

## LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO

Zulita FELLINI GANDULFO

### I

El tema asignado supone aceptar la existencia de un único elemento configurativo de la noción de antijuricidad. En efecto, cuando un sujeto lesiona o pone en peligro un bien jurídico realiza en principio una acción típica y antijurídica, siempre y cuando esa acción no se encuentre justificada por el derecho.

Sin embargo, debe también suponerse que cabría una distinción en la medida en que ese bien jurídico fuera lesionado o puesto en peligro por sujetos imputables, inimputables y aun en este caso concreto, por inimputables permanentes.

Esta situación es la que he tenido en cuenta para desarrollar un concepto más amplio de antijuricidad en el cual la lesión o puesta en peligro del bien jurídico no es la única hipótesis desarrollada por la doctrina penal.

En esta noción de injusto es en la que puede concurrir el análisis de sujetos imputables e inimputables que se limitaría notablemente si se aceptara sólo una noción de antijuricidad.

Sin esta aclaración tal vez resultara redundante volver sobre uno de los temas que es objeto de otra ponencia en este mismo congreso.

1. La antijuricidad ha sido tratada por los autores más tradicionales en los textos de derecho penal, como una característica del delito. En este sentido era antijurídica la acción contraria al derecho, con lo que se expresaba que el injusto no se agota sólo en lo típicamente adecuado sino que además debe consistir en una infracción al orden jurídico, o sea, debe tratarse de un supuesto en que no concurren causas expresas de justificación.

Esta posición de la dogmática puso de manifiesto su insuficiencia para determinar qué es lo jurídico, y qué lo antijurídico, ya que el criterio de distinción consistía en inferir por exclusión las conductas antijurídi-

cas resultantes de la no existencia de causas de justificación, o sea de conductas jurídicas.

En un orden histórico, tal vez pudiera dudarse respecto a la evolución cronológica del concepto de justo-injusto, dado que podría quizá pensarse que las primeras necesidades de establecer un ordenamiento jurídico surgen de ataques injustos a los intereses individuales.

En un orden lógico, se ha aceptado como primero lo justo y lo injusto su contrario; así, en opinión de Beling, Sauer, Fischer y Zimmerl. Binding distinguió entre una zona "de nadie", o terreno neutro, y lo anti-jurídico. Beling sostuvo que el ordenamiento jurídico puede considerar de tres modos la conducta humana: "o la declara antijurídica, o conforme a derecho, o jurídicamente indiferente"; esto es lo que caracteriza la distinción que hace de las causas que excluyen lo injusto en causas de justificación y simples causas de exclusión de lo injusto o acciones sin trascendencia jurídica. Esta posición de Beling no fue aceptada por Sauer, Von Hippel, Liszt-Schmidt, ni Mezger, ni por Petrocelli en Italia, entre otros.

Jiménez de Asúa sostiene que cuando la acción no es antijurídica, la característica de lo injusto se halla excluida. Tampoco sería aceptable hablar de grados de la antijuricidad como lo ha hecho Kern, tomando en consideración las distinciones realizadas por Mezger, Sauer y Welzel con referencia a las causas de justificación, en causas en que está ausente el interés, causas en que hay un interés preponderante, etcétera.

Terminológicamente, la mayor parte de la doctrina ha utilizado para indicar lo contrario a la norma, los vocablos injusto y antijurídico.

Para la doctrina italiana y los partidarios de la teoría egológica de Kelsen en Argentina, el término apropiado ha sido el de ilicitud. Sin embargo, significa conceptualmente más que lo antijurídico. Lo ilícito es lo opuesto a la moral y al derecho, y pertenece a un ámbito más amplio dentro del cual se encuentra lo jurídico.

2. Binding fue quien analizó los conceptos formales del delito y señaló la naturaleza esencial del acto injusto y punible que consiste en ser lo opuesto a la norma.

Binding recoge la teoría de los imperativos que había sido formulada por Thon. Advierte que el destinatario de las normas jurídicas no es el juez ni el delincuente, sino el Estado, quien está obligado a perseguir y sancionar los actos delictivos.

Destaca Binding la noción de delito como contradicción a la norma. El delito no vulnera la ley pero sí quebranta algo más esencial para el

ordenamiento jurídico de la convivencia humana: la norma que está por detrás y por encima de la ley.

