

LA ANTIJURIDICIDAD

CARMEN ELENA AHUMADA ESTRADA

CARLOS JULIO HERRERA RODRIGUEZ

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

INSTITUTO DE POSGRADO Y EDUCACION CONTINUA

ESPECIALIZACION EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

BARRANQUILLA

2001

0008

*A nuestros seres queridos
por sus estímulos y
respaldo los cuales nos
han dado la oportunidad
de seguir creciendo aún
en medio de hostilidades.*

CARMEN - CARLOS

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus agradecimientos a:

*Dios, por habernos iluminado el camino del éxito y la superación personal.
La Universidad Simón Bolívar que nos brindó la oportunidad de iniciar y
culminar nuestros estudios de Postgrado.*

*Todo el cuerpo profesorado quienes ayudaron a enriquecer nuestro perfil
profesional.*

CONTENIDO

	<i>Pág</i>
<i>INTRODUCCION</i>	5
<i>1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</i>	8
<i>2. OBJETIVOS</i>	10
<i>2.1 OBJETIVO GENERAL</i>	10
<i>2.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS</i>	10
<i>3. JUSTIFICACION</i>	12
<i>4. MARCO REFERENCIAL</i>	13
<i>4.1 MARCO TEORICO</i>	13
<i>4.2 MARCO JURIDICO</i>	16
<i>5. ANTIJURIDICIDAD</i>	18
<i>6. CONCLUSIONES</i>	44
<i>7. RECOMENDACIONES</i>	46
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	47

INTRODUCCION

La antijuridicidad figura en nuestro ordenamiento penal (Ley 599/00) como un principio rector (Art. 11) definido en términos y estrictamente dogmático, indicando que para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

Expuesta la antijuricidad de esta forma no nos advierte la complejidad metodológica que su interpretación exige y del riesgo de incurrir en una simplicidad intelectual si nos atenemos a definiciones de cajón, como aquella de ser constitutiva de la antijuridicidad las conductas contrarias a derecho, al tenor de las formulaciones de carácter formal de los positivistas.

No se avanza más estableciendo que la relación de contradicción que la antijuridicidad denota es valorativa o que es un segundo momento valorativo del delito, revelándose con ello como un problema de filosofía jurídica o de lógica jurídica.

Y que decir de los problemas políticos que la definición de este principio rector encubre, ya que es necesario hacer la discusión sobre la política criminal que selecciona o criminaliza determinadas conductas y por lo mismo plasma nuevas formas de antijuridicidad.

Se agrava aún más la perspectiva si consideramos los valores éticos y sociales, conceptuados a través de los bienes jurídicos a proteger con la ley penal.

Muchos son entonces los cuidados y factores a considerar cuando se trata de la aplicación de la antijuridicidad a un caso concreto, y es este camino empinado el que iniciamos en aras de alcanzar un concepto depurado de antijuridicidad que a su

*vez nos permita realizar fines últimos como la paz, la
democracia y la justicia.*

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Establecer la antijuridicidad de una conducta es en principio comprobar su incompatibilidad con el ordenamiento jurídico, lo cual se constata por una parte con la afección efectiva del bien jurídico, y por otra parte que la conducta no esta amparada por una causal de justificación, más este fundamento dogmático resulta deficiente a la hora de considerarla a la luz del sentido estratégico del derecho penal, pues este tiende a la protección de bienes fundamentales de la sociedad como la vida, salud, libertad, esto es, de bienes jurídicos que atañen a la conciencia ética-social y jurídica de los ciudadanos en cuanto estos tienen el deber de no vulnerarlos con comportamientos antijurídicos.

El derecho penal al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica arroja profundas consecuencias en la concepción de la

antijuridicidad y por consiguiente en la adecuación típica de los delitos.

Estas consecuencias y todos los fines desarrollados conceptuales que implica la interpretación de la antijuridicidad plantean una serie de cuestiones, metodológicas, cuyo estudio ha de observarse por separado en aras de lograr una posición equilibrada en la aplicación del complejo de desvalores que constituyen el injusto penal.

2. OBJETIVOS

2.1 OBJETIVOS ESPECIFICOS

- *Establecer las funciones valorativas de la antijuridicidad en orden a los bienes jurídicos fundamentales que se garantizan con el derecho penal.*
- *Explorar metodológicamente la estructura formal y material de la antijuridicidad a fin de facilitar tanto su interpretación como aplicación en el proceso de adecuación típica de los delitos.*

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- *Determinar los conceptos sustanciales relativos a la antijuridicidad: imputación objetiva, desvalor de acto,*
-

desvalor de resultado, principio de lesividad, bienes jurídicos, causales de justificación.

