto del caso que nos ocupa no tienen otra solución que considerar la imposibilidad de actuar de otra manera, dadas las circunstancias del caso, aunque en un orden estrictamente valorativo pudiera hablarse de la incidencia de la antijuridicidad.

ralizable entendiendo por tal que (en todas las situaciones de estas características) se hubiese de salvar a una persona determinada, y dejar morir a la otra.

Con la doctrina que distingue entre *acción* y *resultado no valorados* es posible obtener una solución satisfactoria para nuestros casos. La doctrina adolece, no obstante, de defectos. No se ve con claridad cómo puedan ser juzgadas acciones que muestran, en efecto, un resultado no valorado, mas no una acción no valorada: ¿son jurídicas o antijurídicas, o ninguna de las dos lo es, y, entonces, qué son? (de esto dependen algunas cuestiones) *v. gr.*, si la legítima defensa es permitida en casos por el estilo.<sup>159</sup>

Para remediar tal situación (a riesgo de que podamos resultar reiterativos) merece la pena traer a colación la *teoría del espacio libre de derecho*, que arroja luz sobre esta problemática. Se trata de una tercera vía. En este sentido, la categoría de *no prohibido* tiene su ubicación sistémica entre la juridicidad y la antijuridicidad.<sup>160</sup>

Sin embargo, se formulan objeciones a la doctrina del espacio libre de derecho, ya que algunos sostienen que entre *juridicidad* y *antijuridicidad* no puede existir, conforme al principio del tercero excluido, un ámbito de lo “no prohibido”, ya que se trataría de un opuesto contradictorio.<sup>161</sup>

159 Kaufmann, Arthur, nota 151, pp. 414 y ss. El ilustre profesor señala con claridad la ambivalencia de la posición doctrinal comentada, debido a la difícilísima determinación (en casos concretos) de establecer la diferenciación entre acciones con un resultado no valorado, y la confusión que puede generarse de que la propia acción no esté valorada.

160 *Ibidem*, p. 414, *in fine*. Conviene enfatizar que acciones no prohibidas, en relación con la legítima defensa, el auxilio necesario, la participación, la tentativa y otras, deben ser estimadas como acciones ajustadas a derecho.

161 *Ibidem*, p. 415. La argumentación no requiere de una amplitud innecesaria, en primer lugar, ya que (según Arthur Kaufmann) “el *tertium non datur* no rige en la lógica normativa (deóntica) de la misma manera que lo hace en la lógica óntica (el *non* en el ámbito de las valoraciones no corresponde en todas partes al *non* del lenguaje corriente).

Realmente, la denominación “espacio libre de derecho” estaría más correctamente expresada como *espacio libre de valoración jurídica*. Por otra parte, tampoco el vocablo “no prohibido” satisface, plenamente, lo pensado. Más apropiado resultaría hablar de *prohibido-no prohibido*.

Lo anterior no quiere decir que “no prohibido” signifique “jurídico” y “no prohibido” resulta equivalente a lo “antijurídico”.<sup>162</sup> En tal sentido, la doctrina del espacio libre de derecho se corresponde con un genuino *orden jurídico libre* el cual, en casos de necesidad extrema y de conflictos, hace caso omiso de toda valoración.

Más claramente expresado, cuando hablamos “de espacio libre de derecho”, entendemos que el orden jurídico renuncia a valorar las conductas respectivas. De esta manera, quien actúa es responsable, *per se*, del grado de corrección de su actuación, él mismo se erige en destinatario o centro de atracción de las responsabilidades dimanantes de su conducta.

Arthur Kaufmann señala literalmente: “Quizá cause admiración que aquí se trate a profundidad una doctrina que en la ciencia —para no hablar de la práctica— tiene sin duda un carácter marginal, que nunca ha sido la doctrina dominante”. Para él lo anterior se debe a distintas razones:

A) Por una parte muestra, nítidamente, que la filosofía del derecho y la práctica jurídica “no están en absoluto junto una de la otra sin rozarse”.

En segundo lugar y, ante todo, por cuanto, y esto permitiría esclarecer a cualquiera, respecto de las valoraciones ‘jurídico’ y ‘antijurídico’ precisamente existe también una tercera posibilidad: *el abstenerse de valorar*. Cuando se valora, esto sucede conforme a la medida de categorías ‘jurídico-antijurídico’, pero no se tiene que valorar. No subsiste una disyunción excluyente, un *aut-aut*”.

<sup>162</sup> *Idem*. A estos efectos, Arthur Kaufmann señala que: “Lothar Philipps se pronuncia muy atinadamente al respecto: El espacio libre de derecho constituye el ámbito normativo de lo no prohibido para lo que, sin embargo, no es posible inferir una autorización o —equivalentemente— el ámbito de lo no permitido que no está, asimismo, autorizado”.

B) La filosofía del derecho está en condiciones de contribuir, en gran medida, a la superación de dicha problemática jurídica, “siempre y cuando no se practique sin contenidos”, como suele ocurrir en algunas ocasiones. Esta materia resulta, también, muy adecuada para el ejercicio del pensamiento filosófico.

C) Sin consideración a lo anterior, el ilustre profesor germano entiende que “el examen minucioso de la doctrina de la esfera libre de derecho se encuentra en condiciones de aportar algunas luces en otros ámbitos: libertad, democracia, relativismo, pluralismo, responsabilidad propia, tolerancia”. Es, precisamente, en relación con tales cuestiones que se mantiene a salvo la doctrina del espacio libre de derecho y donde muestra su pertinencia.

D) Finalmente, en opinión del jurista en comentario: “La doctrina del espacio libre de derecho es un ejemplo clásico de cómo ha de ser configurado el derecho en una sociedad de riesgo pluralista, tolerante”.

### III. CAUSALISMO Y FINALISMO, SIMILITUDES Y DIFERENCIAS. PRINCIPALES IMPACTOS DEL FINALISMO

Fernández Carrasquilla, al trazar las líneas generales de la evolución y de la secuencia dogmática de la noción de delito, expresa que una debida captación de los esquemas teóricos del delito: “o, lo que es igual, de la evolución histórico-científica de la noción dogmática”, requiere, al traer a colación parte de su temática, detectar los elementos comunes que determinan la tradición “y posibilitan la sedimentación doctrinaria en el devenir de la teoría”.<sup>163</sup>

<sup>163</sup> Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1998, vol. I, pp. 204 y ss. El ilustre maestro argentino manifiesta: “La línea de las transformaciones histórico-conceptuales pasa de la *bipartición* a la *tripartición*. La analítica del delito en dos elementos básicos (injusto y culpabilidad) caracteriza a las escuelas clásicas (*la alemana*, con Berner H.

Así como (en la nota a pie de página 163) se hace alusión a la bipartición, la *tripartición* empieza (*stricto sensu*) con la primera definición de Beling, en 1906. A los rasgos tradicionales de la antijuridicidad y la culpabilidad (en el examen de los cuales brilló a gran altura Liszt) se añade ahora, con fundamento en la teoría de las normas de Binding, la tipicidad, que se erige en el tercer elemento.

No obstante, este tercer elemento, *ab initio*, desempeña además la función de nota diferencial con el injusto extrapenal, cumpliendo, asimismo, la tarea (dimanante en su época del § 59 del Código Penal Alemán de 1871) de establecer el contenido referencial de la culpabilidad (*dolo* y *culpa*) y, por consiguiente, del error relevante.

En contadas ocasiones, en esta nueva analítica, se menciona la punibilidad en la definición del delito, por estimarse (como en su momento argumentaron Max Ernest Mayer y Edmund Mezger) que se incurriría en una tautología, o bien —realmente— no integra el delito, sino que es su consecuencia jurídica.

A pesar de ello, en ocasiones: “se observa esporádicamente en la primera definición de Beling (repetitivamente) en la segunda de Mezger, en las de Batagliani y Ranieri y en la hora actual, Muñoz Conde y, entre nosotros, Alfonso Reyes y también esta obra”. En definitiva, los autores citados y el autocitado participan de la posición de que la punibilidad únicamente integra la consecuencia jurídico-penal del delito.<sup>164</sup>

Mayer, Von Bar y Binding, en una tradición que parece venir desde Böhmer; *la italiana*, con Carmignani y Carrara, Pessina y Brussa) aun en la época de la ‘lucha de escuelas’ que protagonizan Liszt en Alemania y Ferri en Italia. Todavía Liszt define el delito como ‘el acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena’. Las dos primeras notas (antijuridicidad y culpabilidad) son los ‘caracteres genéricos’ y la tercera (penalidad o punibilidad) es el ‘carácter específico’ del delito. En la concepción *bipartita*, es idea general la de incluir la conminación penal en la definición del delito, como nota diferencial con el ilícito extrapenal, como lo hacen también Rossi y Hippel”.

<sup>164</sup> *Idem*, p. 205. “Cabe todavía agregar que Petrocelli atribuye la tradición tripartita a la doctrina italiana y no a la germánica, remontándola al § 53 del

Por su parte (en esta tarea aproximativa a la evolución del concepto de antijuridicidad) Marcelo A. Sancinetti pone de manifiesto algunas tesis fundamentales sobre el enfrentamiento del causalismo y el finalismo, en relación con la concepción subjetiva del ilícito.<sup>165</sup>

Sintéticamente, ante esa disyuntiva de situar el dolo comisivo del delito integrando el tipo penal (en la estructura de la teoría del delito) o si se ubicaba en la culpabilidad (para Sancinetti carecía de la necesaria relevancia) para él el dolo (como dato psíquico) está únicamente en la mente del autor.

Sin embargo, en tanto elemento de análisis de imputación,

puede estar ahí donde lo decida una clasificación útil de los elementos del hecho punible, ya que la denominada estructura de la teoría del delito es solamente una herramienta de análisis “construida” para la más correcta y justa solución de los casos penales, añadiendo que: “los elementos particulares, por tanto, no tienen ningún lugar fijo e inmodificable”.

El propio Sancinetti estima que (en la época referida) cabía preguntarse por las *consecuencias prácticas de la discusión entre causalismo y finalismo* y —en este sentido— surgían respuestas

Programa de Carrara (elemento material + elemento moral + contradicción con la ley jurídica), a Carmignani y aún a Deciano (delito es ‘un hecho del hombre, que una ley vigente prohíbe bajo pena para el dolo o la culpa (y) que ninguna justa causa puede excusar’. Dicho autor cifra la concepción tripartita en hecho, culpabilidad y antijuridicidad (ausencia de causas de justificación), propuesta muy similar a la formulada por Delitala (1930) y por Grispigni”.

<sup>165</sup> Sancinetti, Marcelo A., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998, pp. 19 y ss. “Cuando comencé a estudiar derecho penal en la década de los años 70 estaba de moda en Buenos Aires la discusión ya algo pasada de época en Alemania —de donde ella provenía—, acerca de si el dolo de cometer el hecho integraba el tipo penal en la estructura de la teoría del delito o si era un elemento de la culpabilidad. Esta era la cuestión que reflejaba una disputa entre lo se llamaba doctrina causal de la acción y teoría finalista”.

“tales como una diferente teoría del error, una distinta noción de autor, y, quizá, no mucho más que eso.”<sup>166</sup>

No obstante, para Sancinetti, resulta claro que un finalista, es decir, alguien que comprenda lo disvalioso de una acción mediante el contenido de la manifestación volitiva del autor, podría, además, convivir con las resultancias prácticas de la teoría del error causalista.<sup>167</sup>

*Prima facie*, se ha considerado que el causalismo puede ser la coyunda de la llamada “teoría del dolo, en materia de error”. La significación de la denominada teoría del dolo se explyea (según Sancinetti) de la siguiente forma: “la consciencia de la antijuridicidad forma parte del dolo, y, por tanto, un error sobre la prohibición excluye el dolo al igual que un error sobre los elementos del tipo penal (*regulación unitaria*)”.<sup>168</sup>

<sup>166</sup> *Idem*.

<sup>167</sup> Welzel, Hans. Como hemos reiterado, a través de este texto, el creador del finalismo (uno de los más grandes juristas del siglo XX) concebía la acción penal como el *ejercicio final de la actividad humana*.

<sup>168</sup> Sancinetti, Marcelo A., *op. cit.*, en nota 165, pp. 19 y ss. El maestro argentino señala que: “De modo sólo marginal acoto aquí que la teoría del error que verdaderamente rigió y que en gran parte sigue rigiendo aún en los países de América Latina —donde se supone que quedan reductos del causalismo— no admitía, en realidad, la relevancia del error de prohibición; más bien seguía apegada al brocardo *error iuris nocet*, como todavía hoy el artículo 10 del Código Penal Colombiano.

Conviene aclarar que, en la República mexicana, el artículo 15 (tanto del Código Penal Federal, como del Código Penal para el Distrito Federal) dice literalmente: “El delito se excluye cuando: [fracción VIII] se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
- b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código”.

Artículo 66: “En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate”.

Para culminar la larga referencia al autor comentado, conviene precisar alguna de las puntualizaciones que señala en las páginas 23 y 24 de su libro, reiteradamente citado, y que agrupa bajo el nombre de “*El quid de la divergencia*”. Se trata de un notable esfuerzo del autor argentino para tratar de prescindir de la abso-lutez diferenciadora y de relativizar el contraste entre los sis-temas causalista y finalista.

Sancinetti se pregunta: “Pero, entonces, ¿qué había de intere-sante en la discusión entre causalistas y finalistas, si ni siquiera la identificación de una acción” como tal “era diferente, dado que las causas de exclusión de la acción eran exactamente las mismas en los dos sistemas?”.

Según Sancinetti, lo esencial de la teoría de Welzel se en-contraba en que “el centro de gravedad del ilícito” no era la lesión a un objeto de bien jurídico: un cadáver, un rastro de sangre, un vidrio roto, etc. Lo decisivo es que un sujeto, un integrante de la comunidad, ha llevado a cabo una acción *con tendencia* al deterioro del objeto del bien jurídico, dando a en-tender que la vida de otro, su integridad corporal, su propiedad, le traen sin cuidado.

En consecuencia, la enfatización de la teoría de la imputación en la producción de resultados, en las lesiones a bienes, al ha-cerlo su pensamiento (en este sentido) no es el de un finalista, sino que, por una secuencia de logicidad, concluye siendo cap-tado por la *dogmática causal*.

El maestro argentino presenta esta contraposición con un ejemplo de la vida ordinaria. “Alguien se apuesta a matar a su víctima de un tiro; la espera y, cuando ella se acerca, efectiva-mente dispara y da en la cabeza, partiendo el cráneo”. A con-tinuación, se pregunta: “¿Qué es lo disvalioso, lo ‘malo’ de este episodio? ¿Que la víctima haya muerto?; ¿que el autor haya dis-parado?”.<sup>169</sup>

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 24.

“Sin duda *todo*, se podría contestar. Que el autor haya *hecho eso* y que la víctima *haya muerto*. Ciertamente es un dato negativo, no querido por el derecho, que, tras ese episodio, haya un hombre muerto”. La significación dolosa de la conducta típica no ofrece el mayor asomo de duda y en mi personal y modesta opinión se corresponde perfectamente con el ejercicio final de la actividad humana welzeliana, encauzada y dirigida a la producción del resultado mortífero.

Pero la *razón* por la cual esto es imputable al autor (dice Sancinetti) es la misma que existiría igualmente si,

por un movimiento repentino de la víctima, un desmayo por ejemplo, el proyectil sólo hubiera rozado la cabeza, y no tuviéramos más que un hecho tentado. Es decir que la razón de una imputación está siempre en aquello dominable por el sujeto a quien se le formula la imputación.

Y aquello que el sujeto puede dominar son sus *actos*; las consecuencias de sus actos sólo puede dominarlas en la medida que puede dominar sus actos. Ahora, dado que los resultados son siempre producto de un sinnúmero de condiciones, y que las acciones producen a su vez un número indefinido de consecuencias, el objeto de una imputación sólo puede llegar hasta el último instante en que el sujeto domina su hecho.<sup>170</sup>

Resumiendo, Sancinetti (como base de su argumentación) puntualiza las tesis siguientes:

1o. un principio de *lesividad*, en el sentido de que la medida de un hecho punible esté dada por la medida del daño material efectivamente causado por el delito sobre un objeto de bien jurídico, *es incorrecto*;

2o. la medida del ilícito es igual a la medida del dominio del sujeto sobre la posibilidad de menoscabar el objeto de bien jurídico;

170 *Idem*. “El resultado, como tal, está fuera de este ámbito; él siempre contiene una dosis de azar, posterior al dominio del sujeto sobre su hecho”.

- 3o. las representaciones dadas de hecho en cabeza del autor son constitutivas para el dominio del sujeto sobre su hecho;
- 4o. el peligro o daño externo no es constitutivo;
- 5o. la tentativa acabada constituye el punto final y más alto de todo ilícito posible; lo demás es casualidad.

Para Sancinetti, las tesis anteriores son correctas, considera que se encuentran acordes con los derechos fundamentales del hombre, son compatibles con la teoría de imputación objetiva y finalmente (con arreglo al código colombiano) son concordantes con el mismo.

No obstante, y siguiendo el razonamiento del autor, podríamos inquirirnos si es a partir de donde se infiere la estructura del hecho punible o los elementos de la imputación. Dicho de otra forma: “¿De qué depende que las mencionadas tesis sean falsas o correctas?”<sup>171</sup>

Sancinetti se pronuncia (como una posible respuesta) a favor de la perspectiva proporcionada por *el derecho positivo*. De esta manera, las decisiones político-criminales de la ley concretan si el ilícito se ajusta al disvalor de la acción, si sólo prioriza el disvalor de resultado o si se trata de una combinación de ambos elementos.<sup>172</sup>

Para terminar con Sancinetti (de acuerdo con el pensamiento del autor) cabe señalar que —para él— domina la idea de que el sistema del hecho punible “puede deducirse prácticamente por completo a partir de la teoría de la pena, es decir, el criterio de legitimidad del castigo estatal que se presuponga como fundamento del sistema determinará esta posibilidad”.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>172</sup> *Idem*. Se razonaría de este modo, por ejemplo, si se argumentara más o menos así: el artículo 22 del Código Penal colombiano obliga a que la escala penal de la tentativa tenga, como máximo, un límite *inferior* al del máximo del delito consumado; por consiguiente, la consumación, y, con ello, el disvalor de resultado, tienen un efecto ascendente sobre la pena, con lo cual el hecho punible se define en la ley *también por el resultado*.

En honor de Sancinetti, hay que decir que, coincidiendo con Stratenwerth, el derecho penal ha de justificarse (como instrumento profano del control social) también mediante los fines que deba cumplir. Añadiendo que las teorías relativas deben servir —y muy ampliamente— para lo siguiente:

- a) decidir en particular sobre las estructuras básicas de la imputación jurídico-penal;
- b) inclusive sólo sobre la clase y medida de la sanción jurídico-penal, y
- c) serán sobreexigidas, irremediablemente, mientras no se trate de meras correcciones marginales.

En resumen, dice Sancinetti:

no puede deducirse *todo* a partir, por ejemplo, de las teorías relativas, de los fines de la pena, como tampoco puede hacérselo a partir de las teorías absolutas. Especialmente con relación al tema que aquí interesa, si debe decidir el disvalor de acto o también el disvalor de resultado.

Y en tal caso la pregunta no podría ser respondida solamente con la teoría de las penas.<sup>173</sup>

El profesor Fernández Carrasquilla hace un muy acertado resumen de la temática que hemos tratado (siguiendo *in extenso* a Sancinetti) sobre los criterios de división de los elementos del delito, ya que se trata de una síntesis muy clara y acertada de los mismos.<sup>174</sup>

173 Sancinetti, Marcelo A., *op. cit.*, nota 165, pp. 31 y ss.

174 Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental*, ya citado en la nota 163, t. I, p. 208.

## CRITERIOS DE DIVISIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

	<i>Objetivos</i>	<i>Subjetivos</i>
<i>Clásicos</i>	Acción, antijuridicidad y tipicidad	Culpabilidad
<i>Neo-clásicos</i>	Acción, tipicidad y antijuridicidad (pero con la admisión, excepcionalmente, de elementos subjetivos: “dolos específicos”, dolo en las tentativas, momentos o tendencias especiales del ánimo	Culpabilidad, devenida ya reprochabilidad (pero ya no es “subjetiva” la exigibilidad y a veces contiene otros componentes objetivos (cfr. Mezger, <i>Derecho penal</i> , p. 200).

Rechaza el anterior principio divisorio y lo reemplaza por

	Objeto de valoración	Valoración del objeto
<i>Dohna</i>	Tipo objetivo ———	Antijuridicidad o justificación
	Tipo subjetivo ———	Culpabilidad o inculpabilidad

Modifica el criterio de Dohna, en la siguiente forma

	Valoración del acto	Valoración del autor
<i>Finalismo</i>	Acción típica (tipo objetivo + tipo subjetivo)	Proceso de formación motivacional de la voluntad
	Antijuridicidad o injustificación	Reprochabilidad o irreprochabilidad
<i>Weber</i>	Deber	Poder (actuar de otro modo)
	Injusto	Culpabilidad como reproche

Interesante resulta la posición de Enrique Díaz-Aranda, para el cual los sistemas clásico, neoclásico, finalista y funcionalista, coinciden fundamentalmente en que los cuatro parten de la misma estructura del delito, construida a partir de tres categorías básicas: *acción típica*, *antijurídica* y *culpable*.<sup>175</sup>

<sup>175</sup> Díaz-Aranda, Enrique, *Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, México, Porrúa, 2000, pp. 1 y ss. Para Díaz-Aranda:

En resumen apretado, las teorías causales sólo se han utilizado en el análisis de la primera categoría o nivel (conducta típica) dentro del sistema clásico o neoclásico, cuya estructura consta de las tres categorías anteriormente citadas (conducta típica, antijurídica y culpable).<sup>176</sup>

Por su parte, Hans Welzel (entre 1932 y 1940) expuso (en forma acabada y completa) la teoría o sistema de la acción finalista, el cual tiene su fundamento lógico-objetivo o lógico-material en la finalidad que ha guiado la conducta del sujeto para la lesión del bien tutelado.

De esta manera, el causalismo tiene tres características fundamentales:

1. Proceso material causal.
2. Relación de causalidad entre dicho proceso material causal (conducta) y el resultado.
3. Contenido de la voluntad: dolo o culpa.

En cambio, Hans Welzel exponía también tres elementos:

1. Objetivo a conseguir.
2. Medios para conseguirlo.
3. Consecuencias secundarias (según algunas traducciones concomitantes) que pueden ser queridas (*dolosas*); y no queridas (*culposas*).

Para Welzel, la acción humana es *ejercicio de actividad final*. La acción es, por eso, acontecer “final”, no solamente “causal”.

“La diferencia radica en el contenido, y, muchas veces, la concepción de cada uno de esos elementos... Adelantando un poco sobre la exposición sistemática del dolo, éste será objeto de análisis en la culpabilidad tanto en el sistema clásico como en el neoclásico y pasará a formar parte del tipo en el sistema finalista, específicamente dentro del denominado tipo subjetivo”.

<sup>176</sup> Díaz-Aranda, Enrique *et al.*, *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 18 y ss. En realidad se trata de cuatro trabajos distintos agrupados bajo la rúbrica indicada en el título del texto.

Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. *Por eso, la finalidad es —dicho en forma gráfica— “vidente”, la causalidad, “ciega”*.<sup>177</sup>

Por último, el creador del finalismo expresa que:

El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos. Puede designarlos con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elemento individual material, que constituye la base de toda valoración jurídica posible.<sup>178</sup>

Precisando más, Welzel afirma que la antijuridicidad es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que el tipo (en cuanto figura conceptual) no puede ser antijurídico, sino solamente la realización del tipo puede ser antijurídica.