La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, la norma valoriza, la ley describe. De ahí que la ley penal se compone del precepto en que se define y describe el acto o la omisión, y la sanción en que se determina la pena.

El derecho dispone de normas y leyes que regulan intereses vitales de la comunidad que han sido elevados por el legislador al rango de bienes jurídicos. El delito ataca a un bien jurídico contrariando a la norma. Binding para definir lo que es la norma dice que no debe recurrirse a valores morales o de sentido común porque no tienen carácter jurídico.

Sostiene Jiménez de Asúa que el esfuerzo de Binding no tuvo un logro completo. La norma en que el autor habría pensado sería de otra rama del derecho y su carácter común sería predominantemente público. La norma queda flotando en una zona extra o suprallegal.

La crítica más negativa fue posiblemente la sustentada por Kelsen contra la teoría de las normas de Binding, quien le ha negado hasta propiedad para hablar de lo antijurídico, toda vez que la antijuricidad “cometida” opina que viene en consideración tan sólo y siempre como “tipo legal”.

Kelsen sostiene que el acto antijurídico no es una “violación del derecho”, “lo contrario al derecho”, sino una condición que la ley establece para la aplicación de la sanción, lo mismo que, por ejemplo, la celebración de un contrato, su incumplimiento por alguna de las partes y el ejercicio de la correspondiente acción judicial.

Beling y Finger, aun adhiriendo a su doctrina, le objetaron a Binding que muchas normas no están formuladas.

Armin Kaufmann ha demostrado que parte de las construcciones de Binding pueden subsistir aún. Max Ernesto Mayer dice que lo que hizo Binding fue cubrir su teoría de una apariencia jurídica, porque aunque no sea así reconocido por el autor se trata de consideraciones de orden social, donde las normas deben ser fundamentadas externamente y no dentro del derecho.

Beling ha criticado a Binding, en el sentido de que no es posible establecer un sistema de normas con lugar propio dentro del orden jurídico y fundar sobre ellas la teoría del delito. Dice Beling que no tenemos que trabajar con normas individuales, sino con la normalidad o anormalidad de la acción en general. Censura que Binding divida los preceptos del orden jurídico y no sus funciones, en preceptos normativos

que forman parte del derecho público, y preceptos no normativos, o derecho no normativo incluyendo aquí el resto del derecho público y todo el derecho privado.

Dice Beling que la mayor dificultad consiste justamente en determinar, en el derecho público, la parte donde debe ser enclorado el derecho de las normas.

Según Beling, no existe un sistema de normas individuales, independientes y determinadas. El delito dentro de la esfera de lo injusto es anormalidad, pero los delitos no son anomalías. Se ha resumido el criterio de Beling considerando que así como el tipo describe el hecho en toda su extensión y modalidades, como un fenómeno incoloro de la ciencia natural, la norma la valora éticamente, le da su carácter propio consistente en la negación de la voluntad normativa del Estado.

Para responder a la pregunta respecto de lo injusto de un acto típico, Beling dice que las normas no pueden darnos una contestación satisfactoria puesto que ellas no están hoy formuladas, y cuando lo están sólo es parcial e imperfectamente. La normalidad o anomalía de la acción, dice, hay que deducirla de la totalidad del derecho.

En realidad, a pesar de las diferencias formales que existen entre Binding y Beling, no podría considerarse que sus posiciones a través del análisis histórico resulten antagónicas.

3. Otros autores, como Graf Zu Dohna, hicieron verdaderos aportes, en el sentido de esclarecer qué es la antijuricidad.

Así, provisoriamente, denominó antijuricidad al presupuesto de la prohibición que fundamentó en ciertos criterios que la misma ley nos ofrece. La antijuricidad representa para este autor el presupuesto de la prohibición y de la penalidad.

Antijurídico, en este sentido, no es algo que está prohibido (y porque lo está), sino que, al contrario, se debe afirmar que el ordenamiento jurídico prohíbe lo que resulta antijurídico (y por qué es antijurídico). Para decidir si el contenido de un precepto jurídico es justo o no, Dohna siguió en su pensamiento al iusfilósofo Stammler, quien afirma que derecho justo es aquel que concuerda en una determinada situación, con los pensamientos fundamentales del derecho en general.

Dice Dohna que una conducta es injusta cuando no concuerda con el ideal social.

