

## CAPÍTULO PRIMERO

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

## CAPÍTULO PRIMERO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>3</sup> *Idem.*

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

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

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

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

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

<sup>4</sup> Mezger, Edmund, *op. cit.*, nota 1, *idem*.

<sup>5</sup> Huerta Tocido, Susana, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 13 y ss.

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

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

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

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

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

6 *Idem.*

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

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

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

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

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

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

8 Huerta Tocido, Susana, *op. cit.*, nota 5, pp. 17 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La propia interrogante expone la contestación:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>22</sup> Jakobs, Günther, *op. cit.*, nota 20, pp. 15 y 16.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 22-24.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>27</sup> Graf Zu Dohna, Alexander, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. LA DOCTRINA TRADICIONAL FRENTE A LA ANTIJURIDICIDAD

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>38</sup> Jiménez de Asúa, Luis, “L’antijuridicité”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, París, 20. y 3er. trimestres de 1951, pp. 273-318. Jiménez de Asúa expresa que (aparte de lo señalado anteriormente), la noción de lo injusto necesitaba todavía de nuevos esfuerzos y, a este respecto, señala las importantes aportaciones de Hertz, estudio publicado en 1880, y la monografía sobre el consentimiento de Kessler, que aparece en 1884. Todas estas aportaciones aún necesitaron llegar al siglo XX para completar la elaboración conceptual del problema que nos ocupa.

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

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

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

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

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

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

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 251 y ss.

<sup>41</sup> *Idem*.

Para Zaffaroni, en el campo penal,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>53</sup> Liszt, Franz von, *op. cit.*, nota 36, pp. 326 y ss.

<sup>54</sup> Landecho Velasco y Molina Blázquez, *op. cit.*, p. 177.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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