

Uribe Álvarez, Roberth, "Sobre prohibiciones y permisos en el derecho penal", *Nuevo Foro Penal*, 91, (2018).

---

## **Sobre prohibiciones y permisos en el derecho penal**

*On prohibitions and permissions in criminal law*

Fecha de Recepción: 04/10/2018 - Fecha de aceptación: 12/11/2018

ROBERTH URIBE ÁLVAREZ<sup>1</sup>

*A la Revista Nuevo Foro Penal, en sus 40 años (1978-2018).*

"creo firmemente en el principio de libertad (entendido como norma de clausura del "sistema del súbdito": todo lo que no está expresamente prohibido está permitido) y en el principio de legalidad (entendido como norma de clausura del "sistema de los poderes públicos": todo lo que no está expresamente permitido está prohibido). Por lo tanto, independientemente de las estrategias argumentativas, soy favorable a una interpretación extensiva de las disposiciones normativas que confieren derechos de libertad, y a una interpretación restrictiva de las que imponen obligaciones y confieren poderes." Riccardo GUASTINI<sup>2</sup>.

---

1 Universidad de Antioquia-Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Medellín-Colombia. Contacto: roberth.uribe@udea.edu.co

2 Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, MANUEL, "Entrevista a Riccardo Guastini", en *Doxa: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, España, 2004, p. 465.

## Resumen

En este artículo se realiza un análisis iusfilosófico de la doctrina sobre las relaciones entre las categorías «tipicidad» y «antijuridicidad» elaborada por la dogmática penal germanista, teniendo como marco la doctrina de los operadores deónticos «prohibido» y «permitido» de la teoría general del derecho. Este análisis se encamina a sentar las bases argumentales respecto de la pertinencia que tiene incorporar la distinción «permisos fuertes»-«permisos débiles» de la teoría general del derecho a la doctrina del injusto penal, concretamente en el tratamiento conceptual de algunos supuestos de exención de responsabilidad que son concebidos por parte de la dogmática penal germanista como situaciones de necesidad exculpantes y que podrían ser consideradas, en tanto permisos (débiles), como “causas” de justificación.

## Palabras clave

Doctrina. Derecho. Dogmática. Permisos. Injusto penal. Prohibido.

## Abstract

In this article a philosophical analysis of the doctrine is made on the relationship between the categories “typical penalties” and “unlawfulness” elaborated by the Germanist criminal dogmatic, having as framework the doctrine of the deontological operators “prohibited” and “allowed” of the general theory of law. This analysis aims to lay the argumentative foundations regarding the relevance of incorporating the distinction between “strong permissions” and “weak permissions” from the general theory of law to the doctrine of criminal law, concretely in the conceptual treatment of some assumptions of exemptions of responsibility that are conceived by the Germanist criminal dogmatic as exculpatory situations of need and that as they are permissions (weak), could be considered as causes of justification.

## Keywords

Doctrine. Law. Dogmatic. Permissions. Criminal law. Prohibitions.

## Sumario

1. Introducción y planteamiento del problema. 2. Consensos básicos de la dogmática germanista del injusto penal en torno a las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad. 2.1. El origen y los efectos de la ilicitud (penal): ¿autonomía del derecho penal o interdependencia con los sectores extrapenales del orden jurídico? 2.2. Las disposiciones permisivas o “causas” de justificación y su origen y efectos jurídicos: ¿generales o específicos (penales)? 2.3. El juicio de injusto penal y sus funciones teóricas: ¿juicio de antijuridicidad “penal” o juicio de antijuridicidad “general”? 3. El injusto como norma en sentido estricto: la norma de injusto penal como contenido

proposicional que unifica el sentido de la disposición prohibitiva y el de la disposición permisiva. **3.1.** El juicio de injusto penal como norma en sentido estricto. La teoría de las normas de la teoría general del derecho y su relevancia para la doctrina del injusto de la dogmática penal germanista. **3.1.1.** El injusto como norma –strictu sensu– que unifica el contenido proposicional de las disposiciones prohibitiva y permisiva aplicadas a un caso. **3.1.2.** Los principios de clausura para la plenitud y completitud del ordenamiento jurídico: el principio de “legalidad” en las prohibiciones y el principio de “libertad” y en los permisos. **3.1.3.** Conceptos prescriptivos y conceptos descriptivos de prohibición y permiso. **3.1.4.** Permisos fuertes o positivos y permisos débiles o negativos. **3.2.** La doctrina sobre las prohibiciones y los permisos de la teoría general del derecho en diálogo con la doctrina sobre las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad de la dogmática penal germanista. **3.2.1.** Las prohibiciones jurídicas, en especial las del derecho penal: tipología, origen y alcance específicos. **3.2.2.** Las “causas” de justificación o los permisos jurídicos y su relevancia en la formulación de la norma de injusto penal. **3.2.3.** El «tipo de injusto» o «injusto típico»: precisiones conceptuales. **3.2.4.** Disposiciones prohibitivas y permisivas en la norma de injusto. **4.** Conclusión. **5.** Bibliografía.

## 1. Introducción y planteamiento del problema

En este trabajo se realiza un análisis iusfilosófico de la doctrina sobre las relaciones entre las categorías «tipicidad» y «antijuridicidad» elaborada por la dogmática penal germanista<sup>3</sup>, teniendo como marco la doctrina de los conceptos «prohibición» y «permiso» elaborada por la teoría general del derecho.

Dicho análisis se estructura en dos niveles metodológicos: el primero elabora una descripción sucinta de los términos básicos de la cuestión de las relaciones entre las categorías de la tipicidad y la antijuridicidad penales y de la discusión en torno a las perspectivas «ratio cognoscendi» - «ratio essendi» del injusto, desde la cual se aborda dicha cuestión en la dogmática penal germanista. El segundo nivel desarrolla una reconstrucción teórica de la referida discusión, con miras generar una mayor coherencia de la doctrina del sistema de permisos (“causas” de justificación) en el tratamiento de algunos supuestos que la dogmática penal germanista sustrae de ella y los difiere a otros ámbitos del sistema de eximentes del delito, como los de la culpabilidad o la punibilidad; coherencia que surge de un diálogo de la doctrina de

---

3 Por «dogmática penal germanista» aludiré, en lo que sigue, al conjunto de discursos orientado a la construcción de un sistema de atribución de responsabilidad penal, que ha sido elaborado desde Binding especialmente, hasta nuestros días, por la comunidad científica de profesores penalistas alemanes y, a partir de ella, el realizado por penalistas de diferentes Estados del mundo que han institucionalizado sistemas jurídicos penales a partir de la dogmática alemana.

las prohibiciones y los permisos de la teoría general del derecho con la doctrina de las relaciones entre las categorías de la tipicidad y la antijuridicidad de la dogmática penal germanista.

Este análisis se encamina a sentar algunas bases argumentales respecto de la pertinencia que tiene incorporar la distinción «permisos fuertes» - «permisos débiles» de la teoría general del derecho a la doctrina de las eximentes del derecho penal, concretamente en el tratamiento conceptual y dogmático de algunos supuestos de exención de responsabilidad vinculados a situaciones de necesidad que son concebidas como “causas” de justificación y/o de exculpación, y en cuyo estudio su consideración como «permisos» (débiles), desde la teoría general del derecho, puede resultar de gran utilidad a la dogmática penal del injusto.