Ítem más, no existen tipos antijurídicos, sino únicamente realizaciones antijurídicas del tipo. De ahí que, la pretensión de identificar el tipo y la antijuridicidad (muchas veces intentada) produciría, de forma inevitable, una profunda y no aconsejable confusión de conceptos (esta misma postura es sostenida por Beling).<sup>179</sup>

<sup>177</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 100, pp. 53 y 54.

<sup>178</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 2, pp. 13 y ss. “Los tipos pueden sólo ‘reflejar’ este material ontológico previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los ‘reflejos’ lingüísticos y conceptuales puede ser sólo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante de la estructura esencial, ontológica del elemento material mismo.

De ello se deduce para la metodología, que la ciencia del derecho penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo... pero tiene que trascender luego el tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones y para... comprender también correctamente las valoraciones jurídicas”.

<sup>179</sup> *Idem*, p. 76. “Resulta, pues, que: 1. Tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual. 2. Antijuridicidad es la contradicción de la reali-

Los tipos penales —expresa el creador del finalismo— intentan vincular —metodológicamente hablando— *el ser a las cosas*, y terminan constituyendo uno de los elementos sustanciales de la teoría de la acción finalista, es decir, lo que en el ámbito lingüístico se expresa con el vocablo *ontológico*, no obstante, que no se elija o se tome partido por un sistema ontológico determinado.

De cualquier manera, conviene precisar que (según Welzel) “sea lo que fuere, lo cierto es que si el derecho parte de la concepción del hombre como persona, se destaca como *esencial para la valoración jurídica la estructura final de la acción humana*”.

Sólo bajo la consideración de que la conducta final aparece, en este supuesto, como conducta específicamente humana, puede ser objeto de la valoración jurídica. Así, una *conducta no final* (como los movimientos corporales realizados por el que sufre un ataque epiléptico, algunos movimientos reflejos, los movimientos durante el sueño (conducta de un sonámbulo) así como las acciones realizadas de modo automático (y sin representación *actual* de fines) no pueden ser consideradas entonces como conducta humana.<sup>180</sup>

Según Welzel, todos los impulsos tienen un doble aspecto: una determinada fuerza y un determinado contenido de sentido. No obstante, los dos aspectos pueden no coincidir: la fuerza puede ser grande y el contenido de sentido pequeño y al contrario.

Ahora bien, mientras los impulsos discurren como vivencias “emotivas”, es decir, exclusivamente en la capa profunda decide sólo, en caso de contraposición entre ellos, su fuerza, es decir,

zación del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto”.

<sup>180</sup> Es el propio Jescheck quien admite “la existencia de acciones humanas no finales”. Entre otras razones porque, en estos casos, falta, sin duda, una dirección de los impulsos de la capa profunda, pero no la dirección de la acción externa (es decir, la proyectada en el mundo exterior).

el impulso más fuerte vence y somete a los otros, originándose lo que se denomina “la llamada lucha de los impulsos”.<sup>181</sup>

En este proceso, el impulso, valioso, es permitido y el contenido de fuerza del no-valioso, destruido. También en este proceso son los impulsos de la capa profunda el presupuesto material de los actos de dirección conforme a sentido. Todos los fines materiales proceden —tanto en lo bueno como en lo malo— de la capa profunda, son los fines de impulsos instintivos, las aspiraciones, los intereses, etcétera.

En resumen:

La significación insustituible de la función de dirección de la voluntad, consiste, sin embargo, en lo que hace posible una nueva consideración de la vida humana de acuerdo con la verdad, el sentido y el valor y permite con ello, sobre la regulación de los impulsos, que le está confiada de responsable después de la desaparición de los instintos biológicos.<sup>182</sup>

181 Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 2, p. 89. “La decisión de la acción es entonces sólo el resultado del impulso que ha llegado a dominar. En cambio, tan pronto como intervienen los actos de dirección, conforme el sentido, del Yo-centro (del pensamiento y de la voluntad), no se experimentan ya sólo los impulsos en su fuerza emotiva, sino que están comprendidos en su contenido de sentido y su significación valorativa para una configuración correcta de la vida; de acuerdo con este contenido de sentido, se convierten en motivos, al apoyarse en ellos la decisión de la voluntad como en sus razones objetivas (éticas o valorativas).

Los actos de la función del Yo (del ‘mismo’) ocurren en el medio del sentido y no de la fuerza causal: los motivos del pensamiento y de la voluntad son las razones objetivas, es decir, no causales, en las que se apoyan, conforme a sentido, los actos del pensamiento y de la voluntad”.

182 *Idem.* Con todo lo anterior queda resaltada, y al propio tiempo concretada, la distinción entre la “ceguera” del proceso material causal, característico del *causalismo*, en contraste con la finalidad “vidente” del *finalismo*.

## CAPÍTULO TERCERO

I. La dogmática jurídico-penal posterior al finalismo y la antijuridicidad . . . . .	99
II. Las perspectivas de la antijuridicidad y los funcionalismos . . . . .	119
III. Reflexiones sobre la problemática planteada y la posición de diversos autores . . . . .	140

## CAPÍTULO TERCERO

### I. LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL POSTERIOR AL FINALISMO Y LA ANTIJURIDICIDAD

Jesús-María Silva Sánchez, uno de los mejores penalistas españoles, profesor de derecho penal de la Universidad Autónoma Pompeu Fabra de Barcelona analizando la problemática de la antijuridicidad, se refiere a que en la teoría del error de prohibición se presentan cuestiones de enorme calado, cuyo planteamiento y resolución trascienden a la tradicional disputa entre las teorías del dolo y las teorías de la culpabilidad.<sup>183</sup>

En este sentido, el ilustre maestro expresa que, tal vez, dos de los problemas más relevantes son, indudablemente, los referentes “al sentido de los términos ‘conocimiento’ y ‘antijuridicidad’, es decir, a su *extensio* conceptual”.

Para Silva Sánchez, efectivamente, conviene detectar cuándo hay un conocimiento de la *antijuridicidad* y cuándo no, dando lugar a un error de prohibición, lo cual —*prima facie*— constituye una cuestión independiente de las repercusiones sistemáticas del error de prohibición vencible.<sup>184</sup>

<sup>183</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *Estudios de derecho penal*, Lima, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, 2000, pp. 103 y ss.

<sup>184</sup> *Idem*. “Concretamente, de si el mismo excluye una culpabilidad dolosa, manteniendo, en su caso, la imprudente, atenua la culpabilidad por un injusto doloso, o, según propone una reciente doctrina, excluye el injusto doloso, dejando subsistente el imprudente”. Añadiendo que: “De los dos temas referidos, el del ‘conocimiento’ y de la ‘antijuridicidad’, sólo nos ocupará... el relativo al *conocimiento*, es decir, a cuándo es posible decir que el sujeto *conoce* la antijuridicidad y que, por tanto, no se encuentra en un error de prohibición vencible ni invencible”. El maestro, por su parte, indica que no se adentrará “en el debate sobre el sentido del término ‘antijuridicidad’ en el seno de

En el mismo sentido, el autor comentado expresa que el análisis acerca de cuándo cabe hablar de *conocimiento* de la anti-juridicidad surgirá partiendo del caso límite en que el sujeto no está seguro de si su conducta vulnera el ordenamiento, teniéndolo meramente como posible, de igual modo que tiene como posible el actuar en la esfera de lo adecuado a derecho.<sup>185</sup>

Convendría traer a colación, aquí, la posición de Bernd Schünemann, quien expresa que lo mismo el finalismo que antes el naturalismo, para la realización de la labor de concreción únicamente pueden remitirse al positivismo jurídico (inadecuado a tal efecto) cuando se habla de que la anterior concepción, es decir, la concepción de Welzel, contempla la determinación del injusto a practicar desde el punto de vista del merecimiento y de la necesidad de pena como una labor que obliga al legislador en la elaboración de los tipos penales.<sup>186</sup>

Dentro de las peculiares características del derecho anglosajón, y más concretamente en el sistema del *common law*, la problemática del merecimiento y de la necesidad de la pena, queda

la teoría del error de prohibición; concretamente no se debatirá aquí de modo discursivo si le asiste la razón a la postura que entiende que es suficiente con que el sujeto conozca *in genere* que su conducta infringe el ordenamiento jurídico o, por el contrario, es la acertada la de quienes sostienen que es preciso que el sujeto conozca la ‘antijuridicidad penal’ de su conducta, es decir, que sepa que se enfrenta a normas jurídico-penales”.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 104. Silva Sánchez dice lo siguiente: “Que no entremos en este tema no significa que no exprese aquí mi postura en principio favorable a la tesis minoritaria o de la ‘antijuridicidad penal’. En efecto, sólo ésta tiene efectivamente en cuenta que el derecho penal no es meramente sancionatorio, sino que posee normas primarias propias, específicas y que expresa una cualidad material de la conducta (el merecimiento *abstracto* de pena). A la vez, sólo tal tesis permite una realización del principio de culpabilidad en sentido amplio”. Silva Sánchez utiliza el ejemplo de quien permite una realización de escuchas telefónicas, sin captar el carácter ilícito de la misma, por entender que constituye un ilícito civil; o de quien estima que la defraudación a la Hacienda Pública... es antijurídica por constituir un ilícito administrativo merecedor de sanciones tributarias.

<sup>186</sup> Hisch, Hans Juachin, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen, Fakultät Köln*, 1988, vol. I, pp. 399 y ss.

ubicada en sede de la causalidad, como determinante específico y decisivo de dicha problemática y de su solución, así:

The causation is one of the most basic requirements of criminal liability. Just as it seems wrong to impose criminal liability in the absence of voluntary conduct by the defendant, so it seems wrong to convict a person who did not cause the consequence or state of affairs specified in the offence.

Of course, one might wish to go further and insist not only that the defendant voluntarily caused the offence but also that he did so knowingly, intentionally, and so on. Here, however, the concern is to explore the minimum conditions for criminal liability.

The reason for requiring that the defendant should be shown to have causal responsibility for the conduct, consequence, or state of affairs lies in the principle of individual autonomy.

That principle respect individuals as capable of choosing their acts and omissions. It follows from this that they should be regarded as agents responsible, at the very least, for the normal consequences of their behaviour. Respect for individual autonomy and responsibility for conduct and consequences go hand in hand. Thus the approach of the criminal law is to affix causal responsibility to the last individual whose voluntary behaviour impinged on the situation.<sup>187</sup>

<sup>187</sup> Ashworth, Andrew, *Principles of Criminal Law*, 3a. ed., Gran Bretaña, Oxford University Press, 1999, pp. 124 y ss. Traducidos al español, los párrafos anteriores expresan lo siguiente: “La causalidad es uno de los más importantes y básicos requerimientos de la responsabilidad criminal. Justo de esta manera parece incorrecto imponer responsabilidad criminal en la ausencia de la conducta voluntaria, de igual manera es incorrecto sentenciar a una persona que no causó las consecuencias o estado de eventos especificados en la ofensa.

Por supuesto, uno desearía ir más allá e insistir no sólo en que el acusado voluntariamente causó la ofensa, sino también que él lo hizo a sabiendas, intencionalmente, y así sucesivamente. Aquí, sin embargo, la preocupación es el explorar las condiciones mínimas para la responsabilidad criminal. [Necesidad de la pena.]

La razón para requerir que el acusado debe ser mostrado teniendo responsabilidad causal por la conducta, consecuencia, o un estado de eventos descansa en el principio de la autonomía individual. Ese principio respeta a los individuos como capaces de escoger sus actos y omisiones. Esto trae como consecuencia que ellos deben ser observados como agentes responsables, por lo menos por las consecuencias normales de su conducta. Respeto para la autonomía indi-

Mario Romano expone que tanto el “merecimiento” como la “necesidad de pena” constituyen categorías cuyas raíces derivan de una “constante exigencia de justicia nunca eludible en cualquier ámbito del derecho, y por eso figuran como *criterios de interpretación, de verificación o de corrección de los sistemas penales positivos*”.<sup>188</sup>

El profesor italiano añade que:

En conformidad con los desarrollos dogmáticos, que por parte de algunos autores se han querido hacer del “merecimiento” y de la “necesidad” de pena, resulta probablemente también irrenunciable que se verifique si las tareas en cuestión se presentan idóneas, y en qué medida, para la construcción del delito si no para sustituir a la ilicitud y la culpabilidad, al menos para añadirse a las mismas.<sup>189</sup>

vidual y la responsabilidad por la conducta y sus consecuencias están empalmadas. De este modo, el alcance del derecho penal es adherir la responsabilidad causal hasta al último individuo cuya conducta voluntaria interfirió en la situación. [Merecimiento de la pena.]”

<sup>188</sup> Romano, Mario, “Merecimiento de pena, necesidad de pena y teoría del delito”, *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, J. M. Silva Sánchez, B. Schünemann y J. De Figueiredo Dias (coords.), Barcelona, José Ma. Bosch Editor, 1995, pp. 139 y ss. La intervención de Mario Romano fue traducida por Sánchez-Ostiz Gutiérrez. Romano dice: “En la literatura penal... las categorías de ‘merecimiento de pena’ y de ‘necesidad de pena’ han adquirido un sensible éxito. Aspectos relevantes de una y/u otra categoría... son hoy por lo común frecuentemente recogidas —además de los temas forzosamente de mayor relieve, como las condiciones objetivas de punibilidad y las causas de no punibilidad en sentido estricto—... entre las diversas instituciones de la parte general: desde la tipología de los delitos a los delitos culposos, de el exceso en la legítima defensa a la tentativa inidónea, de las causas de exculpación al desistimiento voluntario, del concurso de delitos a la prescripción de delitos, sin contar naturalmente el campo de la medición de la pena en sentido estricto y en sentido amplio”.

<sup>189</sup> *Idem*. Al respecto, entiende Mario Romano lo siguiente: “La cuestión podría entonces formularse de este modo: ¿Puede pensarse que ‘merecimiento de pena’ y ‘necesidad de pena’ o, cuanto menos una de las dos categorías, vengán a situarse junto a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad? ¿Tiene sentido, tiene un futuro el ‘merecimiento’ o la ‘necesidad de pena’ —como a veces se ha afirmado— en calidad de ‘cuarto nivel’ o ‘grado’ en la teoría del delito.

Resulta evidente que toda esta cuestión tendrá significación, si se distinguen adecuadamente, los contextos en los que se emplean dichas categorías. Se utilizan, indudablemente, en otras ubicaciones distintas del sistema penal, y, en ese caso, su significación estaría condicionada y a su vez condicionaría su relevancia y su significación.<sup>190</sup>

En definitiva, la convergencia (como *reductio ad unum*, como le gusta decir a Mario Romano) produce una concurrencia de *merecimiento* y *necesidad de pena* que, en el plano teórico, es enormemente firme, de tal manera que el uno y la otra se encuentran *indisolublemente ligados*.

En el fondo, late la consideración de que se deben sancionar únicamente los comportamientos que acrediten que se merece una pena, y solamente en ese caso la pena resulta estrictamente necesaria.<sup>191</sup> Puede decirse, por consiguiente que (dado el papel relevante que el principio de *subsidiariedad*, o bien el entendimiento del derecho penal como *ratio ultima*) requieren que se garantice el control de legalidad constitucional de las leyes, y que, más allá del criterio de la racionalidad, se traiga a colación los fundamentos esenciales de los ordenamientos jurídico-penales contemporáneos.

Desde la especialísima visión del derecho penal que le caracteriza, Günther Jakobs expresa, con impresionante claridad, que: “Quien desconoce el *mundo externo*, fracasa en el intento de establecerse de manera ventajosa. Quien desconoce el sistema

<sup>190</sup> *Idem*. Para Romano: “Existe un contexto, por ejemplo, en el que el ‘merecimiento de pena’ y la ‘necesidad de pena’ tienden sin duda a converger; en cambio, en otros, ambos extremos tienen a distinguirse y separarse más o menos claramente uno de otro”. Lo cual ameritaría una cierta concreción de ambas situaciones.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 141. Lo que ocurre es que, en la práctica legislativa de los países latinos (tomando esta expresión *lato sensu*) la exigencia constitucional del respeto al valor de la libertad, a los derechos humanos y otras sedes parecidas obliga a salvaguardar la criminalización de las conductas para evitar que sólo se consideren merecedores de pena aquellos comportamientos en los que resulte claro la necesidad de la propia punibilidad.

de normas estatales, fracasa en el intento de hacer su camino sin crearse problemas”.

Y añade, completando la faena que: “*Quien conoce la realidad externa, pero no quiere reconocer sus reglas, fracasa conscientemente. Pero quien conoce el sistema de normas del Estado, pero no quiere reconocerlo, no necesariamente fracasa con su planificación individual*”.<sup>192</sup>

Si el sujeto, sometido al imperativo de la norma, no cumple con ese cometido, ello da lugar a que tal situación se le impute como culpabilidad, y precisamente esa imputación queda puesta de manifiesto en la pena y durante cierto tiempo se expresa de manera duradera. *La finalidad de la culpabilidad es la estabilización de la norma débil*.

En virtud de lo anterior, la existencia de un sistema de culpabilismo imputativo y de la pena “son una prueba de que un ordenamiento conoce sus puntos débiles”. En esta tesitura, los ordenamientos que se han autoconstituido como ordenamientos absolutos, “no ven en la persona que niega ese carácter absoluto a un culpable, ya sea el hereje que niega la revelación y la tradición, ya sea el burgués que reniega de las leyes materiales del desarrollo histórico”.<sup>193</sup>

<sup>192</sup> Jakobs, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, trad. Cancio Melia, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 1996, pp. 47 y ss. Ahí, reside lo específico del defecto volitivo referente a normas sociales: “también puede uno hacerse cómodamente su camino infringiendo esas normas, dicho de otro modo no puede probarse que desde el punto de vista individual sea preferible cumplir las normas sociales, y especialmente las normas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre en cuanto a las normas de la naturaleza.

Las normas sociales sufren de un punto débil genuino: precisamente que desde la perspectiva individual no puede probarse que sea preferible cumplirlas. Para compensar esta debilidad se establece que es cometido de quien está sometido a la norma procurarse razones para cumplirla; por tanto, es competente para que el cumplimiento de la norma sea preferible para él.

Esta competencia es el equivalente en la teoría del derecho de lo que en metafísica se llama libre albedrío” —volveré a referirme a este punto en otras cuestiones de este trabajo—.

<sup>193</sup> *Ibidem*, pp. 48-49. En ese caso: 1a. ed., “lo consideran como un sujeto que ha perdido el juicio o que debe ser educado, de la misma manera que un

En estas condiciones, la expresión “defecto volitivo” debe ser entendida como “déficit de voluntad” y más concretamente como “déficit de motivación fiel al derecho”. Inclusive en el supuesto de un hecho doloso (con plena conciencia de antijuridicidad) el gravamen no se encuentra en el hecho psíquico del conocimiento de la antijuridicidad unido al conocimiento de las consecuencias jurídicas derivadas de la misma, sino en la falta de motivación dominante dirigida hacia la evitación.<sup>194</sup>

En el caso de que tuviese una motivación dirigida a la evitación —se trataría de una motivación de evitación supuesta— ya que de hecho siempre falta en quien se comporta culpablemente, incluso en quien se haya inmerso en una situación de ignorancia culpable, “adquiriría conciencia de su poder de evitación al darse cuenta del déficit de conocimiento que sufría con anterioridad”.

Jakobs, por otra parte, al examinar el problema de la *conciencia* del riesgo, hace un alto para referirse a las *funciones manifiestas y funciones latentes de la pena*. De esta manera, afirma que la sociedad es consciente de los riesgos y esto origina que se le exija al derecho que la imposición de penas sea preventiva, en una forma claramente perceptible.<sup>195</sup>

mundo desmitificado considera que ha perdido el juicio o está necesitado de educación quien construye su vida sobre la base de hacer revivir a los muertos o de piedras pan, esto es, de poder hacer milagros”.

Y añade: “Sin embargo, que alguien reconozca el carácter absoluto de un determinado orden y a pesar de ello *no quiera cumplirlo* es imposible, ya que a través del conocimiento del carácter absoluto se produce una vinculación del sujeto y de su voluntad... Sólo puede haber defectos volitivos respecto de normas débiles, no absolutas, esto es, de normas sociales”.

<sup>194</sup> *Ibidem*, pp. 51 y 52. El propio Jakobs concreta: “dolo y conciencia de antijuridicidad, en cuanto hechos psíquicos, también pueden concurrir en el prototipo del sujeto que actúa sin culpabilidad, el enajenado: lo que a éste le falta es *la capacidad de extraer la consecuencia de evitar, esto es de motivarse de manera dominante hacia la fidelidad al derecho*”.

<sup>195</sup> Jakobs, Günther, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, trad. Teresa Manso Porto, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000, pp. 27 y ss.

Sin embargo, la prevención a través de la pena, entendida ésta como *pena impuesta jurídicamente*, rápidamente se ve sujeta a limitaciones que una sociedad, consciente de los riesgos, no acepta porque le resultan demasiado restringidas; y *de este modo surge la necesidad de un equilibrio constante entre juridicidad y efectividad*.<sup>196</sup>

Las personas en derecho (continúa Jakobs) no se caracterizan primordialmente “por la seguridad óptima de sus bienes, sino por ser reconocidas de manera general como portadoras de obligaciones y derechos, es decir, por ostentar el correspondiente *status*”.

En la misma línea, dice:

Un hecho penal —de forma parecida a lo anterior— no puede definirse como lesión de bienes, sino sólo como lesión de la juridicidad. La lesión de la norma es el elemento decisivo del hecho penal, como nos enseña la punibilidad de la tentativa, y no la lesión de un bien.<sup>197</sup>

Jakobs se cuestiona acerca de la conceptualización de la acción, basada en el sentido comunicativamente relevante de la misma, y si la función de la evitabilidad individual sigue cumpliendo algún fin. Precisamente considera que el caso de Hans Welzel fue “el salto desde la mecánica de los motivos hacia el sentido lo que le condujo a la estructura final”. Welzel, en este supuesto, identificó el hecho psíquico individual con el sentido social.

Para Jakobs, lo anterior no puede ser así (claro está, él señala ha sido desmentido por la teoría de la imputación objetiva) en

<sup>196</sup> *Idem.* Jakobs llega a afirmar que: “La incompatibilidad entre juridicidad y efectividad óptimas constituye el problema central del derecho penal (no sólo) moderno y por ello... es preciso retomar el tema con mayor profundidad”.

<sup>197</sup> *Idem.* En las condiciones citadas *ut supra* cabe afirmar: “De nuevo de forma paralela a lo anterior, tampoco la pena puede estar referida a la seguridad de los bienes o algo similar; la seguridad de los bienes o la prevención de delitos se encuentran con respecto a la pena en una relación excesivamente elástica como para poder pasar por funciones de la misma”.

opinión del famoso penalista; ya Welzel intuía que existían incongruencias, como demuestra que limitase la realización del tipo a los comportamientos socialmente adecuados.<sup>198</sup>

Dicho más claramente, y con otras palabras: “el concepto de acción causal se enriquecería con la imputación objetiva y con ello pasaría de estar en un contexto mecanicista a uno de carácter social. Dolo e imprudencia serían parte de la culpabilidad”. Sin duda, esta situación acredita sobradamente la gran relevancia del ambiente social en esta problemática.