Una conducta antijurídica es, ante todo, una conducta injusta; es decir, una conducta que no puede ser reconocida como medio justo para el fin justo de que hablara Stammler.

Franz von Liszt formula por primera vez la distinción entre antijuricidad formal y material. La antijuricidad material significa una conducta contraria a la sociedad y por eso será conforme a la norma toda conducta que responda a los fines del orden jurídico y por tanto a la misma convivencia humana. Dice Liszt que existe antijuricidad cuando la conducta humana lesiona o pone en peligro un bien jurídico, y agrega que sólo es materialmente injusta cuando contradice el orden jurídico que regula los fines de la vida social en común.

Max Ernesto Mayer sostuvo que lo antijurídico es lo opuesto a las normas de cultura, debiendo operarse no con resultados metajurídicos, aunque sí supraleales. Así Mayer, basándose en Von Ihering, sostuvo que los únicos destinatarios de la ley son los órganos del Estado y no el pueblo. Como el pueblo no conoce las leyes, es inadecuado pensar que la ley pueda dirigirse a los súbditos.

Sin embargo, sostiene Mayer que el súbdito a pesar de no conocer la prohibición está vinculado por otra índole de normas que condicionan la punición, haciendo referencia aquí a situaciones de antijuricidad y culpabilidad.

En cuanto respecta al ejercicio de intereses legítimos, resulta decisivo que ellos y la manera como se les trata de hacer valer estén reconocidos por una norma de cultura que a su vez haya sido reconocida por el Estado.

El ordenamiento jurídico reconoce implícitamente como justo lo que se reputa como tal según las buenas costumbres, exigiendo de los tribunales la aplicación de las normas de cultura en cuanto han sido reconocidas por el Estado.

Junto a cada norma de derecho debe pensarse en una norma de cultura que esencialmente le corresponde. También debe recurrirse a las normas de cultura en los casos de conflictos de intereses para recabar una correcta interpretación.

Las tesis de Sauer y de Mezger pueden considerarse referidas también a la cultura, pero se diferencian de lo sustentado por Mayer en que los primeros, igual que Graf Zu Dohna, parten del subjetivismo crítico, en tanto que Mayer sostiene el objetivismo cultural.

Tratando de esclarecer el contenido de la antijuricidad que constituye lo material de lo contrario a la norma de cultura, es preciso para Jiménez de Asúa llegar hasta el objeto de protección de ésta. En este sentido, afirma que si proclamáramos exclusivamente y exabrupto, la violación del bien jurídico (o del interés) como el contenido material de la antijuricidad, según lo hacen en Italia Martucci y Antolisei,

entre otros, y en cierto modo Von Hippel y Mezger en Alemania, caeríamos en la confusión de lo injusto con el objeto jurídico del delito. Ésta es una lógica consecuencia en los que estiman que la antijuricidad es esencia y no una de las características del hecho punible.

El bien jurídico significa un estado que el derecho crea con su protección. Birnbaum sostuvo ya en 1834 que el delito representa la lesión de un "bien".

Para Maurach la protección de los bienes jurídicos constituye el problema más importante y caracterizado de la antijuricidad material.

A partir de Birnbaum fue considerado el delito como el peligro o la lesión de un bien garantizado regularmente por el poder del Estado.

La Escuela de Kiel y el nacional socialismo trataron de desvirtuar la singular importancia de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico como fundamento de la antijuricidad y se fortificó la idea de la infracción del deber.

Para Jiménez de Asúa el bien jurídico no sólo asume importancia máxima, sino que varía de acuerdo a las tendencias de cada época. Cuanto más próximo se encuentran esos bienes a los derechos naturales dice, del individuo, y de la sociedad, mayor vigencia tienen y más enérgica sanción demandan.

La idea de que pudiera existir un delito sin referencia a un bien jurídico carece de vigencia.

Así también es necesario un sistema normativo que sirva de base a la ley penal. Cabe agregar que no se sanciona la mera lesión del bien como tal, sino sólo cuando ésta se halle prohibida.

La norma jurídico-penal es imprescindible para la determinación del delito, como también para la existencia de la antijuricidad, ya que la justificación se basa en una renuncia al mandato normativo, y también para la procedencia del juicio de culpabilidad, que presupone la posibilidad de la conciencia de lo injusto, y que no es otra cosa que el conocimiento potencial de la norma.