Vale señalar que un aspecto central de esta mayor coherencia está determinado por el discurso de la dogmática penal germanista referido a la función de la delimitación de las categorías del injusto y de la culpabilidad jurídicopenales,<sup>4</sup> respecto de la cual son de destacar especialmente dos funciones, epistémica y política de gran trascendencia para la teoría del injusto. Lo anterior teniendo en cuenta, en primer lugar, que la función epistémica de dicha delimitación se encamina a diseñar modelos teóricos (dogmáticas) de imputación de responsabilidad penal que permitan deslindar los aspectos concernientes a la conducta injusta o ilícita de los que se refieren al agente o sujeto responsable, distinción de gran importancia para la racionalidad de dicha imputación, uno de los rasgos distintivos del *ius puniendi* en un Estado de derecho. En segundo lugar, debido a que la función política de la delimitación aludida contribuye a construir discursos de política criminal para un ejercicio del *ius puniendi* (esto es, para la criminalización legal de conductas consideradas penalmente relevantes y para su persecución por vía judicial), compatible con los referentes de legitimidad para él estatuidos por el modelo de Estado constitucional.

Es por ello que en la historia de la dogmática penal moderna y su búsqueda de un aparato conceptual que promueva un ejercicio racional del *ius puniendi*, el debate en torno a las concepciones «*ratio essendi*» - «*ratio cognoscendi*» del injusto

---

4 Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, “El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, No. 2, Chile, Pontificia Universidad católica de Chile, 1995, p. 281: “La distinción material entre antijuridicidad y culpabilidad responde bastante bien a una clasificación intuitiva, frecuentemente utilizada en el discurso moral y también extendida en el derecho, por la cual se viene a diferenciar entre los acontecimientos que producen una alteración perjudicial en un estado de cosas, medida conforme a criterios fundamentalmente objetivos y generales, y la responsabilidad individual de un sujeto por su intervención en dichos acontecimientos.”

constituye una cuestión clásica y medular de la dogmática penal germanista, siempre actual, inacabada y polémica, de la que puede decirse debe ocuparse todo teórico del derecho penal. El que la tipicidad sea tan sólo un “indicio” (*ratio cognoscendi*) de la antijuridicidad o, en su lugar, “esencia” de ésta (*ratio essendi*) por ser «tipo de injusto» o «injusto típico», no es un problema teórico secundario para la construcción de una dogmática del injusto, especialmente cuando se recaba en el contexto político criminal contemporáneo, enmarcado en el debate entre las doctrinas minimalistas<sup>5</sup> y expansionistas<sup>6</sup> del derecho penal, y en el cual tiene gran relevancia la cuestión de las relaciones entre prohibiciones (penales) y permisos.

En efecto, en la justificación del derecho penal de un Estado constitucional, como mínimo o expansivo, no es neutral la elección de alguna de las alternativas teóricas referidas sobre las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad, dado que la proyección en la teoría del injusto penal de la función unitaria que se atribuye a la categoría de la antijuridicidad penal, es decir, de los caracteres de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, está precedida de la forma en que se conciben los permisos en el derecho y su papel en la función del derecho penal y de los restantes sectores del ordenamiento jurídico con respecto a este, que en un Estado constitucional debe funcionar como un derecho residual y subsidiario de aquellos, esto es, como un derecho penal mínimo.<sup>7</sup>

5 Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, “El derecho penal mínimo”, traducción de Roberto Bergalli, Héctor Silveira y José Domínguez, en *Poder y Control*, No. 0, España, PPU, 1986; MARTOS NÚÑEZ, JUAN ANTONIO, “El principio de intervención penal mínima”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, No. 40, Fasc. 1, España, BOE, 1987, p. 101.

6 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, “Sobre la «administrativización» del derecho penal en la «sociedad del riesgo». Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, No. 19, Colombia, Legis, 2007, p. 1: “La expresión «expansión del derecho penal» se ha convertido en un *topos* característico del actual debate político-criminal. Con esta referencia a la expansión lo que se quiere señalar, en esencia, es que desde el punto de vista político-criminal no se vive una fase caracterizada por la descriminalización, sino por un claro proceso creciente de criminalización que, por otra parte, teniendo en cuenta el horizonte actual de reformas, parece no tener fin.”

7 Al respecto, vale anticipar la hipótesis de la existencia de un déficit de los discursos expansionistas del derecho penal en cuanto a su desarrollo de la concepción del ilícito penal como un injusto *cuilificado*, esto es, *subsidiario* (por lo menos en algunas ocasiones) de la existencia de algunos ilícitos de los restantes sectores del orden jurídico, con lo cual se hace del *ius puniendi* la *prima ratio*, es decir, el primer y primordial recurso estatal para la resolución de la mayoría de conflictos sociales, afirmando con ello la superfluidad de los restantes órdenes extrapenales del derecho para agenciarlos, algo de difícil compatibilidad con un Estado constitucional que como proyecto de civilidad pretenda ser coherente con la orientación del derecho penal como un instrumento estatal de carácter fragmentario o subsidiario y *última ratio*. Sobre el principio de intervención penal mínima, cfr., MARTOS NÚÑEZ, JUAN ANTONIO, “El principio de intervención penal mínima”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, No. 40, Fasc. 1, España, BOE, 1987, p. 101.

El carácter subsidiario del derecho penal en un Estado constitucional implica desplegar el criterio de necesidad de intervención (y los caracteres de *ultima ratio*, fragmentariedad y accesoriedad de él derivados para el control social formal) en la valoración de injusto o ilícito penal, la cual es el resultado del análisis proposicional de los enunciados prohibitivos y permisivos, criterio que indudablemente representa la alternativa teórica y normativa más idónea para garantizar que el *ius puniendi* funcione como un instrumento residual o subsidiario de los restantes sectores extrapenales del ordenamiento jurídico, de modo que estos no resulten superfluos para la intervención en los conflictos sociales.<sup>8</sup>

Con miras al desarrollo de estos planteamientos el texto se estructura en dos partes. La primera contiene una descripción sintética del estado de la cuestión de las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad presentada a la manera de consensos básicos en la teoría del delito germanista con respecto a dicha cuestión (II). La segunda incluye una reconstrucción de la dogmática de la función unitaria de la categoría de la antijuridicidad desde una concepción *ratio essendi* en lugar de una *ratio cognoscendi* de las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad, como concepción de esta función de más coherencia para el sistema de derecho penal de un Estado constitucional (III).

## 2. Consensos básicos de la dogmática germanista del injusto penal en torno a las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad

En la dogmática jurídicopenal germanista existe consenso en torno a la afirmación de que la antijuridicidad, como categoría del sistema del delito, desempeña una función unificadora del ordenamiento jurídico de un Estado constitucional.<sup>9</sup> Esta

8 Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, "La categoría de la antijuridicidad en el derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIV, Fasc. III, 1991, BOE, España, 1991, pp. 752-753: "El principio de intervención mínima vigente en Derecho Penal, con las ideas de fragmentariedad y última ratio a él inherentes, sienta las bases de lo que va a constituir el injusto típico. A él hay que añadir lo que constituye el fondo de verdad del globalmente rechazable postulado de la naturaleza secundaria del Derecho Penal: La correcta afirmación de que los criterios de selección del injusto penal obedecen a pautas valorativas propias y autónomas del Derecho Penal, no puede hacer olvidar que éste realiza tal selección a partir de los ilícitos de los otros sectores jurídicos".

