

José Sebastián Cornejo Aguiar
Gianni Egidio Piva Torres

TEORÍA DE LA ANTI JURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Prólogo
Miguel Abel Souto

JIB
BOSCH EDITOR

Como misión de vida es necesario poder escribir algo propio y que a la vez esto sea una experiencia muy personal ya que sin lugar a dudas esto no puede significar lo mismo para todos, debido a que escribir es conocer, aprender, descubrir, volar, viajar, sumergirte en un mar de sensaciones mediante cada una de las letras que se encuentran plasmadas, es por ello que en la presente ocasión se pone en consideración la presente obra que comprende doce capítulos con temas referentes a: «ESQUEMAS DEL DELITO»; «LA ANTIJURIDICIDAD»; «TEORÍAS EN TORNO A LA ANTIJURIDICIDAD»; «LA ANTIJURIDICIDAD Y EL INJUSTO PENAL»; «ANTIJURIDICIDAD Y SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO»; «CLASES DE ANTIJURIDICIDAD»; «EXCESO EN LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD»; «CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD»; «LEGÍTIMA DEFENSA»; «CUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN LEGÍTIMA Y EXPRESA DE AUTORIDAD COMPETENTE»; «DEBER LEGAL»; y, «ESTADO DE NECESIDAD».

Capítulos que nos permiten entender y comprender la maravilla de la dogmática penal de una manera objetiva y con una estructura lógica, tal es así que la preocupación en la presente obra ha sido de realizar un recuento histórico, cuyo objetivo principal es dar al lector una visión de la necesidad y funcionalidad de varios aspectos dogmáticos que permiten dar a entender como la obra se constituye en una herramienta de consulta que versa de por si en la esencia de la antijuridicidad y las causas de justificación en materia penal.



TEORÍA DE LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

José Sebastián Cornejo Aguiar
Gianni Egidio Piva Torres

TEORÍA DE LA ANTI JURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Prólogo
Miguel Abel Souto

Barcelona
2021


BOSCH EDITOR

© AGOSTO 2021 JOSÉ SEBASTIÁN CORNEJO AGUIAR
GIANNI EGIDIO PIVA TORRES

© AGOSTO 2021



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>


E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-123917-8-7

ISBN digital: 978-84-123917-9-4

D.L.: B 12236-2021

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

SC

Dedicado a:

 Mi Madre Gladys E. Aguiar, aquella que me dio su apoyo cuando no tenía a quien acudir, aquella que fue la luz de esperanza cuando todos los caminos se cerraban, aquella que sin pedir nada a cambio me lo dio todo, aquella que siempre estuvo a mi lado diciéndome que todo saldría bien y que el esfuerzo valdría la pena.

GP

 Mi preciada hija, Gianna Coromoto, quien me da la grata satisfacción de ingresar a la Escuela de Derecho, de la Universidad de Carabobo.

 A Una mujer que siempre está en mi corazón Idania Díaz, a temprana hora te has hecho espiritual.

Índice

Prólogo	15
Introducción	17
CAPÍTULO I	
Esquemas del delito	21
1. Esquema clásico del delito	21
2. Esquema neoclásico	25
3. Esquema finalista	26
4. Esquema funcionalista	29
4.1. El funcionalismo según Roxin	30
4.2. La concepción funcional según Jakobs	31
CAPÍTULO II	
La antijuridicidad	33
1. Evolución del concepto de la antijuridicidad	33
1.1. Doctrina tradicional de la antijuridicidad	37
2. Concepciones de la antijuridicidad	41
2.1. Diversas contextualizaciones respecto al concepto de antijuridicidad	43
3. Permiso legal de la norma en la antijuridicidad	46
4. Estructura del tipo permisivo	47

CAPÍTULO III

Teorías en torno a la antijuridicidad	51
1. La teoría del Reichsgericht	51
2. Teoría causalista y finalista	53
2.1. Innovaciones del finalismo	54
2.2. Hitos fundamentales del finalismo	54
2.3. Consecuencias del concepto final de acción	55
2.4. Dogmática jurídico penal posterior al finalismo	55
3. Teoría del dolo	57
3.1. Teoría estricta del dolo	58
4. Teoría de la culpabilidad.....	60
4.1. Teoría estricta de la culpabilidad	63
4.2. Teoría limitada de la culpabilidad	64