- *Relacionar las funciones garantistas de la antijuridicidad con los principios constitucionales establecidos para proteger los derechos y libertades de los colombianos*
-

3. JUSTIFICACION

Comprobar la afección o un bien jurídico exige precisión hermeneútica en la interpretación del tipo penal correspondiente a un determinado delito, este procedimiento tiene importantes alcances científicos para el acertado tratamiento de realidades concretas en el ámbito penal. Conocimiento y métodos necesarios para la valoración técnica que se debe realizar en materia de adecuación típica, los cuales ameritan un estudio a niveles que son desde la teoría filosófica o justilosófica, pasando por teorías políticas jurídicas hasta el examen de eficacia de las normas penales.

Esperando de este modo resultados apreciable en lo teórico y en lo práctico que permitan no solo el impulso de la disciplina sino también el de ejercicio profesional.

4. MARCO DE REFERENCIA

LA verificación de una conducta antijurídica se observa no solo con el hecho de constatar si la acción ha sido realizada bajo el amparo de una norma permisiva (Antijuridicidad formal), sino que es necesario comprobar que ha habido un resultado (antijuridicidad material), esto es, que corresponde examinar tanto los límites formales propuestos por la dogmática como sus desarrollos ontológicos y así configurar un punto de vista integral en lo atinente al objeto de investigación.

4.1 MARCO TEORICO

En torno a la antijuridicidad o más exactamente de esta como elemento constitutivo del injusto penal se viene desarrollando una interesante polémica por el acento que se pone entre los desvalores que la conforman.

Así, se indica que existe un pulso entre el desvalor de acto (tipicidad) y el desvalor de resultado (antijuridicidad), y de ahí toman posición dos vertientes que se linderan unos con las banderas del desvalor de acto y por consiguiente siguen la escuela finalista, y los contrarios se alzan con las banderas del desvalor de resultado siendo partidarios del causalismo valorativo.

Ciertamente se sabe que el injusto esta determinado por el desvalor de acto y el desvalor de resultado pero este presupuesto oportunamente conciliador es estremecido por el debate incensante de las escuelas en virtud de las consecuencias de todo orden que se causan al optar por una u otra posición doctrinaria.

Por estas razones el marco teórico se apoya en las discusiones jusfilosóficas y políticas jurídicas que influyen en las funciones garantistas que cumplen los integrantes básicos del injusto (tipicidad y antijuridicidad).

Especialmente nos fundamos en la estructura conceptual descontada en el proceso deliberativo de los más reconocidos juristas colombianos y extranjeros, cuyas definiciones nos aproximan con seguridad en el estudio propuesto.

Conceptos como el de imputación objetiva referente a la valoración del resultado imputable objetivamente al autor por ser aquel la plamación de su comportamiento típico, o el concepto mismo de resultado material a partir del cual se distinguen los tipos legales de mera actividad y los tipos de resultado y que presenta al momento de aplicación un carácter abstracto de modo que se habla jurídicamente de un resultado valorativo referido a la afección de un bien jurídico, son apenas instrumentos o categorías que se suman a otras más a fin de establecer los múltiples sentidos de la antijuridicidad ante las manifestaciones conductuales que pueden o no formar parte del tipo penal.

Dentro de esta perspectiva teórica y conceptual se aspira a captar de manera sencilla los problemas hermeneuticos que se imbrincan en torno a la antijuridicidad.

4.2 MARCO JURIDICO

El principio de la antijuridicidad encuentra su raíz directamente en la Constitución Política de 1991 que en su artículo 2º que trata de los bienes jurídicos a defender por las autoridades de la República, asegurando de paso el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Respetando los derechos de los ciudadanos plasmados en la Constitución de 1991 no se viola la ley y en consecuencia no hay antijuridicidad, de lo que se puede deducir que la norma fundamental es la fuente primera de los justo e injusto, fundamento de los bienes jurídicos y del propósito último de la

ley penal en cuanto a que lo importante es preservar un orden justo y no la imposición unilateral demás valores¹.

Dentro del marco jurídico tendremos necesariamente que contemplar el principio de la estricta legalidad observando la ley penal, específicamente la ley 599/00 o nuevo código penal y la ley 589 del mismo año donde se trata el código de procedimiento penal a efectos de estimar las valoraciones metajurídicas que inciden en la adecuación típica de los delitos sin que se ignore el criterio jurídico de la antijuridicidad como valoración negativa que el orden legal pronuncia contra las conductas o peligros para los bienes jurídicos.

¹ PEREZ, Luis Carlos. *Derecho penal – Parte general Especial*. 1 Temis, Bogotá, 1981, pág. 159-161.