9 Cfr. LARRAURI PIJOÁN, ELENA. "Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales*, Tomo 48, Fasc/Mes 3, BOE, España, 1995, p. 865: "De este modo la tarea de la antijuridicidad estriba en, afirmada la existencia de un comportamiento típico, comprobar que este comportamiento típico no se «neutraliza» con algún permiso proveniente de otro sector del ordenamiento jurídico que autorice la lesión al bien jurídico. Esta función unificadora de la categoría de la antijuridicidad en la teoría del delito implica la toma en consideración en el derecho

función suele estar relacionada con el «principio de unidad del ordenamiento jurídico» de la teoría general del derecho, en virtud del cual los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho, en medio de la pluralidad de sectores que los integran,<sup>10</sup> deben propender por una determinación, lo más clara posible,<sup>11</sup> del marco de derechos subjetivos, potestades, libertades o competencias para actuar que tienen los ciudadanos, así como de las conductas que les están prohibidas, mandadas o fijadas como deberes u obligaciones de acción u omisión.

Esta seguridad jurídica mínima pero indispensable del derecho (penal) de un Estado constitucional, a partir de la mayor claridad deontológica posible de las disposiciones jurídicas primarias,<sup>12</sup> implica evitar incurrir, especialmente, en dos problemas: de un lado, en las contradicciones normativas, es decir, en la doble y contradictoria tipificación y valoración de conductas como prohibidas y permitidas a la vez y, de otro lado, en los vacíos o “lagunas” normativas, es decir, la omisión de regulación para la protección de intereses jurídicos relacionados con derechos subjetivos.<sup>13</sup>

---

penal del ordenamiento jurídico en su conjunto (permisos y deberes) a la luz del cual se valorara el comportamiento que ha infringido una norma penal”.

- 10 Cfr. Díez RIPOLLÉS, “La categoría de la antijuridicidad en el derecho penal”, cit., p. 716: “El principio de la unidad del ordenamiento jurídico no debe hacer olvidar que cada uno de los sectores de éste, además de atender a la finalidad general, es decir, garantizar las condiciones de existencia internas y externas de una comunidad, ha de satisfacer fines parciales derivados de ese fin general y ligados a las peculiaridades de su materia de regulación. Es en ese contexto que debe entenderse la prohibición de contradicciones valorativas, y con mayor razón normativas, atribuida a tal principio: El rechazo de las primeras pretende evitar un tratamiento diferenciado de realidades sustancialmente idénticas pero no pasar por alto las peculiaridades de esas realidades a las que cada sector específicamente atiende, mientras que las segundas, en la misma dirección pero más crasas, consisten en que el ordenamiento jurídico atribuye a una misma conducta consecuencias jurídicas mutuamente excluyentes.”
- 11 Cfr. NAVARRO, PABLO/MANRIQUE, LAURA, “El desafío de la taxatividad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol., LVIII, BOE, España, p. 819: “Las leyes precisas sirven para generar certeza jurídica, i.e. posibilidad de conocer las consecuencias normativas de las acciones. La precisión de las leyes es indispensable para que los individuos puedan diseñar y desarrollar planes de vida. La protección institucional de estos márgenes de libertad individual es una manera de reconocer dignidad moral a los individuos y, por ello, la certeza jurídica se considera un valor central del Estado de Derecho.”
- 12 Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito”, cit., pp. 19-20: “En todo el orden jurídico, pero de manera especialmente intensa en derecho penal, las disposiciones normativas deben ofrecer seguridad a los destinatarios de los deberes jurídicos, reduciendo cuanto sea posible la incertidumbre acerca de la extensión de lo prohibido y cerrando el paso a la arbitrariedad en la imposición de consecuencias jurídicas.”
- 13 Cfr. Al respecto, TIEDEMANN, KLAUS, “Constitución y derecho penal”, traducción de Luis Arroyo

La atribución de esta función unificadora o de desarrollo del principio de unidad del ordenamiento jurídico a la categoría de la antijuridicidad penal constituye un problema central en la investigación acerca de las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad en la dogmática del injusto penal, y, al tiempo, entre prohibiciones y permisos en la teoría general del derecho,<sup>14</sup> en la cual tiene gran relevancia el análisis de tres cuestiones dogmáticas básicas, respecto de cuyas proyecciones teóricas en la doctrina penal germanista del injusto hay matices de comprensión:

(i) La cuestión del origen y los efectos de las disposiciones *prohibitivas*: ¿tienen estas *origen y efectos específicos* en y para cada sector del ordenamiento jurídico y, en el caso del derecho penal, se trata entonces de prohibiciones *jurídicopenales* o, por el contrario, existen prohibiciones generales para todo el derecho?

(ii) La cuestión de los efectos de las disposiciones *permisivas* (“causas” de justificación), que teniendo su *origen* en un sector específico del orden jurídico ¿tienen (todas) *efectos generales* para todo el ordenamiento jurídico?

(iii) La cuestión de las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad y, con ello, entre prohibiciones y permisos: ¿es la tipicidad un indicio o indicador de la antijuridicidad de la conducta<sup>15</sup> y, en tal medida, un juicio específico de *antinormatividad penal* («*ratio*

---

Zapatero, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 33, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1991, p. 165: “Junto al control negativo sobre la constitucionalidad de los tipos penales creados por el legislador, aparece de esta manera un control positivo en el sentido de que el legislador está obligado, o, en su caso, puede estarlo, a suprimir una laguna de protección penal mediante la creación de nuevos tipos penales. Este deber rige, más allá del expreso mandato constitucional de castigar la alteración de la vida pacífica de los pueblos contenidos en el artículo 26.1 GG, allí donde se trate de valores objetivos fundamentales de la Constitución o de bienes jurídicos fundamentales, en el sentido de la concepción objetiva de los derechos fundamentales como orden de valores.”

14 Cfr. ORTIZ DE URBINA, IÑIGO, “De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo” en *Indret*, No. 3, España, 2008, pp. 10-11, texto que, aunque está dedicado a la teoría de los elementos negativos del tipo (TENT), contiene afirmaciones extensibles a la problemática de las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad como expresión de las relaciones entre prohibiciones y permisos desde la perspectiva de la teoría general del derecho: “Desde el punto de vista de la teoría del Derecho, la TENT no es una teoría sobre la relación entre la tipicidad y la antijuridicidad penal, sino una más general sobre la relación entre distintas normas. [...] La relación entre tipo y antijuridicidad presenta una obvia semejanza con la discusión sobre los enunciados permisivos en teoría del Derecho. En la doctrina penal la relación entre ambas categorías se concibe principalmente de dos maneras: por un lado, como un problema de la relación existente entre las normas de mandato y las de permisión, estando ubicadas las primeras en la tipicidad y las segundas en la antijuridicidad (perspectiva de la doctrina mayoritaria); por otro, como un problema de definición de la conducta antijurídica (así, la TENT, que entiende que la definición de la conducta antijurídica incluye como elementos negativos los presupuestos de las causas de justificación).”

15 Cfr. MAYER, MAX ERNST, *Derecho penal. Parte general*, traducción de Sergio Politoff Lifschitz, Editorial BdF, Uruguay, 2007.



*cognoscendi*») o es antijuridicidad tipificada por el derecho penal y, en consecuencia, el tipo penal es «tipo de injusto» y la tipicidad «injusto típico» (*«ratio essendi»*)?

## 2.1 El origen y los efectos de la ilicitud (penal): ¿autonomía del derecho penal o interdependencia con los sectores extrapenales del orden jurídico?

