

## COMPOSICIÓN DEL TIPO DEL INJUSTO

(Introducción al estudio de la antijuridicidad penal)

Por el profesor SERVIO TULIO RUIZ

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

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

tipificada de la adecuación típica del hecho al modelo legal de la parte especial y al de la culpabilidad de la parte general, en la forma como se ha indicado.

¿Por qué nace el tipo del injusto?

Porque al no existir una causa de justificación del hecho típico, tal hecho es antijurídico, lo que permite indagar si la reunión de estos dos tipos puede sumarse al tipo que señala las formas del ligamen moral del hecho al autor (culpabilidad).

Si lo anterior es cierto, como lo creemos, los tipos (elementos) que conforman unitariamente al hecho punible, serían los siguientes:

a) *Tipo objetivo*. Son todos los aspectos externos o materiales del hecho punible, como la conducta, su resultado y el nexo de causalidad material. Este tipo es variable según cada delito, pues corresponde a la innumerable cantidad de hechos descritos como tales en la parte especial del Código Penal. Tantos tipos objetivos hay cuantos delitos descritos existan.

b) *Tipo del injusto*. Es la valoración que hace el juez del hecho típico en cuanto lo halla contrario a una norma y porque lesiona o pone en peligro, sin justa causa, un interés jurídicamente tutelado. Se identifica en forma negativa de no existir ninguna de las causas que lo justifican, las cuales están enumeradas taxativamente en la ley penal. Por tanto, el tipo del injusto sería fijo, en cuanto que las causas de justificación, que deben estar ausentes para poder hablar de hecho punible, consagradas en el Código, se refieren a cualquier clase de hecho típico (art. 29).

c) *Tipo de la culpabilidad*. Es el nexo psicológico entre el hecho y el autor referido a su voluntad, mediante el cual el juez al descubrirlo, según el grado, le puede reprochar tal hecho y expresar un juicio de dèmerito o censura. Este tipo de la culpabilidad es fijo, vale decir, referible a toda clase de hechos típicos, como que está indicado en sus formas en la parte general del Código, en su art. 35.

2. SIGNIFICADO DE LA ANTIJURIDICIDAD EN EL TIPO DEL INJUSTO. Naturalmente, como se ha dicho, la antijuridicidad forma parte del tipo del injusto y consecuentemente de la estructura del delito, puesto que en el estudio normativo del hecho punible se le incluye, por ser uno de sus elementos esenciales junto con el tipo de la conducta típica y el tipo de la culpabilidad.

En efecto, como lo hemos sostenido<sup>1</sup> y lo repetimos ahora, este elemento, que forma parte de la economía del hecho punible, está indicado en la definición legal que de tal hecho ofrece el art. 2º y se reitera en el art. 4º del nuevo Código Penal, cuando dice que para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, un interés jurídicamente tutelado. Allí se consagra, entonces, el principio de la ilicitud o de la antijuridicidad que caracteriza al delito.

Precisamente en dicha norma se recalca sobre la esencia del hecho punible, cual es la de destruir, lesionar, dañar, disminuir o poner en peligro un interés jurídico amparado por el derecho, el cual pertenece a la comunidad en general, o al sujeto paciente del hecho en particular, o a ambas partes.

No hay delito punible sin ofensa efectiva o potencial de un interés penalmente protegido. No hay hecho punible sin que se lesione o ponga en peligro un bien tutelado en el ordenamiento del Estado. Porque un hecho que no tenga esta característica, la de tutelar derechos individuales o colectivos, jamás será tipificado como punible por el Estado que pretende ser el supremo representante de los intereses de la comunidad y de sus componentes. Si la conducta que el legislador ha tipificado, al mismo tiempo es establecida o impuesta por el ordenamiento jurídico, no puede ser igualmente prohibida, esto es, antijurídica; y una conducta autorizada, aunque típica, no puede ser también ilícita, conforme los principios fundamentales del derecho, no solamente penal.

Por otra parte, se ha dicho que la antijuridicidad es el elemento jurídico del hecho punible. En efecto, no es suficiente la existencia de una conducta (activa u omisiva) que corresponde a un tipo legal-penal, en su aspecto puramente descriptivo, para que pueda hablarse de hecho punible. Es indispensable su antijuridicidad, su ilicitud, en virtud del principio que se resume en el apotegma *nullum crimen sine iniuria*.

Es evidente y no podemos ocultar que insignes autores, entre ellos ANTOLISEI<sup>2</sup>, no consideran a la antijuridicidad como elemento estructural del delito, sino más bien como el *in se* del mismo, su verdadera esencia y, más que todo, como una característica y una propiedad intrínseca que se funda sobre un juicio de relación y como tal no susceptible de ser considerada en la misma posición y en el mismo plano que el comportamiento típico y la culpabilidad.

3. LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO. Pero también es necesario reconocer que una gran parte de la doctrina, especialmente alemana y algunos penalistas italianos, entre los cuales se encuentra BETTIOL<sup>3</sup>, consideran a la antijuridicidad como elemento esencial del delito, pues se trata de un requisito sin el cual no se puede hablar de hecho punible. Nosotros compartimos esta opinión y por ello situamos a la antijuridicidad como elemento esencial del delito y así lo sostuvimos en una monografía de hace diez años<sup>4</sup>. En efecto, cuando se dice que ella es el *in se* del delito, se está haciendo más bien referencia a la punibilidad como característica de la infracción, la cual le da un colorido especial a cada uno de sus elementos. Además, es menester aceptar a la antijuridicidad como elemento normativo estructural del hecho punible,

<sup>2</sup> FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, I, 105.

<sup>3</sup> GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto penale*, Priulla, 1958, pág. 219.

<sup>4</sup> SERVIO TULIO RUIZ, *Estructura del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 77.

<sup>1</sup> Revista *Nuevo Foro Penal*, núm. 9, Medellín, 1981, págs. 49 y ss.

pues así está reconocido positivamente en el art. 2° del nuevo Código Penal, cuando dice que un hecho para ser punible es menester que sea típico, antijurídico y culpable. La discusión, entonces, si es o no elemento del delito, en vista de la nueva normatividad penal colombiana, quedaría en verdad superada.

De manera que la antijuridicidad es elemento estructural del hecho punible y como tal habrá de estudiarse y analizarse en las páginas que siguen. Es de suma importancia este elemento de la antijuridicidad, como los otros dos (conducta típica y culpabilidad), pues a través de él es como se puede conocer la esencia misma del hecho delictuoso, porque cuando se habla de delito, cuando se quiere expresar su concepto, invariablemente hay que hacer referencia a su antijuridicidad, a su injusticia o a su ilicitud. Dentro de estos amplios límites es que debe estudiarse este instituto jurídico para lograr su comprensión, desentrañar su contenido y ratificar su posición en la estructura del hecho punible, como elemento primordial y característica global y específica en el mismo plano de los otros atributos y componentes.

4. LA ANTIJURIDICIDAD COMO CONTRADICCIÓN VALORATIVA. En este mismo orden de ideas, a nosotros nos parece que es importante comprender que, para hablar de hecho punible, es menester la existencia de una contradicción valorativa entre la conducta humana típica y el derecho. Observaba CARRARA<sup>5</sup> que la idea del delito es la de una violación de la ley, porque ningún acto del hombre se le puede reprochar si la ley no lo prohíbe. Un acto se convierte en delito solamente cuando choca con la ley y puede ser dañoso o malvado, pero si la ley no lo prohíbe no se le puede reprochar a quien lo ejecuta.

Claro que esta concepción mecánica y formalista de la antijuridicidad, como simple contradicción o colisión entre el comportamiento típico y la norma penal, sostenida por CARRARA y los clásicos, no es lo que los modernos entienden en relación con este concepto.

La correspondencia de la conducta con el tipo legal-penal, es una *ratio cognoscendi* de esa supuesta ilicitud y por ella se llega al conocimiento y a la conclusión de la antijuridicidad. Es decir, la tipicidad, como lo veremos mejor más adelante, se presenta como un indicio de esa ilicitud que se anida en el acto para que sea punible, con tal de que sea culpable. La antijuridicidad, en resumen, es ante todo la valoración hecha por el juez que en presencia de una conducta típica descubre su carácter lesivo y su desacuerdo con las exigencias del derecho. Obviamente, el juez, para formular el juicio de valoración sobre la lesividad de la conducta, necesita saber si quien realizó tal conducta típica no obró cubierto por una causal que excluye precisamente su antijuridicidad, causal que la nueva ley penal, siguiendo una larga tradición colombiana, llama de justificación del hecho, las que están indicadas en el art. 29 y que fundamentalmente son las mismas previstas con anterioridad por el Código Penal derogado.

5. LA NORMA COMO PRESUPUESTO DE LA ANTIJURIDICIDAD. Hemos afirmado en otro estudio<sup>6</sup> que la norma, junto con el sujeto activo y la imputabilidad o capacidad penal, es un presupuesto del hecho punible, por cuanto que preexiste a él, está antes del hecho, el cual es punible si su autor lo ha realizado culpablemente, siendo típico y antijurídico.

Ahora bien: se entiende por *presupuestos* del delito algunas condiciones que deben preexistir, que son anteriores al hecho punible y que están por fuera de él, aunque se integren y conecten con sus elementos estructurales. Por ejemplo, están fuera del hecho mismo, en primer lugar, la norma que prevé el ilícito penal, sus sujetos, la capacidad penal (imputabilidad del agente), etc., siendo algunos generales y otros específicos, pero la característica es que son anteriores y preexisten al hecho punible. En síntesis se entiende por presupuestos del delito las situaciones de hecho o de derecho, bien sean jurídicas, materiales o síquicas anteriores a él y que son condiciones indispensables para su existencia y configuración. Son de esta manera, un *prius* lógico y cronológico frente a sus elementos. Nosotros, por razón de orden y sistema los distinguimos en presupuestos del tipo objetivo, del tipo del injusto y del tipo de la culpabilidad.

Los penalistas que no están de acuerdo con la existencia de tales presupuestos (y en verdad son numerosos) parten del concepto de que si existen, ciertamente surgen conjunta y contemporáneamente con los elementos del delito y con ellos se compenetran. Por esta razón, anotan sus opositores, la utilidad de distinguir los presupuestos del hecho punible sería dudosa y discutible.