En el más puro estilo jakobsista, el maestro dice:

Esta solución parece justificarse por el hecho de que los seres humanos entran en contacto en la vida diaria en su condición de portadores de un rol y deben confiar en que los demás estarán en condiciones de desarrollar determinados comportamientos *standard*; así las cosas, parece que la incapacidad individual puede tener efectos exculpatorios, pero no modifica el contenido de la expectativa.

Por su parte (en relación con la misma temática) pero partiendo de una hipótesis más lejana, Frisch hace alusión a que la disputa dogmática, erigida en torno a la teoría de la imputabilidad objetiva, presenta ciertas dificultades, según su opinión debidas “ante todo, al carácter sumamente difuso del objeto”.<sup>199</sup>

<sup>198</sup> Jakobs, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, ya citado, p. 107. Deduce, según su consideración especial que: “Entonces para ser posible concebir la imputación, como injusto, de manera objetiva, tratando el problema de si el autor podría comprender el sentido objetivo como un problema perteneciente a la culpabilidad.

Entonces, acción sería todo aquello que objetivamente puede entenderse como expresión de sentido; y la cuestión acerca de si podría evitarse individualmente la expresión de ese sentido debería resolverse en el ámbito de la culpabilidad.

Un ejemplo: En esta concepción, quien ejecuta un comportamiento que conlleve un riesgo desaprobado y conduzca a la muerte de una persona, comete un injusto de homicidio; que *él mismo* fuese consciente o pudiese haberse percatado de que estaba creando un peligro de muerte, sería un problema de la culpabilidad”.

<sup>199</sup> Frisch, Wolfgang, “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, *Sobre el estado de la teoría del delito (seminario en la Universitat Pompeu Fabra*

En este sentido, la expresión “imputación objetiva” presenta una pluralidad significacional, no necesariamente concurrente, sino más bien con distintas formas de entenderla. Dada esta situación, habrá que examinar las diferenciaciones más relevantes y de mayor impacto en la teoría del delito.

Sin duda fue Honig quien, en términos generales, captó el principal punto de contacto entre la teoría de la imputación (objetiva) del resultado (formulada por él mismo) y la nueva teoría de la imputación objetiva. Las más modernas formulaciones de la teoría de la imputación, pretenden hacer depender la imputación del resultado de algo que va más allá de la simple categoría prejurídica “de que el fin pueda ser objetivamente perseguido”.

En la actualidad (según los principios de la teoría de la imputación objetiva) la materialización de la creación de un riesgo no desaprobado en el resultado, no podrá imputarse al agente, “cuando sea sólo manifestación de riesgo tolerado de manera general”.

Sin duda, la problemática añade situaciones como la de presentar el caso de la autorresponsabilidad o las —más cuestionadas— “condiciones bajo las cuales puede imputarse un resultado a un agente cuando éste pertenece al actuar autorresponsable de un tercero”.

La solución de estos casos que, en situaciones anteriores se solucionaban mediante “la prohibición de retroceso” va desde el uso de términos claves como la previsibilidad, el incremento del riesgo, la controlabilidad o finalidad, el principio de confianza o la adecuación social.

Todo lo anterior, ampliándose hasta la imputación únicamente en aquellos casos en los que la conducta “posee una determinada referencia de sentido en dirección a la conducta delictiva del tercero”. En otras palabras, todo un conjunto de criterios jurídicos, que son capaces de aportar su ayuda para la resolución

de esta compleja problemática, proyectándonos al plano de la consideración crítica del injusto personal.<sup>200</sup>

Jakobs percibe la necesidad de aclarar definitivamente el concepto de injusto en el plano objetivo, y a tal efecto dice que la expectativa (“y sólo por ello es una expectativa normativa”) no hace referencia al comportamiento del ser humano como existe de facto.

Más bien entiende que se refiere “al ser humano *como debe ser*, esto es, estando motivado de manera dominante hacia el cumplimiento de la norma. Por consiguiente, en el marco de esta motivación, la persona es imaginada como portadora de un rol, esto es, *como ciudadano perfecto*”.

Partiendo de esa base (perfectamente constatable) el ilustre profesor alemán dirige su atención a la *evitabilidad individual* como parte del injusto, y obtiene el siguiente resultado: “*En su punto de partida, la evitabilidad no es individual sino objetiva*”. Formulación de una claridad meridiana y que exime de mayores precisiones.<sup>201</sup>

Llegado a este punto, *dixit Jakobs*, el dolo y la imprudencia individual constituyen las formas de manifestación de un déficit de motivación dominante hacia el cumplimiento de la norma: “*son, por lo tanto, el déficit objetivo de motivación para el cumplimiento de la norma*”, extendido hasta su penetración en la realidad de lo individual y determinado en consideración al criterio del buen ciudadano.<sup>202</sup>

<sup>200</sup> *Ibidem*, pp. 27 y 28.

<sup>201</sup> Jakobs, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, trad. Cancio Melia, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1996, pp. 128 y ss. A partir de ahí, estima que no existe nada que sea evitable, “porque en el autor, se presenten cualesquiera fenómenos psíquicos si no nos los imaginamos con la motivación de un ciudadano perfecto, el autor evitaría. Cuando la motivación (que debe imaginarse como perfecta) conduce a un ejercicio de la dirección del aparato psicofísico real que conllevaría que no se ejecutase el comportamiento, entonces ese comportamiento es evitable”.

<sup>202</sup> *Idem*, “o formulándolo de nuevo: dolo e imprudencia no fundamentan el injusto en su condición de hechos psíquicos individuales, sino como expresión de un defecto, determinado según criterios objetivos, que se manifiesta

Evidentemente, únicamente haciendo uso de la antigua concepción de persona (como máscara o rol) estaríamos en condiciones de hablar del injusto personal. Como ya se ha expuesto, “se trata de la expresión individual de un déficit determinado objetivamente: *este déficit es el soporte del injusto*”.

Consecuentemente, la dirección de la acción sólo adquiere un significado indiciario; pone de manifiesto lo único que se encuentra garantizado por el derecho penal: *disposición para cumplir la norma*. Por tanto, no es cierto que la dirigibilidad conductual no tenga función alguna en el ámbito del injusto: *se la aprehende por medio de indicios*.

Según Roxin, en el plano de la antijuridicidad (ubicándola entre las cuestiones fundamentales de la teoría del injusto, dentro de la teoría del delito) la concepción predominante toma como punto de partida que una conducta típica es, o conforme a derecho o antijurídica, ya sea que *entre en juego o no* una causa de exclusión del injusto, es decir, una causa de justificación.<sup>203</sup>

En consideración a lo anterior, Roxin entiende que, desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal, hay que reconocer

en el individuo. Lo subjetivo-individual, esto es, el dolo como hecho psíquico, por tanto no fundamenta el injusto, sino que sólo es un indicio de la existencia de una falta (determinada objetivamente) de motivación para cumplir la norma. Si, como hoy es habitual, al hablar de ‘persona’ se hace referencia a la individualidad autónoma, ‘injusto personal’ es una denominación errónea para lo anterior”.

<sup>203</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, pp. 567 y ss. En este sentido, Roxin entiende que: “es incorrecto que el argumento de que los conceptos ‘antijurídico’ y ‘no antijurídico’ son polos opuestos contradictorios, ya que por razones lógicas no admiten una tercera posibilidad. Pues el principio de la exclusión de una tercera posibilidad [*tertium non datur*] sólo rige dentro del espacio abarcado por los conceptos de antijuridicidad y juridicidad (conformidad a derecho) pero no fuera del mismo.

Cuando el ordenamiento jurídico regula normativamente una conducta, entonces ésta es o bien conforme a derecho (jurídica) o antijurídica... Pero eso no significa que toda conducta haya de estar jurídicamente normada...”.

la existencia de un espacio fuera del derecho ubicado *ex ante* a los tipos. El ilustre profesor alemán ejemplifica diciendo que es posible asignar el suicidio, como algo no prohibido ni permitido, al espacio fuera del derecho, y extraer de esa situación consecuencias jurídicas, referentes al supuesto de salvación en contra de la voluntad del afectado.

A pesar de lo anterior (según Roxin) “en el ámbito del injusto no se puede aceptar en absoluto la construcción del espacio fuera del derecho”. No obstante, conviene no olvidar que cuando una conducta es tipificada (y consecuentemente se da una lesión de un bien jurídico) el derecho no puede eludir una valoración, mediante el sistema de *retirar sus normas* en casos específicos.<sup>204</sup>

Lo que pudiera llamarse la dogmática jurídico-penal inglesa, produce un enfoque especial de estas cuestiones, que no debe ser omitido en un texto de esta clase; así, el profesor Andrew Ashworth (catedrático de Derecho Inglés en All Souls College, Oxford) dice a este respecto:

There are certain situations when individuals have a right, or at least a permission, to do things which would generally be prohibited because they cause harm or damage.

It is sometimes said that justified conduct is right conduct, but in a penetrating study, justified conduct is conduct that one has a right to do it is permissible in the situation, even if it is not necessarily a matter for congratulation.

An individual who is attacked or threatened with a serious physical attack must be accorded the legal liberty to repel that attack, thus

<sup>204</sup> *Idem.* Roxin dice: “p. ej. la interrupción del embarazo queda no prohibida si concurren determinadas indicaciones, de ese modo *eo ipso* el hecho en principio prohibido resulta ‘liberado de la mácula del injusto que de lo contrario pesaría sobre él’ y disminuye la protección de la vida en formación”.

En el ámbito del ordenamiento jurídico-penal mexicano, la no sanción (en los casos de concurrencia de algunas circunstancias en el aborto) lo que no se aplica es la sanción por razones de política criminal, quedando subsistente el carácter típico de la conducta. Dicho de otra forma, no se disminuye la protección del nasciturus, pero aparece una excusa absolutoria y no se aplica la punibilidad.

preserving a basic right. A well-regulated society will provide a general protection, but it cannot guarantee protection at the very moment when an individual is subjected to sudden attack. The criminal law cannot respect the autonomy of the individual if it does not provide for this dire situation.

The requirement that the use of force must be necessary (or, where the right to life is involved, “absolutely necessary”) should be combined with a further requirement that the amount of force must be proportionate to the value being upheld. This shows respect for the rights of the attacker in self-defence cases, and for the rights of suspected offenders in relation to the other justifications.

The standard cannot be a precise one: probably the best way of defining it is in terms of what is reasonably proportionate to the amount of harm likely to be suffered by the defendant, or likely to result if the forcible intervention is not made. What is crucial is that it should rule out the infliction or risk of considerable physical harm.

On this view, the proper approach is to compare the relative value of the rights involved, and not to give special weight to the rights of the property owner simply because the other party is in the wrong.

These remarks all concern the problem of justifying the infliction of force in extreme circumstances. Even when it cannot be justified, as being either right or permissible in the circumstances, the defendant may still be relieved from liability by being excused on account of the extreme pressure of circumstances. However, acts done under duress or necessity are not “involuntary”.<sup>205</sup>

<sup>205</sup> Ashworth, Andrew, *Principles of Criminal Law*, *op. cit.*, nota 185, pp. 138, 142, 143 y 154. Traducidos al español, los párrafos anteriores expresan lo siguiente: “Hay ciertas situaciones en las cuales los individuos tienen un derecho, o al menos una permisión para hacer cosas, las cuales generalmente serían prohibidas porque ellas causan daño o deterioro.

Es dicho a veces que la conducta justificada es una conducta correcta, pero en un estudio penetrante, la conducta justificada es una conducta, en la cual alguien tiene un derecho a un hacer permisible en la situación, aun si no es necesariamente una materia para congratulación.

Un individuo que es atacado o amenazado con un serio ataque físico, le debe de ser otorgada la libertad legal de repeler ese ataque, de esta manera preservando un derecho básico. Una sociedad bien regulada proveerá una pro-

Siguiendo con Roxin, por consiguiente, en este ámbito regulado jurídicamente sí que adquieren pleno valor las objeciones (lógicas y de teoría del derecho) rechazadas para el ámbito de lo atípico.<sup>206</sup>

En contraste con la retórica jurídico-procedimental anglosajona, Claus Roxin señala, por su parte, que esto se ve muy claramente en el derecho a la legítima defensa. Una lesión “*no prohibida*” ubicada terminológicamente en el espacio fuera del derecho, en todo caso no constituye una agresión antijurídica (de conformidad con el § 32 del StGB) y, consecuentemente,

tección general, pero no puede garantizar protección al mero momento en el cual un individuo es sometido a repentino ataque. El derecho penal no puede respetar la autonomía de un individuo si ésta no provee para esta terrible situación.

El requerimiento de que el uso de fuerza debe ser necesario (o, donde el derecho a la vida esté involucrado, ‘absolutamente necesario’) debe ser combinado con un ulterior requerimiento de que el monto de fuerza debe ser proporcionado al valor defendido. Esto muestra respeto por los derechos del atacante en los casos de legítima defensa, y por los derechos de los sospechosos ofensores en relación a las otras justificaciones.

El criterio no puede ser uno preciso: probablemente la mejor manera de definirlo es en términos de que es razonablemente proporcionado al monto de daño igualmente a ser sufrido por el acusado, o igualmente al resultado si la intervención forzada no está hecha. Lo que es crucial es que debe excluir el castigo o riesgo del daño físico considerable.

En esta visión, el acercamiento apropiado es comparar el valor relativo de los derechos involucrados, y no dar un peso especial a los derechos del titular o dueño de la propiedad simplemente porque el otro sujeto está en un injusto. Estas observaciones, todas conciernen al problema de justificar la inflicción de fuerza en circunstancias extremas. Aun cuando no puede ser justificado, como correcto o permisible en las circunstancias, el acusado todavía puede ser exonerado de responsabilidad, por ser excusado en cuenta de la extrema presión de las circunstancias. Como sea, los actos hechos bajo coacción o necesidad no son ‘involuntarios’ ”.

<sup>206</sup> Roxin, Claus, *ibidem*, pp. 568 y ss. Si (en perfecta conexión con lo dicho *ut supra*) “*se retiran las normas*” en ciertos casos, esto significa materialmente hablando (cualquiera que sea la terminología empleada) la exclusión del injusto para quien ataca el bien jurídicamente protegido. “Es decir, no se crea un espacio fuera del derecho, sino que se da una regulación permisiva”.

no podrá dar lugar a un derecho a la legítima defensa propia o ajena.<sup>207</sup>

En la misma línea de pensamiento (según Roxin) si ello es así, en este caso los efectos coinciden completamente con las excluyentes del injusto y por tanto “la adscripción de la agresión a un *espacio fuera del derecho* constituye un mero gesto retórico”.<sup>208</sup>

Algunos postulan una tercera solución que estima que en tales casos, la agresión y la defensa *se desarrollan igualmente en el espacio fuera del derecho*. Perspectiva solucionadora no excesivamente convincente sobre todo si pensamos en la justeza de los medios empleados para conseguir la plena realización de la justicia.<sup>209</sup>

207 Vierter Titel. Notwehr und Notstand. § 32 *Notwehr*.

(1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig.

(2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.

*Título IV: De la legítima defensa y del estado de necesidad. § 32 Legítima defensa.*

(1) El que cometa un hecho que resulte requerido por legítima defensa no obra antijurídicamente.

(2) Se considera legítima la defensa que resulte necesaria para repeler una agresión antijurídicamente actual contra uno mismo o contra un tercero.

208 *Idem*. “Si por otra parte, como también se sostiene respecto de algunas constelaciones que se discuten desde el punto de vista del espacio fuera del derecho, se le concede al agredido un derecho de legítima defensa propia y al tercero un derecho de legítima defensa ajena, la verdad es que de modo encubierto se está valorando la agresión como antijurídica (aunque no como punible); pues la legítima defensa sirve para la afirmación del derecho frente al injusto, y por tanto implica la reprobación de la agresión.

209 *Idem*. De ahí que la supuesta “solución” tercera vendría a suponer lo siguiente, tal como ejemplifica Roxin: “En el caso de la interrupción del embarazo partidarios y detractores del aborto podrían entregarse en la clínica en la que va a tener lugar la intervención a una batalla campal con considerables lesiones recíprocas, sin que esto acarrearía consecuencias jurídicas; una parte podría invocar la no prohibición de la intervención, y la otra la no prohibición de la defensa de terceros.

Ahora bien, tolerar ‘un caos jurídico’ semejante estaría en contradicción con la misión del orden del derecho; y *tampoco puede ser satisfactorio dejar*

Frente a la problemática planteada por la tercera solución, Priester (como cita Roxin) aboga por un “*espacio fuera del injusto*” en casos “en los que el legislador quiere evitar las consecuencias jurídicas del juicio de antijuridicidad, sin aprobar la propia conducta”. Estimando Roxin que, en tal situación, nos encontramos frente a una causa de justificación; *pues la misma sólo significa una legalización, no una aprobación de la conducta justificada*.

Por su parte, Maurach y Zipf entienden que, sin perjuicio de las distintas bases subyacentes en las causas de justificación, hay en todas ellas unos elementos y efectos sustancialmente concurrentes, que nos dan una perspectiva totalizadora de la esencia de las mismas. Así<sup>210</sup> I, *En primer lugar*, toda causal de justificación otorga un *verdadero derecho*, que el titular de la misma puede ejercitar mediante el uso pertinente de la fuerza, si ello llega a ser necesario.

Por tal motivo, ante “una causal de justificación” los autores entienden que el afectado por la acción carece de un derecho de defensa: “una acción justificada jamás puede constituir una *agresión antijurídica* en el sentido de las disposiciones referentes a la legítima defensa. Por tanto no cabe calificar como legítima la defensa que se ejercite contra aquélla.

En esta tesitura, el sujeto que se defiende incurre en una “*agresión antijurídica*” y sitúa, simultáneamente, a quien ejerce su derecho en una posición de legítima defensa. Aquí conviene precisar el hecho diferenciador de la obligación y de la facultad, en el sentido de que dicha diferencia sólo adquiere relieve jurí-

simplemente la solución del conflicto a merced del que tenga los puños más fuertes. Por consiguiente, en esas difíciles situaciones de colisión... sólo hay tres posibilidades: que se excluya la antijuridicidad, o la culpabilidad, o ninguna de las dos; pero ‘*tras*’ el tipo no se puede reconocer un espacio fuera del derecho”.

<sup>210</sup> Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, ya citado, pp. 430-432.

dico-penal “en caso de la suposición errónea de la existencia de una causal de justificación”.

La actitud protectora, dimanante de la causal de justificación, sólo proyecta su extensión en la medida en que se produce un retroceso en la protección normativa del bien jurídico atacado, como consecuencia de la renuncia a tal bien o, en su caso, por haber dejado éste de ser digno de protección; mientras que la acción justificada produzca la lesión de otro bien (no implicado en los acontecimientos) ella es antijurídica.<sup>211</sup>

En un sentido parecido, Bacigalupo discrepa, terminológicamente hablando, de la denominación de *legítima defensa*, ya que para él la expresión señalada es correcta, pero estima sería preferible utilizar el vocablo *defensa necesaria*, porque entiende que la defensa únicamente es legítima, cuando resulte necesaria, y debe quedar claro esto en la propia denominación.<sup>212</sup>

211 *Idem*. Los autores en comentario aclara: “La *provocación intencional de una situación* que permita invocar una causal excluye básicamente la justificación del hecho *provocado*. En todo caso, los efectos deben distinguirse según el caso concreto de cada causal de justificación y el tipo de provocación”; por su importancia práctica especialmente en los casos de provocación de legítima defensa.

212 Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 1999, ya citado, nota 56, pp. 359 y ss.

El ilustre profesor hispano-argentino, a los efectos que nos ocupan, puntualiza: “El fundamento de la defensa necesaria (propia o de un tercero) se ve en el principio según el cual ‘*el derecho no necesita ceder ante lo ilícito*’; de éste surge una doble consecuencia: *no sólo se acuerda un derecho de defensa individual, sino también de ratificación del orden jurídico como tal*. Por este motivo, el agredido no está obligado, en principio, a evitar la agresión mediante un medio distinto de la defensa, por ejemplo, huyendo”. Con sobrada razón (según Bacigalupo) se entiende que el fundamento de la defensa necesaria se encuentra en la responsabilidad en la que incurre el agresor que obra sin derecho. Traducido al razonamiento de Bacigalupo, la condición esencial de la legitimación defensiva radica en la necesidad de la misma. Y finaliza Bacigalupo: La condición fundamental de la legitimidad de la defensa radica en la necesidad de la misma. Tal como él lo ve, no se requiere que haya proporcionalidad entre el daño que causa el que se defiende en el agresor, y el daño que hubiera causado la agresión. Aunque el ilustre jurista, admite que este principio tenga sus excepciones.

Maurach y Zipf entienden que (en los supuestos causales de justificación) cabe que se presenten *problemas concursales*, en el sentido de que, frente a idénticas circunstancias fácticas, sus presupuestos permitan aplicar diversas causales justificativas. En estas situaciones, existe la posibilidad de poder aplicar varias causales, ya que únicamente en casos excepcionales, éstas se excluyen unas a otras.

En tal sentido, Seelmann<sup>213</sup> estima que, en su caso, el estado de necesidad justificante retrocede ante la mayoría de las restantes causas de justificación. No obstante, Bacigalupo considera acertada la opinión que únicamente admite la preeminencia de situaciones especiales de necesidad frente al § 34 del StGB, en tanto que (en los demás casos del estado de necesidad) según el § 34 del StGB, no es preterido por otras causas de justificación.<sup>214</sup>

Desde una perspectiva roxiniana, el planteamiento de los elementos subjetivos de justificación va a suponer, en su parte medular, una inversión del error de tipo permisivo. El sujeto que

<sup>213</sup> Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1979.

<sup>214</sup> § 34. *Rechtfertigender Notstand*. Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.

§ 34 *Estado de necesidad como causa de justificación*. El que, ante un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico que no pueda ser conjurado de otro modo, cometa un hecho para alejar el peligro de sí o de otro, no actuará antijurídicamente, cuando en la ponderación de los intereses en conflicto, en concreto de los bienes jurídicos afectados y del grado del peligro que los amenaza, el interés protegido predomine de manera esencial sobre el interés menoscabado. Esto sólo se aplicará, sin embargo, cuando el hecho constituya un medio adecuado para conjurar el peligro (*Código Penal Alemán, parte general*, trad. Johannes Albert Kirchmayer y Ma. José Blanco Ledesma, Casa Editora Gabriel Rivas, 2000).

actúa bajo un error de tipo permisivo se representa una situación justificante que, realmente, no se produce.

De esta manera, Roxin expresa:

en la constelación que aquí se examina se da objetivamente una situación justificante (así, una agresión antijurídica actual) que sin embargo el sujeto no conoce o que al menos no le motiva a su realización del tipo. Los casos demostrativos se toman la mayoría de las veces de la legítima defensa, pero pueden producirse en todas las causas de justificación.<sup>215</sup>

De conformidad con el pensamiento de Roxin (y que él estima dominante) para la justificación, *ab initio* es suficiente que el sujeto actúe *objetivamente* (en el marco de lo justificado); y *subjetivamente* como cognoscibilidad de la situación justificante. La conciencia de producir algo, ajustado a derecho, elimina ya el disvalor de la acción y por tanto del injusto. En este caso, no resulta necesario que el sujeto actúe (además) en función de la finalidad de la justificación.

A estas alturas del razonamiento, la mínima racionalidad expositiva requiere que pasemos al apartado siguiente.

<sup>215</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ya citado, p. 596. Ejemplo 1. Una esposa enojada derriba a golpes a altas horas de la noche a un ladrón armado que estaba abriendo la puerta de la casa, creyendo erróneamente tener ante sí a su marido de vuelta otra vez de una juerga.