5. ANTIJURIDICIDAD

Significado y jerarquía la expresión “antijuridicidad material” se entiende aquí en un sentido jurídico y político – criminal referido a los contenidos de valor que conforman los bienes jurídicos en la vida social; su significado jurídico, pues, se remite precisa y originariamente a los bienes jurídicos fundamentales de la vida social del individuo y la comunidad dentro de los marcos supremos de la Constitución.

De ella, además, no se habla en general, al modo, por ejemplo, de la “dañosidad social”, sino en la concreta referencia al núcleo valorativo de los tipos penales, o, mejor dicho, de cada tipo penal en particular mirado en su contexto normativo y en conexión con la vida social, en el contexto de una sociedad democráticamente organizada.

La regencia superior del principio de estricta legalidad significa que la antijuridicidad material está supeditada a la ley y que por tanto no se puede pensar separadamente de la antijuridicidad formal y, en sede penal, de la tipicidad. La seguridad jurídica ofrecida por el principio de estricta legalidad penal tiene carácter de garantía ciudadana fundamental, como tal inseparable de la estructura de un Estado de derecho democrático, y no puede por tanto en caso alguno ser sacrificada en aras del interés colectivo para que determinadas conductas se penalicen o persigan penalmente. Frente a los casos concretos en el proceso judicial de aplicación de la ley penal, la legalidad formal es desde luego necesaria pero insuficiente, debiendo ser completada por la antijuridicidad material (lesividad de la conducta para bienes jurídicos fundamentales) en orden a fundar la legitimidad de la reacción penal tanto a nivel de creación legal como de aplicación judicial. Lo prohibido por los tipos es un injusto material configurado de determinada manera, de modo tal que la antijuridicidad material de cada tipo es el núcleo del injusto punible por él acuñado. Esto muestra, de inmediato, que la

antijuridicidad material sólo puede cumplir en el derecho penal la función de “llenar de sentido social” los tipos penales y que este sentido sólo puede ser más restringido que el de la simple o aislada literalidad. Por esto, pues, y no solo por benignidad o por garantía, la interpretación teleológica de los tipos penales, al estar condenada a actuar dentro del marco literal posible, solo puede ser una reducción teleológica del ámbito en principio mentado por el sentido gramatical del tipo.

La antijuridicidad material, pues, es un principio limitador de la legalidad formal, de ninguna manera un expediente que permita ensanchar o extender penas o tipos, exactamente igual que la interpretación teleológica reduce el ámbito del tenor literal del tipo para ponerlo en armonía con el fin de protección del bien jurídico que en el mismo anida. Con ella se decide básicamente lo relativo a la cuestión del merecimiento de pena de una conducta que, como núcleo político criminal del injusto típico, debe ser contestada en abstracto por el legislador y en concreto por el juez a la luz de los criterios de justicia y proporcionalidad, y en todo caso bajo el supraprincipio político

– criminal de la mínima intervención penal que postula un deber ser axiológico para el legislador y por tanto del carácter de última ratio del derecho penal (que postula un deber ser de la misma naturaleza tanto para la ley como para el juez).

En todo caso, la antijuridicidad material es el núcleo de referencia funcional de toda la teoría del injusto típico. Esto significa que tanto en la teoría cuanto en la práctica, todos los conceptos, elementos y referencias de la composición del injusto, en general o en un caso dado, han de comprenderse en función del bien jurídico que el tipo tutela y la conducta lesiona o amenaza, y justamente haciendo uso de una interpretación a la vez gramatical, constitucional y teleológica que encuentra su punto de partida en el artículo 2º de la Carta.

Conviene señalar también la exigencia de antijuridicidad material en los tipos penales comporta una doble dimensión.

El principio de antijuridicidad material en cuanto principio se trata de una exigencia ética y política que la política

criminal inspirada en la política social y desde luego con principios morales dirige a los legisladores (nacionales e internacionales) para que no se use la pena criminal sino en los supuestos extremos en que su severidad sea necesaria a falta de otros medios idóneos para mantener la paz y demás bienes fundamentales del orden justo y democrático propio de un “Estado social de derecho” como el que inaugura el artículo 1º de la Constitución Nacional de 1991, o sea en los casos en que han de enfrentarse conflictos sociales que no pueden ser resueltos o paliados satisfactoriamente por otros medios más económicos. Este principio, originado en la política criminal y destacado por ella, tiene carácter normativo porque está positivizado en la Constitución (Art. 2) y en la ley (C.P. art. 4), con alcance obligatorio para el legislador y para el juez. No hay, pues, tipo sin bien jurídico, lo cual no significa que haya que encontrarle el bien jurídico a todos y cada uno de los tipos, sino que estos han de ser deslegitimados y también inaplicados cuando quiera que no lo alberguen.