A este propósito dice el magistrado ROMERO SOTO que la noción de presupuestos "más tiende a enmarañar el concepto del delito que a aclararlo. Dada la disparidad de criterios ya expuesta, se puede ver que no hay ni siquiera un acuerdo elemental sobre la naturaleza y contenido de tales caracteres. Es posible que, desde un punto de vista metodológico o formal, se justifique su inclusión en el estudio del delito, pero comoquiera que en ningún caso podría afirmarse que hacen parte de este último, resulta mejor prescindir de todo intento de enumerarlos como indispensables a la existencia del ilícito penal. Tiene la noción de presupuesto, dice este autor, a más de las desventajas anotadas, la que contribuye, como ya se dijo, a acentuar la tendencia atomizadora del delito, desmenuzando el concepto y presentándolo como un archipiélago de partes que, si bien relacionadas entre sí, lo están de un modo distante y aun no necesario, con lo cual se pierde de vista la noción unitaria del delito, que es la que debe prevalecer en gracia de verdad y en gracia de claridad"<sup>7</sup>.

No obstante opinión tan autorizada, nosotros consideramos que es válida y útil la individualización de los presupuestos del hecho punible, especialmente para facilitar su estudio y concretamente porque se desprenden con claridad según los lineamientos y el espíritu adoptados por el nuevo Código Penal colombiano, como que el presidente de la Comisión Redactora del último ante-

<sup>5</sup> FRANCESCO CARRARA, *Programa...*, t. 1. § 35.

<sup>7</sup> ROMERO SOTO, *Derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 242.

proyecto que luego fue Código así lo entendió, al expresar en la exposición de motivos que la imputabilidad, por ejemplo, era un presupuesto de la culpabilidad, en la forma como nosotros lo hemos sostenido, cuando decimos que la capacidad penal del sujeto (imputabilidad) es un presupuesto del delito y concretamente del tipo de la culpabilidad.

Nosotros decíamos<sup>8</sup> que distinguimos los presupuestos del delito y lo repetimos ahora, no por inútil virtuosismo y por tendencia formalista a desmenuzar exageradamente la economía estructural del ilícito penal, sino porque nos parece que la misma ley se está refiriendo a tales presupuestos.

Estos presupuestos los entendemos como independientes de los elementos del delito (conducta típica, antijuridicidad, culpabilidad). Se consideran como hechos o situaciones jurídicas, materiales o síquicas que preexisten a su configuración y que están fuera de él. Tales presupuestos son de tres clases, a saber:

1) el *sujeto activo*, es un presupuesto del delito por cuanto que preexiste al hecho, el cual no puede existir sin un autor que lo realice. Como dice CAVALLO<sup>9</sup>, sin un sujeto activo no puede haber elemento material (tipo objetivo) del delito. Él es el elemento motor de la actividad que realiza el delito, es decir, es elemento operante, desde el punto de vista físico y síquico, para su realización.

2) la *norma penal* es también un presupuesto del hecho punible, por cuanto no se puede calificar de penalmente antijurídico, en virtud de que nadie puede ser condenado por hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley vigente al tiempo en que se cometió (art. 1º). La norma penal, como explicaremos luego, es presupuesto de la antijuridicidad.

3) la *imputabilidad*, esto es, la capacidad (penal) de comprender la ilicitud de la conducta típica o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, es un presupuesto del hecho punible y concretamente de la culpabilidad, como lo dice la exposición de motivos del Código y como tuvimos oportunidad de explicarlo en el trabajo ya citado.

Entonces, la norma es un presupuesto de la antijuridicidad penal, porque es anterior al hecho ya que el ordenamiento penal está compuesto de normas, reglas de conducta, disposiciones de deber ser, expedidas por el órgano que ha sido predispuesto con esa finalidad, en los términos y con los requisitos que previamente se han establecido en el reglamento social (Constitución Política). En estas normas se garantizan intereses comunes e intereses individuales, de un lado, y, de otro, contienen reglas de conducta, cuya esencia consiste en algo que debe ser cumplido independientemente de que se cumpla, algo que no se debe hacer, independientemente de que se haga. Es decir, su contenido son mandatos o prohibiciones que deben observar los componentes del grupo social; y además, en las mismas normas se indican las consecuencias que se derivan en caso de incumplimiento de tales mandatos o violación de tales prohibiciones.

<sup>8</sup> RUIZ, ob. cit., pág. 70.

<sup>9</sup> CAVALLO, *Diritto penale*, t. II, Jovene, 1955, págs. 122 y ss.

Por una parte, tenemos las normas de carácter constitucional en donde se tutelan, en forma programática y general, bienes e intereses fundamentales de la comunidad y de sus componentes; y de otra, descripciones de conductas, también en forma general y abstracta, cuya realización o verificación dinámica en la realidad externa, con tal de que correspondan a esos modelos o tipos, con los requisitos y condiciones previamente establecidos, hace nacer o surgir el poder-deber del Estado de aplicar a su autor una pena o una medida de seguridad, según el caso, y la obligación del autor de someterse a esa penalidad jurídica por razón y como consecuencia del hecho cometido.

No puede existir el hecho punible como tal, desde el punto de vista fáctico, si con anterioridad no existe norma que lo tipifica; no puede existir violación de deberes, lesión de derechos, bienes o intereses, en concreto o en abstracto, si previamente no se han establecido esas descripciones legislativas que tipifican los delitos y si no se han establecido esas descripciones que garantizan tales derechos y previenen tales deberes que deben observar los componentes de la sociedad.

De manera que la norma penal es un presupuesto del hecho punible y más concretamente de la antijuridicidad. Sin norma penal anterior no hay hecho punible, lo dice claramente la norma rectora del nuevo Código Penal que trata de la legalidad del delito en su art. 1º.

La norma penal es un *prius* histórico-cronológico de todo hecho para que sea punible; debe preexistir al delito, debe ser anterior a su comisión, en virtud del principio *nullum crimen sine lege*, y es un *prius* lógico porque en una sociedad de tipo liberal como la nuestra al ciudadano se le garantiza su libertad cuando con anticipación se le indican normativamente las prohibiciones que no debe violar y los mandatos que debe cumplir. Y, por consiguiente, la norma penal es un presupuesto de la antijuridicidad, porque si el hecho punible, en su aspecto formal, se presenta como contrario al ordenamiento jurídico (al ser la violación de una prohibición o el incumplimiento de un mandato), esta contrariedad tiene que concretarse en una norma penal que es precisamente en donde se tutelan los intereses o bienes que el sujeto, al cometer el delito, lesiona o pone en peligro, sin justa causa, según los postulados del art. 4º de este nuevo Código Penal.

6. EL HECHO PUNIBLE COMO ACTO JURÍDICO Y COMO ACTO ANTIJURÍDICO. Se ha dicho que el delito es un hecho lícito y al mismo tiempo ilícito, que es un acto jurídico y a la vez antijurídico. Estas dos afirmaciones deben ser declaradas para ir desentrañando el contenido del instituto que se estudia, es decir, de la antijuridicidad como elemento estructural y normativo del hecho punible.

En otra oportunidad decíamos<sup>10</sup> que el hombre es un ser sociable por naturaleza, en el sentido de que no puede vivir aislado, pues necesita, para su

<sup>10</sup> RUIZ, ob. cit., págs. 110 y ss.

desarrollo y progreso, de la ayuda y colaboración de sus semejantes. En efecto, desde los primitivos grupos, precisamente por la necesidad de la mutua colaboración humana, se avanzó lentamente hasta la aparición de la sociedad política, en el sentido moderno de la palabra, cuya formación y desarrollo han sido estudiados ampliamente por la sociología. La sociedad, elemento indispensable para la realización del hombre como ser humano, ha debido organizarse de tal suerte que quienes detentan el poder en un determinado momento histórico, establecen una serie de reglas de conducta cuya imperatividad se presenta como necesaria para la conservación y desarrollo del grupo social, en la forma como lo desean y quieren esas personas que detentan el poder. Que estas reglas de conducta consulten o no las aspiraciones de la mayoría de los asociados, es un problema que nos plantearemos más adelante. Lo que interesa provisionalmente es precisar que el delito constituye una desobediencia, una rebeldía, porque se incumple un mandato o se realiza una prohibición establecidos previamente en el ordenamiento jurídico del Estado. En efecto, las leyes penales no hacen otra cosa que describir conductas, implícitas prohibiciones o mandatos, cuya realización en el mundo fenoménico trae como consecuencia la aplicación de una pena criminal.

De lo anterior se deduce un axioma simple: quien desobedece el mandato o prohibición es castigado, principio que se halla consagrado en el art. 13 del nuevo Código Penal, en el cual se establece que la pena se aplicará a toda persona que infrinja la ley penal en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas. No cabe duda de que esto debe ser así y no de otra manera, porque el cumplimiento de lo estatuido se presenta como una necesidad para la conservación de la armonía social, pues la sociedad exige, precisamente para su supervivencia y desarrollo, que sus componentes estén sujetos a una serie de relaciones (deberes y derechos) impuestos normativamente por esa misma sociedad a través de los órganos establecidos (órgano legislativo), con el fin de amparar los intereses de orden social, político, cultural, religioso, ético, económico, etc., que están reflejados en el ordenamiento, mirado desde un punto de vista unitario.

Estas relaciones, consideradas en su aspecto general, implican que determinados sujetos estén *obligados* a observar determinadas conductas, mientras que otros, en cambio, están *autorizados* a exigir dichas conductas, como acertadamente lo sostiene GRISPIGNI<sup>11</sup>. En efecto, este autor señala la bilateralidad como carácter de las normas jurídicas, las cuales se diferencian de las sociales porque a un mismo tiempo imponen un *deber* para un sujeto y reconocen contemporáneamente un *poder* a otros. Deber y poder son dos lados, interno y externo, de la norma jurídica: el *poder de exigir* y el *deber de observar* determinada conducta nace directamente de la norma, pero la responsabilidad del asociado se deriva de la conducta observada, vale decir, del hecho realizado en el mundo exterior, contrario al precepto y desobediente.

