

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.¹⁸³

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.¹⁸⁴

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

¹⁸⁴ *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.¹⁸⁵

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.¹⁸⁶

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”.

¹⁸⁵ *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.

¹⁸⁶ 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.¹⁸⁷

¹⁸⁷ 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*”.¹⁸⁸

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.¹⁸⁹

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.]”

¹⁸⁸ 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”.

¹⁸⁹ *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, vengan 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.¹⁹⁰

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.¹⁹¹ 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

¹⁹⁰ *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.

¹⁹¹ *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*”.¹⁹²

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.”¹⁹³

¹⁹² 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—.

¹⁹³ *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.¹⁹⁴

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.¹⁹⁵

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”.

¹⁹⁴ *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*”.

¹⁹⁵ 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*.¹⁹⁶

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.¹⁹⁷

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

¹⁹⁶ *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”.

¹⁹⁷ *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.¹⁹⁸

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”.¹⁹⁹

¹⁹⁸ 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”.

¹⁹⁹ 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.²⁰⁰

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.²⁰¹

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.²⁰²

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

²⁰¹ 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”.

²⁰² *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 conceptualización 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.²⁰³

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”.

²⁰³ 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.²⁰⁴

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

²⁰⁴ *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”.²⁰⁵

²⁰⁵ 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.²⁰⁶

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 invuelto, ‘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 invueltos, 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’ ”.

²⁰⁶ 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.²⁰⁷

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”.²⁰⁸

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.²⁰⁹

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 acarreará 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. Así²¹⁰ 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”.

²¹⁰ 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.²¹¹

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.²¹²

211 *Idem*. Los autores en comentario aclaran: “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, Seelmann²¹³ 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.²¹⁴

Desde una perspectiva roxiniana, el planteamiento de los elementos subjetivos de justificación va a suponer, en su parte modular, una inversión del error de tipo permisivo. El sujeto que

²¹³ Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1979.

²¹⁴ § 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 widerstrebenden 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.²¹⁵

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.

²¹⁵ 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”.²¹⁶

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

²¹⁶ 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.²¹⁷

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.²¹⁸

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-*

²¹⁷ *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”.

²¹⁸ *Ibidem*, pp. 380-382.

tales, cuando se enfrenta contra *un derecho seriamente incorrecto* y cuando es llevada a cabo pacífica y proporcionadamente.²¹⁹

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.²²⁰

En el sentido del párrafo anterior, Frisch destaca un amplio consenso en cuanto se 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”.²²¹

²¹⁹ 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.

²²⁰ 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.

²²¹ *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.²²²

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.²²³

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

²²² *Ibidem*, pp. 50-51.

²²³ *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.²²⁴

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

²²⁴ 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 oír 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”.²²⁵

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”.²²⁶

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*”.²²⁷

²²⁵ 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*”.

²²⁶ *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”.

²²⁷ *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”.²²⁸

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.²²⁹

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.

228 Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *Derecho penal parte general*, vol. I, ya citado, pp. 396 y ss.

229 *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”.²³⁰

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 § 16.²³¹

²³⁰ *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”.

²³¹ § 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 milderen Gesetzes verwirklichen würden, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem milderen 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).²³²

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.

²³² 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 querella en los delitos perseguibles a instancia de la parte ofendida o de los delitos de acción privada o particular).²³³

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.²³⁴

²³³ *Idem*. Es conveniente destacar aquí lo establecido en los § 21, § 16 y siguientes y concordantes del *StGB*. Igualmente cabe enfatizar lo relativo a la querella 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 querella, por un hecho punible perseguible a instancia de la parte perjudicada. Todos estos párrafos pertenecientes al *StGB* en su última versión de 1994.

²³⁴ *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.²³⁵

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 Jugend gerichtsgesetz 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).

²³⁵ *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 versuch 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.²³⁶

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.

²³⁶ 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 Roxin²³⁷ 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”.²³⁸

²³⁷ *Derecho penal. Parte general*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*.

²³⁸ 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.²³⁹

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.