Concepto técnico de antijuridicidad material e injusto penal. Pero, al lado del principio, existe también el concepto de antijuridicidad (formal y material) como categoría dogmática de la teoría del delito. Como es ya sabido, los principios político-criminales del derecho penal se tornan operantes en el proceso penal cuando se traducen en categorías comprobables (carácter práctico de la ciencia del derecho penal). Y así como el principio de determinación se traduce en el concepto de tipo penal que en el proceso se maneja como “adecuación típica”, el principio de lesividad se traduce dogmáticamente, en la teoría del delito, en el concepto de afectación de bienes jurídicos, pero no como ideario genérico o aproximativo (que esta es la fuerza político-criminal del principio), sino como requerimiento perentorio de que en cada caso la imputación penal se funde en la comisión de un hecho típico que se califica como injusto o antijurídico precisamente porque afecta, con una lesión o un peligro relevante, el bien jurídico que quiere tutelar el tipo respectivo y lo hace precisamente sin que el orden jurídico reconozca en ello una “justa causa”, es decir, una causa de justificación.

En el injusto penal hay siempre, por consiguiente, al lado del desvalor de la acción (manifestación inequívoca de una voluntad contraria a los fines del ordenamiento jurídico por medio de acciones peligrosas ex ante para los bienes jurídicos), un desvalor de resultado que es el punto de apoyo, la fuente de inspiración y la razón de ser del primero y consiste en la medida en que la propia acción interfiere negativamente el ámbito en que el bien jurídico es tutelado para garantizar su existencia, preservación y desarrollo. A diferencia de la moral – y de lo que, a su lado, predica el subjetivismo penal, por el contrario, en los ámbitos del derecho penal no resulta trascendente el desvalor de intención (maldad o perversidad de la voluntad, actitud de hostilidad o enemistad frente al derecho, peligrosidad del autor, etc.

Por cualquiera de las vías enunciadas (afectación de daño o de peligro, peligrosidad ex ante de la acción o resultado lesivo para el bien jurídico) aparece el concepto de desvalor de resultado, que se atribuye precisamente al comportamiento voluntario que posee indoneidad para afectar los bienes

jurídicos concretamente protegidos por los tipos del derecho penal y de ocasionar precisamente la afectación que estos aspiran a precaver o evitar, y que, además, lo ha hecho en el caso particular.

De acuerdo con su disposición teleológica y protectoria, los tipos penales encuentran su razón de ser y los límites de su funcionamiento en la tutela punitiva de determinados bienes jurídicos contra cierta y determinadas formas de atentados. Esta finalidad es exclusiva porque, en razón al imperativo del artículo 2º 2 de la Constitución Política, ni ese ni ningún otro acto de las autoridades de la República puede inspirarse en fines distintos sin perder su legitimidad constitucional.

La Antijuridicidad y Constitución. La antijuridicidad, como elemento del delito y supuesto valorativo y esencial de la punibilidad, es, sin embargo, completamente unitaria y por esto no puede haber conflicto entre sus aspectos formal y material. Cualquiera de ellos que determina que la conducta no sea antijurídica ni, por tanto, punible. Circunscribiéndose

de esta manera la materia de tipo, esto es, el injusto, carece de sentido continuar pregonando que la conducta justificada sigue siendo típica, pues típico significa injusto conminado legalmente con pena criminal, esto es, adecuado al modelo legal contenido en un tipo penal de prohibición. De otra manera no se puede predicar como función del tipo la de separar los injustos merecedores de pena criminal de todos los demás.

De la primera parte de la norma constitucional invocada se infiere con claridad que es ese fin de protección de bienes jurídicos de las personas el factor privativo que constitucionalmente legitima cualquier intervención de las autoridades estatales en los derechos de las personas. Y en la segunda parte de la norma se fundan sin duda los delitos omisivos de particulares – algunos de los cuales están instituidos como “tipos de deber jurídico, sin llegar al extremo de convertir a todo ciudadano en funcionario de policía.

Como poco antes se indicó, la doctrina de la antijuridicidad material ha sido objeto de críticas y de modo parecido las ha sufrido el propio concepto de bien jurídico que, en lo que más nos concierne, tratan de poner en entredicho, con puntales subjetivistas, su función garantizadora de la seguridad jurídica de los ciudadanos, función que se desprende de su presentación como barrera al poder punitivo de legisladores y jueces. Se la tilda, en últimas, de ser una doctrina ideológica que propicia la inseguridad jurídica y conduce a aplicaciones políticamente peligrosa.