<sup>11</sup> FILIPPO GRISPIGNI, *Diritto penale*, vol. I, pág. 276.

Las anotaciones anteriores nos están indicando que el hecho punible ante todo es desobediencia, es rebeldía e inobservancia de reglas sociales señaladas normativamente. Es violación de normas de conducta estatuidas por el Estado, las cuales obligan a la observancia y obediencia por parte de los componentes de la sociedad, quienes al desobedecerlas causan tanto un perjuicio a la colectividad como al asociado que sufre el hecho, pues el delito ocasiona una lesión que se opone a los intereses tutelados en el derecho, por lo que se dice que el delito es un hecho ilícito o antijurídico.

Entonces, el delito es considerado como un hecho ilícito por su característica de contrariedad a un precepto del ordenamiento jurídicopenal, hecho que viene a ser la causa productora de efectos jurídicos.

Pero antes de continuar, conviene señalar que los hechos en general se distinguen en *hechos naturales* si producen consecuencias jurídicas en la esfera de la persona; y *hechos voluntarios o actos jurídicos*, si tienen origen en un acto voluntario que se orienta a producir o no efectos jurídicos. Estos a su vez se dividen en *actos jurídicos en sentido estricto* y *negocios jurídicos* y son capaces de producir consecuencias jurídicopenales, vale decir, pueden producir la existencia, el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación jurídicopenal. Se definen como los acontecimientos a los cuales el derecho objetivo hace seguir como consecuencia la extinción o modificación de una relación jurídicopenal.

Nuestro ilustre maestro de la Universidad de Roma, profesor FILIPPO GRISPIGNI, ha dedicado amplios estudios a la clasificación de los hechos jurídicopenales. En efecto, el citado profesor distingue entre:

A) *Actos jurídicos en sentido estricto*, que son los acontecimientos naturales como el transcurso del tiempo, la muerte del reo, etc.

B) *Actos jurídicos*, que son hechos humanamente voluntarios, los cuales se pueden clasificar en actos lícitos e ilícitos.

El hecho punible ante todo es un hecho jurídico por estar regulado por el derecho y porque precisamente de él depende el nacimiento de la relación jurídicopenal. Y siendo un hecho voluntario, el delito entra en el sistema de los actos jurídicos, los cuales nacen por un acto de voluntad cuya realización trae como consecuencia la aplicación a su autor de una pena criminal.

Pero el delito como acto jurídico forma parte de los actos ilícitos o antijurídicos en consideración a que constituye la violación de un deber, como se verá luego. En efecto, el delito es la inobservancia de un mandato (o prohibición) del Estado que lesiona intereses tutelados en el ordenamiento jurídico (normas penales) y siendo una lesión y una actitud contraria al derecho, el delito es un acto *ilícito* o *antijurídico*.

La razón es muy clara. Los componentes de una sociedad cumplen actos debidos cuando su conducta se mueve dentro de los límites del lícito jurídico, vale decir, cuando cumplen las obligaciones impuestas en el ordenamiento del Estado, pero también los componentes de la sociedad pueden realizar actos ilícitos o antijurídicos si desobedecen los mandatos o prohibiciones indicados en las normas y si violan los intereses de otros sujetos o del Estado o conjuntamente de ambos.

De otro lado, no es necesario advertir, porque salta a la vista, que el delito es uno de los actos ilícitos o antijurídicos de mayor gravedad y que pertenece al *genus* de los atos ilícitos de derecho público, pues las consecuencias de su realización se concretan en una sanción que va más allá de la indemnización por los daños ocasionados. La importancia del interés que viola el hecho punible hace que la sociedad tenga especial cuidado en reprimir o impedir la aparición de esta clase de actos ilícitos que se presentan como un peligro para la conservación y la armonía del conglomerado social.

De lo dicho hasta aquí se puede concluir que el hecho punible tiene las siguientes características:

a) *es un hecho jurídico*, es decir, el delito tiene una importancia jurídica en cuanto el derecho objetivo lo regula normativamente y le asigna una consecuencia jurídica que, de un lado, consiste en el deber del reo o culpable de someterse a la pena y, de otro, en el poder-deber del Estado de aplicarla;

b) *es un hecho voluntario*, entendiéndolo por ello como un hecho del hombre que lo produce conscientemente (culpablemente); y

c) *es un hecho ilícito o antijurídico*, porque es contrario a la norma jurídica que impone o prohíbe la conducta, lo que trae como consecuencia que lesione o ponga en peligro un interés tutelado en la ley.

En este orden de ideas y resumiendo podemos decir:

el delito es un hecho jurídico en cuanto es una modificación del mundo exterior productora de efectos jurídicos;

como es un hecho que tiene origen en un acto voluntario, el hecho punible pertenece a la categoría de los actos jurídicos; y

como es un acto jurídico que se presenta como contrario a una norma penal y constituye la violación de un deber impuesto en la misma, el hecho punible se considera como un acto ilícito o antijurídico.

7. LA ANTIJURIDICIDAD COMO CONTRARIEDAD AL DEBER. De lo dicho en líneas anteriores se deduce lo siguiente: bien se sabe que el ciudadano está obligado a abstenerse de la realización de determinadas conductas (prohibiciones) o a cumplir ciertos comportamientos (mandatos), los cuales están indicados en la ley. Estas conductas prohibidas u ordenadas se consignan en el ordenamiento jurídico del Estado, el cual está compuesto de diversas ramas, civil, penal, administrativa, comercial, laboral, etc. Mejor dicho, el ciudadano está en el deber de observar una serie de reglas de conducta, como por ejemplo, cumplir sus obligaciones contractuales, satisfacer sus propias deudas, no apropiarse de bienes ajenos, no matar, etc. Estas reglas de conducta están clasificadas normativamente y existen algunas cuya observancia es mucho más imperativa que otras, según la rama a que pertenezcan, es decir, se trata de normas de mayor jerarquía que las otras, porque tienen un contenido más rotundo de imperatividad. En ellas se señalan, para el caso de su violación o inobservancia, unas consecuencias jurídicas que constituyen una disminución efectiva

de derechos importantísimos del obligado infractor, como es por ejemplo el relativo a su libertad personal. La inobservancia del deber implica, al ejecutar la conducta típicamente descrita, la obligación ineludible de someterse al sufrimiento de esa consecuencia jurídica que se llama sanción criminal.

Este planteamiento nos conduce a la siguiente afirmación: cuando se viola el deber, deber de abstención o deber de realización, si se concreta en el ordenamiento penal, estamos en presencia de una conducta antijurídica penal, pues ella consiste en la violación o contrariedad de una conducta típica al deber penal de abstención de realizar dicha conducta típica. Este deber insito en la norma se dirige a todos los ciudadanos desde el momento de expedición del acto positivo en que el legislador describe el comportamiento prohibido u ordenado, lo cual es el punto de partida del nacimiento de la obligación-deber de realizar o abstenerse de realizar tal conducta, según el caso.

Por tanto, la contrariedad al deber es una de las características de la antijuridicidad en general y si ese deber es penal por estar contenido en una norma de esta naturaleza, su contrariedad significa la existencia de la antijuridicidad penal. Ello se comprende porque la persona que actúa típicamente, vale decir, que realiza una conducta que corresponde a un modelo legal penal, viola sencillamente un deber, incumple una obligación, viola el deber de abstención de realizar esa conducta típica, si no existe una causa de justificación o si el hecho típico no está autorizado conforme a la ley. Aquí el deber consiste en no actuar y sin embargo se actúa (delitos de acción), o sea, en violar la prohibición. Pero también el deber puede consistir en actuar y sin embargo no se actúa (delitos de omisión), esto es, se trata de un deber de realización. En este caso de la conducta típica también es antijurídica, si no existe un hecho que la justifique, según la ley.

8. LA ANTIJURIDICIDAD COMO LESIÓN O PELIGRO DE LESIÓN. Al analizar el art. 4° del nuevo Código Penal, intitulado "antijuridicidad", observamos que el concepto allí prevenido sobre este instituto jurídico es el de la antijuridicidad como lesión o como peligro de lesión, sin justa causa, de bienes o intereses amparados por el derecho o, como dice la norma, del "interés jurídico tutelado por la ley".

Lo primero que debemos decir, antes de profundizar en el contenido de la disposición citada, es que la ley siempre tutela un interés y basta. La ley puede tutelar cualquier clase de interés: colectivo o individual, los que considere merecedores de protección legal, según el criterio del legislador. Este interés o intereses devienen "jurídicos" precisamente porque la ley los ampara. La ley no tutela dos clases de intereses, los comunes y los jurídicos, sino que tutela intereses, los cuales se llaman ciertamente jurídicos si ella los tutela.

¿Será que de acuerdo con el art. 4°, para que el autor de un hecho reciba punición, es indispensable indagar primero si el interés violado es jurídico y

después indagar si dicho interés está tutelado en la ley? ¿O más bien se trata de una redundancia o pleonismo, o quizás se trata de una aclaración que el legislador hace para una mejor interpretación y una adecuada aplicación del artículo 4º? ¿Por qué dicho artículo habla de un interés "jurídico" y agrega que debe estar "tutelado en la ley"? Al respecto nada se sabe, porque las actas de las diversas comisiones que intervinieron en la redacción de los sucesivos proyectos del Código Penal nada dicen sobre el particular.

Hecha esta breve observación, corresponde ahora advertir también que propiamente en el art. 4º no es que se defina la antijuridicidad. Se dice simplemente que debe producir el delito para que sea punible y se señala una de sus características. Ni el delito ni la antijuridicidad son una lesión, sino que producen una lesión o peligro de lesión. La antijuridicidad es un juicio de valor del acto, como lo veremos mejor más adelante, en cuanto que el juez lo encuentra ofensivo o lesivo de un bien jurídicamente tutelado.

Prosiguiendo en este análisis, nos parece, salvo mejor opinión, que en el art. 4º mencionado el nuevo Código Penal consagra el resultado jurídico del hecho punible, o, mejor, se refiere a su objeto jurídico, todo lo cual es diverso al resultado natural del delito, cuya esencia consiste en aquella modificación del mundo externo producida por la conducta humana y que forma parte del contenido de la infracción, como se verá luego.