CAPÍTULO IV

La antijuridicidad y el injusto penal	67
1. El concepto de injusto en la teoría del delito	67
1.1. Tipicidad indiciaria	69
1.2. Tipicidad conglobante	70
1.3. Teoría de los elementos negativos del tipo	72
1.3.1. La teoría de los elementos negativos del tipo según Roxin.....	75
1.3.2. Conceptualización de la teoría de los elementos negativos del tipo.....	77
2. Injusto no culpable	79
3. Antijuridicidad en relación al injusto	80

CAPÍTULO V

Antijuridicidad y Sistema de la Teoría del Delito	83
1. Relaciones entre tipo y antijuridicidad	87
2. Distinción entre tipicidad y antijuridicidad	89

3.	Tipo penal y antijuridicidad.....	90
4.	Antijuridicidad como infracción de la norma.....	91
CAPÍTULO VI		
	Clases de antijuridicidad	95
1.	Antijuridicidad material.....	97
	1.1. La antijuridicidad material en la doctrina.....	101
	1.2. Problemas e importancia de la antijuridicidad mate- rial	104
2.	Antijuridicidad y unidad del orden jurídico.....	106
3.	Antijuridicidad formal	109
CAPÍTULO VII		
	Exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad	115
1.	Propuesta interpretativa de la necesidad del exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad	116
2.	La dinámica del miedo en relación a la intensidad de la reac- ción defensiva	124
3.	Estado agresivo y defensivo de necesidad.....	129
CAPÍTULO VIII		
	Causas de exclusión de la antijuridicidad	135
1.	Necesidad de las causas de exclusión de la antijuridicidad...	141
2.	Desarrollo de las causas de justificación.....	143
3.	Causas de justificación según Luis Jiménez de Asúa	145
4.	Causas de justificación según Enrique Cury Urzúa.....	147
5.	Causas de justificación según Reinhart Maurach	148
6.	Causas de justificación según Giuseppe Maggioro.....	149
7.	El principio de taxatividad y las causas de justificación	149
8.	Aportes sobre la justificación	154

CAPÍTULO IX

Legítima defensa	157
1. Nociones generales de la legítima defensa	166
2. Limitaciones del derecho de legítima defensa.....	169
3. Legítima defensa derecho propio	173
4. Legítima defensa derecho ajeno	175
5. Legítima defensa privilegiada	179
6. Principio real o de defensa	182
7. Teorías de la legítima defensa	185
8. Requisitos para la configuración de la legítima defensa.....	188
8.1. Agresión actual e ilegítima	188
8.2. Necesidad racional de la defensa	193
8.3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho	196

CAPÍTULO X

Cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente	201
1. Relación a los mandos de las fuerzas armadas y de la policía	209

CAPÍTULO XI

Deber legal	213
1. ¿En qué casos puede hablarse de ejercicio legítimo del deber legal?.....	216

CAPÍTULO XII

Estado de necesidad	221
1. Nociones generales del estado de necesidad.....	226

2.	La implicación de la doctrina del doble efecto en el estado de necesidad.....	230
3.	¿El efecto Robin Hood como causa o derivación del estado de necesidad?	234
4.	Teorías en torno al estado de necesidad	241
5.	Requisitos del estado de necesidad.....	244
5.1.	Que el derecho protegido esté en real y actual peligro	245
5.2.	Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar	247
5.3.	Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho	248
	Bibliografía	251

Prólogo

Con gran satisfacción procedo a prologar esta monografía sobre la antijuridicidad y las causas de justificación de los profesores José Sebastián Cornejo Aguiar y Gianni Egidio Piva Torres, que vienen a sumar un libro más a sus múltiples publicaciones y en esta obra conjunta nos presentan un estudio sobre la materia desde el continente americano, enriquecido con antecedentes históricos y muy conveniente para llevar a cabo los siempre necesarios análisis comparados.

Gianni Egidio Piva Torres defendió su tesis doctoral en Venezuela, en la Universidad Santa María de Caracas, es profesor de la Universidad José Antonio Páez de Carabobo y miembro de diversos comités científicos internacionales, como el de la boliviana editorial Ulpiano o el del colombiano Anuario de Derecho Público y Privado de la Fundación Ibáñez.