Entendida la antijuridicidad material como lesividad social de la conducta con respecto a bienes jurídicos materiales, fundamentales y más o menos concretos, en todo caso y siempre dentro de la ley, resulta ser el núcleo histórico y dogmático del derecho penal liberal y democrático del último siglo. Lo que debe precisarse es que ese concepto no es un correctivo externo de la ley que el interprete pueda manejar a su antojo, sino que actúa justamente dentro de la ley y, más aún, dentro de las norma supra-legales del derecho positivo,

en el marco de ella misma y de sus normas jurídicas superiores (rectoras, de garantía, constitucionales e internacionales), así como de los principios generales del derecho. Y lo que significa el principio rector de la antijuridicidad material, fuera de que ese debe ser el contenido de la ley penal para ser reputada legítima o justa, es que el juez no puede imponer o aplicar ninguna pena legal si el hecho típico que actúa como supuesto jurídico de hecho no ha generado precisamente el daño o el peligro para bienes jurídicos (ratio legis en sentido material) que, por cualquier razón final (ratio legis en sentido formal), la propia ley quería prevenir con su conminación penal. Si cualquiera que sea su motivación política o sociológica, la razón sustancial de la ley penal es siempre la protección de cierto bien jurídico contra la acción externa del hombre, la afectación (daño o peligro) de este bien jurídico por la conducta voluntaria es siempre requisito indispensable para que pueda aplicarse, con razón, la consecuencia sancionatoria que la misma ley prevé. La afectación del bien jurídico es, entonces, en todo caso parte integrante, junto con la acción u omisión, del conjunto de

exigencias sin el cual no es posible aplicar legalmente una pena criminal o una medida de seguridad jurisdiccional penal.

La norma sobre antijuridicidad material puede, pues, pensarse como una cláusula jurídica privilegiada (que en Colombia es legal y ostenta carácter rector y raigambre constitucional) que limita la aplicación de las sanciones penales a los casos en que éstas son socialmente necesarias, según el criterio del legislador fundado en la funcionalidad del sistema social, ella, en efecto, circunscribe la punibilidad a los supuestos en que se ha realizado la conducta que, por su dañosidad o peligrosidad concreta para bienes jurídicos, ha sido legalmente prohibida bajo pena.

En vista de la severidad, muchas veces extrema, de las reacciones punitivas, se puede sostener que el legislador no amenaza penas, sino para hechos gravemente lesivos de bienes jurídicos y el juez no aplica las penas legales sino cuando el hecho imputado concreta esa lesividad en un daño o peligro relevante para el “objeto de protección”. Sería un abuso

del legislador amenazar penas para conductas inocuas, insignificantes, socialmente adecuada y oficialmente provocadas, y una injusticia del juez aplicarlas².

Si la corte se equivoca en su fallo constitucional sobre una ley injusta, irracional o aberrante, o, por el contrario, considera tal a la que es verdaderamente justa, no debe por esto desanimarse la crítica jurídica, pues a veces los resultados justos sólo se logran a largo plazo, como lo demuestran, en Colombia, las vicisitudes del fuero policivo para delitos leves y del fuero militar para civiles por ciertos delitos comunes en épocas de estado de sitio, declarados al fin inexecutable tras prolongadas e históricas polémicas y encontrados fallos. Así, por ejemplo, ante el fallo de exequibilidad del artículo 94 del C.P.³

Una cosa es, en resumen, que la ley pretenda ser interpretada con criterios metajurídicos de valoración que el interprete, por su cuenta y riesgo personales, supone de mayor rango

² GAITAN MAHECHA, Bernardo. "Principios fundamentales del derecho penal", en *Estudios de derecho penal-Homenaje al profesor Luis Zafra*, Cali, 1981, pág. 72.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentencia de exequibilidad de febrero 4 de 1988*, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

axiológico, o a los que una ley vaga o autoritaria remita al juez, y otra muy distinta que la ley deba cumplirse racional y justamente, es decir, aplicarse sólo a los casos que ensamblan en la razón material (y a veces también formal) de su prohibición. Como en otro lugar se expuso⁴, existe una versión jurídica y otra extrajurídica del concepto “sustancial” del delito y su meollo, la antijuridicidad: la primera remite a bienes jurídicos materiales o sociales (y no meramente formales) que la ley reconoce y tutela en cada caso, y la segunda, por el contrario, a criterios sociológicos o pautas políticas o culturales abiertas que forzosamente se traducen en inseguridad jurídica y que acarean, éstas sí, un serio peligro para los ciudadanos.