A partir de la tipificación de conductas como prohibiciones o mandatos de hacer o abstenerse de hacer penales, la doctrina del injusto de la dogmática penal germanista se ha ocupado de la cuestión de la “autonomía (o no) de la ilicitud” (penal) como una de las implicaciones teóricas de la problemática de la función unitaria de la antijuridicidad penal. En efecto, el que a través de la tipificación de prohibiciones o mandatos cada sector del ordenamiento jurídico cree (o no) su “propio” ilícito, a partir de sus respectivos fines (que en el caso del derecho penal son diferentes a los de los restantes sectores de dicho ordenamiento), o de fines generales del derecho, origina para la dogmática penal una cuestión relacionada con el papel que cumplen las “causas” de justificación o los permisos en la valoración de dicha ilicitud (como “penal” o “general”).

Esta cuestión de la “autonomía” de la ilicitud (penal) es estudiada por la dogmática penal germanista mediante dos alternativas teóricas respecto de las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad. La primera es la «concepción *ratio cognoscendi*»,<sup>16</sup> conforme a la cual el injusto es un concepto general y unitario para todo el ordenamiento jurídico, generando unas relaciones entre los diferentes injustos y el jurídico-penal, especialmente a partir de las “causas” de justificación, que implican que “todo injusto penal será potencialmente un injusto extrapenal aunque no viceversa” (civil, administrativo, disciplinario, etc.), siempre y cuando el extrapenal esté previsto como tal en el respectivo sector del ordenamiento jurídico.

Conforme a esta concepción el injusto penal, como valoración contrastada entre la tipicidad y la antijuridicidad, es un ilícito “más” dentro del plano de ilicitudes posibles en el ordenamiento jurídico y sus sectores, siendo la tipicidad penal de una conducta una indicación del carácter antijurídico de ella, lo que hace irrelevante el carácter ilícito extrapenal de un comportamiento para su posible ilicitud en el ámbito jurídico-penal. En consecuencia, la concepción en materia de relaciones entre tipicidad y antijuridicidad que se corresponde con esta tesis, es la que entiende el injusto penal como la “conducta típica y antijurídica”.<sup>17</sup>

16 A la que REYES denomina “concepción extrapenal de la antijuridicidad”. Cfr. REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *La antijuridicidad*, Temis, Colombia, 1991, p. 13.

17 Cfr. JESCHECK, HANS HEINRICH, “Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada”,

Como puede verse, según esta concepción lo que cualifica al injusto penal respecto a otros ilícitos del ordenamiento jurídico es la gravedad de sus consecuencias, especialmente la pena, y no tanto los objetos o la materia de regulación jurídicopenal, lo cual incide en que el criterio para determinar el alcance general de la justificación penal a efectos de la unificación del ordenamiento que se atribuye a la categoría de la antijuridicidad penal, de lugar a una concepción de esta categoría como un juicio independiente y autónomo a la tipicidad.

En segundo lugar se encuentra la «concepción *ratio essendi*».<sup>18</sup> Bajo esta concepción, la llamada función unitaria de la antijuridicidad significa que el ilícito penal es el más grave de los diversos ilícitos del ordenamiento jurídico, valorativamente hablando, en cuanto sus fines y contenidos de desvalor<sup>19</sup> (debe ocuparse de los ataques más lesivos que puedan dirigirse contra los bienes jurídicos<sup>20</sup> y, así mismo, impone la consecuencia jurídica más violenta con la que cuenta el ordenamiento estatal)<sup>21</sup>, de tal manera que “todo injusto penal es por ello, *potencialmente*, también un injusto civil, administrativo, laboral, etc.”<sup>22</sup> Este planteamiento corresponde a la

---

traducción de Ángel Sanz Morán, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, No. 39-I, BOE, España, 1986, p. 13-14: “La contraposición de tipo y antijuridicidad posibilita además la comprensión de las causas de justificación como preceptos permisivos autónomos por medio de los cuales el ordenamiento jurídico proporciona, en una determinada situación, una solución vinculante a un conflicto entre valores”.

- 18 Que REYES ECHANDÍA describe como la “concepción penalística de la antijuridicidad”. Cfr. REYES ECHANDÍA, *La antijuridicidad*, *cit.*, pp. 13 y 19.
- 19 Fines y (des)valoraciones que surgen, de modo principal, de la relación entre política criminal e injusto, a partir del concepto de «bien jurídico». Al respecto, cfr. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Temis, Colombia, 1982, p. 66: “Al ligar injusto con política criminal resulta ineludible preocuparse del bien jurídico. Pareciera pues que el bien jurídico es justamente el concepto que determina la unión entre ambos términos, injusto y política criminal.”
- 20 Sobre el concepto de bien jurídico, sus problemas de justificación y su relevancia en la teoría del injusto, cfr. BUSTOS, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, *cit.*, p. 17: “el bien jurídico, como algo concreto, pero que al mismo tiempo surge de la vida del cuerpo social surge como una síntesis normativa (fijada por el ordenamiento) de una relación social determinada y dinámica.”
- 21 Cfr. DE TOLEDO, OCTAVIO y UBIETO, EMILIO, “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 43, Fascículo I, BOE, España, 1990, p. 9: “las leyes penales no pueden amparar con sus normas intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución. Ni tampoco pueden proteger aquellos otros que, siendo constitucionalmente viables, reciben tutela bastante por parte de las demás ramas del Derecho. De manera, en relación con esto último, que si para llevar a cabo el control social que pretende el Derecho, se observa que son suficientes otros mecanismos jurídicos menos traumáticos que los penales, se tiene que recurrir a aquellos y desechar estos.”
- 22 Cfr. MAURACH, REINHART, *Tratado de derecho penal. Tomo I*, traducción de Juan Córdoba Roda, Ariel, España, 1962, p. 364: “La división del Derecho en parcelas tradicionales –derecho administrativo

tesis del «*injusto típico*», conforme a la cual el tipo penal constituye *ilícito tipificado penalmente*, esto es, el tipo penal es «*tipo de injusto*».

Para esta concepción la antijuridicidad que interesa al derecho penal constituye un juicio que recae sobre la conducta descrita en la prohibición o mandato *penal* y no en otro sector del ordenamiento, juicio que por estar referido al comportamiento descrito como *típico* (de injusto) en esa prohibición o mandato penal<sup>23</sup> lo está también potencialmente en algún otro sector del ordenamiento, salvo que exista una causa de justificación que valide o autorice la conducta típica, que por serlo es injusta. En consecuencia, la concepción en materia de relaciones entre tipicidad y antijuridicidad que se corresponde con esta tesis, es la que entiende el injusto penal como la “conducta típicamente antijurídica”.<sup>24</sup>

## 2.2 Las disposiciones permisivas o “causas” de justificación y su origen y efectos jurídicos: ¿generales o específicos (penales)?

La dogmática penal germanista, al abordar el problema de las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad, aboca el estudio de las denominadas “causas” de justificación, el cual se encuentra condicionado por cada una de las dos alternativas

---

y derecho político, derecho civil, derecho procesal, derecho penal, etcétera— sirve tan sólo al aseguramiento y afianzamiento del orden jurídico. Esta clasificación no debe, sin embargo, hacernos creer que una misma acción esté prohibida por una determinada rama del derecho, permitida por otra, y considerada incluso necesaria por una tercera. El injusto es, pues, un concepto unitario. [...] cuando en ocasiones se habla impropiaemente de un injusto civil o uno administrativo, se expresa no que el acto en cuestión se presenta como injusto a la luz del derecho civil o del derecho administrativo, sino simplemente que *ese injusto* no produce *consecuencias específicamente jurídicopenales por falta de su tipificación* dentro de las figuras penales.” (Resaltados añadidos).