De otro lado, el profesor José Sebastián Cornejo Aguiar ha sido docente en las universidades de Otavalo, Autónoma de los Andes, Técnica del Norte, Laica Vicente Rocafuerte, Católica de Santa María de Perú y la boliviana Pública del Alto. Actualmente es director jurídico del Instituto Nacional de Evaluación Educativa del Ecuador.

Ambos analizan en esta obra las causas de justificación o permisos fuertes, en palabras de VIVES ANTÓN, según los que la ilicitud de una acción típicamente relevante «podrá quedar excluida por la concurrencia de los supuestos contemplados en las leyes permisivas»¹ que otorguen un derecho,

1 VIVES ANTÓN, T. S., Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 492.

pues el ordenamiento jurídico, como ponen de manifiesto ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, «concede una especial trascendencia a ciertas situaciones»², en su función configuradora de la libertad de los ciudadanos, y «no considera ilícitas ciertas acciones ofensivas, porque estima más importante no restringir la libertad de acción bajo determinadas circunstancias, que la defensa a ultranza de los bienes jurídicos tutelados en las distintas normas penales»³, ya que la libertad es un bien jurídico valiosísimo.

Obviamente la brevedad de un prólogo imposibilita el análisis exhaustivo de la obra, pero sí te invito, querido lector que tienes este libro en tus manos, a iniciar su interesante lectura, en la que podrás comprobar lo enriquecedor que resulta el análisis comparado de la antijuridicidad y su exclusión.

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel Abel Souto

Presidente de la Asociación Iberoamericana de
Derecho Penal Económico y de la Empresa
Director del Departamento de Derecho Público Especial y de
la Empresa de la Universidad de Santiago de Compostela

2 ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Introducción al Derecho penal. Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 168.

3 ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Compendio de Derecho penal. Parte general, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 352.

Introducción

Pasado el tiempo, los libros que hemos leído y guardamos en nuestra biblioteca nos vuelven a contar historias, ya que a veces en ocasiones dichas obras reflejan puertas de saber y de ensueño letras y umbrales de historias infinitas, tinta, seres, lugares y relatos de basto conocimiento, que sin lugar a dudas constituyen luz y sapiencia cual faros de verdad.

Es por todo ello que como misión de vida constituye necesario poder escribir algo propio y que a la vez esto sea una experiencia muy personal ya que sin lugar a dudas esto no puede significar lo mismo para todos, debido a que escribir es poner la cara, hablar de frente, y conocer, aprender, descubrir, volar, viajar, sumergirte en un mar de sensaciones mediante cada una de las letras que se encuentran plasmadas, a tal punto que escribir juega un rol muy importante reflejado de diversas formas ya que las palabras del poeta, el columnista o el autor de un libro tienen en común una necesidad que implica decir eso que piensan o que sienten, y no pueden o no deben callar.

En dicho orden de ideas entendemos que escribir es una aventura fascinante, ya que cuando escribimos como en toda aventura no sabemos qué sorpresas nos esperan, ni adónde vamos a llegar; esto explica esa mezcla de fascinación que sentimos frente a la hoja en blanco. La escritura no se deja encerrar en mapas ni esquemas mentales. Aún no hemos acabado de escribir unas cuantas líneas, cuando empiezan a aparecer nuevos caminos y senderos inesperados; siendo entonces imposible resistir a tal tentación de extraviarse por alguno de ellos. Muchas veces las rutas que buscábamos en vano se encuentran en uno de esos desvíos. Otras veces, mientras escribimos se nos

revela una idea brillante tanto que no parece nuestra como si alguna voz nos la hubiera dictado o como si alguien nos estuviera llevando de la mano.

Es por ello amables lectores que en esta ocasión quiero poner en sus manos esta obra titulada: «*TEORÍA DE LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN*», obra que comprende doce capítulos con temas referentes a: «ESQUEMAS DEL DELITO»; «LA ANTIJURIDICIDAD»; «TEORÍAS EN TORNO A LA ANTIJURIDICIDAD»; «LA ANTIJURIDICIDAD Y EL INJUSTO PENAL»; «ANTIJURIDICIDAD Y SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO»; «CLASES DE ANTIJURIDICIDAD»; «EXCESO EN LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD»; «CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD»; «LEGÍTIMA DEFENSA»; «CUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN LEGÍTIMA Y EXPRESA DE AUTORIDAD COMPETENTE»; «DEBER LEGAL»; y, «ESTADO DE NECESIDAD».