Ejemplo 2: El ciclista *C* se acerca por detrás a la señora *S*, con la intención de arrebatárle el bolso al pasar a su lado. Poco antes de alcanzarla, el paseante *P*, encolerizado por un motivo fútil, le da un empujón. *C* se cae, se lesiona en una pierna, ve dañada su bicicleta y ya no puede realizar su plan. *P* ha previsto y querido las dos consecuencias dañosas.

Ejemplo 3: *A* perturba o interrumpe el servicio de culto religioso (§167) y hace que los asistentes abandonen la iglesia al dar fuertes gritos de que se ha declarado un gran incendio en el lugar. *A* había recibido esa información en la calle, pero la había tomado erróneamente por una gamberrada en la que pretendía tomar parte.

Los casos descritos implican: en el *ejemplo 1*, una situación de legítima defensa; en el *ejemplo 2*, una legítima defensa de terceros; y en el *ejemplo 3*, un estado de necesidad de la que sin embargo el sujeto no sabe nada.

## II. LAS PERSPECTIVAS DE LA ANTIJURIDICIDAD Y LOS FUNCIONALISMOS

Según Arthur Kaufmann, actualmente, hay un consenso muy extenso, singularmente en que —por lo menos la “*antijuridicidad legal*”— dicha noción debe ser desligada del concepto de derecho. No obstante, Kaufmann estima que: “ese ‘argumento de la antijuridicidad’ no se puede manejar si el concepto de derecho se determina sólo de manera formal y no positivamente por el contenido. Quien no pueda decir, al menos de forma aproximada, lo que es jurídico, tampoco puede decir lo que es antijurídico”.<sup>216</sup>

Lo que sí afirma Kaufmann, como un dato a retener es que un movimiento en el que se quiera separar la noción de antijuridicidad de la ley (así uno similar al movimiento del derecho libre, al principio de siglo XX) en ningún caso puede ser lo que nos hace falta, a los efectos que nos ocupan.

En este sentido, el propio autor comentado trae a colación el hecho de que (como él mismo mencionó) en

una sociedad industrial, altamente compleja, con un sistema económico diferenciado en extremo no puede renunciarse a tener leyes racionales y no podría funcionar si —como sucedía en el derecho natural del siglo XVIII— en detrimento de la ley cada juez pudiese darle prelación a su “discrecionalidad razonable”.

Desde su particular perspectiva, Arthur Kaufmann afirma que, efectivamente, no se puede imponer al juez una obediencia incondicional, pues esto no puede exigírsele a nadie, ya que una requisitoria tal resultaría inmoral. Con todo, el diagnóstico de

<sup>216</sup> Graf Zu Dohna, Alexander, *La ilicitud*, trad. Faustino Ballvé, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1959, *passim*. El distinguido maestro mantiene la postura de que la ilicitud, no necesariamente forma parte del concepto de derecho. *Cfr.*, a su vez, Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, ya citado, pp. 277 y ss., alude a un estudio amplio de esta problemática en G. Radbruch “Gesetzliches Unrecht” (nota 10).

las relaciones existentes entre nosotros no puede contemplarse en el sentido de que hubiera un peligro grave con respecto a la observancia ciega de *leges corruptae*.

El pronóstico de la enfermedad vendría siendo el de la *absolutización de la ley*. Kaufmann señala que, si miramos las sociedades anteriores al Estado, ni en el Antiguo Testamento, ni en Grecia ni en Roma y (desde luego) tampoco en los siglos impregnados por el cristianismo y el derecho natural. Igualmente cuando se hablaba de “*Ley*” se hacía en forma más orientada por la situación, que a la manera normativa-abstracta.<sup>217</sup>

Kaufmann utiliza el caso de la *desobediencia civil* (una forma de lucha pacífica contra ciertas decisiones de los gobernantes) en que puede darse la situación de que, en este supuesto, se vulnera el derecho o bien la ley. Si fuera algo conforme a derecho sería absurdo exigir que, quien lo practica, tuviera que soportar o asumir las consecuencias legales de su acción.<sup>218</sup>

La cuestión es que, podría inquirirse ¿por qué se permite que él actúe así? La respuesta es avasalladora: jurídicamente no está permitido. En este caso (tan melifluo, ambiguo, confuso y difuso) lo único que cabría hacer es adoptar la solución, muy discutible, de admitir una legitimidad moral (Kaufmann recuerda el caso de la resistencia, durante la Segunda Guerra Mundial).

Según Kaufmann, Ralf Dreier pretende solucionar esta problemática. Así, piensa que la desobediencia civil está, plenamente justificada desde el punto de vista de *los derechos fundamen-*

<sup>217</sup> *Idem*. Kaufmann afirma: “Entretanto, no existe vuelta atrás hacia una comprensión tal de la ley. Lo que hoy, de manera poco afortunada, se denomina ley individual, ley del caso particular o ley medida, tiene de común con la ley en el sentido moderno tan sólo el nombre, pero no el concepto. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha insistido siempre, con razón, en que al concepto de ley le es propia la *generalidad*, es decir, la transcripción jurídicamente típica de un gran número de situaciones, bajo las cuales se subsume una consecuencia jurídica legal. La teoría moderna de la legislación no puede abandonar estas cualidades de la ley bajo ninguna circunstancia”.

<sup>218</sup> *Ibidem*, pp. 380-382.

*tales*, cuando se enfrenta contra *un derecho seriamente incorrecto* y cuando es llevada a cabo pacífica y proporcionadamente.<sup>219</sup>

No hay duda de que el pensamiento neokantiano de la escuela suboccidental alemana impacta al finalismo welzeliano y, desde ahí, se expande al resto de la filosofía del derecho germánica que trasciende al resto de universo jurídico-penal.

A partir de Welzel, se empieza a formular el desarrollo implícito en su teoría del error de tipo y del error de prohibición. Efectivamente, la originalidad de su formulación nos lleva directamente al creador del finalismo, pero ya (en la época en la que se escribe este libro, siglo XXI) los autores matizan, suficientemente, sobre toda la problemática inherente a la situación.

Para Wolfgang Frisch, actualmente, la dimensión de la doctrina del error en Alemania queda caracterizada por el hecho de que alguna de las cuestiones, anteriormente debatidas por la doctrina y la jurisprudencia se encuentran: o bien, resueltas ya lo han perdido parte de su importancia.<sup>220</sup>

En el sentido del párrafo anterior, Frisch destaca un amplio consenso en cuanto ser refiere a la valoración de aquellos errores no afectados temáticamente por el desplazamiento del dolo. Y no lo fueron: “porque las circunstancias objetivas del hecho sobre las que versa el error nunca fueron reivindicadas como relevantes para el injusto, ni siquiera por la concepción que a él desplaza el dolo típico”.<sup>221</sup>

<sup>219</sup> Dreier, R., “Widerstand und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat”, en P. Glotz (ed.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 1983, pp. 54 y ss. Cfr., a su vez, Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, cit., pp. 380-382. A los efectos que nos ocupan, la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos carece de la relevancia jurídico-legal, que tiene en otras parcelas cognitivas.

<sup>220</sup> Frisch, Wolfgang, “El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad”, *El error en el derecho penal*, trad. Peñaranda, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 1999, pp. 14-85.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 35. Constituyen ejemplos paradigmáticos de ello los llamados *elementos de la culpabilidad objetivamente formulados o los presupuestos, también objetivamente formulados, de las causas de exculpación*. Aquí se incluyen (con arreglo a la legalidad vigente en la época de el artículo de Frisch) por

Sin duda, la temática del error puede concentrarse (sintetizando mucho) en dos niveles: *Por un lado*, las grandes dificultades que los doctrinarios y los prácticos han encontrado siempre para dar respuesta adecuada a la determinación de cual sea el tratamiento que debe darse a los errores que recaen sobre los elementos normativos del tipo.

ejemplo, la suposición errónea o el desconocimiento del carácter extramatrimonial del hijo en el § 217 StGB o la errónea suposición de las presupuestos de una situación de necesidad que sólo conduciría, incluso en el caso de concurrir efectivamente, a la exculpación del autor, según el § 35, párrafo 1o. inciso 1o. StGB).

Por su parte el § 35 en el párrafo e inciso citados del StGB dice lo siguiente:

§ 35. *Entschuldigender Notstand.*

(1) Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld. Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, , zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen; jedoch kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden, wenn der Täter nicht mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis die Gefahr hinzunehmen hatte.

(2) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche ihn nach Absatz 1 entschuldigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn er den Irrtum vermeiden konnte. Die Strafe ist nach § 4 Abs. 1 zu mildern.  
*“El estado de necesidad como causa de exculpación.*

(1) El que en una situación de peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad que no pueda ser conjurado de otro modo, cometa un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí, de un allegado o de otra persona cercana a él, obrará sin culpabilidad. Esto no se aplicará cuando desacuerdo con las circunstancias, en particular porque el autor haya causado el peligro o porque se encuentre en una relación jurídica especial, pueda exigirse de él que asuma el peligro; no obstante, podrá atenuarse la pena conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de § 49, cuando el autor no hubiera tenido que asumir el peligro en virtud de una relación jurídica especial.

Cuando al tiempo de cometer el hecho el autor suponga circunstancias erróneas que según el apartado primero le exculparían sólo será castigado si pudo evitar el error. La pena se atenuará conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del § 49.” (*Código Penal Alemán. Parte General*, trad. Johannes Albert Kirchmayer y Ma. José Blanco Ledesma, Casa Editora Gabriel Rivas, 2000).

*Por otro lado*, la constatación de la fundamentación y las consecuencias producidas por los errores que recaen sobre los elementos objetivos de las causas de justificación. Ninguna de las dos cuestiones permite establecer soluciones dogmáticas de carácter definitivo, y parecen destinadas a permanecer siempre en un estado de indeterminación, no fácilmente superable.

De ahí que lleve razón Wolfgang Frisch al decir que:

La polémica sobre el tratamiento y la clasificación sistemática de las demás clases de error se mantiene dentro de sus límites o ha quedado concluida a la vista de las regulaciones legales para ellas existentes, pero la discusión persiste tanto en relación con las cuestiones sistemáticas como en la forma de una crítica declarada contra la adecuación de tales regulaciones.<sup>222</sup>

En el sentido indicado, Frisch hace la aclaración de que en la discusión acerca de la problemática del error en el ámbito de los denominados elementos normativos del tipo, se estimó (*prima facie*) que la discusión existente, hasta ese momento, acerca de la delimitación de los errores sobre las circunstancias del hecho, excluyente del dolo con carácter general y los errores inidóneos para producir tal efecto, quedó sin objeto en relación con las normas positivas alemanas.<sup>223</sup>

Por su parte, Puppe Ingeborg señala que existe una diferencia esencial entre el error de tipo y el error de subsunción y que no es admisible que existan *parcelas difusas* de error mientras el sentido del tipo resulte claro y diáfano. En esta tesitura, la

<sup>222</sup> *Ibidem*, pp. 50-51.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 52. Lo dicho, *ut supra*, se manifestó, claramente, dada la renuncia del BGH a la distinción del Reichsgericht entre error irrelevante de derecho penal y error relevante de derecho extrapenal. Al pronunciarse BGH —al mismo tiempo— en favor del criterio admitido en términos generales por la doctrina de la llamada valoración paralela en *la esfera del profano* y hablar de un error excluyente del dolo sólo si el autor no hubiese captado al modo de un lego aquello que —según la valoración de la ley— en verdad importa, en forma aparente se pusieron de acuerdo la jurisprudencia y la doctrina sobre el criterio decisivo para el enjuiciamiento de este error.

posibilidad inquietante de que el dolo se convierta en un privilegio de los juristas no existe.

Como consecuencia de lo anterior, no resulta necesario ni mucho menos conveniente, afrontar este peligro mediante un desdoro, una dilución, del requisito de la “aprehensión del sentido”. Tales afirmaciones pueden ser nuevamente ratificadas, formulándonos la pregunta de cómo un juez puede verificar en el caso individual, si un acusado que ha errado sufría un error de tipo o de subsunción.<sup>224</sup>

Si el autor, en realidad, padecía un error de tipo, nunca confirmará una oración de esta clase, a no ser que se encuentre en el momento de confirmar esa oración, a su vez, de nuevo en un error de subsunción (*error conceptual*). Por consiguiente, el juzgador solamente interrumpirá el diálogo con el acusado cuando esté seguro de que coincide, con dicho acusado, en la utilización de los términos.

Si no se produce esa coincidencia, por tanto, resulta imposible toda comunicación entre juez y acusado “acerca del contenido de las representaciones de éste”. Sin perjuicio de lo anterior, resulta completamente irrelevante después de cuáles y de cuántas propuestas concretadoras sea interrumpido el diálogo y “a qué

<sup>224</sup> Puppe, Ingeborg, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, *El error en el derecho penal*, trad. Cancio Meliá, Buenos Aires, Ed. AD-HOC, 1999, pp. 97 y ss. En el párrafo *ut supra* la profesora Puppe expresa: “En el caso anteriormente configurado, el juez oirá en primer lugar, la siguiente defensa: ‘No sabía que había cometido una falsedad documental’. Esta objeción puede significar un error de tipo o un error de subsunción. Para averiguarlo, el juez seguirá preguntando al acusado acerca de qué es lo que se había representado. Quizá le pregunta: ‘¿Sabía usted que generaba la apariencia de que quien exponía la mercancía había emitido una declaración de pensamiento, que en realidad no emitió corporizándola permanentemente?’”

También esta pregunta probablemente sea contestada negativamente por el acusado que no tenga formación jurídica o comercial. Por lo tanto, el juez abandonará el nivel abstracto de configuración conceptual jurídica y preguntará más concretamente, pero deberá tener en cuenta que las oraciones por él ofrecidas como contenido de la representación del autor *L* impliquen la descripción típica del supuesto del hecho”.

nivel de ‘concreción’ de la realización del tipo se alcanza la coincidencia en los términos entre acusado y juez”.<sup>225</sup>

La profesora Puppe, dentro de esta temática, añade que lo que tendría que representarse el autor para actuar dolosamente sería lo siguiente: *el sentido del tipo pero no necesariamente su expresión literal*. De lo anterior dimana (como ulterior y a primera vista futil consecuencia) que el legislador al formular los tipos no sólo establece las condiciones de punibilidad de una conducta, sino además lo relativo a “qué es lo que debe representarse el autor para actuar dolosamente”.<sup>226</sup>

En función de todo lo dicho cabe derivar una regla para utilizar el espacio de decisión, que venimos señalando. Cuando se llega a la formulación de los tipos, el legislador ha de tener buen cuidado de que se cumpla el tipo objetivo en todos los casos y únicamente en los casos en los que deba aplicarse la correspondiente ley penal, y además *debe cuidarse de que el tipo objetivo exprese el injusto típico específico*.

Por consiguiente, si tiene opción, se encuentra en la obligación de “escoger” aquella descripción en la cual el destinatario de la norma pueda reconocer, con el mínimo posible de conocimientos de reglas empíricas y jurídicas, “*el injusto específico del tipo*”.<sup>227</sup>

<sup>225</sup> Según Puppe: “Ello es así porque toda descripción del supuesto de hecho ofrecida por el juez o dada por el acusado debe implicar la descripción típica de dicho supuesto de hecho: *conteniendo, por lo tanto, el sentido del tipo*”.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 100. Según Puppe: “Bien es cierto que por lo general la segunda decisión está implícita en la primera. Pero aquí se abre un nuevo espacio de decisión cuando dos supuestos de hecho distintos se hallan necesariamente conectados entre sí. Sin embargo, las reglas de las que deriva esta necesidad en la conexión no deben ser semánticas o lógicas, pues, de ser así, no se trataría de dos supuestos de hecho distintos, pero sí pueden ser reglas empíricas o jurídicas. En este caso, el legislador puede escoger, a través de la formulación del tipo, entre esos dos supuestos de hecho aquel que debe representarse el autor para actuar dolosamente. También puede exigir el conocimiento de ambos supuestos de hecho, lo que llega a ser relevante cuando el autor desconoce su necesaria conexión”.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 101. Puppe completa: “Una vez que el legislador se ha decidido por una determinada descripción de los casos punibles, entonces ha

Plenamente relacionado con lo que llevamos comentando Reinhart Maurach y Heinz Zipf expresan que: “Cuando el delito es descrito, a la manera tradicional, como una acción típica, antijurídica, atribuible y conminada con pena, subyace ahí una objetivización de un acontecer en sí complejo, realizada para formular abreviadamente el hecho criminal”.<sup>228</sup>

El cuadro completo de un delito doloso “sólo se da cuando aquello que comete el autor contiene todos los elementos del hecho criminal, y cuando el autor ha reproducido en sus subjetividad los elementos esenciales de estos hechos”. Únicamente estaríamos en condiciones de hablar de un hecho cometido dolosamente si la representación del autor del comportamiento criminal coincide con este mismo hecho criminal.<sup>229</sup>

Cabe deducir de lo dicho que debe descartarse la teoría del error en los casos del “error en perjuicio de”. Si el autor supone que su conducta es totalmente delictuosa (aun cuando la representación delictual objetiva contenga defectos) la valoración de dicha representación errada *en perjuicio del autor* depende del elemento de la conducta típica “a que se refiera la incorrecta representación”.

determinado con ello el contenido de los conocimientos a los que tienen que referirse tanto el dolo como la imprudencia. Quienes aplican o interpretan la ley penal deben respetar esta decisión. Si no pueden reconocerla por ser dicha expresión típica demasiado incompleta, queda el camino de la reducción teleológica del tipo, completando su texto con un así llamado elemento típico no escrito.

<sup>228</sup> Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *Derecho penal parte general*, vol. I, ya citado, pp. 396 y ss.

<sup>229</sup> *Ibidem*, pp. 398 y ss. Los citados autores dicen: “Sin embargo podemos imaginar dos categorías en las cuales falte tal coincidencia. En uno de los casos, la representación del autor excede el ámbito del hecho objetivo; en el otro, el acontecer objetivo no es abarcado en su integridad por la representación del autor.

Es común a ambos casos una representación falsa del autor, se trata de un *error*. Las consecuencias de dicha falla en la representación son distintas, según sea que el autor haya supuesto un ‘mucho’ o un ‘poco’, según se trate de un error ‘en perjuicio’ o ‘en beneficio’ del autor”.

Si el autor tenía pleno conocimiento de la norma prohibitiva general y del tipo por él realizado, y su error radicaba en desconocer una causal objetiva de justificación concurrente, “se discute arduamente si se debe condenar por delito consumado o por tentativa”.<sup>230</sup>

Por otra parte, en discordancia con lo expuesto se encuentra en aquellas categorías de representaciones erradas caracterizadas por una *falta de conocimiento del autor*. Así, el cuadro de representación muestra “demasiado poco en relación con el hecho criminal efectivamente llevado a cabo. Sólo estos hechos reciben tradicionalmente el nombre de *error*”.

Igualmente en el supuesto del error en sentido estricto se pone de manifiesto la complejidad de la naturaleza del delito. “*No existe un solo error de derecho penal, “con iguales efectos y, en consecuencia, tampoco una doctrina unitaria del error de derecho penal*”.

Durante esta concepción positivista, la dogmática relativa al error (en su totalidad) sufrió ciertas incongruencias, y se afianzó en el § 59, inciso 1o. de la anterior redacción del *StGB*, quedando mucho más clara en la actual redacción vigente (desde 1994) en su § 16.<sup>231</sup>

<sup>230</sup> *Idem*. Los autores comentados, por el contrario, dicen: “si el autor creía equivocadamente que su actuar, en realidad no prohibido, lo era efectivamente y que estaba sujeto a sanción, entonces no comete infracción alguna, de tal modo que no llega a plantearse la cuestión de la tipicidad y, con ello, de la penalidad”, pues se trata de un delito imposible.

“Por último y dado que estos elementos no son componentes, sino sólo anexos del delito, la suposición equivocada de condiciones de punibilidad o de presupuestos procesales inexistentes carece totalmente de importancia”.

<sup>231</sup> § 16. *Irrtum über Tatumstände*

(1) Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt.

(2) Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines mildereren Gesetzes verwirklichen würden, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem mildereren Gesetz bestraft werden.

§ 16. *Error de tipo*.

(1) El que al tiempo de cometer el hecho desconozca alguna circunstancia

Puede decirse que, en términos generales, las consecuencias de las distintas representaciones erróneas *en beneficio* constituyen un reflejo bastante adecuado de *los efectos del error en prejuicio del autor*. Más concretamente, resultaría oportuno distinguir categorías con una jerarquía de efectos; así: “el error puede, en primer término, ser completamente irrelevante (como ya se ha dicho *ut supra*)”.

También puede, en segundo lugar, completarse el hecho delictivo provocando la atenuación de culpabilidad y de punibilidad (ya expuesto en líneas anteriores). Puede ocurrir que (existiendo el tipo y la antijuridicidad), quedar excluida la culpabilidad del agente (supuesto ya contemplado). Y, finalmente, producirse la desaparición del tipo del delito doloso (situación ya examinada).<sup>232</sup>

Únicamente existe una cosa prohibida al error: “jamás puede eliminar la *antijuridicidad* del hecho; el juicio de desvalor del ordenamiento jurídico global acerca del hecho no puede ser dejado sin efecto ni siquiera por el error más claro y disculpable”. Dicho de otra forma, el carácter antijurídico del hecho queda subyacente e implicado (en cuanto juicio de desvalor) dentro de la misma conducta.

que forma parte del tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por comisión imprudente no se verá afectada.

(2) El que al tiempo de cometer el hecho crea erróneamente que concurre en circunstancias que realizarían el tipo de una ley más favorable, podrá ser castigado por comisión dolosa sólo conforme a lo previsto en la ley más favorable (*Código Penal Alemán, parte general*, trad. Johannes Albert Kirchmayer y Ma. José Blanco Ledesma, Casa Editora Gabriel Rivas, 2000). Reiteramos el contenido del artículo, ya citado, en razón de la facilidad para la comprensión del análisis que realizamos.

<sup>232</sup> Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *Derecho Penal parte general*, ya citado, pp. 400-401. El tipo del hecho doloso *queda destruido* por un error del autor referido a la parte objetiva del tipo, sin que quepa distinguir si el error ha sido o no evitable. En el último de los casos nombrados se trata del *error de tipo*, el que es expuesto en forma aislada en el marco de la doctrina de éste y que ha recibido aisladamente su tratamiento en el § 16 de *StGB* (ya reiteradamente citado).

Es completamente *irrelevante* el error referente a todas las circunstancias del hecho que corresponden a la denominación “*anexos del delito*”. El *desconocimiento* erróneo de una condición de punibilidad (la muerte de una persona) no beneficia al autor, de la misma manera que tampoco lo hace su suposición errónea acerca de la ausencia de un requisito procesal (así, la no presentación de la querrela en los delitos perseguibles a instancia de la parte ofendida o de los delitos de acción privada o particular).<sup>233</sup>

Por su parte, un error de prohibición evitable referente a la antijuridicidad o a la responsabilidad por el hecho produce un efecto atenuante de la culpabilidad y como consecuencia de ello (con carácter facultativo de la punibilidad). No obstante la antijuridicidad permanece.

La estructuración de la teoría del error, en ámbitos materiales concretos, según el elemento del delito —“cuya ‘*imagen refleja negativa*’ es representada por cada error”— y su puntualización es tarea encomendada a la jurisprudencia actual. En esta tesitura, la ciencia jurídico-penal expresa reservas en dos niveles distintos contra la diferenciación del error, sustentada por los autores comentados.