Daño al bien jurídico: ¿tipicidad o antijuridicidad? . A partir del finalismo y en virtud del exagerado énfasis otorgado al desvalor de acto a costa del desvalor de resultado, la teoría del delito contemporánea no dispone, al menos de modo congruente, de una sede adecuada para el examen de la lesión al bien jurídico, sobre todo para quienes reducen la tipicidad a

⁴ FERNANDEZ CARRASQUILLA, J. *Derecho Penal. Vol. I. Pág. 173-174.*

una categoría meramente formal (mera adecuación de la conducta realizada a la descrita). Dogmáticamente, esto supone una tipicidad estrictamente formal que se agota en “antinormatividad” (desacato al imperativo de la norma) y una antijuridicidad también puramente formal que se limita a suministrar el lugar sistemático para el examen de la ausencia de causas de justificación. Este juicio no comprende al fuerte sector doctrinal que concibe directamente el tipo como la descripción de una lesión relevante (de daño o de peligro) para el bien jurídico (tipo teleológico – valorativo), porque entonces sólo la conducta lesiva podrá adecuarse al tipo dado que éste no contiene la descripción de algo distinto.

Daño y puesta en peligro. Por daño o lesión ha de entenderse aquí la pérdida, destrucción o disminución de un bien jurídico (Daño en su productividad económica (nociones tradicionales de daño emergente y lucro cesante); pero también, claro está, en guarda de la eficacia de la protección, el peligro concreto, o sea la amenaza concreta, directa o específica, la probabilidad o la inminencia de daño real en que la acción ha colocado al

bien jurídico (riesgo que no ha llegado a concretarse en daño, sino acción que simplemente ha generado y concretado el riesgo, que ha puesto en peligro el bien sin llegar a dañarlo).

A las figuras delictivas que exigen para la consumación la producción de un daño real o efectivo al bien jurídico se las denomina “tipos de lesión” y a las que sólo requieren ocasionar una amenaza se las conoce como “tipo de peligro”. Entre aquellos y estos integran los “tipos de resultado”, pero con la advertencia de que así la palabra resultado se esta usando en sentido jurídico (lesión real o potencial al bien jurídico) y no en sentido naturalístico (transformación del mundo físico). En efecto, en este último sentido el resultado, en sentido amplio, es todo cambio en el mundo exterior ocasionado por la manifestación de voluntad y que, como LISZT apuntaba, se confunde con la acción misma y barca además sus consecuencias materiales; y en sentido estricto, resultado natural designa únicamente las mutaciones del mundo exterior ocasionada por la acción y distintas de ésta misma. Esto es,

las consecuencias naturales que aparecen ligadas a ella por un nexo causal que es en todo caso físico.

El daño público, reflejo social de la afectación del bien jurídico. A las ofensas consistentes en daño o puesta en peligro del bien jurídico se agregan, como componentes ya del llamado daño público del hecho punible y con carácter enteramente secundario y derivado, sentimientos sociales tan expandidos y nocivos como los de inseguridad y zozobra que siembra en los asociados el conocimiento de la ejecución tentada o exitosa del crimen, la incitación al delito o mal ejemplo que se deriva del éxito de los criminales – efecto que se multiplica con la impunidad y la creación o aumento de la desconfianza hacia las instituciones del sistema penal y, tras ella, a todo el ordenamiento jurídico.

El daño público se produce por la afectación del bien jurídico, no por otras causas, y es sólo una resonancia suya, justo lo que legitima el interés de que sea pública la persuasión de la mayoría de los delitos. Es claro que el bien jurídico puede ser

individual, social o estatal, a condición de que no sea tan etéreo o “espiritual” que se reduzca a una denominación más o menos rimbombante y demagógica. Pero es la resonancia social del daño real o potencial del bien jurídico lo que en realidad legítima al Estado para expropiar las vías de solución del conflicto de las manos de los protagonistas (víctima y victimario), otorgándose el monopolio de una acción penal generalmente oficiosa e indisponible. El daño público, concebido como efecto social del daño al bien jurídico, encarna la medida del interés estatal en la persecución del delito, convirtiendo al Estado en lo que FERRI llamaba “sujeto pasivo jurídicamente formal” de todo delito. En realidad, es el daño público, entendido como resonancia o reflejo social de la afectación del bien jurídico, lo que entraña la perturbación de la convivencia pacífica que la pena criminal quiere prevenir o restaurar por medio de la prevención general.