23 Cfr. REYES, *La antijuridicidad*, cit., p. 18.

24 Cfr. SCHÜNEMANN, BERND, “La política criminal y el sistema del derecho penal”, traducción de Margarita Martínez Escamilla, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, No. 3, BOE, España, 1991, p. 703: “La diferenciación tradicional entre tipicidad y antijuridicidad se manifiesta bajo este punto de vista como una diferenciación simplemente técnico-jurídica, cuya importancia ha sido excesivamente sobrevalorada en la dogmática alemana desde los días de Beling y Liszt. La antijuridicidad, es decir, el carácter prohibido de la acción, en el sentido de la teoría general del Derecho, desde esta forma de contemplación no heurística ni didáctica, sino referida a valores y objetivos, no constituye ningún escalón valorativo definitivo, sino sólo una condición necesaria, aunque no suficiente, para el injusto específicamente jurídicopenal. Por ello, la tesis de Hans-Ludwig Günther, tan vehemente discutida en los últimos años en Alemania, según la cual, junto a las causas de justificación que excluyen cualquier colisión con el ordenamiento jurídico global, también deben de ser reconocidas las causas que excluyen el injusto penal y que eliminan tan sólo el desvalor jurídico-penal cualificado, resulta perfectamente plausible desde un planteamiento teórico, aunque realmente no es más estimulante que el reconocido de los elementos de tipo formulados negativamente

descritas: de un lado, desde la concepción *ratio cognoscendi*, estas “causas” son supuestos de exclusión de la antijuridicidad, no de la tipicidad, aunque sí indirectamente de ella teniendo en cuenta que el efecto de las causas de justificación es la exclusión del injusto. De otro lado, desde la concepción *ratio essendi*, como supuestos que excluyen la tipicidad (predicada respecto de un tipo de injusto) debido a la autorización ulterior de la conducta prohibida enunciada en dicho tipo.

Ahora bien, independientemente de la perspectiva asumida, hace parte de la construcción de la doctrina sobre la función unitaria de la antijuridicidad como categoría de la teoría del delito, la cuestión del origen y los efectos (para el derecho penal y/o para todo el ordenamiento jurídico) de las “causas” de justificación o permisos.<sup>25</sup> Esta cuestión de la función unitaria de la antijuridicidad a partir de la relevancia que en su valoración adquieren las “causas” de justificación», suele implicar el siguiente planteamiento de partida: “declarar que un comportamiento está justificado, es declarar que este comportamiento es *conforme a derecho*.”;<sup>26</sup> o, en otros términos, implica afirmar que “una causa de justificación proviene de y produce efectos en todo el ordenamiento jurídico.”<sup>27</sup>

Sobre esta cuestión es de gran importancia la distinción entre “causas de justificación *generales*” y “causas de justificación *genuinamente penales*”, acuñada por Günther.<sup>28</sup> A partir de ella este autor distingue entre una “antijuridicidad *general*”

25 Cfr. LARRAURI PIJOÁN, “Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad”, cit., pp. 864-865.

26 Cfr. LARRAURI PIJOÁN, “Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad”, cit., p. 865.

27 Cfr. LARRAURI PIJOÁN, ELENA. Causas de justificación: Criterios de identificación en Hassemer, Winfried/Larrauri, Elena. *Justificación material y justificación procedimental en derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 55; en contra BUSTOS, “Antijuridicidad y causas de justificación”, en *Nuevo Foro Penal*, No. 67, Eafit, Colombia, 2005, p. 59: “lo que es lícito para el derecho penal no necesariamente lo será en todo el ordenamiento jurídico. Por lo demás ello es lo que sucede de modo general en el ordenamiento jurídico, pues un hecho puede ser lícito en el ámbito civil y ser sancionado en lo administrativo.”

28 Cfr. LARRAURI PIJOÁN, “Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad”, cit., pp. 872-873: “Son causas de justificación generales: los deberes de actuar; los derechos fundamentales constitucionales; la legítima defensa y el estado de necesidad justificante. Estas son generales porque son previas al derecho penal o están reguladas de igual forma en todos los sectores del ordenamiento jurídico. Sus efectos son: conceder un permiso de actuar, imponer una obligación de tolerar y producir efectos en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. Por el contrario tienen el carácter de específicas (causas de exclusión del injusto penal): el consentimiento expreso o presunto; los elementos que restringen el alcance de algunos tipos penales (p.ej. 193 StGb; 218 StGb; 240 StGb); los casos de disminución del injusto (p.ej. agresiones de los padres a sus hijos o de los maestros en el ejercicio del derecho de corrección; manifestaciones pacíficas; objetores de conciencia). Estas son específicas porque producen sus efectos exclusivamente en el seno del derecho penal, eliminan el injusto penal, pero no prejuzgan su valoración por el resto del ordenamiento jurídico y no generan un deber de tolerar. Las causas de exclusión del injusto (específicamente penales) no excluyen la valoración antijurídica general del ordenamiento jurídico. Lo único que eliminan es el juicio de desaprobación penal del comportamiento. Estas causas de exclusión del

y una “antijuridicidad *genuinamente penal*”, en el marco de su “teoría teleológica de la antijuridicidad”. Esta surge con el propósito de proyectar a cabalidad, en la antijuridicidad, la propuesta de funcionalización político-criminal de las categorías del sistema del delito iniciada por Roxin.<sup>29</sup>

Desde este punto de partida Günther distingue las dos clases de antijuridicidad mencionadas, a partir de la generalidad/especificidad de las causas que la excluyen, toda vez que para él la doctrina de las causas de exclusión del injusto *penal* debe partir de la existencia de “*causas de justificación de diversa intensidad*”, que son consecuencia de las que denomina *diferencias de fuerza justificante* entre las distintas causas de justificación del injusto.<sup>30</sup>

Esta jerarquización de las causas de justificación, a partir de la cual Günther predica de algunas una “eficacia justificante decreciente”<sup>31</sup>, le lleva a formular las categorías de «*antijuridicidad general*» y «*antijuridicidad penal*», entendiendo la primera como un concepto de la teoría general del Derecho cuyo aspecto negativo está representado por las «*causas de exclusión del ilícito general*» y, la segunda, como una categoría de la teoría del delito desde la cual se configura el criterio del injusto específicamente penal, cuya dimensión negativa está representada por las «*causas de exclusión del ilícito penal*», que a su vez divide en *impropias* y *propias*.<sup>32</sup>

Las *impropias* las asimila a normas permisivas de carácter general, de derecho natural, metajurídicas o supralegales. Sostiene que constituyen excepciones a las normas primarias, es decir, a los deberes o prohibiciones, por lo que siempre excluyen el carácter injusto del comportamiento típico. Las *propias*, a las que considera como la regla en materia de exclusión de lo ilícito *penal* –con lo que se denota su naturaleza

---

injusto penal se limitan a señalar, de acuerdo a criterios penales (“teleológicos”), que la conducta no es suficientemente grave como para ser necesaria una pena, pero no prejuzgan la valoración que el resto del ordenamiento jurídico realiza del comportamiento y en consecuencia no conceden un permiso de actuar.”