En un primer nivel, desde la perspectiva de la *teoría del dolo*, que promueve la conciencia de ilícito *al rol de elemento integrante del dolo y que* (precisamente por eso) *en los casos del error de prohibición*, trata de excluir el dolo. Por otra parte, se sostiene que la estructuración típica de los delitos no siempre daría lugar a una clara separación entre elementos típicos y elementos de antijuridicidad.<sup>234</sup>

<sup>233</sup> *Idem*. Es conveniente destacar aquí lo establecido en los § 21, § 16 y siguientes y concordantes del *StGB*. Igualmente cabe enfatizar lo relativo a la querrela manifestado en el § 77b del mismo cuerpo legal. El § 21 se refiere a lo que los alemanes denominan “*capacidad de culpabilidad disminuida*”. El § 16 se refiere al “*Error de tipo*” y el § 77b se refiere al plazo, para presentar la querrela, por un hecho punible perseguible a instancia de la parte perjudicada. Todos estos párrafos pertenecientes al *StGB* en su última versión de 1994.

<sup>234</sup> *Idem*. Se ejemplifica con los siguientes párrafos del *StGB* vigente:  
§ 37. *Parlamentarische Berichte*

La exposición anterior sería especialmente válida para lo que Maurach y Zipf denominan *causales de justificación singulares*. En su caso, también lo sería para los elementos típicos normativos, como la ajenidad de la cosa dañada o la *antijuridicidad* del beneficio patrimonial perseguido, los que podrían determinar la *tipicidad* como caracterización de la antijuridicidad y, finalmente, para las leyes en blanco.<sup>235</sup>

Wahrheitsgetreue Berichte über die öffentlichen Sitzungen der in § 36 bezeichneten Körperschaften oder ihrer Ausschüsse bleiben von jeder Verantwortlichkeit frei.

#### § 37. *Informes parlamentarios*

Los informes fieles y veraces sobre las sesiones públicas de las corporaciones mencionadas en el § 36 o de sus comisiones quedan exentos de toda responsabilidad.

#### § 10. *Sondervorschriften für Jugendliche und Heranwachsende*

Für Taten von Jugendlichen und Heranwachsenden gilt dieses Gesetz nur, soweit im Jugendgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt ist.

#### § 10. *Normas especiales para menores y jóvenes (18-21 años)*

Este Código sólo se aplicará a los hechos cometidos por menores y jóvenes (18-21 años), mientras en la Ley del Juez o Tribunal de Menores no se disponga lo contrario (*Código Penal Alemán, parte general*, trad. Johannes Albert Kirchmayer y Ma. José Blanco Ledesma, Casa Editora Gabriel Rivas, 2000).

<sup>235</sup> *Idem*. El § 17, ejemplifican los autores en comentario, dice literalmente:

#### § 17 *Verbotsirrtum*

Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

#### § 17 *Error de prohibición*

El que al tiempo de cometer el hecho no tenga conocimiento de su ilicitud, actúa sin culpabilidad si el error no pudo ser evitado por él. En el caso de que el autor hubiera podido evitar el error, podrá atenuarse la pena conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del § 49.

#### § 30 *Versuch der Beteiligung*

(1) Wer einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, wird nach den Vorschriften über den versuchte des Verbrechens bestraft. Jedoch ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern. § 23 Abs. 3 gilt entsprechend.

(2) Ebenso wird bestraft, wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt oder wer mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu berehen oder zu ihm anzustiften.

Recogiendo una posición doctrinal (compartida por muchos autores) se estima que los elementos típicos normativos —en tanto que se refieren al acontecer objetivo— constituyen auténticos elementos del tipo objetivo, que no pierden este carácter por el hecho de que su constatación implique un juicio de valor objetivo.<sup>236</sup>

Mucho más difícil de captar es el caso de la profundización de la amenaza penal en relación con conceptos como: indebidamente, antijurídico, contrario a derecho, sin permiso, sin causa legal, sin permiso de la autoridad, etc. No obstante, también aquí puede trazarse una división en el sentido anteriormente indicado. Cuando el juicio de antijuridicidad se refiera al conocimiento total de la acción, entonces nos encontramos ante un elemento de antijuridicidad (*elemento delictivo*), que se halla fuera del

### 30 Tentativa en la intervención

(1) El que intente determinar a otro a cometer un delito grave o a inducir a su comisión, será castigado según los preceptos relativos a la tentativa del delito grave. No obstante, la pena se atenuará conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del § 49. El apartado 3 del § 23 se aplicará *mutatis mutandis*.

(2) Del mismo modo, será castigado quien manifieste su disposición, acepte el ofrecimiento de otro o se concierte con él para cometer un delito grave o para inducir a su comisión.

<sup>236</sup> Maurach y Zipf expresan: “Error de tipo constituye, en el caso de evasión de impuestos, el desconocimiento de la pretensión estatal sobre ellos. Si el dueño de un camino público, en la errada opinión de que le está permitido excluir del uso a determinadas personas, esgrime frente a una de ellas su pretendido derecho de dominio o de legítima defensa, no actúa con error acerca de un ‘presupuesto del tipo’ de estas causales de justificación, sino con error de prohibición.

Constituye un error de tipo el de un transeúnte acerca del sentido de una señal que hace con su mano el funcionario policial que dirige el tránsito. Al contrario, es error de prohibición la equivocada suposición de que la mera aprobación del examen para obtener licencia permite conducir un vehículo motorizado. Asimismo, en el caso de leyes en blanco, es posible distinguir entre tipicidad y antijuridicidad, si se pretende que el establecimiento de los tipos opera mediante el llenado de los blancos”.

En realidad, los tipos en blanco reciben una denominación más adecuada en los llamados tipos de complementación necesaria, de rancio abolengo finalista.

dolo, lo que origina que un error, referente a ello, debe tratarse de conformidad con los principios del error de prohibición.

Pero si, en cambio, el *concepto de antijurídico* hace referencia a un elemento típico singular; en tales supuestos la antijuridicidad es elemento objetivo del tipo, como sucede en los supuestos de la antijuridicidad de la ventaja patrimonial en el fraude de estafa y de la apropiación de la cosa en el robo.

Para Claus Roxin<sup>237</sup> la problemática de la culpabilidad empieza con la determinación de la estimación del pleno conocimiento sustancial de la misma y, en este sentido, expone una serie de razonamientos.

Estamos en presencia del creador del funcionalismo en su versión roxiniana quien —al referirse al objeto de la conciencia de la antijuridicidad— dice literalmente: “Conciencia de la antijuridicidad significa: el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido”.<sup>238</sup>

<sup>237</sup> *Derecho penal. Parte general*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*.

<sup>238</sup> Claus, Roxin, *Derecho penal. Parte general*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ya citado, nota 203 pp. 866 y ss. Para Roxin, este concepto está recogido en la sentencia del Tribunal Supremo Federal en materia penal (BGHSt 2, 196). Con arreglo a eso, “para la conciencia de la antijuridicidad no basta la conciencia de la dañosidad social o de la contrariedad a la moral de la propia conducta; pero, por otro lado, tampoco es necesaria, según la opinión dominante la conciencia de la punibilidad. Se exige demasiado poco cuando se considera suficiente para la conciencia de la antijuridicidad la conciencia de la dañosidad o de la inmoralidad.

Hay que considerar que, no obstante lo anterior, no todas las acciones disvaliosas están prohibidas (así, en la parcela de las conductas sexuales o en la lucha propia de la competencia económica, la conciencia de la contradicción de normas sociales o éticas supone, a lo sumo, un medio para acceder al conocimiento de la prohibición, pero no es este mismo conocimiento”. *Cfr.*, a su vez, Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ya citado, pp. 667 y 668. Jakobs dice: “El autor tiene conciencia de lo ilícito cuando (A) lo ilícito le es (B) conocido (C) actualmente en el momento del hecho y (D) de modo especificado, aun cuando sólo sea (E) ‘condicionadamente’. Así pues, se trata del conocimiento de la perturbación social en relación con un ordenamiento conocido (no necesariamente reconocido)”.

El ilustre profesor germánico ejemplifica: “El partidario de la confesión de

En el sentido indicado *ut supra*, la conciencia de la antijuridicidad no queda completada con la conciencia de la dañosidad social o de la contrariedad a la moral de los comportamientos. Sin embargo, por otro lado, tampoco resulta necesaria según la opinión dominante la conciencia de la punibilidad.

El propio Roxin estima que se está exigiendo demasiado poco, cuando consideramos suficiente, para la conciencia de la antijuridicidad, la conciencia del daño social o de la propia inmoralidad. Y ello es aceptable porque “las valoraciones sociales y morales son tan cambiantes en una sociedad pluralista”, que difícilmente el derecho puede exigir una orientación incondicional por ellas, si no que (en términos generales) únicamente puede establecer el reproche completo de la culpabilidad, cuando el agente no presta atención consciente a las prohibiciones y mandatos jurídicos.<sup>239</sup>

No obstante, la conciencia del daño social o del carácter de cualquier manera disvalioso de la propia conducta, constituye un indicio de la vencibilidad de un error de prohibición y —en ciertos supuestos no generalizables y extremosos— puede de-

los Testigos de Jehová que, tras rechazar realizar el servicio militar se niega a cumplir la prestación civil sustitutoria conoce la perturbación social que ocasiona su negativa, y por ello tiene conocimiento del injusto con arreglo al § 53.1 de la Ley sobre la prestación civil sustitutoria si le son conocidas la contrariedad a derecho de la negativa y la significación del servicio militar obligatorio general para la República Federal en su forma actualmente existente; el que no apruebe esta forma no impide la conciencia de lo ilícito”.

El profesor Jakobs habla de la Ley del Servicio Militar, y de la Ley sobre la Prestación Civil Sustitutoria de la República Federal de 16 de Julio de 1965 (BGBl). Obviamente después de la unificación de las dos Alemanias estas circunstancias han sufrido modificaciones, aunque los Testigos de Jehová siguen con la misma pretensión.

<sup>239</sup> *Ibidem*, Roxin, Claus, p. 866. El creador del primer funcionalismo dice literalmente: “dado que ni mucho menos todas las acciones disvaliosas están prohibidas (v. gr. en el terreno de la conducta sexual o en la pugna propia de la competencia económica), la conciencia de contravenir normas sociales o éticas supone a lo sumo un medio para acceder al conocimiento de la prohibición, pero no es este mismo conocimiento”.

sembocar en la negación de una atenuación de la culpabilidad cualquiera.

De esta manera, queda reducida la relevancia práctica de la diversidad de opiniones. Precisamente, porque el ya citado § 17 (véase nota 235), referente al *error de prohibición*, atenúa su importancia como causa excluyente del dolo y ni siquiera necesario para rebajar la pena, ya que puede mantenerse, sin reproches, la prohibición o el mandato legales, como punto referencial para la conciencia de la antijuridicidad.

Desde mi muy particular perspectiva, el segundo funcionalismo (es decir, el funcionalismo de Günther Jakobs) trata de enmarcar la teoría del error de prohibición en función de una concepción funcional de la culpabilidad. Dicha concepción participa de dos niveles, uno relativo a los cambios de la jurisprudencia, y el otro respecto de la expectativa acerca de lo que hay que regular y decidir.<sup>240</sup>

Entre los distintos ámbitos, que confirman la heterogeneidad del error, el autor en comentario expresa:

*a) Error sobre los fundamentos:* Si al autor le falta la conciencia de la antijuridicidad en una infracción situada en el núcleo de las normas centrales, es decir, de aquellas normas que sólo se pueden rebocar mediante un acto de revolución estatal o social, la inevitabilidad sólo cabe concebirla en personas pertenecientes a otras culturas.

<sup>240</sup> *Ibidem*, Jakobs, Günther, pp. 659 y ss. El ilustre profesor germano dice literalmente “Este cambio profundo de la jurisprudencia se trata no tanto de un refinamiento de la sensibilidad psicológica (*el incapaz de conocer es incapaz de obedecer*) como de un cambio de la expectativa acerca de la que hay que regular y decidir. Mientras que el *Reichsgericht*, con la irrelevancia del error de derecho penal, pretende valorar el error sobre el núcleo de las normas centrales, importa ahora un abanico, más acentuadamente diferenciado, de manifestaciones heterogéneas del error”. *Cfr.*, a su vez, *RGZ: Reichsgericht en materia civil*; sentencias del *Reichsgericht* en materia civil, editadas por los miembros del Tribunal y de la Fiscalía. Cabe destacar que el *Reichsgericht* (Tribunal Superior Imperial) contemplaba sentencias tanto en materia civil, como en materia penal.

De cualquier manera, no sería únicamente el error la fundamentación de la inculpabilidad. Así, se agrega un estado psíquico que pone de manifiesto el parecer del autor (“*es decir, la socialización ótica*”) de tal modo que este no nos puede servir de norma. En definitiva, nos encontramos ante un caso límite de inimputabilidad, *el autor se encuentra motivado de modo distinto a cualquier otra persona*.<sup>241</sup>

Por otra parte, lo que constituye un error sobre los fundamentos se determina no únicamente en relación con la norma en cuestión, sino igualmente con arreglo al ámbito vital en que se ha producido el desenvolvimiento existencial del autor, así:

*b) Error en el ámbito disponible:* En el error sobre los fundamentos sólo existe la oportunidad de renunciar al veredicto de culpabilidad si es posible presentar al autor —al igual que en la inimputabilidad— como alguien que no puede servir de norma; la renuncia parcial sólo es posible en la medida en que se pueda achacar a otro sistema el resto no solucionado del conflicto. De modo distinto ocurre en el error en el ámbito disponible; Aquí el contenido de la norma se retira para dar paso a su fundamento de validez.

<sup>241</sup> *Idem.* Jakobs pone el siguiente ejemplo: “El que un autor haya supuesto que por principio la alta traición, la coacción al Parlamento o el homicidio, las lecciones o incluso los daños están permitidos, es aceptable sólo si el autor muestra como estado psíquico una socialización extraña, al igual que en el § 20 del *StGB* debe concurrir determinado estado psíquico. Otro tanto cabe afirmar de las ideas delirantes o descabelladas sobre la justificación”.

A su vez, *cfr.* § 20. *Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen*

§ 20. *Inimputabilidad por perturbaciones psíquicas.* Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinnns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

“Actúa sin culpa, el que al tiempo de cometer el hecho sea incapaz de comprender su ilicitud o de obrar conforme a esa comprensión debido a una alteración psíquica morbosa, a un trastorno profundo de la conciencia, a una oligofrenia o a otra anomalía psíquica grave”.

De tal manera esto es así, que en la medida en que un simple error pueda excluir o disminuir la culpabilidad sin especial estado psíquico y sin posibilidad de culpar a otro porque ya no se trata de estabilizar normas, en atención a esos contenidos, ya que el error sobre el contenido puede propiciar el perdón sin la concurrencia de un estado psíquico especial.

Del reconocimiento del fundamento de validez (previamente al reconocimiento del contenido de la norma) se trata en aquellas normas cuyo contenido no se encuentra establecido mediante los principios básicos del ordenamiento, los cuales, por consiguiente, son modificables en el proceso evolutivo normal.<sup>242</sup>

Roxin indica, respecto de *las formas de manifestación de la conciencia de la antijuridicidad*, que todos los errores de prohibición son iguales en que el sujeto sufre una equivocación sobre la prohibición específica del tipo. Pero las razones que fundamentan los errores de prohibición pueden ser distintas y autorizan a considerar formas específicas manifestadoras del error de prohibición, siendo las más destacadas de ellas las siguientes:

1. *El error sobre la existencia de una prohibición.* Se trata de un caso paradigmático del error de prohibición, como puede servir de fundamento a ciertos ejemplos o el que se da cuando alguien mantiene relaciones sexuales con una mujer enferma mental y no sabe que ello está prohibido.
2. *El error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación.* Para el profesor Roxin dicho error resulta frecuente, inclusive en los tipos legales más relevantes del

<sup>242</sup> *Ibidem*, Jakobs, Gûnter, pp. 661 y 662. Jakobs concreta: “En el ámbito de estas normas, el autor no puede —a diferencia en el ámbito de las normas básicas— deducir por sí mismo el contenido de las normas, al presuponer que aún está tomando parte en la vida social en una medida normal.

Los límites entre el error sobre los fundamentos y el error en el ámbito disponible no cabe determinarlos con exactitud. Dado que pueden concurrir ambas causas de inculpabilidad o de disminución de la culpabilidad, las superposiciones carecen de importancia. De todos modos, no importa qué capacidades se puedan verificar en el autor en el momento del hecho desde un punto de vista psicológico, *sino de qué es éste responsable*”.

derecho penal nuclear. Toda esta problemática trae consigo la necesidad de ponderar cuidadosamente un adecuado equilibrio entre la interpretación de la norma penal y las consideraciones doctrinales.<sup>243</sup>

No resulta fácil la delimitación lógica del error sobre los límites de las causas de justificación (*error sobre el límite de la permisión*), de la suposición errónea de una causa de justificación inexistente (*error de permisión*).

La dificultad radica en que quien fija los límites de una causa de justificación de distinta manera que el legislador, además supone en esa medida una causa de justificación inexistente. La distinción permite, por consiguiente, cuando mucho sacar conclusiones sobre cuánto se alejaron las representaciones del sujeto “respecto de una situación real de justificación”.<sup>244</sup>

<sup>243</sup> Roxin, Claus, pp. 869 y 870. Para aclarar utiliza los siguientes ejemplos: “alguien cree poder corregir mediante castigo corporal a los niños ajenos cuando hacen travesuras imperdonables, actúa en error de prohibición en cuanto a las lesiones; *se imagina una causa de justificación que no existe*.”

Lo mismo rige cuando unos estudiantes creen perturbar o interrumpir una clase en virtud de un supuesto derecho de huelga, o cuando alguien comete un sabotaje de recursos militares, suponiendo que un derecho a promover la paz mundial le autoriza a ello”.

<sup>244</sup> Idem. Más frecuentemente se producen errores, cuando el sujeto amplía, excesivamente, los límites de una causa de justificación existente. Así: “parte de la suposición de que también las medidas defensivas que sobrepasan la medida de lo necesario o que se dirigen contra agresiones futuras están amparadas por legítima defensa (§ 32); u opina que el estado de necesidad justificante (§ 34) autoriza la injerencia en los derechos de personas no implicadas ya en caso de equivalencia de los intereses en conflicto, que el derecho de detención permite a los particulares la autorización de armas de fuego, etcétera”.

A su vez, § 32. *Notwehr*

(1) Wer einer Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig.

(2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden. 32.

§ 32 Legítima defensa

(1) El que cometa un hecho que resulte requerido por legítima defensa no obra antijurídicamente.

3. *El error de subsunción.* Conviene adelantar que, realmente, este error consiste en un error de interpretación. El sujeto tiene una interpretación inadecuada, equivocada, de un elemento típico, de tal manera que desemboca en la conclusión de que no será realizado mediante su conducta.

Dicho error puede ser *un error de tipo o un error de prohibición* e, inclusive, únicamente *un error irrelevante de punibilidad*. Todo ello cuando el sujeto pierda la perspectiva del contenido de significación social de un elemento o sólo la prohibición concreta del tipo o también la punibilidad de su comportamiento.

Por consiguiente, un error de subsunción no necesariamente implica un error de prohibición. No obstante, sí lo es la mayor parte de las veces, ya que aparece, usualmente, en casos de supuestos normativos complejos, complicados, en los que la interpretación radica sobre el carácter permitido o prohibido de un comportamiento.

Los errores de subsunción pasan a convertirse (en una buena parte de los supuestos) en unos auténticos errores de

(2) Se considera legítima defensa que resulta necesaria para repeler una agresión antijurídica actual contra uno mismo o contra un tercero.

#### § 34. *Rechtfertigender Notstand*

Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse da beeinträchtigt wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.

#### § 34. *Estado de necesidad como causa de justificación*

El que, ante un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico que no pueda ser conjurado de otro modo, cometa un hecho para alejar el peligro de sí o de otro, no actuará antijurídicamente, cuando en la ponderación de los intereses en conflicto, en concreto de los bienes jurídicos afectados y del grado del peligro que los amenaza, el interés protegido predomine de manera esencial sobre el interés menoscabado. Esto sólo se aplicará, sin embargo, en cuanto el hecho constituya un medio adecuado para conjurar el peligro.

prohibición invencibles, lo que origina una gran complicación en la determinación de la autenticidad interpretativa.<sup>245</sup>

4. *El error de validez*. Mucho menos recurrente que el error de prohibición es el error de validez. En éste, el sujeto conoce la norma prohibitiva y (en términos generales) inclusive la norma penal, pero la estima nula. En este supuesto, la consideración como error de prohibición es factible en el caso de que quien actúa invoque causas de nulidad plenamente reconocidas en el ordenamiento jurídico.<sup>246</sup>

Por otra parte, en el caso de que un delincuente se estime en condiciones de poder discutir la validez de una ley sobre fundamentos jurídicos (es decir, pudiendo invocar, *ab initio*, un error de prohibición) hay que ser extraordinariamente cuidadoso en el momento de admitir tal error *in concreto*. Todo lo anterior, por la evidencia apabullante de que difícilmente una situación jurídica está tan clara, para que alguien pueda estar totalmente seguro de la nulidad de una ley.

<sup>245</sup> *Ibidem*, pp. 872 y 873. “Cuando un abogado, a consecuencia de una falsa interpretación, considera que no se da el elemento ‘*el mismo asunto jurídico*’ en el § 356 [deslealtad profesional por traición a la parte o doble defensa] por regla general hallará permitida su actividad para ambas partes, o sea, será víctima de un error de prohibición”.

“Lo mismo rige para la gestión desleal (§ 266) cuando alguien cree equivocadamente que no infringe mediante un determinado negocio su ‘deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos’. Los errores de subsumción son incluso no pocas veces errores de prohibición invencibles, *v. gr.* cuando alguien se fía de informaciones de abogados o de decisiones judiciales que posteriormente resultan equivocadas”.

<sup>246</sup> *Idem*. Roxin ejemplifica de la siguiente forma, se trae a colación la nulidad por ejemplo: “porque al órgano que la dictó le faltaba la competencia legislativa, o porque el precepto atenta contra un derecho fundamental o contra el principio de determinación”.

Otra cosa ocurriría cuando el sujeto estima válida una ley, de conformidad con los parámetros del ordenamiento jurídico, pero no la considera vinculante (para él mismo) por razones de índole política, ideológicas, religiosas o de conciencia. Las razones de esta clase no afectan modificativamente para nada “la conciencia del carácter prohibido de la propia acción, que es lo único decisivo”.

### III. REFLEXIONES SOBRE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA Y LA POSICIÓN DE DIVERSOS AUTORES

Desde su perspectiva, Zaffaroni explica que: “En realidad, la vencibilidad o evitabilidad del error de prohibición es un *límite de culpabilidad*, es decir un *límite de exigibilidad* y por siguiente de reprochabilidad”. Contemplado desde esta perspectiva, y para no desenfocar la problemática, no hay posibilidad de mantener ningún deber de información jurídica “que incumba al ciudadano como tal”.<sup>247</sup>

Para Zaffaroni, según la naturaleza de la culpabilidad (y de la inculpabilidad) la posible evitabilidad de la falta de entendimiento de la conducta criminosa debe ser objeto de una valoración “siempre en relación *al sujeto en concreto y a sus posibilidades*, lo que permite afirmar que la evitabilidad del error exculpante presenta, por lo menos tres aspectos que deben ser analizados para su correcta valoración”.

a) Tal valoración hace referencia a si el sujeto tenía posibilidades de conocer la conminación penal de su conducta, en otras

<sup>247</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros, *Derecho penal. Parte general*, México, Porrúa, 2001, pp. 695 y 696. “Sino que todos los ciudadanos tienen —directamente y sin lugar a dudas— el deber de no cometer injustos, sólo que tal deber les es exigible en la medida en que dispongan efectivamente del correlativo derecho a comprender la naturaleza de tales injustos, sin que importe si han hecho o no uso de ese derecho de comprensión... La culpabilidad no se funda en el conocimiento efectivo —y menos aún en la efectiva comprensión— de la criminalidad de la conducta, sino en la mera posibilidad”. A su vez, David Felip i Saborit (*Error iuris*, Barcelona, Editorial Atelier, pp. 101-103), el profesor catalán, indica que hay que tener presente que (actualmente y en contradicción con las pasadas discusiones, cuando en la literatura jurídico-penal alemana se hace referencia a la conciencia del injusto) “se adopta como referente el concepto legal del mismo, recogido en el § 17 del *StGB*, con independencia de que éste abarque o no todas las situaciones de culpabilidad plena”.