Las normas de cultura determinan si es justo o antijurídico defender o lesionar un "bien"; es decir, las normas de cultura son pautas que permiten determinar el contenido material de la antijuricidad, y que no son extralegales aunque sean supralegales. Así las leyes constituyen una expresión positiva del derecho, y éste surge del conjunto de normas de cultura, a las que hay que acudir para determinar la antijuricidad si la ley no ha definido en casos concretos cuando el acto se halla justificado, por eso afirma Jiménez de Asúa que esta reconocida formula-

ción suprallegal no es extrajurídica, porque se acude sólo al fin último inmanente a todo derecho.

4. La doctrina del derecho penal intentó, como se ha expuesto, comprender el concepto de injusto y distinguirlo o identificarlo al de antijuricidad.

Welzel trató de establecer una diferencia entre injusto y antijuricidad, estableciendo que ésta es única para todo el derecho, pero que existen en las distintas esferas jurídicas diferentes hechos típicos que son materia de prohibición. Entiende a la antijuricidad como una relación contradictoria entre el tipo realizado y las exigencias del derecho. Lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. La antijuricidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Injusto es el contenido de la misma conducta antijurídica. La antijuricidad es una característica de ese modo de conducta.

Por eso, ciertamente, hay un específico injusto jurídico-penal, como existe un específico injusto jurídico-civil o un específico injusto jurídico-administrativo. Pero únicamente hay una sola antijuricidad. Todas las materias reguladas como prohibidas en las diferentes ramas del derecho son antijurídicas para el orden jurídico en general.

A los efectos de entender el contenido de la antijuricidad se deben mencionar clasificaciones o concepciones respecto de ella que en la doctrina de la acción causal tuvieron importancia y que en la actualidad han perdido aceptación.

La referencia es válida para la concepción formal y la concepción material de la antijuricidad.

Se trataba de saber si además de las causas de justificación contenidas en el Código Penal existían otras que pudieran deducirse o no directamente del texto de la ley, pero sí de su contexto valorativo. El problema era resolver si los catálogos de causas de justificación existentes en la ley eran taxativos o si por el contrario se podía recurrir a otra construcción que permitiera la solución de situaciones no contempladas en la ley en las cuales se justificaría la realización de una acción típica.

De todos modos, estas soluciones no serían extrañas al derecho toda vez que deberían surgir apoyadas en el contenido valorativo de la ley.

Así se decía que existía antijuricidad formal cuando una conducta resultaba contraria a una situación expresamente contenida en el tipo penal; y la antijuricidad material consistía en una oposición en la materia de su contenido y no de su forma, al derecho, y la cual podrá, como se ha expresado, solucionarse con recetas no taxativas.

En la actualidad esta polémica ha dejado de tener entidad y se considera que una oposición formal al derecho existe cuando la conducta es adecuada a un tipo penal, y que hay oposición material al derecho cuando, además de la subsunción de una conducta bajo un tipo penal, faltan las causas que la justifiquen.

5. Otro problema es el que se refiere a la concepción objetiva y subjetiva de la antijuricidad. En el campo de las ciencias jurídicas se señalan dos corrientes: la objetiva considera por exigencias sistemáticas, vinculado lo injusto a la mera contradicción del acto con la norma, sin tener necesidad de verificar si el agente obró de manera culpable. La subjetiva pretende previamente analizar si en la conducta del sujeto activo hubo dolo o culpa, así como capacidad para obrar culpablemente.

Esta primera distinción objetivo-subjetivo pretendió aportar solución al concepto de injusto. Así debían pertenecer a lo injusto exclusivamente los caracteres objetivos, externos de la acción, mientras que los elementos subjetivos anímicos debían constituir la culpabilidad.

La concepción subjetiva de la antijuricidad está ligada a la teoría de los imperativos. Para esta teoría las leyes son verdaderas órdenes, destinadas a los sujetos de un determinado ordenamiento jurídico que estén en condiciones de comprenderlas; quien no pueda comprender una orden tampoco podrá ser destinatario de ella. Si el derecho se concibe como un conjunto de órdenes dadas a los súbditos del derecho, es necesario que los destinatarios de ellas puedan comprenderlas; quien no ha podido motivarse de acuerdo con la comprensión de la norma, deja de ser destinatario de ella y, en consecuencia, no obra antijurídicamente.