29 Cfr. ROXIN, CLAUS, *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, 2ª ed., Hammurabi, Argentina, 2000.

30 Cfr. GÜNTHER, HANS LUDWIG, “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal”, traducción de Diego Luzón Peña, en Mir Puig, Santiago/Luzón Peña, Diego (Eds.). *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, Aranzadi, España, 1995, p. 53.

31 Cfr. GÜNTHER, “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal”, *cit.*, p. 53.

32 Cfr. GÜNTHER, “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal”, *cit.*, p. 56: “Estas causas de exclusión del injusto penal rigen sólo para el ámbito interno del derecho penal, prescribiendo que desaparezca el injusto jurídico-penalmente relevante. Pero no se decide si el hecho es conforme a Derecho o antijurídico en el sentido del Derecho civil o del Derecho público, pues esa valoración tienen que efectuarla el propio Derecho civil o, respectivamente, el propio Derecho público de acuerdo con sus misiones y funciones.”

específica jurídicopenal—, las entiende como excepciones a las normas secundarias del ordenamiento, es decir, a la sanción penal, razón por la cual no excluyen en forma necesaria el carácter ilícito de la conducta típica sino sólo la *desaprobación penal de la misma*. Con base en este planteamiento es que adscribe al ámbito de las causas impropias de exclusión del injusto penal la legítima defensa y el estado de necesidad por conflicto entre bienes de diferente entidad con salvación del de mayor valor.

Respecto a la discusión sobre la teoría de la justificación y la teoría del injusto, Günther disiente, entonces, del criterio mayoritario en la dogmática penal germana que “rechaza que haya reglas específicamente jurídico-penales de exclusión del injusto y de ese modo rechaza también la existencia de especiales causas de exclusión del injusto penal.”<sup>33</sup> Ello se debe, según el autor, a que esta posición “parte de la base de que el segundo elemento del delito, la antijuridicidad, a diferencia del primero (el tipo de injusto), no se refiere al injusto *penal*, sino que describe el límite entre derecho e injusto; todas las causas de justificación se conciben como *reglas permisivas (o de autorización)*, y como el ordenamiento jurídico no puede permitir en una rama del Derecho lo que no permite en otra, para evitar contradicciones entre normas, tiene que concordar las reglas de la exclusión del injusto en todas las ramas del Derecho. Esta opinión coincide con la tesis de que las causas de justificación tienen que ser siempre reglas permisivas o de autorización.”<sup>34</sup>

La distinción de Günther<sup>35</sup> puede sintetizarse en las tres consideraciones dogmáticas siguientes:

En cuanto a los *objetos* de ambos juicios de antijuridicidad: el de la *general* versará sobre un *comportamiento humano* incorporando la mayor parte de particularidades

33 Cfr. GÜNTHER, *La clasificación*, cit., p. 52.

34 Cfr. GÜNTHER, *La clasificación*, cit., p. 52: “En consecuencia, para la dogmática penal sobre la justificación debe ser indiferente si el ordenamiento jurídico considera la conducta del sujeto deseada y ejemplar o si “sólo la llega a tolerar”, ya que para esta posición la causa de justificación como regla permisiva siempre concede al autor un *derecho* a intervenir y fundamenta así automáticamente para la víctima un *deber* de soportar la intervención”. Sobre la cuestión del deber de tolerancia derivable del derecho de necesidad y sus problemas conceptuales y justificatorios, puede verse a MANRIQUE, LAURA, “Derechos de necesidad y deberes de tolerancia. Una introducción”, en *Discusiones*, No. 7, Universidad Nacional del Sur, Argentina, 2007, pp. 9-23.

35 Sobre la cual es lapidario SCHÜNEMANN, “La política criminal y el sistema del derecho penal” cit., p. 704: “Por ello, la tesis de Hans-Ludwig Günther, tan vehemente discutida en los últimos años en Alemania, según la cual, junto a las causas de justificación que excluyen cualquier colisión con el ordenamiento jurídico global, también deben de ser reconocidas las causas que excluyen el injusto penal y que eliminan tan sólo el desvalor jurídico-penal cualificado, resulta perfectamente plausible desde un planteamiento teórico, aunque realmente no es más estimulante que el reconocido de los elementos de tipo formulados negativamente; sin embargo, al igual que ésta última, la tesis de Günther no encuentra en la práctica un ámbito de aplicación digno de mención.”

posibles a la luz del ordenamiento jurídico, mientras que el de la *penal* recaerá sobre la *conducta típica*, involucrando criterios exclusivamente jurídico-penales.

(ii) En cuanto a las *relaciones* entre antijuridicidad general y antijuridicidad penal: en esta postura se predica una *relación de subordinación* de la segunda hacia la primera. Tal subordinación implica que toda conducta *generalmente* antijurídica tendrá necesariamente la característica de antijuridicidad penal, mas no toda conducta antijurídica penal tiene necesariamente que ser antijurídica para la generalidad del ordenamiento jurídico.

(iii) En cuanto a las *consecuencias* de las causas de exclusión de las antijuridicidades: las causas de exclusión de la antijuridicidad *penal* se limitan a desvirtuar el juicio de desvalor de injusto del comportamiento típico (excluyen el tipo penal), restricción que no tienen las excluyentes de la antijuridicidad *general*, que tienen efectos no sólo penales sino también para todo el ordenamiento jurídico.<sup>36</sup>

### 2.3 El juicio de injusto penal y sus funciones teóricas: ¿juicio de antijuridicidad “penal” o juicio de antijuridicidad “general”?

Uno de los problemas teóricos centrales de la doctrina del injusto de la dogmática penal germanista es el de las relaciones entre las categorías de la tipicidad y la antijuridicidad. Estas relaciones admiten tipologías muy diversas, pudiendo orientarse, entre otras posibilidades, a la dilucidación de relaciones lógicas, metodológicas y axiológicas (político-criminales) suscitadas entre las referidas categorías. En la dogmática penal germanista la evolución del problema de estas relaciones remite al estudio de las estructuraciones tripartitas, bipartitas e incluso monolíticas del sistema del delito.<sup>37</sup> Estas doctrinas, como es comprensible, han dado origen a diversos conceptos de injusto, que son relevantes para el tratamiento del problema de la unidad del ordenamiento jurídico como una función de la categoría de la antijuridicidad penal.

A este respecto existen dos grandes doctrinas: las de la *ratio cognoscendi* y la *ratio essendi*. Conforme a la doctrina de la *ratio cognoscendi* el injusto es concebido

36 Cfr. LARRAURI PIJOÁN, “Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad”, *cit.*, pp. 871-876; CORTÉS, ROSA, “La Función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del derecho penal”, en Schünemann, Bernd/De Figueiredo, Jorge (coords.)/Silva Sánchez (ed. española), *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, España, 1995, pp. 267-278.

37 Cfr. CARDENAL MONTRAVETA, SERGI, *El tipo penal en Beling y los neokantianos*, Universidad de Barcelona, España, 2002, versión electrónica disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/1410>; ORTIZ DE URBINA, “De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo”, *cit.*

como la conducta típica y antijurídica”, afirmando con ello la separación entre tipicidad y antijuridicidad, que son entendidas como categorías autónomas dentro del sistema del delito, en la que la primera es presupuesto de la segunda. Esta es la doctrina proyectada originariamente por el naturalismo penal germano (la escuela clásica de Liszt-Beling), y reasumida por el finalismo originario (Dohna-Weber-Welzel), con sus respectivas variaciones metodológicas y sistemáticas, conducentes a la teoría del injusto personal. Bajo esta perspectiva el problema entre tipicidad y antijuridicidad es tratado como un asunto de relaciones intercategoriales del sistema del delito, que es estructurado de forma tripartita, al sumarse a estas dos categorías, la de la culpabilidad.