Capítulos que como diría Hegel nos permite entender y comprender la maravilla de la dogmática penal de una manera objetiva y con una estructura lógica, ya que como veremos en el capítulo primero, referente a «ESQUEMAS DEL DELITO», se encontrarán con un desarrollo que parte desde el esquema clásico del delito, el esquema neoclásico, el esquema finalista, y el esquema funcionalista.

Consecuentemente en el capítulo segundo, denominado: «LA ANTIJURIDICIDAD», podrán observar como de una manera estructurada se aborda desde la evolución del concepto de la antijuridicidad, topando sus diferentes doctrinas, concepciones y contextualizaciones, para posteriormente ingresar al desarrollo del permiso legal de la norma en la antijuridicidad y de la estructura del tipo permisivo.

En lo atinente del capítulo tercero denominado: «*TEORÍAS EN TORNO A LA ANTIJURIDICIDAD*», estimados lectores se encontraran con el desarrollo de teorías como la del Reichsgericht; causalista y finalista; del dolo; y, de la culpabilidad, teorías que permitirán contextualizar de una forma completa lo inherente al desarrollo de la antijuridicidad.

Consecuentemente en el capítulo cuarto referente a «LA ANTIJURIDICIDAD Y EL INJUSTO PENAL», se busca generar un desarrollo desde el concepto de injusto en la teoría del delito; el injusto no culpable y la antijuridicidad en relación al injusto.

Tal es así que la preocupación en la presente obra ha sido de realizar un recuento histórico, cuyo objetivo principal es dar al lector una visión de la necesidad y funcionalidad de varios aspectos dogmáticos como los tratados en el capítulo quinto denominado «ANTI JURIDICIDAD Y SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO», donde nos hemos permitido ahondar en subtemas como las relaciones entre tipo y antijuridicidad; marcando incluso distinciones entre tipicidad y antijuridicidad, para consecuentemente ingresar al desarrollo del tipo penal y antijuridicidad, conceptos que permitirán desembocar en lo relativo a la antijuridicidad como infracción de la norma.

Consecuentemente en los demás capítulos hemos plasmado un recorrido que busca explicar las clases de antijuridicidad, llegando a distinguir entre la antijuridicidad objetiva e injusto objetivo, en donde el primero es la constatación de que la acción penalmente relevante sea realizada es contraria al ordenamiento jurídico, mientras que el injusto analiza que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico sea producido de manera consciente y voluntaria.

De igual forma abordamos lo referente a las causas de exclusión de la antijuridicidad como son: la legítima defensa y los requisitos para su configuración; el estado de necesidad; el cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente; y la discutida causal de justificación del deber legal que ha de ser entendido como la serie de actuaciones del destinatario que deben ajustarse a las normas prescriptivas, siempre y cuando el deber legal sea de mayor importancia que el deber sacrificado.

Constituyéndose así la presente obra como un una herramienta que también explica lo que sucede cuándo se exceden los límites de la causas de justificación de la antijuridicidad, lo que se conoce en la dogmática penal como exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad, marcando de alguna manera con estos temas una lucha que nace desde la pertenencia de un deber jurídico al mundo de los deberes éticos, en donde tendrá como núcleo central de su estructura una cierta dosis de presión o «necesidad» racional que empuja a un cierto sujeto a realizar el comportamiento establecido por la correspondiente norma jurídica.

Huelga acotar, que en su momento tuve que buscar a renombrados referentes y especialistas, que pudiesen tener a bien participar en el prólogo. Al respecto preciso apostrofar, que me sorprendió de manera muy honrosa como

grata, que una verdadera luminaria jurídica, haya podido sumarse para tal efecto.

Así, a reglón seguido, corresponde expresar mi eterno agradecimiento al gran jurista y profesor, Dr. Eduardo Franco Loor, por haber aceptado prologar el presente libro. Tamaño gesto, que marca un hito muy trascendente como importante.

A los 06 días de junio de 2021.

José Sebastián Cornejo Aguiar
Gianni Egidio Piva Torres
Autores

CAPÍTULO I

Esquemas del delito

SUMARIO: 1. Esquema clásico del delito. 2. Esquema neoclásico. 3. Esquema finalista. 4. Esquema funcionalista. 4.1. El funcionalismo según Roxin. 4.2. La concepción funcional según Jakobs.