²³⁹ *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 conceptualización funcional de la culpabilidad. Dicha conceptualización 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.²⁴⁰

Entre los distintos ámbitos, que confirman la heterogeneidad del error, el autor en comento expresa:

a) Error sobre los fundamentos: Si al autor le falta la consciencia 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.

²⁴⁰ *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*.²⁴¹

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.

²⁴¹ *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.²⁴²

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

²⁴² *Ibidem*, Jakobs, Günter, 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.²⁴³

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”.²⁴⁴

²⁴³ 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”.

²⁴⁴ 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.²⁴⁵

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.²⁴⁶

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.

²⁴⁵ *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 subsunción 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”.

²⁴⁶ *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”.²⁴⁷

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

²⁴⁷ 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”.²⁴⁸

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.²⁴⁹

²⁴⁸ *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 sensopercepción, 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.”.

²⁴⁹ 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.²⁵⁰

²⁵⁰ 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.²⁵¹

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”.

²⁵¹ 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 tuvo.²⁵²

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”.²⁵³

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).

²⁵² 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”.

²⁵³ 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 tesitura:

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 problematicidad, 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).²⁵⁴

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”.²⁵⁵

²⁵⁴ 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*”.

²⁵⁵ 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 in-demne 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*.²⁵⁶

²⁵⁶ *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*”.²⁵⁷

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.

²⁵⁷ 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*”.²⁵⁸

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.

²⁵⁸ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal. Parte general, 4a. ed., trad. Manzanares Samaniego, Granada, Ed. Comares, 1993, ya citado, pasim. 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*.²⁵⁹

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:

²⁵⁹ 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.²⁶⁰

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.²⁶¹

El maestro manifiesta que prácticamente todas las posiciones (incluyendo la de menos partidarios en Alemania sobre la *abe-*

²⁶⁰ 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.

²⁶¹ 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”.²⁶²

En relación con esta problemática (plantada 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 insensuales”).

²⁶² *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*.²⁶³

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”.²⁶⁴

²⁶³ 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.

²⁶⁴ *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.²⁶⁵

²⁶⁵ *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.²⁶⁶

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”.

²⁶⁶ 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 seudo 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)”.²⁶⁷ Lo cual es rigurosamente auténtico.²⁶⁸

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

²⁶⁷ (*Tratado de derecho penal*, I, Madrid, 1955, p. 398).

²⁶⁸ 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?”²⁶⁹

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 equivocidad relevante.

El autor comentado continúa diciendo que el aspecto terminológico nos revela una problemática con relevancia propia, íntimamente relacionada con planteamientos metodológicos de la

²⁶⁹ 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*.²⁷⁰

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 *impe-rium* 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

²⁷⁰ *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.²⁷¹

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,

271 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.²⁷²

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*

²⁷² *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 inculpado 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.²⁷³

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

²⁷³ 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*.²⁷⁴

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

²⁷⁴ 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 problematicidad.²⁷⁵

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*.²⁷⁶

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-

²⁷⁵ *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*)”.

²⁷⁶ *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.²⁷⁷

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*”.²⁷⁸

²⁷⁷ 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.

²⁷⁸ *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* fundamentera 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*.²⁷⁹

²⁷⁹ 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*.²⁸⁰

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.²⁸¹

‘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”.

280 *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*”.

281 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.²⁸²

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.²⁸³

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 oggettiva rispetto a quello di colpevolezza, in cui domina invece un criterio di rimproverabilità personale”.

²⁸² *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.

²⁸³ *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.²⁸⁴

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 excriminatoria, justificante o eximente) exactamente aquellas situaciones normativamente previstas.²⁸⁵

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 culposos, exceso culposos y de la vencibilidad o invencibilidad de los errores.²⁸⁶

²⁸⁴ *Idem*.

²⁸⁵ 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 excriminatorio 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”.

²⁸⁶ *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.²⁸⁷

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.

²⁸⁷ Caraccioli, Ivo, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milán, CEDAM, 1998, pp. 382 y ss.