Esta teoría tiene que ver con la concepción de Feuerbach acerca del fin de la pena. Era fundamental que el súbdito del derecho tuviera conocimiento de la amenaza penal para poder ser por ella motivado.

Las objeciones realizadas a la posición anterior permiten sostener que en primer lugar no es pacífico que la norma agote su función de destino cuando se dirige al súbdito de un ordenamiento jurídico. Podría considerarse con otros autores, como ha quedado expuesto, que ni el súbdito ni el juez son destinatarios de las normas, sino que el destinatario es el propio Estado quien debe arbitrar distintas soluciones para su cumplimiento.

Pero en todo caso, si se considera que uno de los destinatarios es el juez, será éste quien deba determinar si existe o no contradicción entre el ordenamiento jurídico y el hecho realizado.

También se puede sostener con Bacigalupo que la norma tendría un momento subjetivo de determinación. En ese otro momento la norma en vez de dirigirse al juez, lo hace al súbdito, para motivarlo de acuerdo con las prescripciones del derecho. Podría considerarse entonces que en un primer momento la norma se dirige al juez y en un segundo momento se dirige al súbdito; a este último lo designa Bacigalupo como norma subjetiva de determinación y es sólo entonces que se requiere la comprensión del autor.

De todas maneras, objetividad de la antijuricidad significa que ella no depende de que el sujeto que obra haya podido o no obrar contra el derecho. Lo único que se quiere decir es que la realización del tipo es interpretada objetivamente en la medida en que no entra en consideración si el autor en el momento de la realización del tipo pudo o no obrar de otra manera; todo lo que se refiere a si el autor pudo obrar de otra manera es materia propia de la culpabilidad.

6. Welzel sostiene que se ha abandonado el sistema de la concepción puramente objetiva de lo injusto y dice que en todos los delitos dolosos el dolo es un elemento esencial de lo injusto; y de allí se deduce que sólo el concepto de la acción finalista y no el concepto de la acción causal, puede suministrar la base óptica de la doctrina de lo injusto.

Para Welzel lo injusto no se agota en la causación del resultado, o sea en la lesión de un bien jurídico desligado en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es sólo antijurídica como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho objetivo, la actitud en que lo cometió, los deberes que le obligaron a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal.

La teoría de la acción finalista le reconoce el mérito a la teoría causal de haber incorporado al concepto de antijuricidad la importancia de la lesión o peligro del bien jurídico.

Sin embargo, considera que ésta es una parcialización del contenido que debe completarse con la acción personalmente antijurídica. Es así que el disvalor de la acción es general a todos los delitos en el derecho penal, en tanto que el disvalor del resultado puede faltar en algunos casos concretos, como es en los supuestos, por ejemplo, de tentativas inidóneas.

Cuando Welzel se refiere al injusto personal afirma que el mismo

hecho puede estar justificado para un codelincuente y ser para el otro antijurídico como ejemplifica con la comisión antijurídica de un hecho en autoría mediata por medio de un instrumento que actúa jurídicamente.

Existe el riesgo de confundir en el análisis que se ha desarrollado en cuanto a las concepciones objetivas y subjetivas de la antijuricidad, precisamente esta última posición con lo que es materia de culpabilidad.

Debe tenerse presente que en el reconocimiento de una antijuricidad objetiva, de todos modos se verificarán elementos subjetivos que conforman algunos tipos penales, y además la existencia del dolo y demás elementos subjetivos del injusto, cuya verificación no invalida el reconocimiento que pudiera hacer el juez en su momento de que concretamente se ha contrariado la norma de derecho. No deja por esto la antijuricidad de ser objetiva.

7. Es importante destacar que el juicio de reproche es posterior a la verificación de que la conducta es antijurídica. El dolo que es requisito de toda acción típica antijurídica se refiere al conocimiento y a la voluntad de realizar el tipo pero ese conocimiento no implica necesariamente el saber que se está actuando en contra del derecho.

En esta clase de delitos dolosos la lesión del bien jurídico —como decíamos anteriormente— reviste una parte importante en el concepto de antijuricidad; sin embargo, no ocurre lo mismo en los delitos culposos, donde el injusto consiste sobre todo en el disvalor de la acción, en tanto que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico no suministra una base suficiente para el juicio valorativo de la antijuricidad.

En todo caso, el disvalor de la acción consiste en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico.