Peligro abstracto y peligro presunto. Contrariamente a las ideas clásicas liberales, la política criminal de nuestros días estima que la reducción de la tutela penal a los supuestos de

daño real y de peligro concreto para bienes jurídicos fundamentales es en muchos casos insuficientes, es decir, importa una reducción exagerada de los recursos punitivos, que desprotege en gran medida los intereses defensivos de la comunidad y en muchas ocasiones de las propias víctimas. Por ello existe hoy un acuerdo muy amplio en reconocer la legitimidad de la protección penal, al menos en ciertos casos extremos, como el de ciertas conspiraciones y los conciertos para delinquir, frente a algunas conductas idóneas para lesionar bienes jurídicos muy importantes o sensibles, originándose de esta manera el concepto dogmático de peligro abstracto que Carrara llamaba “peligro temido” y utilizaba únicamente para apoyar la persecución de las contravenciones, falta o infracciones de policía. En esta hipótesis, la conducta se exhibe y acredita como peligrosa en sí misma para el bien jurídico, o sea como capaz de lesionarlo en muchos de los casos en que se despliegue, pero no se exige que el riesgo inherente a la conducta exterior interfiera ningún bien jurídico concreto en el caso particular. Ejemplos porte de armas de fuego o de explosivos, conducción de vehículos automotores en

estado de embriaguez (en ciertos países), cultivo, procesamiento o tenencia de estupefacientes, etc. En todos estos casos, sin embargo, sólo se establece por la ley, a lo sumo, una presunción iuris tantum que podría, bajo circunstancias excepcionales, ser desvirtuada en el proceso.

Desvalor de acción y desvalor de resultado. Salvo en lo que respecta a la lesión material de un bien jurídico también material y no meramente formal, sectores importantes de la doctrina contemporánea plantea el contenido del injusto penal con unos resultados que pueden ser parecidos, pero con un método bastante distinto. Ellos parten de la concepción de la norma como imperativo o como valoración (o ambas cosas) y de acuerdo con esto asignan al injustos alguno de los siguientes contenidos fundamentadores:

- a. Solamente el “desvalor de acción”, el cual ha de entenderse como la violación por medio de la manifestación exterior en que la conducta consiste del deber jurídico de acatar las normas del derecho positivo, o bien como manifestación de*
-

una voluntad jurídica y socialmente “intolerable” o “peligrosa”, o la realización de una conducta legalmente desvaliosa con entera independencia de sus resultados. El desvalor de acción es la misma antinormatividad, sólo que vista – en la acción externa – desde la óptica de la voluntad del sujeto agente, porque ante todo consiste en la contrariedad de esta voluntad con el imperativo de la norma.

- b. Lo configura exclusivamente con el “desvalor dl resultado”, es decir, con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por medio de la acción voluntaria, lo que suele denominarse “objetivismo extremo”, en tanto el bien jurídico y el resultado se conciben en términos materiales. Esta claro que un concepto de “desvalor de resultado” mantiene su vigencia en la medida en que el bien jurídico no sea una entidad natural y el resultado no se circunscriba a daños materiales, sino que, por el contrario, ambos se entiendan como fenómenos culturales o procesos de valoración insitos a la vida de relación social. Entendido de esta manera*
-

axiológica, el “desvalor de resultado” no solo es la razón de ser teleológica del “desvalor de acción”, sino que subsume este último y lo hace innecesario en cuanto toda conducta típica, para ser tal, forzosamente ha de producir en el mundo social la afectación negativa de bienes jurídicos que la amenaza penal quiere prevenir.

- c. *Se le atribuye un contenido mixto, formado por los desvalores de acción y de resultado, con matices que otorgan al uno o al otro cierta prevalencia, línea del llamado “objetivismo moderado” (si el desvalor de la acción se hace depender del de resultado y finalmente prepondera el último), o del “subjektivismo moderado” (si prevalece el desvalor de acción, pero al menos en algunos casos se toma en consideración el desvalor de resultado, sin llegar a reducir éste al papel fantasmal de condición objetiva o mero selector de punibilidad). El primero de ellos, en general, se considera más acorde con la tradición garantista que el derecho penal liberal tomó del Iluminismo y concretamente de la Revolución Francesa. De esta manera, el delito tiene*
-

como objetividad jurídica” la lesión de bienes o derechos ajenos, sin olvidar su hoy imprescindible componente de culpabilidad.

Para nosotros, la lesión de daño o de peligro para el bien jurídico, que constituye el núcleo material de la antijuridicidad y por tanto del injusto típico, se presenta como “desvalor de resultado”, pero este resultado es una ofensa y no necesariamente un “efecto causal”. Tal ofensa ha de poderse imputar objetivamente a la acción, según los criterios de la llamada “causalidad adecuada” o los de la teoría del riesgo y esta imputación corre dentro del tipo. La acción que encarna o provoca la ofensa al bien jurídico ha de ser, entonces, precisamente “típica”, esto es, la descrita por el tipo que quiere prevenir aquella ofensa, y no se halla prohibida per se sino en razón de su potencialidad ofensora para ese bien jurídico.

Es posible, pues, admitir un “desvalor de acción”, pero éste no es autónomo ni se traduce en mero desvalor de intención, conciencia o actitud interna frente a la norma, sino que

constituye una desvaloración de la conducta por el derecho en atención a su ofensividad y por tanto en función de la protección del correspondiente bien jurídico.