1. Esquema clásico del delito

Los principales aportes de este esquema, son que el delito es considerado como un acto contrario a la ley, es decir el elemento descriptivo de infracción, tanto así que para Armin Kaufmann, modernamente el delito viola la norma penal, ya que tanto el delito como el ilícito recorren la ley penal por ende violan la norma, ya que la conducta debe ser valorada ante la norma.⁴

Lo cual nos conlleva a plantearnos el ejemplo del homicidio con causas de justificación, en donde se valora el impulso volitivo, no el contenido de la voluntad; ya que el contenido de la voluntad subjetivamente es valorada para los esquemas casualistas dentro de la culpabilidad, pero para el finalismo serán evaluados dentro del tipo.

Entendiéndose que esta adecuación debe ser jurídica, y no social como por ejemplo invitar una copa a un servidor público (cohecho) o golpear a un

4 ARMIN KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión* (Madrid; Barcelona: Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales, 2006), pág. 15.

boxeador (lesiones), estos se consideran comportamientos de alguna manera adecuados socialmente, por ende no deben considerarse relevantes.

Sin embargo la crítica de los finalistas, respecto a esos presupuestos se fundamenta en un fin determinado, ya que consideran a la intención como un elemento de acción, concepto que según Nodier Agudelo hace referencia a que el tipo en este esquema, es parte del aspecto objetivo del delito.⁵

Es decir para que este tipo exista, es suficiente que la acción se presente como típica, hablemos de la muerte de un hombre, ya que se trata de un tipo totalmente descriptivo, reservándose de esta manera la valoración para el momento posterior de la antijuridicidad.

En donde la tipicidad en relación con la antijuridicidad, tendría un sentido indiciario, es decir que aquella acción típica no siempre es antijurídica pues puede existir alguna causal de justificación; debido a que la concepción del tipo es la mera descripción del mismo o a su vez de las características externas de la acción, sin valoración alguna afirmando que en el esquema clásico del delito, el tipo es objetivo-descriptivo; la antijuridicidad es objetivo valorativa y la culpabilidad es subjetiva-descriptiva.⁶

Por lo tanto podría decirse que la teoría del delito en su concepción clásica, con Franz Von Liszt y Ernst Von Beling a la cabeza, consideró al delito como un acto, típico, antijurídico y culpable, a tal punto que el «*casualismo puro*», es la aplicación o atribución del resultado que corresponde a una consecuencia lógica (causa y efecto).

Lo cual para Puppe, citando a Kaufmann, en base a esta teoría constituye como si: «el Juez, solo podía aplicar leyes causales indiscutidas en la disciplina especializada correspondiente, lo cual quería decir, que el Juez bajo

5 Agudelo Betancour, *Grandes corrientes del derecho penal. Escuela positiva* (Nuevo Foro, 1997), pág. 16.

6 Jacobs, G, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos Y Teoría De La Imputación*. (Buenos Aires: Ediar, 1995).

esta teoría no tenía competencia para resolver disputas teóricas de las ciencias empíricas [...]».⁷

Debido a que con relación al acto, que para Liszt representaba: a) Un movimiento corporal perceptible por los sentidos que causa un cambio en el mundo exterior; b) un nexo causal físico; y, c) un resultado,⁸ se desprende que debía existir un movimiento corporal para que el accionar del sujeto activo del delito se realice con «*conciencia y voluntad*», excluyendo toda forma de manifestación de reflejos o movimientos involuntarios por ejemplo: no podía ser considerado como acto el golpe de una persona a otra por un ataque epiléptico.⁹

Ya que el nexo causal físico se convertía en un puente de enlace entre el movimiento corporal del sujeto activo del delito y el resultado, debido a que dentro del causalismo cuando se creó las denominadas «*concausas*», que representan teorías que permiten visualizar el nexo causal físico cuando existen diferentes «*condiciones*» o circunstancias que lo pueden provocar siendo la primera de ellas y la más usada dentro del causalismo la denominada «*equivalencia de las condiciones o conditio sine qua non*», diseñada por Von Buri en el año de 1873,¹⁰ en la cual si mentalmente se elimina la condición, automáticamente se elimina el resultado, por lo que es entonces factible atribuir el acto a su autor, siendo oportuno entonces analizar los presupuestos de este esquema con relación a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la siguiente manera:

1. **Con relación a la tipicidad**, esta fue creada por Ernst Von Beling, en el año de 1906, en la actualidad esta se encuentra dentro del ejercicio mental que se realiza para determinar si la acción penalmente relevante es típica, ya que se debe establecer la existencia de un tipo complejo, tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes; no en vano el

7 La imputación del resultado en el derecho penal, Ingeborg Puppe, cita de Schonke/Schoder/Lenckner preliminares al 13,n.m 75; Maiwald (1980) p. 109; Maurach/Zipf AT/1,18/39.

8 Von Liszt, *Tratado De Derecho Penal*. (Madrid: Reus, 1920).

9 *Ibid.*

10 Percy García Caverro, *Derecho Penal Parte General*. Pág. 571.

Código Orgánico Integral Penal, al definir la tipicidad, también define los conceptos de dolo y culpa en la misma sección.¹¹

Esta evolución de la tipicidad no es nueva; pues como bien lo señala Percy García Caveró, Fischer, Hegler, E. Mayer y Mezger, que en muchos casos el injusto del hecho y no la culpabilidad, dependía de la dirección de la voluntad del autor.¹²

2. **Con relación a la antijuridicidad**, esta teoría representaba la contradicción de la norma y sobre todo, la ausencia de causas de justificación como bien lo define Percy García Caveró, debido a que la antijuridicidad se presenta en el momento en que se ha defraudado una expectativa normativa de conducta esencial mediante otra conducta típica,¹³ adicionalmente en esta teoría la antijuridicidad también era meramente descriptiva y actuaba desde un punto de vista formal más no material.
3. **Con relación a la culpabilidad** se debe destacar que esta requería el análisis de la imputabilidad del sujeto activo de la infracción del llamado «nexo causal psíquico» que no era otra cosa que la verificación del «dolo» o «culpa» en el accionar del hechor.

Por lo que para Puppe el hechor, bajo el prisma de esta teoría: «siempre actúa por razones técnicas o éticas. Ya que hacemos algo, bien porque consideramos dicho actuar en sí mismo correcto, o bien porque resulta adecuado para alcanzar un objetivo que considera correcto».¹⁴

11 Registro Oficial Suplemento No. 180, Código Orgánico Integral Penal (2014), Artículo 25. Tipicidad. Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes.

12 Derecho Penal Parte General, Percy García Caveró, Pág. 384.

13 Percy García Caveró, Derecho Penal Parte General. Pág. 571.

14 La imputación del resultado en el derecho penal, Ingeborg Puppe, cita de Schonke/Schoder/Lenckner preliminares al 13,n.m 75; Maiwald (1980) p. 109; Maurach/Zipf AT/1,18/39.

2. Esquema neoclásico

Según Nodier Agudelo, Hegler fue el primero en plantear en 1914, el problema de los elementos subjetivos del tipo desde un ángulo estrictamente jurídico penal, afirmando que si el tipo es la descripción de lo que se consideraba socialmente dañoso, en aquellos casos en lo que socialmente dañoso, depende de determinados elementos subjetivos, estos deben quedar incluidos en el tipo, ya que no es cierto que la tipicidad sea objetiva y que en orden a establecer la tipicidad no sea necesario hacer valoraciones.¹⁵

Debido a que el tipo, tiene ciertas valoraciones, y contiene a veces elementos subjetivos y elementos normativos, pero además se anota, que la justificación no basta con que existan los factores objetivos de justificación, sino que se necesita que el sujeto obre con el ánimo de defensa, (subjetivo), es así como se va resquebrajando o se va mostrando las fisuras del esquema clásico.

En donde la definición de acción era muy vaga, debido a que la diferenciación tajante entre lo objetivo y lo subjetivo no era cierta, ya que se estaba demostrando que en el tipo existía elemento subjetivo y el ámbito de la antijuridicidad¹⁶, por lo tanto se podría decir que:

1. La teoría neoclásica, simboliza la evolución del pensamiento de Liszt, por lo que con relación al acto, es necesario puntualizar que a Liszt se le criticó el concepto de movimiento corporal, ya que al indicar que el acto era un movimiento corporal, se estaría incluyendo hasta a los mismos animales, pues estos realizan igualmente movimientos corporales.