Además en los delitos culposos también la acción típica tiene que haber dado lugar a la lesión o peligro de un bien jurídico, pero este resultado no configura la parte esencial del delito culposo para el derecho penal. Así el disvalor de la acción no es mayor por el disvalor del resultado.

8. Si se quisieran esquematizar las grandes conceptualizaciones ofrecidas por la dogmática penal para fundamentar la noción de antijuricidad, habría que mencionar:

a) la derivada de la teoría de las normas de Binding, que no resulta sustancialmente diferente de los puntos de vista del positivismo cientí-

fico; para estas concepciones, lo decisivo para determinar el concepto de antijuricidad es la contrariedad con la norma.

b) La sostenida en el marco de la doctrina de la acción causal por aquellos autores que abandonan el método lógico —abstracto del positivismo para referir la misión de la norma jurídica a la obtención de determinados fines o valores (método teleológico). Desde este punto de vista, lo antijurídico queda caracterizado como lo socialmente perjudicial: lesión o puesta en peligro de bienes protegidos por el derecho.

c) La reformulación propuesta por el finalismo, que supone una peculiar y relativa subjetivización del injusto, en la medida en que pretende no agotarlo en el disvalor del resultado, el que estaría complementado por un personal disvalor de la acción.

## II

1. Si se es culpable por la realización de un hecho antijurídico, es claro que el tratamiento de la antijuricidad debe ser previo al de la culpabilidad. La culpabilidad configura otra característica del delito cuyos elementos deben ser conceptualmente aislados frente al injusto, para poder determinar en qué condiciones la realización antijurídica del tipo es reprochable.

Queda claro que no toda conducta antijurídica es reprochable. Se reprocha sólo la conducta que, pudiendo realizarse de acuerdo al derecho, se ha realizado contrariándolo.

Abordamos aquí el análisis de elementos que implican la posibilidad de que un sujeto resulte culpable por la comisión de un delito, independientemente y *a posteriori* del juicio que debe realizarse para determinar que su acción es contraria al derecho.

Los elementos que conforman la culpabilidad han sido tradicionalmente considerados tomando como punto de partida la imputabilidad. Para que un sujeto pueda resultar culpable es necesario que ese sujeto sea imputable, entendiéndose por ello que tenga capacidad de comprender la antijuricidad del hecho y de dirigir las acciones de acuerdo con esta comprensión.

La imputabilidad es así considerada un presupuesto de la culpabilidad. Un sujeto es culpable cuando se le reprocha la resolución de su voluntad antijurídica. Se presentan aquí dos elementos: uno de conocimiento, elemento intelectual, y otro de voluntad o volitivo; o sea,

la capacidad de comprensión de lo injusto y de la determinación de la voluntad. La suma de estos dos elementos constituye la capacidad de culpabilidad. "Si falta uno de ellos, por juventud o por estados mentales anormales, dice Welzel, el autor no es capaz de culpabilidad."

En rigor, parece incorrecto sostener que el menor de edad es inimputable tal como hemos definido la imputabilidad; por el contrario, el menor que realice acciones antijurídicas poniendo en peligro o lesionando bienes jurídicos es sujeto de un derecho penal especial pero precisamente por protección legal y no por tener su capacidad intelectual disminuida.

2. En el análisis de la imputabilidad se suele distinguir entre los sujetos que presentan una incapacidad permanente (inimputables permanentes) y los que presentan una incapacidad transitoria. Ambos son inimputables, toda vez que sus facultades mentales alteradas o disminuidas en el momento de la comisión del hecho antijurídico no les permitieron comprender la violación de la norma, ni dirigir sus acciones de acuerdo a esa comprensión.

La realización del injusto parece incommovible, ya se trate de imputables o inimputables, careciendo de relevancia que el inimputable sea permanente o transitorio.

Hemos dicho que la antijuricidad, como característica de la acción típica, debe ser valorada con anterioridad a la culpabilidad. Será en este último ámbito donde se determine cuál es la solución que el Estado adopte para proteger los bienes jurídicos de la comunidad. Si el concepto de injusto es el mismo para los imputables que para los inimputables, la distinción cabría realizarla a partir de la determinación de su culpabilidad. Si no podía comprender que actuaba en forma típica y antijurídica, no se le podrá reprochar su conducta y, por lo tanto, la consecuencia jurídica variará. Con un sentido político criminal diferente al de la aplicación de las penas, se acudirá a las medidas de seguridad.