En efecto, el art. 4º consagra un principio obvio. Es indudable que el hecho punible debe producir un resultado jurídico, como que es su nota característica. Debe producir un perjuicio para alguien, un daño, una lesión efectiva o potencial de uno o varios bienes amparados por el derecho.

Antiguamente se decía que el delito produce dos clases de daños: uno inmediato y otro mediato, según que se refiera al particular que ha sufrido los efectos de la conducta, o a la comunidad en general que sufre por reflejo la acción del delincuente. Ahora la doctrina moderna<sup>12</sup>, tomando como base la división anotada, habla de un daño inmediato, de un daño social y de un peligro social producido por el hecho punible. En este orden de ideas, el delito produciría:

- a) un daño o un peligro directo o inmediato de uno o varios bienes individuales o colectivos;
- b) un daño social indirecto porque ataca las condiciones fundamentales de existencia de la sociedad en donde se produce, ya que debilita la autoridad del Estado y compromete el orden establecido por este; y
- c) un peligro social indirecto por el mal ejemplo que engendra y por presentarse como causa probable de nuevos delitos, ya sea en relación con el mismo sujeto, por parte de la víctima o de sus allegados o por parte de otras personas, como consecuencia del mal ejemplo o del contagio criminal que produce el hecho delictuoso.

Antes de seguir adelante se debe aclarar que la ofensa o daño que produce el delito, el cual, como se ha dicho, puede ser efectivo o potencial (peligro

<sup>12</sup> ROCCO, *L'oggetto del reato*, Torino, 1913, pág. 348; GRISPIGNI, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1952, vol. 1, pág. 149.

de daño), consistente en la disminución de uno o más bienes jurídicos individuales o colectivos, debe distinguirse netamente del *daño civil* que produce el hecho punible, cuya ocurrencia origina la obligación de repararlo, conforme al art. 103 y siguientes del nuevo Código Penal. Este daño consiste generalmente en un perjuicio patrimonial que origina acción reparatoria e indemnizatoria, cuyos titulares son las personas indicadas en el art. 104 de la misma obra y cuyo sujeto pasivo (obligado a la indemnización) es el reo o culpable.

9. CUALIDAD OFENSIVA DE LA ANTIJURIDICIDAD. La conducta típica es ofensiva si es antijurídica. Es esta en concreto una ofensa que pone en peligro los intereses de la sociedad y ataca los valores colectivos o individuales de cuya concreción da cuenta el ordenamiento jurídico del Estado, a través de las normas penales, en donde se establecen las conductas o comportamientos cuya realización es la comprobación de la ofensa que el Estado ha tratado de impedir con la amenaza de la pena o su aplicación efectiva o con medidas de policía o profilácticas de sanidad predelictual.

De acuerdo con el art. 4º que se estudia, esta ofensa, como cualidad de la antijuridicidad, puede asumir o puede presentarse en dos formas:

- 1) en un *daño*, es decir, si se presenta como lesión de un interés o bien protegido jurídicamente por el ordenamiento del Estado; y
- 2) en un *peligro* si se presenta como una amenaza de lesión de un bien o interés tutelado en las normas jurídicas penales.

Este bien cuya destrucción, anulación, deterioro o puesta en peligro y que constituye la ofensa como característica y cualidad de la antijuridicidad, es esencialmente el contenido del objeto jurídico del delito.

Dicho objeto jurídico, según ROCCO<sup>13</sup>, se divide en formal y sustancial. El primero consiste en el derecho público subjetivo del Estado a la observancia y obediencia de los preceptos penales (derecho de supremacía). Comoquiera que este derecho es único y unitario, por consiguiente, el objeto formal es único para todos los tipos y especies de delito. El segundo, o sea el sustancial, según el autor citado, consiste en el bien o interés que el derecho tutela mediante los preceptos y las sanciones de naturaleza penal. Este, a su vez, se subdivide en:

- a) *sustancial genérico*, constituido por un bien o un interés propio de la sociedad jurídicamente organizada y común a todos los delitos, cualquiera que sea su tipo o especie; y
- b) *sustancial específico*, constituido por el bien o interés del sujeto directamente ofendido por el hecho punible y varía de acuerdo con cada especie.

Aunque son diversos en su esencia el objeto jurídico genérico y el específico del hecho punible, es necesario anotar que se encuentran en íntima conexión, en el sentido de que el interés del particular coincide con el interés general del Estado. En efecto, la norma penal que tutela la integridad personal de

<sup>13</sup> ROCCO, ob. cit., págs. 551 y ss.

los ciudadanos, por ejemplo, tiene por objeto genérico el interés del Estado en la conservación de tal integridad, y en el caso de que alguien reciba una lesión a su integridad, el interés de la persona ofendida y lesionada coincide con el interés general del Estado.

La determinación del objeto específico del delito, dice PETROCELLI<sup>14</sup>, es de suma importancia ya que de su exacta determinación puede depender que se incluya o se excluya un hecho de un determinado modelo legal y, por tanto, su tipificación. En otros términos, el objeto jurídico del delito es útil elemento de interpretación para determinar las características de las diversas figuras de delito y de la naturaleza de la incriminación.

10. LA ANTIJURIDICIDAD COMO EFECTO JURÍDICO DEL HECHO PUNIBLE. Como hemos dicho, el art. 4° asimila la antijuridicidad al efecto jurídico del delito, el cual, según también se ha dicho, es menester distinguirlo del efecto o resultado de la conducta típica.

En otra oportunidad<sup>15</sup> decíamos, al analizar el primer elemento del delito, vale decir, el hecho típico, que la consecuencia o efecto del comportamiento o conducta es lo que se designa con el nombre de resultado. Para nosotros el efecto o resultado es el cambio del mundo exterior, producido o no impedido por una conducta humana, significativo para el derecho penal. Es decir, se entiende por resultado el efecto natural de la conducta que forma parte del contenido del delito o de sus agravantes. En otras palabras, cuando un efecto natural de una conducta tiene un colorido normativo en la estructura del delito se puede hablar de resultado en sentido técnico.

Pero algunos autores confunden los efectos y el resultado de la conducta con los efectos jurídicos del hecho punible, o sea, con el daño o lesión de un interés que produce el ilícito penal. Se trata de dos conceptos diferentes que es necesario no confundir, si se quiere tener una idea clara de la antijuridicidad.

Así, el efecto jurídico del delito, es decir, el daño lesión, según ROCCO<sup>16</sup>, es todo lo que produce la pérdida o disminución de un bien, el sacrificio de un interés humano. Para llegar a este concepto el citado autor partió de las nociones de *bien*, que es cualquier objeto apto para satisfacer una necesidad; de *interés*, que es la valoración que hace el sujeto del bien, en cuanto le sirve para satisfacer su propia necesidad; y de *utilidad*, o sea, la aptitud de un bien para satisfacer una necesidad cualquiera.

Los conceptos anteriores han sido sometidos a una crítica severa, en especial por CARNELUTTI<sup>17</sup>, para quien la noción de interés no debe ser subjetiva sino objetiva, ya que el derecho no garantiza a las personas sus valoraciones

subjetivas de los objetos y no le interesa si el sujeto considera si el bien es capaz de satisfacerle una necesidad. CARNELUTTI opina que el interés es un concepto de naturaleza objetiva, de relación, en cuanto es la situación de cada hombre respecto al bien, en virtud del cual le es posible, le es fácil, y tiene la seguridad de poder emplearlo para la satisfacción de una necesidad. Esta situación es el interés, el cual consiste, como se acaba de anotar, en la relación entre el hombre y el bien. Si un individuo, dice CARNELUTTI, despedaza el pan al que tiene hambre, no lo destruye sino que lo transforma. Si se lo roba ni siquiera hay alteración del bien, el cual no ha sido alterado, pues lo que se ha alterado es el interés.

Para ANTOLISEI<sup>18</sup>, quien desarrolla ampliamente la teoría de CARNELUTTI, el daño es la alteración, destrucción o empeoramiento de un interés jurídicamente tutelado. Ahora, según lo anterior, cabe preguntar cuáles son las relaciones que corren entre el resultado de la conducta y la lesión o daño en el delito. Se trata de dos conceptos diversos, aunque no totalmente antagónicos. Como antes se apuntó, el resultado de la conducta es ante todo el efecto natural del comportamiento humano que produce un cambio que modifica el mundo exterior y que forma parte del contenido del tipo de delito de que se trata. En cambio, la lesión o daño (efecto jurídico) en que se concreta la antijuridicidad, según la disposición del art. 4°, es la consecuencia de la totalidad del delito. La antijuridicidad no es, en ningún momento, la modificación del mundo exterior, de la realidad externa, sino que se trata de un perjuicio, de una perturbación o empeoramiento de un interés o derecho, sin justa causa, perteneciente a una persona (el sujeto pasivo del hecho punible) y tutelado por el ordenamiento jurídico penal. Para que el hecho sea punible el daño o la lesión derivada de este consistirá —lo cual constituye la cualidad de la antijuridicidad— en un cambio en el mundo exterior, en la alteración de la relación de disponibilidad en que está el sujeto frente al bien tutelado en la ley. Así por ejemplo, en el delito de hurto, tipificado en el art. 349, la lesión es la perturbación, anulación o destrucción del derecho de dominio o derecho de disponibilidad (posesión) que tenía el sujeto pasivo de la acción sobre la cosa mueble. En el homicidio el resultado de la conducta es la muerte de una persona; y el efecto jurídico (lesión o daño) en que se concreta la antijuridicidad del hecho punible, es la destrucción del interés que dicho sujeto tenía sobre su vida. En los delitos llamados imperfectos, vale decir, en la tentativa (art. 22), el resultado de la conducta no se produce por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, pero sí existe el daño entendido como lesión de un interés jurídicamente tutelado en el ordenamiento penal.