Otra de las críticas que se le ejecutaba, fue que el movimiento corporal excluía a la omisión o en su defecto, también excluía las conductas que no llevan inmersos ningún tipo de movimiento, como por ejemplo la calumnia.¹⁷

15 Nódier Agudelo Betancur, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad* (Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS Librería, 1982).

16 *Ibid.*

17 Art. 182 del Código Orgánico Integral Penal: Calumnia. «*La persona que, por cualquier medio, realice una falsa imputación de un delito [...]»* en contra de otra, será

En un intento desesperado por sostener su teoría, Liszt afirmó que el movimiento corporal si incluía este tipo de conductas, pues la persona que levante una falsa imputación o una calumnia, al momento de pronunciar las frases constitutivas de la infracción, sus «*cuerdas vocales realizan movimientos*» los cuales, para Liszt representaban un cambio en el mundo exterior y era perceptible por los sentidos.¹⁸

2. Con relación a la antijuridicidad, se consideraba que si únicamente la antijuridicidad representaba un desvalor o en su defecto una simple contradicción del acto frente al derecho, se estaría vinculando conductas no punibles al derecho penal. Por ejemplo: el médico oncólogo que debía examinar a una paciente y situar un posible tumor en su seno, al tocar a la paciente, bajo la simple contradicción de acto y norma ya estaría cometiendo un acto antijurídico. La crítica en este punto, se basó en que la simple contradicción al derecho no es suficiente para configurar el desvalor en la antijuridicidad.¹⁹
3. Con relación a la culpabilidad se consideró insuficiente a la causalidad psíquica para determinar la culpabilidad, ya que el simple análisis del dolo o culpa, no podía configurar la responsabilidad del infractor y como consecuencia de ello, debían generarse mecanismos que permitan determinar que su conducta fuera exigible o reprochable.

3. Esquema finalista

Llamado también «*teoría del injusto personal*», en donde se determina que los tipos describen acciones y estas siempre implican un elemento subjetivo, ya que el tipo siempre implicaría un aspecto objetivo y uno subjetivo, en

sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

18 Von Liszt, *Tratado De Derecho Penal*.

19 Percy García Caveró, *Derecho Penal Parte General*, Pagina 350.

donde la acción típica concreta, no la podremos establecer sino a partir de la consideración del contenido de la voluntad.²⁰

Por lo que se debe destacar que Welzel no trasladó el dolo de la culpabilidad a la acción, sino que lo dejó donde lo encontró, ya que el dolo como voluntad hace parte de la acción; porque la voluntad es la espina dorsal de ella, su médula y si en el acto del conocimiento no se puede variar el objeto hay que dejarlo en su lugar natural.

Es decir el dolo no implica la conciencia de la antijuridicidad, como ocurre en el esquema causalista.²¹ Además de que no todo hecho típico es antijurídico, así es el caso que cuando se presente una causal de justificación, se excluye la antijuridicidad, pero la tipicidad se da.

Por lo que Welzel, termina rechazando los elementos negativos del tipo, donde la antijuridicidad conlleva la tipicidad; por lo que cuando se dice que hay tipicidad es porque ya se ha estudiado la antijuridicidad y se han descartado las causales de justificación.²²

En esta teoría, es evidente que se cambia el concepto del acto, se diseña el tipo complejo y se modifica el «*dolus malus*»²³ por el denominado dolo finalista²⁴, en donde para Welzel, el acto causal no implicaba la intención del autor de cometer el delito, y por ello, no se debía esperar hasta el final de la teoría para poder analizarla.²⁵

20 Ibid.

21 Hans Welzel, *Teoría de la Acción Finalista* (Buenos Aires: Astrea, 1951).

22 Ibid.

23 Para llegar a determinar la finalidad del autor, Welzel propone cambiar el esquema del *dolus malus* y en su lugar diseñar el llamado dolo finalista. De esta forma, al *dolus malus* se le cercena su primera parte, esto es la voluntad de concretar el tipo y es enviada hacia la acción, para ser analizada en la primera parte de la teoría, mientras que la segunda parte del *dolus malus*, permanece en la culpabilidad.

24 Esto es la intención o voluntad de concretar el tipo de parte de su autor.

25 Ibid.