El resultado de daño o la conducta lesiva (que daña o pone en peligro). El resultado de daño o de peligro tiene que ser, en todo caso, concreción del riesgo creado o incrementado indebidamente por la conducta (imputación objetiva). En cualquier caso, el resultado típico de daño o de peligro ha de poder ser objetivamente imputable al autor, esto es, a su conducta voluntaria y evitable, y para esto es necesario que aparezca ex ante como la proyección de un proceso causal controlable en su origen por la voluntad y por tanto como un resultado posible, evitable y previsible, notas de que depende la exigibilidad objetiva y general del deber de no atentar contra bienes jurídicos.

Es necesario insistir aquí en que no parece aceptable la tesis (sostenida sobre todo por Welzel y los finalista) de que los tipos penales sólo pueden prohibir acciones finales, de ninguna

manera la causación de resultados. Esta restricción es en sí misma subjetivista porque parece conformarse en todo caso con el desvalor de acción para la constitución del injusto; pero, ante todo, incurre en el sofisma de tomar la palabra de resultado en su sentido natural o causal, cuando generalmente ha de adoptárselo en su acepción valorativa para los efectos de la teoría general del delito.

Así las cosas, los tipos pueden ciertamente prohibir acciones finales y no otra clase de acciones, porque sólo ellas se encuentran bajo el dominio de la voluntad; pero justo si se piensa en este dominio, referido al mundo social, se advierte de inmediato que no hay razón para que los tipos no puedan también prohibir en algunos casos la causación voluntaria de ciertos resultados.

El imperativo de la normas es, en síntesis, en los delitos de mera conducta no realizar la acción u omisión peligrosa para el bien jurídico y en los de resultado no provocar voluntariamente la lesión del bien jurídico o, en condiciones especiales, no

impedirlo (comisión por omisión en los supuestos del artículo 21-2 del C.P. y solamente en ellos). En los delitos de resultado, el “provocar” tiene el sentido de ocasionar por la acción voluntaria el resultado típico, en los de mera conducta, el de “realizar” la conducta lesiva (que daña o pone en peligro). El resultado de daño o peligro tiene que ser, en todo caso, concreción del riesgo creado o incrementado indebidamente por la conducta.

CONCLUSIONES

La misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores fundamentales de los individuos que son a su vez de naturaleza ético social. Al determinar las conductas punibles protege las bases éticas de la sociedad y de paso fortalece las instituciones del Estado de Derecho.

Esta concepción permite no sólo investigar un hecho punible según los resultados que alcance en cuanto lesión del bien jurídico, sino que también valora la acción en si misma de acuerdo a su sentido, lo que se denomina desvalor de acto.

Como conclusión de esta premisa se puede entender que la misión del derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección del individuo y sus derechos, pues cuando acontece un delito resulta tardía su eficacia

protectora, siendo entonces más esencial asegurar la vigencia y observancia de los valores de acto de la conciencia jurídica para sustento sólido de la sociedad y el Estado, de ahí la contribución del derecho penal en la realización en los fines éticos y sociales del conjunto ciudadano.

Esta concepción incide en la antijuridicidad, puesto que lo esencial no es que exista un resultado sino la existencia de un desvalor de acción por ser esta obra de un autor determinado, donde se contempla los fines del actor, sus actitudes, y los deberes jurídicos y éticos a los que faltó. No quiere decir todo esto que basta para considerar la antijuridicidad la desobediencia al mandato normativo pero si es importante destacar que el injusto no se agota en el resultado.

RECOMENDACIONES

El fundamento del injusto penal lo conforman tanto por el desvalor de acto como por el desvalor de resultado, punto de concordancia que sin embargo da margen a las polémicas de las escuelas causalistas y finalistas.

La intención no es tomar partido por una de las dos tendencias predominantes, lo mejor es abrir a manera de recomendación una alternativa hermenéutica de modo que se facilite el análisis del injusto. Consistiría esta alternativa en distinguir dos procesos valorativos diferentes en el delito, uno sería hacer un juicio atributivo relativo a la tipicidad donde se establece el desvalor de acto y el otro un juicio de imputación objetiva para dar fundamento a la antijuricidad con el desvalor de resultado.

BIBLIOGRAFIA

AGUDELO BETANCOUR, Nodier. *Curso de Derecho Penal. Ed. Sinotipia. Bolívar, Bogotá, 1992.*

BUSTO RAMIREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo derecho penal. Ed. Temis, Bogotá, 1982.*

-----, HORMOZABAL MALAREE, Hernán.
Secciones de Derecho penal. Ed. Trotta, S.A. Madrid 1999.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Casualismo y finalismo. Ed. Temis, Bogotá, 1982.*