Podríamos considerar que el inimputable no recepta la coacción, la intimidación de la pena y por lo tanto ésta es ineficaz; las distintas medidas de seguridad permiten una adecuación de la más conveniente en el caso concreto, tanto para la reincorporación del sujeto a la sociedad como para la preservación de la misma en los casos de inimputables permanentes.

Tal vez si se parte del concepto de un derecho penal sancionador estas medidas deberían quedar fuera de su ámbito.

Si se quisiera aceptar que las acciones de los inimputables no son

antijurídicas, por no ser éstos destinatarios de normas jurídicas que no comprenden, se anularía también el ámbito comprendido para la aplicación de medidas de seguridad, lo que, en principio, desde el punto de vista político criminal resultaría inconveniente.

En segundo término, carecerían de justificación las acciones que implicaran defenderse contra los ataques de los inimputables, toda vez que su conducta, al no ser antijurídica, estaría de acuerdo con el derecho, no importaría violación de una norma y la víctima estaría obligada a soportarla.

3. Tampoco resulta difícil delimitar el contenido de lo injusto de los demás presupuestos de la pena, como sería el caso de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad y de las excusas absolutorias.

La no aplicación de la pena en estos supuestos, según opinión de la doctrina dominante, deja intacto el contenido de injusto de la acción.

Problema diferente es saber si estas condiciones de la pena lo son también de las medidas de seguridad, en caso de que la acción haya sido realizada por un inimputable. En principio debe sostenerse una respuesta afirmativa, para todos aquellos que están dispuestos a admitir que deben beneficiar a los inimputables todas las excluyentes de responsabilidad penal que les resulten compatibles.

### III

De lo expuesto hasta aquí se deduce que el concepto de injusto que corresponde a los hechos que son presupuesto de una medida de seguridad es idéntico al de injusto que es presupuesto de una pena.

En caso de que se admita el punto de vista teleológico, según el cual el concepto de injusto incluye la lesión o puesta en peligro del bien jurídico para los hechos que son presupuesto de una pena, también lo incluiría para los que son presupuesto de una medida de seguridad.

La solución propuesta parece encontrar respaldo en las disposiciones del Código Penal mexicano, cuyos artículos 67 y 68 condicionan la imposición de medidas de seguridad a inimputables, a la realización de un hecho que constituya contravención o infracción a la ley penal. Parece evidente que sólo infringe la ley penal quien ha obrado en contradicción con las normas, es decir, no amparado por una norma justificante.

Tampoco parece que existan fundamentos constitucionales, ni razones

de política criminal que obliguen a fundamentar un concepto de injusto diverso para imputables y para inimputables.

Quedaría entonces consolidado el punto de vista según el cual existe un solo concepto de injusto, que condiciona tanto la pena como la medida de seguridad.

Lo anterior sólo merecería ser relativizado en función de dos situaciones concretas:

1. Es factible sostener la conveniencia política criminal de aplicar medidas de seguridad a sujetos que han lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos en los estados de inconsciencia previstos en la fracción II del artículo 15 (ejemplo, situaciones de epilepsia).

No cabe duda que estos casos son apreciados por la doctrina dominante como hipótesis de falta de acción y, por lo mismo, no puede sostenerse la existencia de un injusto típico.

En estas condiciones no parece posible acudir a los instrumentos asegurativos del Código Penal, que como hemos visto aparecen condicionados a la realización de infracciones a la ley penal (artículos 67 y 68 del Código Penal).

En estas condiciones, y sin perjuicio de que el problema merezca consideraciones ulteriores de *lefe ferenda* destinadas a proporcionar soluciones más plausibles, parece necesario admitir que el problema que plantea la posible reiteración de estados patológicos que pueden generar situaciones de peligro, no encuentra solución en el ámbito del sistema de reacciones penales.

2. Quienes admitan la existencia de un elemento subjetivo de la justificación (que supone requerir que el autor sepa que está en situación justificada) encontrarán un elemento de distinción entre el contenido del injusto que es presupuesto de la pena respecto del que condiciona la medida de seguridad.

Esto es así, porque si el inimputable carece de capacidad en abstracto para comprender la significación jurídica de las acciones que realiza, mal puede apreciar la concurrencia de causas de justificación en el momento del hecho, que dependen de una valoración normativa.