De otro lado se encuentra la doctrina de la *ratio essendi*. Bajo esta se postula la inseparabilidad de las categorías de tipicidad y antijuridicidad, esto es, su concepción como categorías *interdependientes*, no autónomas, de lo que resulta una definición del injusto como ‘ilícito tipificado por el derecho penal’ (*injusto típico*). Con ello el injusto (típico), o mejor el *tipo de injusto*, es una categoría del sistema del delito que incluye a la tipicidad y a la antijuridicidad como parte de su estructura conceptual. Esta doctrina suele conducir a una estructuración bipartita del sistema del Derecho penal, integrado, entonces, por injusto y culpabilidad.

Esta concepción conoce dos vertientes: en primer término, la que afirma la fusión de tipicidad y antijuridicidad como un único juicio valorativo y, como se dijo, como una categoría sistemática del delito, a lado de la culpabilidad (Mezger-Sauer). Conforme a esta perspectiva, el delito se define como la «conducta típicamente antijurídica y culpable», cuestionándose que con ella se llega a una fundamentación monista de la estructura del ordenamiento jurídico, al prescindirse de la autonomía normativa de las reglas permisivas, que son un agregado o elemento de las normas imperativas.

En segundo término se encuentra la doctrina de los elementos negativos del tipo, para la cual la afirmación de la tipicidad implica la de la antijuridicidad, en la medida que el tipo se divide en positivo y negativo, perteneciendo a éste último la justificación y la función unificadora del ordenamiento que en otras sistemáticas se asigna a la antijuridicidad en tanto categoría autónoma. Así, son dos tipos, el positivo y el negativo que, en conjunto, constituyen el “tipo total de injusto”. La variación con la concepción anterior, es que para esta la tipicidad no va precedida de la característica de antijuridicidad, sino que esta es concomitante con aquella, aunque también acuñan la expresión “tipo total de injusto”.



Con variaciones e intersecciones entre ambas posiciones, esta es en la actualidad la postura mayoritaria en la dogmática penal germanista, especialmente de la mano de Roxin y Mir, en Alemania y en España, respectivamente.

### **3. El injusto como norma en sentido estricto: la norma de injusto penal como contenido proposicional que unifica el sentido de la disposición prohibitiva y el de la disposición permisiva**

En esta sección se argumenta la tesis del injusto como norma en sentido estricto (judicial), que contiene la proposición que en torno a una relación jurídicopenal concreta (caso jurídicopenal), unifica el significado semántico y el sentido pragmático de las disposiciones que consagran prohibiciones y de las que establecen permisos respecto de ese caso.

Para este cometido se analizarán dos tipos de problemas: en primer lugar, el que respecta a la cuestión de cómo se realiza la enunciación (proposición individual o concreta) de lo injusto a partir de las disposiciones prohibitivas y permisivas de carácter general, es decir, ¿cómo se enuncia una proposición de injusto jurídicopenal: separada la prohibición de la permisión o conjuntamente con ella? El estudio de este problema se abordará desde el planteamiento de una relación proposicional (sintáctica, semántica y pragmática) entre las prohibiciones penales y los permisos, cercano o próximo a las propuestas de sistemas de delito bipartitas o que tratan el injusto como una única categoría (se insiste, “cercana”, aunque no plenamente correspondiente, con la clásica teoría de los elementos negativos del tipo).<sup>38</sup>

En segundo lugar, se plantea que no puede llevarse a cabo una formulación teórica adecuada de la función unitaria de la categoría de la antijuridicidad penal desligándola de una concepción *ratio essendi* de las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad.

#### **3.1 El juicio de injusto penal como norma en sentido estricto. La teoría de las normas de la teoría general del derecho y su relevancia para la doctrina del injusto de la dogmática penal germanista**

En un Estado constitucional el *ius puniendi*, como potestad de monopolio estatal, no existe por fuera del proceso penal.<sup>39</sup> En consecuencia, como no sucede

38 Cfr. ORTIZ DE URBINA, “De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo”, *cit.*

39 Cfr. PIÑA ROQUEFORT, JUAN IGNACIO, “La decisión penal. Consideraciones sobre la cláusula operativa del

con ningún otro sector del ordenamiento jurídico, los actos de individualización o concreción de las disposiciones penales generales, prohibitivas y permisivas, es decir, las normas penales –en sentido estricto– en cuanto actos concretos de atribución de responsabilidad penal, sólo pueden provenir de las sentencias del poder judicial penal.

Para explicar de mejor modo esta cuestión y adentrarse en sus particularidades, son pertinentes dos distinciones y su articulación. La primera es la conocida distinción conceptual entre el derecho penal «objetivo» y el «subjetivo» que es propia de la dogmática del derecho penal moderno. El derecho penal objetivo consiste en el conjunto de enunciados o disposiciones jurídicos generales que establecen el marco deóntico-general de los comportamientos que son considerados relevantes para el Estado desde el punto de vista jurídico-penal, es decir, las prohibiciones y mandatos. El derecho penal subjetivo se refiere a la titularidad exclusiva que tiene el Estado, a través de la jurisdicción penal, para ejercer la potestad que le asiste de punir los comportamientos que infringen, por acción u omisión, respectivamente, las prohibiciones y mandatos del derecho penal objetivo.

La otra distinción relevante es la que existe entre «disposiciones» y «normas».<sup>40</sup> El Estado constitucional el derecho funciona institucionalizando dos grandes clases de normatividades: los enunciados de carácter general, que pueden ser de dos clases, primarios y secundarios, según que el destinatario sean los ciudadanos o los operadores jurídicos encargados de la resolución de los casos sometidos a su resolución; y, los enunciados de carácter particular o concreto, que surgen de la aplicación de los enunciados generales a los hechos que el derecho considera jurídicamente relevantes mediante su enunciación o tipificación jurídica.

---

sistema jurídico-penal”, en Montealegre Lynett, Eduardo/Caro John, José Antonio (Eds.). *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 503: “Parece evidente que el Derecho penal no puede ni debe escindirse del proceso penal, pues este último es el llamado a ponerlo en práctica y movimiento.”

- 40 Cfr. GUASTINI, RICCARDO, *Distintiendo*, traducción de Jordi Ferrer, Gedisa, España, 1999, pp. 100-101: “A pesar de que el uso común no recoja la distinción, conviene trazar una clara línea de demarcación entre los textos normativos y sus contenidos de significado, introduciendo una terminología *ad hoc*:
- a) Podemos llamar ‘disposición’ a todo enunciado perteneciente a una fuente de derecho.
  - b) Podemos llamar ‘norma’ (no a la misma disposición sino) a su contenido significativo, que es una variable dependiente de la interpretación.

En este sentido la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, la norma su resultado. La disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía por interpretar. La norma es más bien una disposición interpretada y, en ese sentido, reformulada por el intérprete: es, pues, un enunciado del lenguaje de los intérpretes.”

Las *disposiciones* son enunciados jurídicos de carácter *general* que tienen por objeto, de un lado, la regulación de posiciones jurídicas de derechos y deberes de los asociados (a través de «disposiciones primarias» o «de comportamiento») y, de otro lado, la regulación de la aplicación de estas reglas a los casos concretos por los operadores jurídicos («disposiciones secundarias» o «de imputación»).