David Felip i Saborit reproduce el § 17 del *StGB* “*Error de prohibición*. Si, al cometer el hecho, al autor le falta la comprensión de estar cometiendo un injusto actúa sin responsabilidad si no podía evitar el error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede atenuarse conforme al § 49 párr. 1”.

palabras, si le resultaba factible utilizar algún medio idóneo de información.

b) Si el sujeto, durante el tiempo del evento, tuvo oportunidad de hacerlo, lo que estará en función del periodo disponible para la adopción de decisiones, las posibilidades de reflexión en unas circunstancias dadas y todo lo demás.

c) Si al autor cabría la posibilidad de una exigibilidad de la imaginación de la *criminalidad de su conducta*, lo que no ocurre cuando (de conformidad con su capacidad intelectual) con su instrucción o su preparación, y teniendo en cuenta un *estándar mínimo de prudencia*, no hubiera tenido motivos para presumirla.

Zaffaroni insiste que para

“La naturaleza de límite de culpabilidad del problema de la vencibilidad o evitabilidad del error importa que la estimación tenga lugar siempre en función de las condiciones personales del agente y no conforme a una pretendida objetividad, que acude a otro o a una figura de imaginación”.<sup>248</sup>

Dicho de otra forma: es posible que existan personas que no tengan una incapacidad psíquica de culpabilidad respecto del propio *injusto en concreto*, pero que (por sus rasgos psíquicos personales) resulte indudable que no sea factible exigirles, en la *concreta circunstancia del hecho*, que hayan superado o evitado el error.<sup>249</sup>

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 696. “La exigibilidad siempre es a una persona concreta, pero en una situación y una circunstancia también concretas... Por otra parte, se trata de un dato de realidad que la ley no puede desconocer ni alterar. La capacidad de imaginación de una persona, su juicio crítico, su nivel de pensamiento abstracto, de atención, de fijación mnémica, de sensorpercepción, etc., son todas funciones que pueden estar disminuidas de modo que hagan inexigible que el agente haya imaginado la criminalidad de su acción, que la haya deducido por aplicación de un análisis reflexivo de los datos disponibles, que haya comprendido su lesividad, etc.”.

<sup>249</sup> Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, ya citado, nota 57 pp. 433 y ss., dice, al hablar del problema de la evitabilidad del error de

Hablando, en términos generales y más concretamente en relación con la República de Argentina, Zaffaroni expresa que, dado el avance de la confusión legislativa, que tiende a cercenar seguridad en casi todo el mundo, se trata del error que tiene verificativo “cuando se basa en un entendimiento del derecho que es sostenido por una *corriente de opinión* respetable y reconocida, incluso cuando ha sido recogida jurisprudencialmente”.

El ilustre profesor argentino dice literalmente:

En países con control de constitucionalidad difuso como la Argentina y donde no existe jurisprudencia obligatoria a nivel nacional, en que la jurisprudencia puede variar entre el orden federal y dos docenas de competencias ordinarias, e incluso puede serlo dentro de cada una de ellas en la medida en que no se haya resuelto casatoriamente, *la disparidad de criterios interpretativos es la regla y no la excepción.*

Pero incluso frente a la propia jurisprudencia de casación y constitucional suprema, *pueden producirse diferencias de criterio conforme a las sucesivas composiciones de los tribunales.*

Se ha señalado que media un error invencible cuando una jurisprudencia casatoria o plenaria o incluso invariable a lo largo de muchos años considera que una acción es atípica, justificada, inculpable o que está amparada por una causa personal de exclusión de punibilidad, y cambia en sentido contrario: se trata de un supuesto

prohibición sobre la ilicitud, y refiriéndose a la legislación española (y más concretamente al artículo 14 del Código Penal Español de 1995) que: “De acuerdo con éste, el error sobre la antijuridicidad excluirá la punibilidad cuando haya sido invencible. *Invencible* es el error cuando el autor no hubiera podido evitarlo. Por lo tanto, la inevitabilidad se convierte en un presupuesto de la exclusión de la punibilidad por *error de prohibición*. La evitabilidad del error de prohibición, por el contrario, determina la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, con la pena del delito doloso, aunque con una pena atenuada según el artículo 14.3 del Código Penal español. (*Artículo 14.3*: “El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”).)

en que es imposible que el agente conozca la conminación penal de una acción que hasta ese momento había sido pacíficamente considerada impune.

Por lo menos en todas las conductas realizadas hasta la publicación de la nueva jurisprudencia, debe considerarse que median errores invencibles, sin importar si en concreto el agente había consultado a un letrado o no lo había hecho.

Evidentemente, Zaffaroni está destacando la extraordinaria mutabilidad de los criterios jurisprudenciales, hasta en su más alto ámbito, de la República Argentina, en consideración a la problemática que nos ocupa. Análisis frío, objetivo y con la claridad mental que caracteriza a las manifestaciones vertidas en los libros del maestro.

Precisamente el jurista argentino dice que también se ha producido la necesaria precisión de

que en los casos en que la jurisprudencia constitucional suprema declara inconstitucional una ley penal en sentido garantizador, no puede regresar, lo que excluiría toda posibilidad de error a su respecto. No obstante, esto no se respeta en la práctica, por lo que también estas oscilaciones supremas generan iguales hipótesis de error invencible.<sup>250</sup>

<sup>250</sup> David Felip i Saborit, *Error iuris*, ya citado, nota 245 p. 102 y 103. Ubicándose en la misma problemática de la anterior cita de Bacigalupo, en relación con el artículo 14.3 del Código Penal Español de 1995, el profesor catalán dice literalmente: “La segunda distinción que establece la regulación alemana es la delimitación entre error evitable e inevitable. En este punto existe acuerdo, salvo alguna excepción, respecto a su carácter básicamente *normativo*, es decir, en que dicha distinción se traza con base en la valoración de la situación y de los motivos que explican la falta de conciencia.

Si, conforme al concepto de culpabilidad, esas razones son atendibles (por expresar la imposibilidad individual de ser motivado por la norma, por demostrar suficiente fidelidad subjetiva al ordenamiento jurídico, etc.) el error, en tanto que *inevitable* supone la desaparición de la culpabilidad. Si no lo son, el error es *evitable* y permite la imposición de la pena. Pese a que, en ocasiones, la evitabilidad pueda ser denominada también conocimiento potencial o virtual, ello no debe inducir a equívocos respecto a su naturaleza. Desde el punto de vista psicológico-empírico, el error evitable no presenta características que lo

Como indica el propio Zaffaroni, realmente, hay otros supuestos, en los que no cabe rechazar la posibilidad de un *error de prohibición*. De este modo, se encuentran los casos de dudas de la jurisprudencia, con tal intensidad interpretativa, *que origina la posibilidad de varias interpretaciones coetáneas y diferentes dentro de una misma competencia y al mismo tiempo media una disputa doctrinaria considerable al respecto, el ciudadano no sabe cómo se valorará su acción*.

La invencibilidad o inevitabilidad sobre los comportamientos criminológicos origina *per se* la inculpabilidad; según Zaffaroni, la problemática más compleja aparece respecto de los efectos jurídicos-penales *de la vencibilidad del error exculpante*. En estos casos, nos encontraríamos con que las palabras del código respecto del error que es imputable al autor, termina por no eliminar la reprochabilidad del injusto.

El propio Zaffaroni dice: “Como directa consecuencia de la ubicación que se ha dado a la posibilidad de comprensión de la criminalidad en la teoría del delito, es decir, de haber adoptado la llamada *teoría estricta de la culpabilidad*, en ningún caso este error vencible puede convertir en culposo un *injusto doloso*”.

Por consiguiente, todo lo relativo al entendimiento de la criminalidad no puede decidir otra cosa *que la pregunta sobre si el injusto es o no reprochable al autor* y, en caso de serlo, en qué medida lo es. Se advierte, nuevamente, la enorme complicación creada alrededor del error vencible o, en su caso, invencible.<sup>251</sup>

diferencien del error inevitable (en ambos casos se ignora la prohibición) o lo hagan equiparable, desde ese punto de vista psicológico, a la conciencia efectiva del injusto”.

<sup>251</sup> Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, ya citado, nota 57, p. 444. Bacigalupo dice: “En la teoría se asigna una gran importancia como fuente de información a la *jurisprudencia*. Cuando el autor ha proyectado su acción sobre la base de decisiones judiciales conocida, *su error sobre la antijuridicidad será por regla general, inevitable*. Problemática puede resultar

En términos generales, en casi todos los casos que nos encontramos un error vencible, particularmente cuando hubiere lugar

a que el sujeto actúe sin conocimiento del contenido injusto del hecho, la culpabilidad será de menor intensidad. Sólo cuando la ignorancia (que en estos errores siempre es error) no deriva de un esfuerzo insuficiente sino de la renuncia del sujeto a cualquier esfuerzo, en nada estará disminuida su posibilidad de comprensión de la criminalidad, sino que simplemente el agente no habrá hecho uso de la posibilidad que tuvot.<sup>252</sup>

Por su parte, la finura perceptiva de Enrique Bacigalupo capta perfectamente que la dependencia “de la no punibilidad del error de prohibición de su inevitabilidad tiene también una *significación político-criminal*. En este asunto, el legislador se ha visto obligado a decidirse por el principio de conocimiento o por el principio de la responsabilidad como punto de partida y se ha inclinado por este último”.<sup>253</sup>

en este sentido la *jurisprudencia contradictoria*.

Pero en tales casos es evidente que no cabe exigir al autor alcanzar un conocimiento que los propios tribunales no han podido establecer. En estos casos, si el autor se ha comportado en uno de los sentidos admitidos por la jurisprudencia, su error debe ser declarado inevitable”.

De todo lo anterior, se infiere una razón más para el propósito de lograr una homogeneización de la jurisprudencia, a través del Tribunal Supremo (Bacigalupo se refiere al Tribunal Supremo Español).

<sup>252</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros, *Derecho penal. Parte general*, ya citado, nota 247. Evidentemente, el razonamiento de Zaffaroni y los colaboradores de su libro, desde mi muy particular perspectiva, resulta bastante aceptado, ya que añade: “En estos excepcionales supuestos no corresponde ninguna disminución de su culpabilidad por el hecho. El error exculpante invencible es el que determina que el sujeto no haya podido comprender la criminalidad; en el vencible la atenuación obedece a que su comprensión tuvo dificultades que no le son imputables totalmente; y en los casos en que la no comprensión de la criminalidad le sea completamente imputable, no corresponde considerar atenuación alguna del reproche”.

<sup>253</sup> Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, ya citado, nota 57, pp. 434 y ss. “La responsabilidad penal no dependerá del conocimiento de la antijuridicidad, como lo postula la ‘teoría del dolo’, sino sólo de la *posi*

Desde el punto de vista de los elementos subjetivos de la justificación, entiende Stratenwerth que dichos elementos constituyen la contrapartida de los elementos subjetivos del supuesto hecho típico, “lo que confirma que en el ámbito de los delitos dolosos pertenecen a todas las causas de justificación. A través de circunstancias solamente objetivas desconocidas por el autor no hay exclusión completa de lo ilícito”.

El propio autor entiende que, desde esta perspectiva, corresponde ahora extraer las consecuencias esenciales respecto a la cuestión de la especie a la que deben pertenecer los elementos subjetivos de la justificación.

En esta tesis:

La mayoría de las opiniones coinciden en que el mero conocimiento de los presupuestos objetivos de la justificación no es suficiente, sino que, además, es necesario una determinada *dirección de la voluntad*:

bilidad de su conocimiento, en el sentido de la llamada ‘*teoría de la culpabilidad*’. En otras palabras: el *principio de la responsabilidad* establece que las personas serán responsables por la corrección de sus decisiones dentro de los límites de su capacidad ético-social. De esta manera, la punibilidad del error evitable tiene lugar porque el autor *pudo haber tenido* la conciencia de la antijuridicidad que realmente no tuvo al ejecutar el hecho, es decir, porque pudo obrar de otra manera”.

A su vez, Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general, I: El hecho punible*, trad. Gladys Romero, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982, pp. 15 y ss. El ilustre maestro germánico, en relación con la problemática que nos viene ocupando, dice literalmente: “Con frecuencia, no puede resolverse claramente si el interés defendido por el autor es preponderante en la medida requerida o no, no sólo a causa de la incomparabilidad de muchos bienes jurídicos, sino también por una serie de factores que desempeñan un rol en la ponderación de bienes. *Tal inseguridad de los criterios jurídicos debe interpretarse en favor del autor: solamente será posible considerar el comportamiento antijurídico, en tanto esté claro que el interés defendido no posee un valor suficientemente grande*”.

Sin duda, al igual que en la problemática, del error y su vencibilidad o invencibilidad, influye de manera sustancial la clara determinación del criterio de conocimiento de la criminalidad de la conducta, de conformidad con las capacidades del autor. Dicho de otra forma: mientras menos margen haya de inseguridad mayor eficacia en la determinación de las vencibilidades o invencibilidades de los errores.

el autor tiene que obrar para ejercer la autorización que otorga el orden jurídico en razón de la situación justificante.

El problema, como fácilmente se advierte de todo lo expuesto, abarca una pluralidad de perspectivas que van desde la posición de Zaffaroni, David Felip i Saborit, hasta desembocar en Bacialupo y Stratenwerth, por citar sólo algunos de los autores tenidos en cuenta. En el mismo sentido, se encuentra la posición de Jesús María Silva Sánchez, con matizaciones especialmente originales (véase nota 183).<sup>254</sup>

Como reconoce Silva Sánchez, utiliza la “*teoría de los elementos negativos del tipo*” con las connotaciones propias que añade en su argumentación. El propio Jescheck indica: “La teoría de los tipos abiertos otorga al tipo —si éste se entiende como portador del contenido de injusto típico de la correspondiente clase de delito— demasiado poco, *la teoría de los elementos negativos del tipo*, por el contrario, le concede demasiado”.<sup>255</sup>

<sup>254</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *Instituciones de derecho penal*, México, Ángel Editor, 2001, pp. 274 y ss. Silva Sánchez expresa: “Las anteriores consideraciones se han referido al conocimiento de la antijuridicidad y su contrapartida, el error de prohibición, sin precisar los diferentes supuestos del mismo. Así, en principio, valen tanto para el error de prohibición directo (o relativo ya a la tipicidad del hecho) como para el error de prohibición indirecto (o de permisión).

En cambio, alguna peculiaridad debe surgir a propósito de las situaciones de “suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación”. Respecto a ellas, y frente a las tesis que las incluyen como modalidad de error de prohibición, se acogen aquí la opinión de que constituyen una modalidad de error de tipo, concretamente el denominado “*error de tipo negativo*”.

<sup>255</sup> Jescheck, Hans-Henrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ya citado, vol. I, p. 338 y ss. “Para esta extendida teoría, el tipo a de abarcar no sólo las circunstancias típicas del delito, sino todas aquellas que afecten a la antijuridicidad. Los presupuestos de las causas de justificación se entiende, así, *como elementos negativos del tipo*. Se incluyen, por tanto, en el tipo porque sólo cuando faltan es posible un juicio definitivo sobre la antijuridicidad del hecho. *Elementos del tipo y presupuestos de las causas de justificación se reúnen, por esta vía en un tipo total y se sitúan sistemáticamente en un mismo nivel*”.

No obstante, para el propio Jescheck la teoría de los elementos negativos del tipo no es fácilmente aceptable. Los principales problemas se plantean en el ámbito de la colisión de valores, cuya decisión previa no es fácil. La situación es distinta en las causas de justificación. Éstas no se refieren a excepciones generales de la norma, “sino que requieren para la absolución de situaciones sociales conflictivas, *la ponderación de valores en el caso concreto*”.

En función de dicha ponderación debemos dar preeminencia, en determinadas condiciones *el interés en el mantenimiento indemne del bien jurídico protegido ante otro valor también reconocido por el ordenamiento jurídico*.

Tales valoraciones opuestas, *efectivas sólo dentro de los límites de la necesidad y de la proporcionalidad*, no contienen una limitación de la prohibición general *sino que en el caso concreto se alzan con independencia frente a la norma prohibitiva con un contenido valorativo propio*.<sup>256</sup>

<sup>256</sup> *Ibidem*, pp. 340 y ss. “Es preciso, pues, distinguirlas con claridad de los elementos del tipo. La problemática de colisión inherente a la relación de tipo y causas de justificación no puede resolverse artificialmente por el procedimiento de dar entrada en el tipo con signo negativo a las causas de justificación”.

“Ejemplo: La ejecución de una pena privativa de libertad realiza el tipo de detenciones ilegales (§ 239) pero está justificada por la sentencia judicial. Ello resulta especialmente claro cuando corresponde al juez decidir, en base a consideraciones valorativas específicas, si ha de suspenderse condicionalmente la ejecución de la pena (§ 56)”. Ambos preceptos del *StGB*.

El § 56 dice literalmente, en el párrafo primero: “*StrafAussetzung*. (1) Bei der Verurteilung zu Freiheitsstrafe von nicht mehr als einem Jahr setzt das Gericht die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung aus, wenn zu erwarten ist, daß der Verurteilte sich schon die Verurteilung zur Warnung dienen lassen und künftig auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird. Dabei sind namentlich die Persönlichkeit des Verurteilten, sein Vorleben, die Umstände seiner Tat, sein Verhalten nach der Tat, seine Lebensverhältnisse und ihre Wirkungen zu berücksichtigen, die von der Aussetzung für ihn zu erwarten sind”.

Traducido al español, el § y párrafo citados dicen: “§ 56. *Suspensión de la pena*

(1) En el caso de una condena a una pena privativa de libertad no superior

Se puede, pues, afirmar que no es posible el intercambio simple de los elementos del tipo y de los elementos de las causas de justificación únicamente invirtiendo su signo. *Antes al contrario, las diferencias que los separan poseen una evidente significación material.* Lo anterior es perfectamente comprobable en algunas situaciones, así:

La acción atípica no merece ser castigada porque carece de relevancia jurídico-penal, mientras que la acción típica, pero justificada, no resulta merecedora de pena porque, pese a lesionar el bien jurídico protegido no encierra injusto material alguno. En esta diferencia valorativa se basa la “*función de llamada*” del tipo, tan importante para la prevención general.

Cabe señalar como resumen paradigmático, citando literalmente al autor comentado, que: “Si bien no es posible, por lo dicho, admitir la teoría de los elementos negativos del tipo, no cabe duda de que existen verdaderos elementos del tipo que se hallan *configurados negativamente*”.<sup>257</sup>

Contra esta argumentación no cabría replicar sobre la base de la *teoría de los elementos negativos del tipo*. Según esta teoría,

a un año, el juez o Tribunal suspenderá condicionalmente la ejecución de la misma, si puede esperarse que la condena sirva ya de advertencia al condenado y que, aun cuando no se influya en él a través de la ejecución de la condena, no cometerá ningún otro delito en el futuro. Para ello se tendrán en cuenta en particular la personalidad del condenado, su vida anterior, las circunstancias del delito cometido por él, su comportamiento posterior al delito, sus condiciones de vida y los efectos que cabe esperar tendrá la suspensión para él.

<sup>257</sup> Por su parte, Enrique Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, ya citado, pp. 431 y ss. “En los últimos tiempos se abre paso una tendencia que considera que el caso del error sobre los presupuestos de una causa de justificación constituye una hipótesis *sui generis* de error, en la que se reúnen tanto elementos del error de prohibición como del error de tipo y que propone que se trate esta forma de error como si fuera un error de tipo en base a la aplicación analógica de las reglas de éste”. (Advierte el ilustre maestro que actúa sobre el artículo 14.1 del Código Penal Español de 1995, aunque reconoce que el texto de dicho artículo no parece dar base para una solución semejante.)

las circunstancias que de concurrir justifican la realización del tipo formarían parte del supuesto de hecho típico del delito, como elementos negativos del mismo.

Consecuentemente, desde este punto de vista, la suposición errónea de estos elementos negativos daría lugar a un error de tipo que, como es lógico, excluiría el dolo. Aquí no es posible llevar a cabo una discusión pormenorizada de la teoría de los elementos negativos del tipo. Pero hay por lo menos dos razones que no recomiendan su adopción.

En primer lugar, la teoría de los elementos negativos del tipo, suele ser justificada con base en el excesivo rigor al que conduciría la tesis aquí defendida. Sin embargo, no parece necesaria en un sistema en el que el error evitable de prohibición se debe atenuar obligatoriamente y en una extensión considerable (uno o dos grados). Los resultados a que conduciría la teoría de los elementos negativos del tipo en este sistema legal no serían más justos ni de mayor efecto preventivo que los que se obtendrían con los criterios propuestos aquí.

Por otra parte, la teoría de los elementos negativos del tipo, al excluir el dolo en los casos de error sobre las circunstancias de una causa de justificación, tiene el efecto —no deseado— de impedir la punibilidad del partícipe que hubiera obrado sin error, ya que, en razón de la accesoriedad de la participación, no permitiría la sanción de los cómplices ni de los inductores. Esta crítica vale también para la llamada “*teoría del dolo*”.<sup>258</sup>

En esta cuestión, la finura jurídica de David Felip i Saborit se pone de manifiesto al hablar de las formas del conocimiento de la antijuridicidad y, más concretamente, en su exposición sobre la *actualidad del conocimiento jurídico*. Evidentemente, la simple enumeración de lo expuesto nos ubica plenamente en la problemática que nos ocupa.

<sup>258</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal. Parte general, 4a. ed., trad. Manzanares Samaniego, Granada, Ed. Comares, 1993, ya citado, *passim*. Fundamentalmente en lo referente a los elementos negativos del tipo y su impacto en la teoría del dolo.

El jurista catalán expresa que, si hasta ahora se ha venido indagando los límites entre el conocimiento de la antijuridicidad y el error de prohibición *consciente*, hay que diseñar la frontera entre el conocimiento de la antijuridicidad y el error de prohibición *inconsciente*.<sup>259</sup>

Como hemos venido viendo, a través del examen del conocimiento de la antijuridicidad y de la vencibilidad o invencibilidad de los errores, el lenguaje ha tenido un papel protagónico, y al llegar aquí tendríamos que traer a colación la figura de un genio de la lingüística y de la filosofía, concretamente me estoy refiriendo a Ludwig Wittgenstein.

En este sentido, Wittgenstein expresa la idea de que, antes de saber si es verdadero o falso, lo que tenemos que hacer es saber si siquiera estamos diciendo algo cuando hablamos. Y si decimos algo, qué decimos y desde dónde lo hacemos, desde qué juego lingüístico, qué contexto, qué forma de vida.