La diversidad de opiniones entre los que consideran el resultado como efecto natural de la conducta que forma parte del contenido del tipo legal y los que piensan que el resultado es lo mismo que el daño o lesión en el delito, trae como consecuencia que se ofrezcan soluciones contrarias a los diversos problemas

<sup>14</sup> BIAGIO PETROCELLI, *Principii di diritto penale*, Napoli, Jovene, 1955, pág. 212.

<sup>15</sup> S. T. RUIZ, *Teoría del hecho punible*, Bogotá, Librería del Profesional, 1980, pág. 151.

<sup>16</sup> ROCCO, *ob. cit.*, págs. 263 y 264.

<sup>17</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, Cedam, 1926, págs. 9 y ss.

<sup>18</sup> F. ANTOLISEI, *La acción y el resultado en el delito*, Editorial Mexicana, 1959, págs. 117 y ss.



juridicopenales. Los primeros admitirían que el resultado no es un elemento esencial y natural del hecho punible (como parte integrante del tipo objetivo-conducta), puesto que en la ley, dicen ellos, existen figuras delictivas para cuya consumación no se exige la verificación de un resultado (delitos sin resultado o de mera conducta). En cambio, los seguidores de la segunda corriente piensan que el resultado, considerado como sinónimo de daño es un elemento general indispensable del ilícito penal, pues este implica la ofensa o lesión de un interés jurídicamente tutelado.

Nosotros estamos con los que consideran el resultado de la conducta y el efecto jurídico del hecho punible, esto es, el daño o lesión en el delito, como conceptos diversos y autónomos. Empero, es indispensable no caer en error al considerar que los dos conceptos a que hemos aludido, las nociones naturalista y jurídica de resultado en el delito, se excluyan mutuamente y no puedan coexistir.

En efecto, cada uno de estos conceptos tiene un fundamento válido y racional, ya que la primera (noción naturalista de resultado) se funda en el efecto externo de la conducta que es esencial para la configuración de algunos hechos punibles, y la segunda (noción jurídica) se basa en la violación, la destrucción, la ofensa, el menoscabo o la lesión de un interés plenamente protegido que es esencial en todos los delitos, según los dictados del art. 4° del nuevo Código Penal.

De otro lado, es necesario hacer notar que no es correcto afirmar que la ofensa, la lesión y la violación del derecho que viene como consecuencia de la realización de un hecho punible y la antijuridicidad de ese hecho son, como dice acertadamente GRISPIGNI<sup>19</sup>, *producidas* por la conducta y no son efectos de esta. Más bien es la calificación del hecho como ilícito, porque el hecho ilícito no produce una violación, una lesión del interés. En efecto, cuando se dice que un hecho constituye una violación jurídica, se está realizando un juicio de relación entre el hecho y la norma y, por tanto, la violación o la lesión no puede considerarse como una cosa diversa del hecho, separada temporal y espacialmente del hecho mismo, sino que el hecho, a juicio de quien lo considera y analiza, aparece en contradicción con la norma.

Sobre este aspecto, anota el citado autor, es necesario entender que los que consideran la violación del derecho como *resultado* de la conducta, confunden el daño de hecho, la disminución o destrucción de hecho de un bien, con la calificación jurídica del mismo. En esta forma se entiende claramente que el resultado, como efecto natural de la conducta que transforma el mundo exterior, de hecho, claro está, produce una ofensa de un bien o de un interés jurídicamente tutelado.

En cuanto al peligro, que es una forma del efecto jurídico del hecho punible, según los postulados del art. 4° citado, en donde se afirma que el hecho debe poner en peligro el interés jurídicamente tutelado para que sea punible, junto con la lesión efectiva, en el sentido de que debe producir o la lesión o

<sup>19</sup> F. GRISPIGNI, ob. cit., pág. 75.

el peligro de lesión. ¿Pero qué es el *peligro*? A propósito del resultado de la conducta típica, en otra oportunidad<sup>20</sup> nos referimos al peligro y allí anotábamos que puede definirse como la probabilidad de un daño o como la probabilidad de un resultado lesivo.

En efecto, el concepto de peligro es meramente objetivo, por cuanto está constituido por el conjunto de las condiciones objetivas existentes en el mundo externo, de las cuales se puede deducir la probabilidad de verificación de un resultado que se teme y que no se desea. El peligro, dice ANTOLISEI<sup>21</sup>, no consiste en un estado de incertidumbre de la naturaleza, sino en una situación que lleva consigo la *probabilidad* de un determinado efecto. Esta probabilidad consiste en una conjetura basada en la experiencia de los casos similares. La experiencia, en efecto, nos enseña que de determinadas causas se derivan determinados efectos y enseña, además, que existe una uniformidad constante en el proceder de la naturaleza. Junto a la ley de causalidad que rige todos los fenómenos, existen leyes de causalidad por separado o particulares, que rigen determinados fenómenos. De ahí la posibilidad de generalizar un hecho y de establecer los efectos que se pueden derivar de él y la posibilidad de establecer la aptitud, la capacidad, la idoneidad general de un hecho para causar otro hecho. Precisamente por estas características se puede hablar de probabilidad, la cual existe a pesar de no haberse verificado el hecho.

Para establecer la existencia del peligro se requiere que el juez se traslade al caso concreto, mediante una análisis o pronóstico póstumo. Se indagarán cuáles eran las posibilidades de conocimiento que en ese caso corresponderán al hombre medio normal para juzgar la probabilidad de verificación del resultado temido, a la capacidad de conocimiento en concreto que hubiera tenido el agente. Según lo anterior, queda por fuera la opinión que el autor hubiera tenido en el caso concreto en cuanto a la probabilidad de realización del resultado peligroso.

Naturalmente que lo dicho hasta aquí se refiere al peligro como resultado natural y no desde el punto de vista jurídico, vale decir, en relación con el peligro de que habla el art. 4° del nuevo Código Penal al determinar la cualidad de la antijuridicidad. En efecto, desde el punto de vista del ordenamiento legal no puede hablarse sino de peligro jurídico, esto es, de aquella posibilidad de verificación de un daño o lesión que previamente el legislador ha incluido en determinadas conductas típicas, para el caso de su realización. Se entiende muy bien que hay una variedad de hechos típicos que de por sí tienen la posibilidad de generar un peligro, independientemente de que se genere. El legislador, con base en la realidad social y en su propia experiencia, de antemano normativamente ha indicado ciertos comportamientos legalmente descritos, los cuales, al realizarse en el mundo externo, se presume que el agente ha creado una situación de peligro. Se entiende que con su conducta ha creado un peligro de

<sup>20</sup> RUIZ, ob. cit., pág. 155.

<sup>21</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1957, pág. 162. "La acción y el resultado", pág. 165.

lesión de intereses tutelados en la ley. No es necesario, vista la conducta típica, averiguar si efectivamente el peligro ha sido generado, si esta conducta, con tal de que sea típica, era apta para poner en peligro intereses amparados por el derecho, pues si así fuese, es decir, si se exigiese la prueba, en cada caso, de esa aptitud, de esa idoneidad, de esa relevante posibilidad de creación del resultado lesivo temido pero que no se produce, las normas que tipifican los denominados delitos de peligro jamás podrían ser aplicadas, pues difícil tarea sería para el juez aportar la prueba de esa posibilidad.

De manera que a nosotros nos parece, salvo mejor opinión, que realizada la conducta típica, esto es, la conducta legalmente descrita en su aspecto puramente objetivo, se debe deducir por fuerza que ella origina el peligro, si se trata de hechos típicos que requieren esta situación, o sea, de delitos de peligro, con tal de que no exista una causa de justificación que otorgue licitud a la conducta.

Tal afirmación estaría ampliamente respaldada con la lectura atenta de los delitos consagrados en el título V, libro II, capítulo II del nuevo Código Penal que habla de los hechos punibles "de peligro o que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad". En su gran mayoría estas infracciones, en su aspecto descriptivo de la conducta, envuelven una situación de peligro que es puramente normativa, esto es, que el legislador por sí y ante sí ha considerado, con base en la experiencia social y en la suya propia, que originan una situación de peligro amenazadora de bienes e intereses colectivos, los cuales no tienen que verse anulados, deteriorados o empeorados, porque precisamente el peligro consiste en eso, en que la lesión efectiva no se produce, sino que apenas se teme su producción, con fundamento en un signo de probabilidad que se instala en el núcleo de la conducta típica verificada por el autor, de la cual parte la probabilidad de verificación de un resultado que se teme y que no se desea.

En resumen, tratándose del peligro como efecto jurídico del delito y como posibilidad de lesión de un interés tutelado en la ley, no debe ser probado caso por caso, sino que se presume por vía general, con tal de que esté ampliamente demostrada la conducta a que se refiere la ley (típica) generadora del peligro de lesión como cualidad de la antijuridicidad, en la forma analizada.

11. LA ANTIJURIDICIDAD COMO VALORACIÓN. Decíamos atrás que la correspondencia de la conducta al tipo legal penal es la *ratio cognoscendi* de esa supuesta ilicitud y por ella se llega al conocimiento y a la conclusión de la antijuridicidad, la que se entiende como la valoración del juez que en presencia de una conducta típica descubre su carácter lesivo.

Pero primordialmente es necesario saber con base en qué, por qué y en qué condiciones el juez *valora* una conducta que sabe típica. Nuestro punto de vista es el siguiente, el cual se expresa fundado en las tesis planteadas y que se desarrollan de esta manera: partimos del principio de que el hombre es un sujeto actuante en la sociedad y que cumple en cada jornada diaria de su exis-

tencia innumerables actos, infinidad de realizaciones; y observamos cómo entre la pluralidad de comportamientos y actuaciones hay algunos que no tienen ningún significado para el derecho y otros que ostensiblemente realizan o contrarian una norma positiva. Si bebe, duerme o camina, nadie diría que está cumpliendo actuaciones de relevancia normativa, aunque la ley reglamente y dirija la conducta del hombre colectivo y oriente su infinita variedad de actos. Dichos comportamientos pasan inadvertidos para el derecho y es en este caso cuando se dice que el hombre transita el lícito jurídico o que realiza actos indiferentes para el derecho. En cambio, hay otros actos que en el desenvolvimiento activo del hombre social están en desacuerdo con el mandato o prohibición y con la razón de ser de la sociedad en que vive. La injusticia de su comportamiento está en relación con el incuestionable deseo del Estado de que no se realicen determinadas actuaciones en el mundo fenoménico, para que se cumplan las aspiraciones de aquellos que dirigen el rumbo de la sociedad, pues, en la sociedad dividida en clases, como bien se sabe, hay un sector minoritario que regula y orienta por canales normativos sus aspiraciones de predominio y avasallamiento clasista. Estos actos, contrarios al deber de no violar la prohibición o de cumplir el mandato insito en la norma, impuesto por el Estado, constituyen ilícitos en cuanto atentan contra los intereses sociales.