En opinión del destacado miembro del Círculo de Viena sólo las anotaciones anteriores, con sus correspondientes interrogantes, nos dan una idea clara de que ellas, precisamente, otorgan valor y significado a nuestro lenguaje, y siempre refiriéndonos a estas situaciones:

<sup>259</sup> David Felip i Saborit, *Error iuris*, ya citado, nota 245 pp. 153 y ss. Según dicho autor: “Hoy en día existe acuerdo en que uno de los requisitos de la conciencia del injusto es su *actualidad*, es decir, que el autor ha de ser *efectivamente* consciente del injusto *en el mismo momento* de su realización”.

El autor en comentado reitera el mismo ejemplo utilizado en la nota 245, de este texto, en el que hace referencia al § 17 del *StGB* (“sí, al *cometer el hecho...*”). Aunque aclara que: “la actualidad —es decir, la realidad— de la conciencia del injusto no debe ser entendida como la exigencia de un proceso de reflexión sobre la antijuridicidad del hecho en el preciso instante de su comisión que acabe en una nítida representación, o de lo contrario, este requisito no se cumpliría en muchos delitos, especialmente los hechos cometidos impulsivamente, como habitualidad o bajo fuertes estados pasionales. No se trata, pues, de que el sujeto piense explícitamente ‘lo que estoy cometiendo es un hecho injusto’, sino que basta con un saber implícito que, de alguna forma, esté presente e incida en el comportamiento del autor”.

Qué costumbre, qué interés o que necesidad nos lleva a plantearnos algo, a manifestarnos lingüísticamente de tal modo, es decir, a hacer algo concreto para satisfacer fines, deseos o vacíos concretos. (Pues “*también las palabras son acciones*”). Y no algo misterioso, supuestamente más alto y sublime.

Creo que no hace falta detenernos mucho, porque la propia ambivalencia y ambigüedad de la vencibilidad o invencibilidad de los errores, más aún las vacilaciones del lenguaje legal, las indecisiones jurisprudenciales provocan una incertidumbre en el conocimiento de la antijuridicidad incluso con referencias temporales de promedio. De ahí, que hayamos recurrido a Wittgenstein, como un maestro indiscutible en estas tareas.<sup>260</sup>

Con la clarividencia jurídica, que le caracteriza, el profesor Silva Sánchez en este apasionante apartado de la antijuridicidad plantea algunas consideraciones en torno a la imputabilidad objetiva y a la *aberratio rictus*, que entiendo arroja luz sobre todo lo que nos está ocupando.<sup>261</sup>

El maestro manifiesta que prácticamente todas las posiciones (incluyendo la de menos partidarios en Alemania sobre la *abe-*

<sup>260</sup> Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus*, trad. Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, Madrid, Alianza Editorial, 1999, *passim*. Las consideraciones, en torno al maestro vienés están tomadas del Suplemento Cultural Babelia, de *El País*, de 28 de abril de 2001, cuyo autor es Isidoro Reguera, p. 4.

<sup>261</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *Instituciones de derecho penal*, ya citado nota 245, pp. 111 y ss. “Si para el espectador objetivo *ex ante* con los conocimientos especiales del autor no era previsible (previsibilidad objetiva) la producción del resultado por medio de esa conducta: 1) Se habla —entre las desviaciones causales— de *desviación causal esencial*, que determina que no se responda por el resultado; 2) Lo mismo ocurre, según todas las corrientes, en la *aberratio rictus*.”

Los problemas de congruencia surgen una vez que el curso causal efectivo, si bien *previsible objetivamente* (por ser la conducta *ex ante adecuada* para producirlo) no ha sido abarcado por el dolo del sujeto. Éstos son precisamente los casos de *aberratio rictus* cuyo tratamiento jurídico pretendemos estudiar; pero también pueden concebirse casos de esta índole en el seno de desviaciones causales normales, es decir, con un solo objeto”.

*rratio rictus*) exigen para la imputación objetiva, tanto en los casos de aquélla como en los de desviaciones causales, que la conducta apareciera ex ante como adecuada, para poder causar el resultado producido.

Para Silva Sánchez: “La posición minoritaria alemana sobre la *aberratio rictus* estima suficiente los requisitos de la imputación objetiva y el consabido dolo genérico para castigar por delito doloso consumado”. Refiriéndose a Puppe (al que reconoce haberse referido antes) dice: “Que el contenido del dolo lo da el tipo en abstracto, con algunas limitaciones, como la de que el curso causal no sea imprevisible”.<sup>262</sup>

En relación con esta problemática (planteada en la nota a pie de página), la doctrina alemana dominante, no obstante la adecuación de la conducta para la producción del resultado efectivo, excluye tal consecuencia siempre que el dolo del sujeto no comprendiera el proceso material causal en toda su extensión.

Para Silva Sánchez, lo señalado no vendría a ser más que una repercusión de las usuales declaraciones de principio, que hacen del curso causal, junto con la conducta y el resultado, objeto del dolo; al menos en opinión de doctrina abrumadoramente mayoritaria.

A pesar de todo ello, estas declaraciones quedan relativizadas, cuando se trata de establecer el régimen de las desviaciones causales que no excluyen la imputación objetiva (“desviaciones insensiales”).

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 112, primer párrafo, *in fine*. Silva Sánchez trata de aclarar lo anterior mediante el siguiente ejemplo: “De todo esto resulta que la postura minoritaria alemana configura los casos de *aberratio rictus* como casos de dolo alternativo: El dolo genérico cubre cualquier posible alternativa de la realización del tipo; con ello se equiparan comportamientos que parece importante distinguir: 1) ‘A’ Dispara contra ‘B’ y alcanza mortalmente a ‘C’, que se hallaba en las proximidades; ‘A’ no había contado en absoluto con la posibilidad efectivamente realizada. 2) ‘A’ dispara contra ‘B’ y alcanza mortalmente a ‘C’, que se encontraba en las proximidades; ‘A’ había advertido la seria probabilidad de que fuera ‘C’ en lugar de ‘B’ el alcanzado y, contando con ello, disparó”.

A consecuencia de ello, se estima que si la desviación era previsible según la experiencia general de la vida y no justifica otra valoración ético-jurídica del hecho, es *inesencial* y carece de toda relevancia, pese a que no fuera abarcado por el dolo. Así, lo que inicialmente se planteaba como un problema subjetivo (hablándose “de errores sobre el curso causal”) deviene un mero problema de imputación objetiva, pues con las expresiones referidas no se alude a otra cosa que a la imputación objetiva del resultado a la conducta del sujeto.

El lenguaje legislativo, por el cual se lleva a cabo la delimitación de los tipos, da muestra en términos generales de un considerable nivel de equivocidad. La opinión generalizada, según Ángel Torío López, manifiesta que el tipo suele ser un tipo cerrado, clarificador, conciso y preciso, y que *proporciona al juez la imagen del hecho punible y concreta el desidratum constitucional de la seguridad y fijeza del derecho*.<sup>263</sup>

Conviene advertir que el lenguaje natural (en contraposición de los lenguajes formales científicos), posee una ambivalencia característica y como consecuencia de ella no logra concretar nunca con total exactitud los hechos constitutivos de su referente.

El profesor Torío añade: “La advertencia de Erik Wolf de que los elementos de los tipos no son en último término descriptivos, sino normativos, es decir, dependen de una valoración judicial final, que resulta confirmada por las teorías actuales del lenguaje y del delito”.<sup>264</sup>

<sup>263</sup> Torío López, Ángel, “Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1989, pp. 391 y ss.

<sup>264</sup> *Idem*, por ejemplo, “El lenguaje legislativo no logra nunca decidir unívocamente si el hecho debe ser reconducido al tipo del hurto o el robo con violencia o intimidación, al de la estafa o al cuadro de un negocio anulable, jurídico civil”. En la legislación penal mexicana no se utiliza la expresión hurto sino robo simple y desde luego si hay un robo con violencia física o moral. Igualmente se habla de fraude, genérico específico, según sea el caso y no de estafa, en el sentido en que Erik Wolf utiliza dicha expresión. “Esta ambigüedad de la figura del delito, es decir, de la parte especial se puede constatar en los tipos centrales, es decir, en delitos paradigmáticos, pertenecientes al núcleo del derecho penal”.

La ambigüedad de las figuras del delito, integradas en la parte especial, se pone de manifiesto fundamentalmente en los tipos centrales, es decir, en los que una determinada terminología denomina delitos paradigmáticos (denominación no exenta de cierta cursilería discursiva) que pertenecen al núcleo central del derecho penal.

De esta manera, el tipo de homicidio simple, de irreprochable redacción, da lugar a una imagen muy clara y sujeta a pocas dudas del hecho prohibido. Sin embargo, la realidad es, contrariamente, que los elementos integrantes de la fórmula legal se encuentran afectados por una inseguridad muy considerable.

Así, según el profesor comentado, resulta equívoco en primer lugar *el resultado típico*. Las formulaciones doctrinales tradicionales llevan a cabo una identificación *de la muerte de la víctima con la paralización completa de la actividad circulatoria y respiratoria, con consiguiente detención del curso de todas las células del organismo*.

Actualmente, esta consideración se ha visto modificada y sustituida por la noción, predominante hoy día, de muerte, que requiere, exclusivamente, la terminación total de la actividad cerebral, probada en la verificación de un trazado encefalográfico isoelectrico, *compatible con el mantenimiento instrumental de la respiración de la circulación*.

A los efectos jurídico-penales, la estimación de la muerte se ha relativizado. El clasicismo anterior se dirigía a la prevención de la muerte aparente y, por tanto, era fácil reconducirla al principio de seguridad. La conceptualización moderna ha tenido su origen en las necesidades en materia de trasplantes de órganos, es decir, en función del criterio de adecuación al fin.<sup>265</sup>

<sup>265</sup> *Ibidem*, pp. 392, *in fine*, y 393, *ab initio*. “La utilización de uno u otro punto de vista puede llevar a consecuencias prácticas diferentes. Un criterio puede obligar a admitir la inexistencia de consumación donde el otro haga preceptivo apreciarla. La elección de una u otra concepción, dado que el pro-

Desde la perspectiva del profesor Torío, la equivocidad es aún mayor respecto del objeto material (el cuerpo de la víctima, donde anida la vida). Para Torío: “La cuestión del objeto del acto en el homicidio es uno de los problemas más controvertidos de la parte especial, cuya significación metódica o filosófico jurídica generalmente pasa inadvertida”.

Un *primer enfoque*, encauza la decisión desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Exige la total separación del claustro materno. *Mientras ésta no se ha producido no cabe hablar de homicidio, es decir, ha de apreciarse delito de aborto*. Los códigos penales donde existe el infanticidio, sería una modalidad privilegiada del homicidio.

El criterio anterior es exclusivamente jurídico-formal. Pero en el segundo punto de vista, *el segundo enfoque*, el objeto se encuentra presente desde el comienzo del parto. *El ser humano requiere una protección amplia, como decía Mezger, en el difícil tránsito de la vida intrauterina a la extrauterina*. En esta tesitura, la necesidad protectora se extiende a los conceptos que la deciden en sentido teleológico o ulteriormente valorativos.

A los efectos de la prueba de la muerte, en el sentido moderno antes indicado, Bajo Fernández expresa que la concreción de dicha actividad probatoria se realiza a través del *electroencefalograma plano*, ya que nos indica con toda precisión el momento en que el torrente circulatorio no llega al cerebro y se produce la muerte cerebral.<sup>266</sup>

En el problema de la antijuridicidad, Olga Islas de González Mariscal puntualiza lo siguiente: “La lesión del bien jurídico y la puesta en peligro del mismo son conceptos fundamentales, que nada tienen que ver con la violación del deber jurídico penal

blema no se encuentra categóricamente cerrado, depende del principio metódico que se elija, es decir, de que se conceda prioridad a la certeza o a necesidades prácticas que el derecho no debe desconocer”.

<sup>266</sup> Bajo Fernández, Manuel, *Manual de derecho penal especial. Delitos contra las personas*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 25 y ss.

(impropiamente denominada *antijuridicidad*) ni con el pseudo problema llamado resultado formal”.

La ilustre profesora mexicana pone de manifiesto que *el tema de la lesión del bien jurídico ha sido tratado por los juristas de una manera sumamente confusa*.

*Algunos sostienen que la lesión o puesta en peligro constituye la “antijuridicidad material”; así, por ejemplo, Mezger afirma que “el contenido material del injusto de la acción típica y antijurídica es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (del objeto de protección del objeto de ataque)”*.<sup>267</sup> Lo cual es rigurosamente auténtico.<sup>268</sup>

Miguel Polaino Navarrete, coincidiendo con Olga Islas de González Mariscal, erige en protagonista principal del delito la lesión o puesta en peligro del bien o de los bienes jurídicamente protegidos, y de ahí parte para establecer un aspecto de la antijuridicidad, que según él adquiere una relevancia especial en la teoría del delito.

Se está refiriendo, el maestro, *al contenido sustancial de la antijuridicidad*. La cual entiende como formal y material, al propio tiempo: “La acción delictiva debía representar un contraste formal a la norma y debía además vulnerar el contenido material

<sup>267</sup> (*Tratado de derecho penal*, I, Madrid, 1955, p. 398).

<sup>268</sup> Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, Trillas, 1998, pp. 55, 56. En el mismo sentido Pannain sostiene que el resultado jurídico “es la ofensa o lesión del interés penalmente protegido” (*Manuale di diritto penale*, 1942, p. 219).

“Finalmente, algunos entienden a la lesión o puesta en peligro como resultado formal y como antijuridicidad material, lo que introduce la máxima confusión y una doble contradicción. En esta corriente queda situado Petrocelli, para quien ‘es innegable... que un resultado, entendido como violación del interés y de la norma que lo tutela, debe existir en todos los delitos’ (*Principi di diritto penale*, 3a. ed., Nápoles, 1950, t. I, pp. 298-300)”. “Las opiniones mencionadas son erróneas. El llamado ‘resultado formal’ no es más que un artificio, pues el contenido que le asignan configura o la lesión del bien jurídico o la violación del deber jurídico penal. La identificación de la lesión o puesta en peligro con la antijuridicidad material es equivocada, porque puede haber lesión del bien sin que haya violación del deber jurídico penal; tal es el caso del homicidio en legítima defensa”.

de protección de la norma”. La discrepancia con Islas es evidente.

Al inquirirse: ¿Cuál es el “contenido material de la antijuridicidad”? ¿Cuál es el *quid sustantivo* de la infracción de la norma? ¿Por qué la acción típica merece el juicio de desvalor jurídico que la antijuridicidad proclama? ¿Qué incidencia ha de poseer la conducta humana en el mundo de los bienes y valores para hacerse acreedora de la drástica sanción jurídica constituida por la sanción penal?”<sup>269</sup>.

La determinación del contenido material, según Polaino, de la antijuridicidad penal, nos sitúa en contacto inmediato con la categoría del bien jurídico protegido, y abundando el pensamiento de Mezger, señala que el contenido material del derecho reside en el *bien jurídico protegido*.

En otra perspectiva, Polaino Navarrete recuerda que (frecuentemente) en la doctrina penal y en la jurisprudencia de la misma clase, se advierte una considerable inseguridad en torno a la noción dogmática del bien jurídico, seguramente originada en medida considerable por la utilización de diversas designaciones que, por su empleo indiscriminado, provocan un nivel de equívocidad relevante.

El autor comentado continúa diciendo que el aspecto terminológico nos revela una problemática con relevancia propia, íntimamente relacionada con planteamientos metodológicos de la

<sup>269</sup> Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, t. II: *Teoría jurídica del delito*, Barcelona, Bosch, 2000, vol. I, pp. 553 y ss. En relación con las interrogantes formuladas *ut supra*, Polaino Navarrete expresa: “Ante estas cuestiones, es de tener presente que el contenido material del injusto típico se sustancia en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicamente protegidos.

La mera contemplación formal y estática del derecho penal no permite explicar el fundamento último de este sector del ordenamiento jurídico, al cual por virtud del principio de la intervención mínima sólo le corresponderá hacer uso de las más graves sanciones jurídico-positivas en virtud de determinados fundamentos jurídicos, que estriban en la infracción de la norma que implica los ataques más graves e intolerables a los bienes y valores de máximo valor social acreedores de la protección penal: los bienes jurídicos”.

noción del bien jurídico, *que permita realizar ulteriormente una configuración técnica de dicha categoría, así como un examen de conformidad con la proyección funcional de la misma en la dogmática penal.*

A continuación hace una enumeración de una serie de conceptos, desde su perspectiva, plenamente necesarios para deslindar el bien jurídico respecto de *conceptos conexos*. Así:

1. Bien.
2. Interés.
3. Objeto.
4. Objeto de acción u objeto material.
5. Objeto jurídico u objeto de protección.
6. Objeto de ataque.
7. Objeto de bien jurídico.
8. Objeto de delito, y
9. Objeto formal.

Polaino Navarrete dice que:

Como contrapartidas categoriales del concepto de bien jurídico, destacan entre otras las siguientes nociones dogmáticas: la de “*ofensa*”, ya como contenido material “*injusto típico*” ya como “*infracción delictiva*”; las de “*lesión y peligro*” como modalidades de manifestación del ataque típico; y las de “*daño*” y “*perjuicio*”, como efectos materiales o morales del actuar delictivo para la víctima y respecto de terceros.

Asimismo, sitúa *el fundamento de la antijuridicidad en la “contradicción al derecho” de una acción típica infractora de lo preceptuado legalmente: “denota él ‘contraste de una acción con la norma jurídica’ ”*. Equivale (como señaló hace mucho tiempo Graf Zu Dohna) a una auténtica “*ausencia de antijuridicidad*” (“*Unrecht = injusto*”, “*negación del derecho*”, “*infracción del derecho*”).

Lo cual supone la presencia de un juicio normativo de desvalor jurídico por la contradicción de la conducta al derecho. En estas condiciones, la esencia de tal juicio normativo de desvalor radica en la *desaprobación jurídica*, puesta de manifiesto en el juicio desvalorativo que *recae sobre el acto subsumible en el tipo legal*.<sup>270</sup>

Por su parte, Sergio García Ramírez, al abordar el tema de la antijuridicidad expresa que: “La antijuridicidad o ilicitud significa contradicción entre el comportamiento y la norma; es decir, ‘disvalor’ de la conducta frente a la cultura en un medio y época determinada”.

Por consiguiente (según su opinión) hay una cultura, con sus componentes éticos, que demanda ciertas conductas y las valora como admisibles; y repudia a otras: las califica de “ilícita”, “injusta”, delictiva. En esta tesitura, la prevención penal se hace cargo de esa contrariedad y la proyecta en la incriminación.

Por tanto, *la ilicitud penal no es una simple acumulación de lo ilícito, sino una parte minúscula*, contra la de García Ramírez que estima necesario reaccionar con la cuota máxima del *imperium* estatal, es decir, con la pena. Diríamos que, cuando se rebasa en una sociedad el *minimum ético* admisible en el proceso social, aparece la represividad.

Todo esto conecta, perfectamente, con el carácter fragmentario del derecho penal y con el principio de mínima intervención, rasgos connotadores de un derecho penal liberal democrático y

<sup>270</sup> *Ibidem*, pp. 502 y 503. “Para Polaino Navarrete: ‘este juicio de desvalor, como tal juicio normativo, es de carácter puramente objetivo, lo cual no tiene nada que ver con la naturaleza objetiva o subjetiva de los singulares momentos que integran el objeto de su desvalorización. El juez valorará objetivamente si concurren los elementos (objetivos y subjetivos) integrantes de la acción típica y antijurídica.

Desde este punto de vista, la función que representa la antijuridicidad en el seno del delito es *funcional-constitutiva*: significa el juicio desvalorativo que recae sobre una conducta típica, por contradecir aquel sector del ordenamiento positivo que en el ámbito de las descripciones legales desaprueba singulares formas de comportamiento que lesionan o ponen en peligro los bienes o valores jurídicamente estimados como más elevados en la convivencia social”.

de que estamos en presencia de un Estado de derecho. Sólo, en última instancia, debemos recurrir a la peligrosísima herramienta de la represión punitiva.<sup>271</sup>

García Ramírez trae a colación la existencia de factores legitimatorios de un comportamiento penalmente típico. Son, dice él, las excluyentes de ilicitud o causas de justificación, que se encuentran estipuladas en la ley: “como eximentes específicas, o como referencias que el tipo contiene: ‘injustamente’, ‘ilícitamente’, ‘indebidamente’, etcétera”.

En contradicción con la repulsa a la punición de conductas diferentes de las previstas legalmente, hay un movimiento (que en su libro clásico recoge Castellanos Tena) favorable a las excluyentes “supralegales” de ilicitud. Se pretende hallar una justificación de carácter cultural, más allá de la ley, que constituye su verdadera razón de ser.

Insiste García Ramírez en ejemplificar con el Código Español vigente en 1990, y así señala el segundo párrafo de dicho Código,

<sup>271</sup> García Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, México, UNAM, 1990, pp. 57 y ss. Dice literalmente: “La ilicitud que no está recogida en el tipo es penalmente irrelevante. No es posible sancionar una conducta, por injusta que se le considere, si no aparece en una figura delictiva”. El ilustre maestro utiliza (dada la fecha de la aparición de su libro en comentario) el ejemplo del primer párrafo del artículo 2 del Código Penal Español vigente en ese momento, que decía literalmente: “En el caso de que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal”. El Código de referencia deviene de la época de la dictadura cuando todavía la transición democrática no estaba completa.

Sin embargo, actualmente, se encuentra en vigor el Código de 1995 (el denominado Código de la democracia) cuyo primer párrafo dice literalmente: “No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad”. En otras palabras, este Código Penal consagra el principio de tipicidad de las conductas antijurídicas, como requisito ineludible para hablar de un delito y —afortunadamente— no tiene la inquietante ambigüedad descriptiva del párrafo primero del artículo segundo del Código anterior, que, en nuestra particular opinión, podía ser fruto de inseguridad jurídica.

que constituye la otra versión de lo que hemos comentado en las líneas anteriores, así como en la aclaración de los preceptos, a que se refiere el maestro.<sup>272</sup>

A continuación, García Ramírez, antes de entrar al estudio detallado de las causas excluyentes del delito, termina con unas consideraciones, de carácter general, sobre las causas que excluyen la antijuridicidad. Hace alusión a que las distintas escuelas llegan a conclusiones diversas sobre la clasificación de las excluyentes.

Para esto dice —y termino aquí con lo dicho por el maestro—:

Me atenderé a criterios comúnmente aceptados. Es útil recordar que la justificación de una conducta se plantea *por la carencia de interés*

<sup>272</sup> *Ibidem*, pp. 57-58. El artículo 2, párrafo segundo del Código Penal Español vigente en 1990 decía literalmente: “Del mismo modo, acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito”. Se nota indudablemente, el difícil tránsito hacia la democracia, dificultado en ese entonces por la vigencia de ciertas leyes procedentes del periodo franquista.

Actualmente, de conformidad con el Código de 1995, el párrafo segundo del artículo 2 dice literalmente: “No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”. Aquí el criterio del legislador democrático es distinto y se homologa con lo dispuesto en el artículo 56 del Código Penal Federal Mexicano, que dice literalmente:

“Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculcado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma”.

(*público*) en la persecución (principio de la ausencia de interés), o *la prevalencia de un interés en caso de conflicto (principio del interés preponderante)*.

A su vez, un joven investigador, Rubén Quintino Zepeda, en un *Diccionario Básico de la Ciencia Penal Moderna*, trae a colación el tema de la antijuridicidad, y a estos efectos señala que, si se sigue el criterio teleológico-racional de Roxin, es el sector de las soluciones sociales a los conflictos planteados.