Por ejemplo, el incumplimiento de un contrato o la comisión de un homicidio son conductas significativas para el derecho, pues están subyugando un imperativo al cual se debía observancia y cumplimiento. Por eso se considera que la antijuridicidad, como bien dice H. WELZEL<sup>22</sup>, es el desacuerdo de la acción con las exigencias del derecho (exigencias de la clase dominante, agregamos nosotros) para las acciones que se realizan en la vida social. Es el desvalor jurídico que corresponde a la acción como consecuencia de esa divergencia. Imaginándose, anota el citado autor, personificado el orden jurídico, frecuentemente se denomina la antijuridicidad como un *juicio de valor* negativo o *juicio de desvalor* del derecho sobre la acción, en lo cual se debe tener siempre presente lo gráfico del término, ya que la antijuridicidad no es, naturalmente, un mero juicio de desvalor, sino una característica de desvalor de la acción.

Pero ¿dónde está el desvalor del comportamiento del hombre? ¿Por qué se considera, v. gr., que en el delito actúa en desacuerdo con las exigencias del derecho? Simplemente se podría tomar como punto de partida la cuestión de que el antideber o antiderecho es la contradicción con la norma y la realización de la ley, para usar la expresión de BINDING. Pero esto sería una conclusión simplista cuando se trata de dilucidar la esencia de la antijuridicidad penal. Es evidente que el desvalor de la conducta (antijuridicidad) está en estrecha relación con la esencia del derecho penal, el cual, como bien se sabe, es la rama del ordenamiento jurídico que tiende a establecer en la colectividad una disciplina de deberes y derechos, mandatos y prohibiciones, cuyo cumplimiento y observancia, por parte de los asociados, es de absoluta obligatoriedad, en el sentido de que en caso de incumplimiento el Estado utiliza la facultad (poder-deber)

<sup>22</sup> HANS WELZEL, *Derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1956, pág. 57.

de aplicar una sanción a quien ha violado esas normas de disciplina y de autoridad previamente establecidas.

En efecto, toda sociedad (aun las primitivas) necesita un conjunto de reglas de conducta, reglas disciplinarias, las cuales deben ser observadas por los componentes del grupo social. Estas normas se han establecido con el fin inmediato de garantizar la paz, la armonía y la convivencia sociales. Pero no es que los asociados estén de acuerdo en la determinación de las reglas citadas, sino que la clase dominante de la sociedad determina, crea y selecciona los deberes y los derechos que deben observar los componentes del grupo. Esta selección y determinación no es de ninguna manera arbitraria. Por el contrario, el legislador al imponer las normas penales tiene presente el grado de desarrollo de la sociedad, el concepto moral del grupo, las conquistas de la civilización, los deseos colectivos, etc. Sin embargo, es menester advertir que el Estado, por conducto de su órgano legislativo, redacta las normas (penales) con el fin de que la clase dirigente que representa pueda predominar sobre los gobernados, pues el contenido de dichas normas no es otro que la concreción de los intereses políticos, económicos, culturales, morales, etc., de la clase o grupo que eventualmente comanda la sociedad. De ahí que el derecho penal tenga una función eminentemente social, cual es la de asegurar, mediante la obligatoriedad de sus reglas de conducta, el predominio del Estado y de las clases en él representadas y que detentan en sus manos el poder político y económico.

Mediante las normas penales el Estado considera que asegura la convivencia social y una relativa paz ciudadana y que ampara las necesidades elementales de la vida en comunidad, porque impide con la amenaza de la pena o con su aplicación efectiva que se cometan hechos contrarios a los fundamentos ético-sociales del grupo. De este modo, la defensa, con la ayuda de las normas de cualquier naturaleza, incluyendo las penales, del sistema social imperante, implica necesariamente que el derecho punitivo sirva como medio para asegurar y tutelar intereses individuales, dentro de un marco en que el concepto de paz, interés y convivencia es definido por el Estado y la clase que lo dirige y dicho Estado tutela tales intereses individuales, con tal de que no se contrapongan a los propios. Estos intereses tutelados pueden ser de diversa naturaleza y pueden pertenecer a diversos sujetos o a toda la colectividad.

Pero lo que caracteriza en definitiva al ordenamiento penal, es que al tutelar un interés individual o de grupo, lo hace porque la sociedad entera toma como propio el interés particular y lo transforma en colectivo o social. Es lógico entender que la clase que domina el Estado está interesada en la supervivencia de un orden determinado que le favorece y también está interesada en perpetuar un sistema especial de relaciones sociales que le permite establecer su predominio sobre la sociedad y en este sentido el derecho penal creado por ella es el instrumento fundamental para la supervivencia de ese orden y sirve, como medio de lucha con la amenaza o la aplicación efectiva de la pena, contra todos los componentes de la sociedad que perturben la paz del sistema o la paz social o pongan en peligro o subviertan el orden establecido.

Por ello se dice que el derecho penal es el conjunto de las normas jurídicas-coestatales dictadas por el Estado, con el fin de tutelar las relaciones existentes y protegerlas de ciertas violaciones (delitos y contravenciones), mediante determinadas penas y con la ayuda coercitiva de la organización estatal. Cuando se dice que el derecho penal es un conjunto de normas jurídicas, se quiere significar que son reglas de conducta indicadas normativamente, en el sentido de que el Estado, por medio de los órganos creados para tal fin, establece tipos de conducta en forma general y abstracta, cuyo contenido y esencia consiste en la descripción de mandatos o prohibiciones, amparados por la fuerza, en el sentido de que están protegidos coercitivamente para el caso de su violación o incumplimiento.

Decíamos que la clase que comanda el Estado establece y organiza los canales adecuados para dictar las normas penales que permitan amparar sus intereses, los cuales son indistintamente de diverso orden y especie. Esta característica no es un atributo especial del derecho penal, sino una nota peculiar de todo el ordenamiento jurídico de la sociedad. Pero para despejar equívocos es bueno recordar que el grupo que domina al Estado al estatuir las normas penales consulta de manera general las aspiraciones de la sociedad, la idiosincrasia de sus gentes, teniendo en cuenta sus ideas religiosas, sus patrones morales, culturales, éticos, etc., y los ampara con tal de que no estén en contradicción con sus propios intereses. Igualmente, puede suceder que haya normas, aun de derecho penal, que no interpreten totalmente los intereses de la clase dominante, sino más bien que conceden derechos a la clase oprimida. Este fenómeno se presenta cuando, por razón de las luchas que libra en el seno de la sociedad, la mayoría presiona de tal manera al órgano legislativo para obtener que en diversas leyes se interpreten sus propios intereses como grupo mayoritario. Esto se debe considerar como una excepción, y es bueno recordar que nunca dichas leyes están en desacuerdo con la estructura general sobre la cual se levanta la sociedad. La clase dominante, mientras sea clase victoriosa, puede conceder a la otra ciertas prerrogativas, pero nunca serán de tal naturaleza que ayuden a subvertir o transformar las relaciones que constituyen la base de la organización y sistema de producción que favorece y permite el desarrollo y permanencia de esos privilegios. Todo cambio en las relaciones de producción de la sociedad es obra de la actividad revolucionaria de las masas y no concesión graciosa de los detentadores del poder político y económico.

Algunos pensarán que no es correcto decir que el derecho penal sirve de instrumento a la clase dominante, pues se ha venido señalando que el legislador, al redactar las normas penales, interpreta las aspiraciones comunes y los intereses éticosociales de toda la sociedad, sin distinción de clase o sector preponderante. Hemos sostenido que la misión del derecho penal es la de proteger los intereses de la clase que detenta el poder estatal en un momento histórico determinado. Esta es la característica fundamental, pero no la exclusiva. En efecto, su misión es la de tutelar otros intereses estables del grupo social, con tal de que no estén en contradicción con su propio interés, pues el derecho penal tutela bienes e intereses eminentemente sociales que pueden ser de dos cla-

ses, relativos a la convivencia social y referentes a la cooperación de los individuos que forman la sociedad. En efecto, mediante las normas (penales) se trata de impedir aquellos hechos que lesionan o ponen en peligro los intereses fundamentales del grupo. Dichos intereses son deducidos de las condiciones éticosociales existentes en un momento determinado de la historia de la sociedad de que se trate, y por eso el derecho penal asegura el respeto de dichos intereses y con la amenaza o la aplicación efectiva de la pena, los defiende de las agresiones originadas por parte de individuos rebeldes a sus prescripciones y a sus reglas de disciplina.

12. CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD. Hemos dicho que la antijuridicidad es la valoración realizada por el juez. Es la valoración de una conducta que se sabe típica y que se cumple con base en el contenido y esencia del ordenamiento positivo, en el cual se concretan los valores e intereses que la sociedad necesita proteger y tutelar.

Pero un hecho es ilícito, injusto o antijurídico no simplemente porque se está contrariando el mando o prohibición contenidos en una norma penal. La antijuridicidad es un concepto valorativo, en el sentido de que el juez descubre mediante el análisis el carácter lesivo del acto. Para comprender lo anterior es indispensable tener en cuenta que los fenómenos de la naturaleza y los fenómenos que forman la vida social están sujetos a leyes objetivas que son independientes de la voluntad y la conciencia de los hombres, y por ser objetivas expresan las relaciones entre dichos fenómenos. En cambio, las normas legales expresan la voluntad del Estado y son a su vez el reflejo de las condiciones sociales existentes, porque ellas son las que hacen posible su nacimiento y validez. La diferencia que existe entre las primeras y las segundas radica en lo siguiente: las leyes objetivas del desarrollo social existen por sí mismas, independientes de la voluntad, el deseo y la conciencia de los hombres; en cambio, las normas legales son impuestas por la clase que detenta el poder estatal. Así, cuando se dice que el hombre realiza una conducta contraria al derecho (antijurídica), es porque su comportamiento está atentando contra las relaciones sociales, puesto que las normas son un precipitado social y al contrariarlas se están desconociendo y vulnerando las relaciones en que se encuentran los hombres en dicho momento social, lo cual es en definitiva lo que constituye el núcleo central del injusto.