Es la parcela donde chocan los intereses individuales, oponiendo a las exigencias sociales la necesidad del individuo. La antijuridicidad también según Roxin *se trata siempre de la regulación, socialmente justa, de intereses contrarios*. Quintino Zepeda estima la necesidad de algunos presupuestos básicos para entender el concepto funcional de la antijuridicidad.<sup>273</sup>

la antijuridicidad como categoría esencial del delito fue ideada primordialmente por Ihering, al tratar de crear un “injusto objetivo” distinguible plenamente de la culpabilidad, que era entonces el “injusto subjetivo”. Desde esa época la antijuridicidad se consideró como un injusto meramente objetivo.

Pero después, al haberse descubierto los elementos, subjetivos del injusto, el criterio de su esencialidad cambió. En consecuencia, los elementos subjetivos del injusto han permitido evidenciar cómo un sujeto, al defenderse de otro, necesita estar consciente de que es víctima de una agresión ilegítima, y de su consiguiente necesidad de defenderse.

Finalmente, estima que:

las deducciones dogmáticas que se tienen a partir de la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, trascienden para la diferenciación entre autoría y participación, la accesoriedad limitada, así como

<sup>273</sup> Quintino Zepeda, Rubén, *Diccionario Básico de la Ciencia Penal Moderna*, México, edición a cargo del autor, 2001, pp. 14 y 15.

aquellos casos de justificación o exculpación, de error de tipo o de prohibición, etc.

Un muy distinguido profesor de derecho penal, Francisco Muñoz Conde, en un libro, realizado conjuntamente con Mercedes García Arán, denominado *Derecho penal. Parte general*, dice, en relación con el tema de la antijuridicidad, lo siguiente:

una vez tipificado el caso de la realidad en el supuesto de hecho de una norma penal, una vez comprobado que el caso de la realidad es subsumible en el tipo de delito previsto en la norma penal, el siguiente paso, en orden a la averiguación de si ese caso puede engendrar responsabilidad penal, es la determinación de la *antijuridicidad*.<sup>274</sup>

En otras palabras, según dichos profesores, se trata de la comprobación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito, ya que el término antijuridicidad manifiesta la contradicción entre el comportamiento realizado y las exigencias del ordenamiento jurídico.

En términos generales, la simple realización de una conducta típica da lugar a la consideración de que ese comportamiento sea también antijurídico (*función indiciaria de la tipicidad*). No obstante, puede ocurrir que tal situación presuncional desaparezca por la concurrencia de una *causa de justificación* excluyente de la antijuridicidad.

En el caso de que no concurra ninguna causa de justificación, queda confirmada la antijuridicidad y, en este caso, la secuencia

<sup>274</sup> Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 4a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch-Libros, 2000, pp. 341 y ss. “A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la Teoría y el Delito, la antijuridicidad no es un concepto específico del derecho penal, sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo. El derecho penal no crea la antijuridicidad, sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes conminándolos con una pena”.

siguiente es la constatación de la culpabilidad del agente realizador del comportamiento típico y antijurídico, lo que nos traslada al ámbito práctico de la antijuridicidad.

En esa parcela, la verdadera función del juicio de antijuridicidad queda constreñida a la comprobación negativa de la misma, en otras palabras, a la determinación de si hay concurrencia o no de alguna causa de justificación. A pesar de ello, lo anterior no implica que la antijuridicidad no tenga su propia problemática.<sup>275</sup>

Los autores del libro, tan reiteradamente citado, indican que los términos antijuridicidad e injusto, en la dogmática jurídico-penal, se emplean como equivalentes. No obstante afirman ellos mismos que “ambos términos deben diferenciarse. La *antijuridicidad* es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico”.

En lo referente al *injusto* se trata de un sustantivo empleado para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; *lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma*. De ahí que la antijuridicidad sea una cualidad de la acción común a todas las ramas de ordenamiento jurídico, *el injusto (a veces también llamado ilícito) es una acción antijurídica determinada*.<sup>276</sup>

Para mayor claridad, los autores dicen que en derecho penal se emplea la expresión *tipo de injusto* como calificativa de aquellas acciones antijurídicas subsumibles como típicas, en el su-

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 342. “Muchos de los problemas fundamentales de la teoría del delito se resuelven en esta categoría, pues resulta evidente que el hecho valioso o correcto desde el punto de vista jurídico no puede engendrar ningún tipo de desaprobación... el juicio de antijuridicidad descansa siempre en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (*desvalor de resultado*) producida por una acción también desvalorada (*desvalor de acción*)”.

<sup>276</sup> *Idem*, el ejemplo de los autores reafirma todavía más claramente lo dicho; así hablan de la acción antijurídica en el robo, en el homicidio (dentro del ámbito penal), el incumplimiento contractual (dentro de la parcela civil), la infracción administrativa (en el sector del derecho administrativo).

puesto fáctico de una norma penal, y además para delimitar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuridicidad.

Muñoz Conde y García Arán enfatizan que a la mera contradicción entre una conducta y el ordenamiento jurídico se le denomina *antijuridicidad formal*. Pero la completitud de la antijuridicidad no se agota en esa simple contradicción.

Para que se produzca la integridad total de la antijuridicidad se requiere (además de esa relación opositiva entre acción y norma) la inexcusable presencia de un contenido material, perfectamente reflejado en la afectación del bien jurídico que la norma quiere proteger, es decir, la *antijuridicidad material*.

Ambos penalistas coinciden en que la auténtica sustancia de la antijuridicidad radica en la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma, que se afecta con la realización de la conducta. Si no se da esa afectación del bien jurídico, evidentemente no puede hablarse de antijuridicidad, por mucha contradicción formal que haya entre la norma y el comportamiento.

Sin duda, la coincidencia de la posición de Muñoz Conde y García Arán con Olga Islas de González Mariscal, en cuanto a la enfatización de la necesaria lesión de un bien jurídico protegido, pone de manifiesto la tesis del principio del interés preponderante en la parcela penal en cuanto protector de bienes jurídicos.

A su vez, Mir Puig entiende que el debate doctrinal, tal vez más importante del siglo XX, fue el que tuvo lugar en referencia a las bases de la teoría del delito, ubicado en el núcleo del papel del objetivo y del subjetivo en el interior de dicha teoría. Efectivamente, la afirmación del catedrático de la Universidad de Barcelona está bien fundamentada.

Frente a la conceptualización objetiva del injusto, característica del causalismo naturalista, y a su contraposición a una culpabilidad radicada como ámbito de lo subjetivo. El neokantismo llamó la atención sobre la necesidad de tener en cuenta ciertos

elementos subjetivos en el injusto y específicos momentos objetivo-normativos en la culpabilidad.<sup>277</sup>

El ilustre profesor catalán sigue manifestando que el finalismo, comenzado por Hans Welzel, continuó esta evolución y culminó con el abandono de la oposición de un injusto correspondiente a la *parte objetiva* del supuesto fáctico, frente a una culpabilidad entendida como la *parte subjetiva* del mismo.

No obstante, la distinción de una parte objetiva y de una parte subjetiva del hecho no desapareció, sino que volvió a reproducirse en el propio ámbito del injusto, no sólo en su parte positiva (distinguiéndose entre tipo objetivo y tipo subjetivo) sino también en su parte negativa, mediante la diferencia entre los presupuestos objetivos y los elementos subjetivos de la justificación.

Con gran soltura sintetizadora, Mir Puig señala que una parte de los discípulos de Welzel, liderada por Armin Kaufmann, y representada en su manifestación más intransigente por Zielinski, propusieron reducir el injusto al valor subjetivo de la acción.

Por otra parte, en primer lugar, la teoría de la adecuación, y posteriormente la moderna teoría de la imputación objetiva, han enfatizado *la necesidad de contemplar los conocimientos especiales del sujeto para decidir si concurre el propio tipo objetivo*.

En un esfuerzo para superar las contradicciones doctrinales anteriormente expuestas, Mir Puig trató de suavizar la polémica, inclinándose a favor de una *perspectiva ex ante*, que contemple el hecho “*desde el momento de emprender la acción y no ex post, a partir de la constatación de que se ha producido un resultado*”.<sup>278</sup>

<sup>277</sup> Mir Puig, Santiago, “Sobre el objetivo y el subjetivo en el injusto”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1988, pp. 661 y ss.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 662. «“Ante la alternativa del desvalor de la acción o el desvalor del resultado, un derecho penal al servicio de la función de prevención debe inclinarse, pues, por el desvalor de la acción”. Pero ello no significa que entienda el injusto en sentido subjetivo. Al contrario, pongo el acento en lo objetivo en un doble sentido.

En un tema que le es muy conocido, Mir Puig señala que si la función del derecho penal en un Estado social y democrático de derecho debe ser la prevención (limitada) de delitos, lógicamente la norma penal ha de estar dirigida a motivar la evitación de conductas delictivas.

Por otra parte, la evitación de *resultados lesivos* para la sociedad únicamente puede ser intentada por las normas penales, promoviendo la evitación de conductas productoras de aquellos resultados. *El resultado “no puede constituir en sí mismo objeto de prohibición por una norma preventiva, por lo que no puede tampoco integrar el contenido de lo antijurídico”*.

Indudablemente, Mir Puig reitera (como lo han hecho en páginas anteriores, entre otros autores, Bacigalupo y Zaffaroni) la ambigüedad de los términos objetivos y subjetivos y su proyección dentro de la cuestión que nos ocupa.

Según su opinión, por una parte, la *razón primera* fundamentadora de la prohibición de una determinada conducta, es decir, la motivación del legislador para querer prohibirla, es una característica externa de la misma, consistente en su peligrosidad *ex ante* para la afectación de un bien jurídico.

En este sentido, aunque solamente puedan ser prohibidas conductas voluntarias y en la medida de su voluntariedad, lo que ha de decidir a prohibirlas no es su contenido psíquico negativo, sino su peligrosidad exterior. En otras palabras, la manifestación externa fáctica de su peligrosidad integra la verdadera razón de su prohibición, según el autor en comentario.

Por una parte, afirmando que “un derecho penal que quiera respetar el límite literal del fuero interno (esto es, para el derecho penal de un Estado democrático de derecho)... sólo se halla legitimado para prohibir y prevenir conductas externas en cuanto a su capacidad lesiva objetiva para los bienes jurídicos que debe proteger”. “El núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la *voluntad* de realizar una acción prohibida, sino en la *realización voluntaria* de la conducta social que el derecho pretende prevenir”».

Añadiendo Mir Puig que esta peligrosidad también debe decidirse objetivamente, en el entendido de que no depende del criterio del sujeto, sino desde la consideración de un espectador objetivo situado *ex ante*. Aquí, para Mir Puig, *objetividad significa intersubjetividad*.

A partir de ahí, Mir Puig entiende que, de cualquier manera, la concesión objetiva del injusto, de la cual se declara partidario, *no pretende desconocer la necesidad de exigir para el mismo, tanto elementos externos como psíquicos*. Diríamos que se inclina por la predominancia de la facticidad material de la conducta, pero dejando un asidero a la subjetividad.

La dogmática jurídico-penal italiana, en cuanto a la problemática que nos ha venido ocupando, en sus versiones más recientes, participa de las consideraciones que hemos venido desarrollando en líneas anteriores. Así, Giorgio Marinucci y Emilio Dolcini, al estudiar el delito, afrontan el problema de la *struttura sistematica*.

Para los ilustres profesores italianos, en cuanto a la sustentación del delito, no resulta suficiente la ocurrencia de un hecho conforme a la descripción realizada por la norma incriminatoria. Se necesita para ello la realización de un hecho que se ponga en contradicción con la totalidad del ordenamiento jurídico.

Los profesores se refieren a continuación a las causas de justificación, en cuanto excluyentes de la punibilidad del hecho. Y señalan que el ordenamiento jurídico italiano resuelve el conflicto entre lo ilícito y lo lícito del hecho asignando *la prevalencia a la norma que faculta e impone la realización del hecho*.<sup>279</sup>

<sup>279</sup> Marinucci, Giorgio y Dolcini, Emilio, *Corso di diritto penale*, 1, *Le fonti. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, 2a. ed., Milán, Giuffrè Editore, 1999, pp. 481 y ss. “*L’antigiuridicità è il concetto con il quale si descrive, come secondo elemento del reato, il rapporto di contraddizione tra il fatto e l’intero ordinamento giuridico*.”

Nel nostro ordinamento l’antigiuridicità o la liceità del fatto può essere stabilita solo in relazione alle norme dell’ordinamento giuridico, e non già - come è stato sostenuto soprattutto nella letteratura di lingua tedesca - evocando vaghi criteri extragiuridici. In altri termini l’antigiuridicità del fatto è solo e sempre

Por lo tanto, el hecho será lícito, y como tal no punible, por la carencia del segundo término del delito, *la antijuridicidad del comportamiento*.<sup>280</sup>

Desde la perspectiva de Tullio Padovani, el lineamiento o perfil general de la antijuridicidad se proyecta, en principio, sobre la antijuridicidad objetiva y su relevancia. Así, dice que la norma incriminatoria, al delinear el hecho típico, resuelve un conflicto de intereses.

En tal sentido, asigna, en primer lugar, la prevalencia a aquello tutelado respecto a cualquier otro interés, si vuelve a realizarse en contraste con él. En términos dogmáticos, la circunstancia de que el hecho típico sea establecido, perturbando el criterio de prioridad deducido del ordenamiento y posterior a la ausencia de una causa de justificación, desembocando en una antijuridicidad objetiva.

Lo dicho *ut supra*, lo cualifica como “*objetivamente antijurídico*”. En la hipótesis inversa, ello resulta, en cambio, “*objetivamente lícito*”. La antijuridicidad objetiva, por lo tanto, puede ser definida como el contraste del hecho típico (y más propiamente: de la conducta típica) porque nada más los comportamientos humanos pueden ser conformes o contrarios al derecho.<sup>281</sup>

‘formale’, nel senso che va desunta ivariabilmente da norme giuridiche, e non può essere invece affiancata o integrata da un’antigiuridicità ‘materiale’, desunta cioè da criteri o principi non enunciati in qualsivoglia norma o complesso di norme dell’ordinamento”.

<sup>280</sup> *Ibidem*, pp. 483-484. “Con il nome *cause di giustificazione* del fatto (o con nomi equivalenti, quali scriminanti o cause di esclusione dell’antigiuridicità) si designa *l’insieme delle facoltà o dei doveri derivanti da norme, situate in ogni luogo dell’ordinamento, che autorizzano o impongono la realizzazione di questo o quel fatto*”.

<sup>281</sup> Padovani, Tullio, *Diritto penale*, 5a. ed., Milán, Giuffrè Editore, 1999, pp. 185 y ss. “Con le esigenze di tutela dell’ordinamento, espresso in termini *obiettivi, e cioè prescindendo dall’atteggiamento personale* del soggetto verso la situazione di conflitto. Questi può anche ritenerla insussistente, o rappresentarsela in modo difforme dal reale, o reputare la soluzione da lui prescelta

El propio Padovani señala que el concepto de la antijuridicidad objetiva es claramente distinto de la ofensa. La valuación del contraste del hecho con la exigencia de la protección del ordenamiento presupone, inversamente, que el hecho realizado ofende los intereses protegidos; diversamente produce la materia misma del conflicto.<sup>282</sup>

Esto no quiere decir que el bien de la vida del agresor injusto pierde por cierto este atributo sólo porque, en el conflicto en el cual él está situado, pueda legítimamente ser sacrificado: la situación conflictual no hace perder al bien lesionado su relevancia.<sup>283</sup>

El rechazo de la teoría de los elementos negativos del hecho no impide por otro lado de concebir la antijuridicidad objetiva como un concepto negativo, enteramente derivado de la ausencia de causa de justificación: *porque resulta bien claro que el plano de valuación, en su caso, opera posteriormente en un diverso respeto al hecho típico.*

El concepto de antijuridicidad objetiva resulta bien distinto del concepto, expresado normalmente al recurrir al mismo término

corrispondente a diritto, o non percepirne la liceità; ed è questo uno degli aspetti fondamentali di distinzione del giudizio di antiigiuridicità obiettiva rispetto a quello di colpevolezza, in cui domina invece un criterio di rimproverabilità personale”.

<sup>282</sup> *Ibidem*, pp. 186-187. Se replica todavía que, en presencia de una causa excrinatoria, desaparecería la ofensa misma, porque los bienes no estarían más tutelados: tal, como el rechazo de un agresor, en legítima defensa, tendría que ser solamente una ofensa “en sentido material”, pero no una ofensa “en sentido jurídico”, propio, pero justificada. En segundo lugar, la ofensa ínsita en el hecho típico trae la propia “juridicidad” (entendida como relevancia jurídica) por la sola circunstancia de que los bienes están protegidos en la norma, y es jurídico.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 187. «Essa determina invece l’esigenza di qualificare l’offesa a tale bene in termini di liceità o di illiceità obiettiva, attribuendole la connotazione di “giusta” o di “ingiusta”».

Ella determina en vez de la exigencia de cualificar la ofensa a tal bien, en términos de lícita o de ilícita objetiva, atribuyéndole la connotación de “justa” o de “injusta”.

de “antijuridicidad”, al señalar fenómenos totalmente diversos. A continuación Padovani se detiene en las distintas clases de antijuridicidad, la material, la formal y la especial, entre otras.<sup>284</sup>

Otros profesores italianos, concretamente Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, enfrentan el problema de la antijuridicidad señalando que a la realización de una conducta típica le acompaña, por norma, el carácter *antigiuridico* del hecho. Pero —para ellos— “la antijuridicidad” procede menos de una norma diversa incriminatoria de aquella.

Y añaden que de su deducción de todo el ordenamiento jurídico, se impone aquel mismo hecho que constituye delito; así se define como *causa de exclusión de la antijuridicidad o causa de justificación* (o bien también como causa excrinatoria, justificante o eximente) exactamente aquellas situaciones normativamente previstas.<sup>285</sup>

Tras los criterios que solamente invocan una teoría monística, aquí, se manifiesta el doble principio del interés *preponderante o prevalente* y del interés fallido. El primero explica la excriminación del ejercicio del derecho, del cumplimiento del derecho, de la defensa legítima y de la utilización, también legítima, de las armas.

El segundo principio explica, en cambio, la doble excriminación general del consenso de la tenencia del derecho y del estado de necesidad. Los citados autores, a continuación, hablan (en los casos de una errónea suposición de una eximente) de error culposo, exceso culposo y de la vencibilidad o invencibilidad de los errores.<sup>286</sup>

<sup>284</sup> *Idem*.

<sup>285</sup> Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, 3a. ed., Bologna, Zanichelli Editore, 2002, pp. 219 y ss. “En presencia de las cuales tiene menos importancia el contraste entre un hecho conforme y un hecho excrinatorio en la totalidad del ordenamiento jurídico. Los mismos profesores sostienen que para explicar el fundamento sustancial de las causas de justificación, la doctrina adopta un modelo explicativo de tipo *monístico*, o bien de tipo pluralístico. De esta forma se comprende por qué la doctrina dominante se inclina por un modelo explicativo de *tipo pluralístico*, tendiente a reconducir la eximente a principios distintos”.

<sup>286</sup> *Ibidem*, pp. 221 y ss.

Finalmente, el profesor Ivo Caraccioli concreta más clara y concisamente que el delito resulta de: elemento objetivo + elemento subjetivo = “excriminación”. Obviamente, el maestro de la Universidad de Turín sigue la misma línea de sus compañeros connacionales que hemos expuesto y que nos exime de más comentarios.<sup>287</sup>

Como hemos visto, la problemática de la antijuridicidad queda concentrada en una serie de puntos:

a) Se mantiene (en términos generales) la postura de considerar la antijuridicidad como unitaria en todo el ordenamiento jurídico de un país.

b) La antijuridicidad penal requiere la concreción del comportamiento en una conducta típica.

c) La antijuridicidad se diversifica en elementos objetivos y en elementos subjetivos, con la particular preponderancia de éstos a partir de la genial formulación de Welzel, ya matizada y corregida por sus muy ilustres seguidores.

d) El funcionalismo de Roxin y el funcionalismo de Jakobs marcan su impronta en la problemática de la antijuridicidad, con perfiles acertados y adaptados a nuestra época.

e) La dogmática jurídico-italiana se desenvuelve dentro de las características generales de la base legal de dicho país.

f) La dogmática jurídico-penal mexicana señala posiciones divergentes, pero de muy marcada originalidad en el caso de Olga Islas de González Mariscal.

g) También es de justicia señalar la constante preocupación de Moisés Moreno Hernández (discípulo de Hans Welzel) por enfatizar los elementos subjetivos del tipo penal y su impacto en el dolo, del cual deriva todo lo relativo a lo que el ilustre maestro refleja en sus comentarios sobre la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición.

<sup>287</sup> Caraccioli, Ivo, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milán, CEDAM, 1998, pp. 382 y ss.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, Michael J., *Cases and Materials on Criminal Law*, 7a. ed., Londres, Elliott & Good's, 1999.
- , *Cases and Materials on Criminal Law*, 7a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1999.
- ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I: *I Reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, 11a. ed., Milán, A. Giuffrè Editore, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999.
- , *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Introducción al derecho penal*, 2a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1994.
- CARD, Richard, *Criminal Law*, 14a. ed., Londres, Butterworths, 1998.
- CLARKSON, C. M. V. y KEATING, H. M., *Criminal Law*, 4a. ed., Londres, Sweet & Maxwell Limited, 2000.
- CREMONA, Marise y HERRING, Jonathan, *Criminal Law*, 2a. ed., Londres, Macmillan Press Ltd, 1998.
- CHILDS, Penny, *Criminal Law*, 2a. ed., Londres, Sweet & Maxwell Limited, 2000.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*, vol. II: *Teoría general del delito y punibilidad*, 2a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998.
- FIGLIO, Carlo, *Diritto penale. Parte generale*, t. I: *Introduzione allo studio del diritto penale. La legge penale-Il reato*, Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1999.

- FREEMAN JOHN, Ramona, *Children and the Law in Texas. What Parents Should Know*, Austin, The University of Texas Press, 1999.
- HENDLER, Edmundo S. y GULLCO, Hernán V., *Casos de derecho penal comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996.
- HENNAU, Christiane y VERHAEGEN, Jacques, *Droit Pénal Général*, 2a. ed., Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1995.
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2a. ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1991.
- MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1997.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización en México*, México, Editorial *Ius Poenale*, CEPOLCRIM, 1999.
- REYES E., Alfonso, *Derecho penal*, 11a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 2000.
- ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7a. ed., Berlín, Walter de Gruyter, 2000.
- RUGGIERO, Vincenzo, RYAN, Mick y SIM, Joe, *Western European Penal Systems. A Criticcal Anatomy*, Londres, SAGE Publications, 1995.
- SANCINETTI, Marcelo A., *Casos de derecho penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999.
- SCANLAN, Gary, *Criminal Law*, 2a. ed., Londres, Butterworths, 1999.
- SERWE, Andreas, *Strafrecht, Ein Lehr - und Nachschlagebuch für Schiedsämter und Schiedsstellen*, 7a. ed., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2001.
- SGUBBI, Filippo, *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*, trad. Julio E. S. Virgolini, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

- SIMÓN BELLO, Carlos y ROSALES, Elsie (comps.), *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, Caracas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1998, tt. I y II.
- SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, 9a. ed., Bath, Butterworths, 1999.
- WEBSDALE, Neil, *Understanding Domestic Homicide*, Boston, Northeastern University Press, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.*, *El sistema penal argentino*, Buenos Aires, AD-HOC, 1992.