De manera que un hecho es justo cuando se conforma en su deber de realización con lo existente, y sería injusto cuando es desarmonico con lo existente representado en una norma (penal). En ello radica el punto de partida para la valoración de la antijuridicidad del hecho.

Pero adentrándonos un poco más en el problema en cuanto a la comprensión del contenido de la antijuridicidad y de las nociones de justo e injusto, lícito e ilícito, debemos hacer otras consideraciones. Todo acto humano, en lo bueno como en lo malo, tiende a satisfacer una necesidad del sujeto. El hombre no actúa sino acicateado por una necesidad, por un interés real, ya sea eco-

nómico, político, cultural, moral, egoísta, altruista, etc. No es posible presentar un catálogo de estos intereses, los cuales pueden ser de cualquier naturaleza y, por lo mismo, inclasificables. Impulsado por su propio interés, el hombre satisface sus necesidades, altruistas, indiferentes en contenido o torpemente egoístas, pero que en general presiden su comportamiento como ser social. Necesidad e interés se entrelazan y confunden y a su vez se presentan como grados del motivo que impulsa a realizar el acto, pero se debe advertir que al descubrir el motivo y la necesidad que se anida en el acto, todavía no sabemos si se trata de un comportamiento lícito o ilícito. Esta calificación no resulta ni se descubre considerando el acto en sí, tal como se presenta, sino en relación con la forma como se satisfizo ese interés o necesidad, esto es, analizando y valorando el camino recorrido para llegar a la satisfacción y el método o métodos usados para su cristalización. La necesidad de comer, por ejemplo, se puede satisfacer mediante infinidad de comportamientos. Se puede comprar el objeto para calmar el hambre o se le puede sustraer contra la voluntad de su dueño o poseedor. Se puede matar para satisfacer una venganza o para salvar la propia vida, etc. En todos estos casos la necesidad y el camino son iguales en cuanto satisfacen la necesidad de comer o de matar, pero mirados en perspectiva y en relación con su contenido descubrimos en seguida la diferencia fundamental entre ellos, porque, ante todo, partiendo de la valoración que de esas conductas hace el ordenamiento jurídico (penal), vemos cómo el comprar para comer o el matar para defendernos, en primer lugar, consultan y se conforman con un sentimiento éticosocial profundo de la comunidad y, en segundo término, observamos que está autorizado por el derecho; en tanto que el hurtar para comer y el matar para satisfacer una venganza, rechazados por la conciencia social, precisamente están menospreciando un imperativo al cual se debía observancia, cual es el de no matar y no hurtar, prohibidos por las normas legales del Estado que recoge la moral del grupo.

La sociedad en su decurso histórico va acumulando una serie de valores de diversa naturaleza, necesarios para su desarrollo y armonía que en el devenir social va plasmando en reglas sociales de conducta que se convierten luego en reglas legales. Por ello un acto se considera lícito si no viola estos valores plasmados normativamente, vale decir, si la necesidad o el interés que se satisface mediante el acto cumplido está autorizado por el derecho y no vulnera las reglas preestablecidas.

13. LA ANTIJURIDICIDAD COMO INDISCIPLINA INTOLERABLE. De manera que la antijuridicidad (penal) de una conducta se descubre observando la forma de su desarrollo para la satisfacción de una necesidad, la cual, al concretarse en un hecho típico penal, se presenta como lesiva de las relaciones sociales existentes, de los valores comunitarios y de las reglas de disciplina, concretadas en el ordenamiento jurídico criminal del Estado. En otras palabras, la antijuridicidad (penal) consiste en que el acto se presenta como la expresión

de una descarada indisciplina individual por parte de un sujeto rebelde a los dictados estatales. Es la antijuridicidad la concreción de la indisciplina intolerable del sujeto porque realiza un acto no debido, no permitido, incumple la obligación y el deber de respetar ciertas reglas sociales de conducta cuya imperatividad se concreta en una norma positiva. Es decir, la antijuridicidad es el resumen de la indisciplina y el desconocimiento de alguno o algunos de los bienes e intereses tutelados en la norma penal, de carácter individual o colectivo, los violados o vulnerados y desconocidos a través de la realización del hecho típico penal.

En estas condiciones, para descubrir la antijuridicidad (penal) de una conducta, el juez la analiza, la valora y la estudia. Primero ha de encontrarla típica, luego ha de valorarla hasta encontrar el núcleo del desconocimiento de los bienes e intereses que la sociedad quería amparar, y, al no hallar acompañada esa conducta de un hecho que la justifique, concluye que es la expresión clara e inaceptable de la indisciplina del sujeto, de su rebeldía a las prescripciones normativas y la encuentra intolerable y lesiva de los intereses allí amparados. Es un juicio de desaprobación y censura del acto, ya que el juez, en vista de las normas legales, lo encuentra reprochable por su carácter lesivo y por su contrariedad a un precepto penal.

De este modo llegamos a la conclusión de que la antijuridicidad es un concepto objetivo, porque su esencia consiste en el análisis valorativo de la relación de contrariedad entre la conducta del agente y el derecho consagrado en una norma que prohíbe u ordena, sin que cuente provisionalmente el aspecto moral del injusto. En efecto, la antijuridicidad se manifiesta en un juicio de desaprobación de la conducta típica realizada, que en principio es independiente de la culpabilidad del sujeto. Esa relación valorativa en que se funda la antijuridicidad, tiene como términos y extremos la conducta correspondiente al tipo penal y a las normas de derecho, pero entendido el acto no subjetivamente, sino independiente del querer del agente, pues es una indagación que se hace en un plano sucesivo, ya que la culpabilidad es *posterius* de la antijuridicidad. Porque la antijuridicidad constituye el juicio de desaprobación de un comportamiento; en cambio, la culpabilidad consiste en un juicio de desaprobación del autor, al decir de VON HIPPEL<sup>23</sup>.

Naturalmente que el juicio de desaprobación del acto y de desaprobación del autor por el acto cometido, se efectúa contemporáneamente. Se trata de una valoración homogénea, en momentos inmediatamente sucesivos, a través de un juicio unitario de análisis que el juez realiza sin que pueda separar el acto de su autor, sin que pueda entenderse la conducta típica realizada desconociendo a su realizador, porque si así sucediese se llegaría a la conclusión de que el análisis penal de un delito sería su desvertebración, su despedazamiento en partículas caóticas sin unidad humana ni lógica. El delito es la obra del sujeto y su expresión individual y anímica. No es posible una valoración de la obra

<sup>23</sup> VON HIPPEL, *Strafrecht*, Berlín, 1930, pág. 187.

sin la valoración del autor. Son dos términos que se confunden y se entrelazan y que sirven de fundamento para desaprobación del acto y reprochar al autor por su acto.

14. ANTIJURIDICIDAD Y TIPICIDAD. La tipicidad, considerada como concepto objetivo, no es más que la correspondencia del hecho realizado fenomenológicamente con el hecho descrito en la ley. Esta adecuación, esta subsunción, es lo que se denomina tipicidad, la cual no es más que una característica de la conducta y jamás un elemento, como algunos pretenden sostenerlo, pues la tipicidad invade todo el delito, ya que no hay pena si el hecho no corresponde a la norma en su aspecto tanto objetivo como subjetivo y no puede existir juicio de reproche del acto ni de reproche del autor si este no ha realizado el hecho y si el hecho no encaja en la descripción legislativa (*nullum crimen sine lege*).

Pero ¿cuáles son las relaciones entre la antijuridicidad y la tipicidad y cuál es la posición de la primera respecto de la segunda? Existe una relación e interacción íntima entre ambas. Pero podemos situar a la tipicidad como el primer grado, el escalón inicial, el primer eslabón para llegar al delito, vale decir, para poder considerar el hecho como punible y a su autor hipotéticamente como merecedor de una pena e inclusive para iniciar el proceso investigativo, pues no hay proceso si el hecho no es típico, si no está contemplado como tal en la ley penal. En efecto, ante todo, el juez, en vista de la *notitia criminis*, de lo primero que se preocupa es de saber si el hecho denunciado está catalogado en la ley en tal condición, y si, habiéndose presumiblemente realizado, si concuerda en su aspecto puramente descriptivo con la norma, pues en un primer momento, en el primer paso que el juez proceda a cumplir no viene en consideración si el sujeto del hecho típicamente descrito lo realizó voluntaria, negligente o imprudentemente, y mucho menos si este hecho estuvo acompañado de otro hecho o circunstancia que pueda haberlo convertido en legítimo y lícito. Esta es una indagación inmediatamente subsiguiente.

De manera que nuestro deseo con estas afirmaciones es señalar con el máximo relieve que antes de hablar de antijuridicidad o culpabilidad es menester referirnos a la tipicidad del hecho, vale decir, al fenómeno consistente en la adecuación de la conducta a la norma penal en su aspecto puramente descriptivo. En estas condiciones, comprobada por el juez la tipicidad de la conducta, se despeja el camino para indagar de su antijuridicidad. Pero la indagación es en planos horizontales y contemporáneos y hasta donde sea posible con una visión de conjunto del hecho en su análisis. De todas maneras, como se ha explicado, la tipicidad es el primer eslabón, con lo cual se concluye que esta, en la estructura del hecho punible, comienza a funcionar como un indicio y como una probabilidad, cuando se descubre, de la existencia de la antijuridicidad. Pero es apenas una probabilidad, no hay duda de cierto relieve, pero no es que de la tipicidad se infiera lógica y naturalmente la antijuridicidad, sino que si

el hecho no es típico si que no puede ser antijurídico, por lo menos desde el punto de vista del derecho penal. Jamás se podrá hablar de antijuridicidad, de la que estamos tratando en este estudio, cuando el hecho no está previsto como tal en la ley penal al tiempo en que se realizó.

En este orden de ideas, así como el delito es la tipificación antijurídica de un hecho, también es el hecho típicamente antijurídico (y culpable), con lo que se quiere afirmar que la tipicidad es una, pero que se desdobra comenzando por el aspecto descriptivo como punto de partida para descubrir la antijuridicidad, que también es típica, puesto que ella es la valoración del acto que se presenta como desconocedor o vulnerador de intereses jurídicamente tutelados, con lo que se concluye que no hay antijuridicidad sin ley penal y sin tipicidad previa. En consecuencia, la tipicidad como adecuación del hecho a la descripción legislativa se presenta como un claro indicio y manifestación reveladora de la antijuridicidad, hasta la presencia de una prueba en contrario, cual es la existencia de un hecho que justifique el hecho típico, vale decir, hasta que concurra la demostración de una causa de exclusión de la antijuridicidad (cualquier hecho del art. 29 del Código Penal).

15. ANTIJURIDICIDAD E IMPUTABILIDAD. ¿Cuáles son las relaciones entre la imputabilidad y la antijuridicidad? Lo primero que se debe advertir es que para que un sujeto pueda cometer un hecho punible es indispensable que sea *imputable*. En efecto, la nueva legislación penal, a nuestro modo de ver, trae como presupuesto del delito la imputabilidad penal, lo cual constituye, junto con la culpabilidad, la columna vertebral de este nuevo Código Penal. En consecuencia, para poder realizar o cometer un delito es indispensable que el sujeto sea imputable, que tenga capacidad penal. El concepto de capacidad penal es diferente hoy, si se le compara con el del Código Penal de 1936 derogado. Para el Código de 1936 la imputabilidad no es capacidad para el delito, sino atribuibilidad sicofísica del acto al sujeto, el cual de todas maneras es responsable penalmente aun en los casos de anormalidad, ya que a los anormales se les aplica una medida de seguridad entendida como una especie de sanción criminal. Y concretamente, tratándose de sujetos anormales y establecida esa anormalidad al momento de cometer el hecho, lo que contaba primordialmente era la imputabilidad física, porque en ese Código de 1936 se reafirmaba el principio de la imputabilidad legal, pues bastaba esa simple imputabilidad material para que al autor del hecho se le aplicasen las sanciones penales, ya que se le consideraba socialmente peligroso. Aquí el concepto de peligrosidad, como medida de la pena, es el criterio rector porque sus normas se inspiraron en las doctrinas de la escuela positiva del derecho penal.

Ahora, en el nuevo Código Penal, el concepto sobre la imputabilidad ha cambiado. Se consagra un nuevo enfoque y una nueva concepción que es menester estudiar con cuidado, porque las cosas nuevas siempre producen resistencia

y de todas maneras es un ensayo doctrinal y legal cuyos beneficios y resultados positivos solamente podrán ser reconocidos cuando el Código se aplique, se practique y se establezca si en su funcionamiento dinámico puede servir con eficacia para combatir el fenómeno delincencial, siempre creciente y alarmante en nuestro país.

El nuevo Código Penal no define la imputabilidad, pero se refiere a ella en forma negativa cuando habla de la inimputabilidad en el art. 31 y siguientes, en donde se expresa que hay personas a las cuales no se les deduce responsabilidad penal ni se les aplica sanción criminal, sino ciertas medidas de tutela, curación y rehabilitación (art. 12), denominadas "medidas de seguridad". Estas personas, llamadas inimputables, son las que carecen de capacidad penal; son las que carecen de comprensión en el momento de realizar el hecho legalmente descrito y no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental. Como puede apreciarse claramente del contenido de la norma citada, el concepto de imputabilidad tendría que obtenerse de su apreciación negativa. Y en esas condiciones, sería imputable quien es capaz de derecho penal, porque tiene precisamente la capacidad de comprensión de la ilicitud de su acto o de determinación, bien porque es maduro psicológicamente o sano de mente.

De manera que el Código Penal consagra el fenómeno de la imputabilidad como capacidad para el delito y como un modo de ser, una condición, un estado del individuo porque es maduro y sano de mente. También, como anotábamos, la imputabilidad es capacidad de un sujeto para que se le pueda considerar como autor de un hecho que realiza, el cual puede ser lícito o ilícito, indiferente para el derecho o regulado por él. Si el hecho que el sujeto ejecuta capazmente está regulado por el derecho penal, si es típicamente subsumible en una norma también penal, estaremos frente al fenómeno de la imputabilidad penal. Para que esa imputabilidad penal subsista y sea posible, para que esa capacidad penal sea dable y se configure, de acuerdo con los extremos de la nueva ley penal colombiana, se requiere indispensablemente que el sujeto:

- 1) tenga la capacidad de comprender la ilicitud que su actuar origina de acuerdo con un tipo penal; o
- 2) que tenga la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Pero regresando al tema que es el asunto central de este punto, o sean las relaciones entre la antijuridicidad y la imputabilidad, después de explicar detalladamente este instituto jurídico según la concepción del nuevo Código, debemos señalar enfáticamente que aun cuando el inimputable no pueda obrar culpablemente a causa de su trastorno mental o inmadurez psicológica, es indispensable, para poder aplicarle una medida de seguridad, que es una medida curativa, de tutela y de rehabilitación (art. 12), que realice el hecho legalmente descrito y que en el momento de realizarlo no tenga capacidad de comprensión de la ilicitud de su acto o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. ¿Qué significa realizar el hecho legalmente descrito? No es cometer el delito, porque para ello tendría que obrar culpablemente, sino ejecutar la conducta típica, vale decir, el aspecto material del hecho punible, el comportamiento del modelo

legal, el cual debe ser objetivamente antijurídico, pues aun los hechos de los inimputables, correspondientes a un tipo legal penal, deben lesionar o poner en peligro, sin justa causa, un interés jurídico tutelado en la ley.

De manera que una condición esencial para poder aplicar una medida de seguridad a los sujetos comprendidos en el art. 31 del nuevo Código Penal, es que hayan obrado antijurídicamente, que el hecho no esté justificado, que corresponda a una descripción legislativa, y que en el momento de cometerlo no tengan capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental.

De lo dicho hasta aquí se deduce que los inimputables, los incapaces de derecho penal, pueden obrar amparados por una causa que excluya la antijuridicidad de su actuar, pueden invocar a su favor una causa de justificación de las indicadas en el art. 29, vale decir, pueden obrar en legítima defensa, en estado de necesidad, etc.

Como corolario de lo anterior, se puede afirmar sin lugar a dudas que los inimputables, los cuales no pueden cometer delitos, cuando se hacen acreedores a una medida de seguridad por realizar un hecho legalmente descrito y antijurídico, vale decir, ilícito, ofensivo de un interés jurídicamente protegido, están igualmente obligados a la reparación del daño material y moral derivado de la realización de la conducta típica, antijurídica y no justificada.

No sabemos si esta conclusión última a que hemos llegado sea totalmente acertada. Parece que se trata de una deducción lógica, pues si el inimputable, para que se le pueda señalar como acreedor de una medida de seguridad, tiene que realizar un hecho legalmente descrito como antijurídico, no se vería la razón para que no se le imponga la obligación de indemnizar los daños que ese actuar antijurídico ha ocasionado. *A contrario sensu*, si al realizar el hecho legalmente descrito, ha obrado cubierto por una causal de justificación, no se haría acreedor a una medida de seguridad y tampoco tendría el deber de resarcir los perjuicios ocasionados con su conducta típica, pero no ilícita.

Finalmente debemos advertir, para evitar equívocos, que el daño o lesión como cualidad de la antijuridicidad que estudiamos líneas atrás es totalmente diverso al daño patrimonial que origina el hecho punible. El primero es la disminución, alteración, destrucción o lesión o puesta en peligro del interés jurídico tutelado en la ley y el segundo es la disminución patrimonial, vale decir, el daño civil que ocasiona el hecho concretamente a los sujetos pacientes del mismo<sup>24</sup>.

16. LA ANTIJURIDICIDAD COMO INJUSTIFICABILIDAD. Donde hay antijuridicidad existe injustificabilidad. Como se deduce de lo dicho hasta aquí, para que una conducta típica pueda considerarse como antijurídica y se pueda valorar

<sup>24</sup> Este tema fue estudiado ampliamente en la *Teoría del hecho punible*, 2ª ed., Ediciones Librería del Profesional, 1981, págs. 76 y ss.

como ilícita es indispensable la inexistencia de una causa de justificación. Un hecho de los contemplados en el art. 29 del Código Penal que concurra con el hecho típico lo convierte en jurídico, vale decir, hace que el hecho adecuado a una descripción legislativa se convierta en un no-delito, en una conducta indiferente para el derecho penal y por tanto antijurídica.

En una concepción elemental colocamos a la antijuridicidad en el mismo plano de la injustificabilidad y tal vez como conceptos sinónimos y así lo ha entendido la doctrina cuando al tratar de la justificación del hecho se refiere al aspecto *negativo* de la antijuridicidad, con lo cual quiere decir que la existencia de cualquier causa de justificación niega, contradice o elimina la ilicitud o antijuridicidad del hecho, entendida ella como simple contradicción u oposición de la conducta típica con la norma penal que prohibía su realización y que consecuentemente amparaba bienes o intereses que el delito pretendía alterar o destruir sin justa causa, como lo dispone el art. 4º del Código Penal.

De otro lado, cuando igualamos tales conceptos y concretamente cuando nos referimos a un hecho injustificable, como sinónimo de antijurídico, estamos haciendo referencia a una conducta típica que vulnera o pone en peligro un bien jurídicamente tutelado sin que exista una situación justificable que traiga a menos la característica reprobable insita en el acto típico, situación esta que lo hace injustificable y merecedor de pena si el autor lo ha realizado culpablemente. Por tanto, antijuridicidad es sinónimo de injustificabilidad y su aspecto positivo es la licitud, justicia o justificación.