Las *normas* (incluyendo la de injusto, como se verá), por su parte, son enunciados de carácter *individual o concreto* (proposiciones) que surgen de la aplicación judicial, (del derecho penal en este caso) de las disposiciones de comportamiento y de imputación a situaciones o relaciones jurídicas específicas.

En el ámbito de una teoría de la responsabilidad penal en un Estado constitucional la articulación de las dos distinciones anteriores presenta la siguiente operatividad: en primer lugar, las prohibiciones y los permisos del derecho penal objetivo, en tanto enunciaciones de comportamientos de carácter general, se regulan mediante *disposiciones*. El (juicio de) injusto, por su parte, es enunciado a través de una *norma* (en sentido estricto), que resulta de la valoración o aplicación de disposiciones de comportamiento o primarias, prohibitivas y permisivas, a una situación o caso jurídicopenal concreto, a partir de las disposiciones secundarias o de imputación.

En segundo lugar, en un Estado constitucional las *disposiciones penales* (o normas en sentido amplio), como Derecho penal objetivo, son objeto de formulación, en sentido positivo, de los poderes constituyente y legislativo, por vía de la Constitución y de la legislación positiva, respectivamente, y, en sentido negativo, del tribunal constitucional a través de las sentencias de (in)constitucionalidad proferidas en ejercicio de la jurisdicción constitucional. Por su parte, las *normas penales* (o normas *strictu sensu*), como expresión del derecho penal subjetivo, son producto de la jurisdicción penal y los actos procesales que profiere a través del proceso penal que tienen la característica de resolver de fondo la pretensión punitiva estatal.<sup>41</sup>

En síntesis: las disposiciones penales primarias constitutivas de tipos penales son producto de juicios constitucionales y legislativos expedidos, en su orden, por el constituyente y el legislador (positivo y negativo); las normas penales constitutivas de juicios de injusto son proferidas por la jurisdicción penal ordinaria.

Si se acepta el anterior esquema se puede afirmar que el estudio del Derecho penal objetivo o teoría de las disposiciones penales corresponde a la teoría de la legislación (en un sentido amplio que incluye tanto al legislador penal positivo como

---

41 Cfr. PIÑA ROQUEFORT, JUAN IGNACIO, "La decisión penal. Consideraciones sobre la cláusula operativa del sistema jurídico-penal", *cit.*, p. 508: "El proceso penal, entonces, debe entenderse como el proceso de obtención de la decisión penal."

al negativo), mientras que el estudio del derecho penal subjetivo o teoría de las normas penales corresponde, por su parte, a una teoría de la decisión judicial (penal).

### 3.1.1 El injusto como norma *–strictu sensu–* que unifica el contenido proposicional de las disposiciones prohibitiva y permisiva aplicadas a un caso

El esquema normativo básico descrito es el punto de partida para una teoría de las normas y del sistema jurídico penales en un Estado constitucional. Esta teoría debe dar cuenta de dos específicos niveles de enunciación jurídicopenal, como problema central de una teoría del injusto: el de las disposiciones primarias o de comportamiento –prohibiciones y permisos– y el de las disposiciones secundarias o de imputación de responsabilidad.

Por la finalidad y características del derecho penal, sus disposiciones primarias o de comportamiento *suelen*<sup>42</sup> ser enunciadas a través de la semántica de las prohibiciones (sin reducirse a ellas), haciendo del operador deóntico «prohibido» como su cláusula normativa general: desde un punto de vista gramatical o lingüístico, estas deben estar consagradas de la forma más explícita e inequívoca posible en las disposiciones de carácter general; sin embargo, el derecho penal (objetivo) no está constituido sólo por prohibiciones, sino también por permisos, con la diferencia regulativa de que éstos no requieren una enunciación para cada situación o comportamiento que se pretende regular a través de su tipificación, como sucede con las prohibiciones.

Los permisos son cláusulas de comportamiento que, por tener un contenido deóntico de derechos de actuación (por la vía de una semántica de autorizaciones, libertades, potestades o competencias), no requieren una enunciación rígida o inequívoca como sucede con las prohibiciones; el principio de legalidad de los permisos es amplio, a diferencia del de las prohibiciones que es estricto.<sup>43</sup>

42 A este respecto, cfr. ALCHOURRON, CARLOS/BULYGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1991, p. 216: “Muchos autores consideran que el concepto de permiso no es problemático: el permiso –conforme a un punto de vista ampliamente difundido– no es más que ausencia de prohibición. Este punto de vista puede ser denominado la Tesis Refleja (cfr. Moore, 1973). La Tesis Refleja implica que no existen normas permisivas: todas las normas son imperativas, es decir, establecen prohibiciones u obligaciones (la interdefinibilidad de prohibición y obligación nunca fue cuestionada seriamente). Más aún, si la Tesis Refleja es verdadera se sigue que prohibición y permisión también son interdefinibles: si la permisión es la no prohibición, la prohibición puede ser definida como no permisión”.

43 Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito”, *cit.*, p. 21: “Aunque la certeza es un valor en cualquier sector del ordenamiento, y también en las causas de justificación, su importancia depende directamente de si opera como límite al *ius puniendi* o en

De allí que en una teoría del injusto sea imprescindible el estudio de las diversas relaciones “significativas”<sup>44</sup> que se suscitan entre las disposiciones que establecen prohibiciones y las que establecen permisos; es decir, que sea insoslayable dar cuenta de cómo se relacionan, desde un punto de vista semántico y pragmático, las prohibiciones, que una a una son expresamente establecidas, y los permisos, que son regulados como cláusulas generales de comportamientos autorizados.<sup>45</sup>

Es por ello que la cuestión de las relaciones significativas entre las disposiciones que fijan reglas de comportamiento penales que son prohibiciones y las que son permisos, traducible a la relación entre las categorías de tipicidad y antijuridicidad, constituye el tema central de una teoría del injusto, lo que implica ocuparse de dos grandes problemas ya descritos de esta teoría en términos de estas relaciones significativas: el de las concepciones *ratio essendi* - *ratio cognoscendi* del tipo y la antijuridicidad penales; el del papel que desempeña, una vez analizada y definida la anterior cuestión, el alcance penal o general de las disposiciones de comportamiento permisivas (“causas” de justificación), como parte de la cuestión del principio de legalidad en relación con estas disposiciones.

No sobra reiterar, por supuesto, que tiene sentido estudiar ambos problemas desde una teoría del injusto cuyo marco teórico y normativo básico está representado por el Estado constitucional. Al respecto es relevante reseñar que en este modelo de Estado las disposiciones penales primarias, que tienen como objeto deóntico el establecimiento de prohibiciones y mandatos mediante procesos de tipificación que originan la expedición de los tipos penales, contienen tan sólo una prohibición *prima*

---

dirección opuesta. Todas las buenas razones que hay en el campo de la fundamentación del injusto para dar prioridad a la certeza, que se condensan en la estricta vigencia del principio de legalidad, dejan de tener sentido en la justificación, con lo que el principio de que solo debe ser punible la conducta que presenta una lesividad material suficiente, recupera su papel central en el proceso legislativo.” También MORESO, JOSEP JOAN, “Principio de legalidad y causas de justificación: Sobre el alcance de la taxatividad”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 24, Universidad de Alicante, España, 2001, pp. 538-540, se declara a favor de atemperar el principio de taxatividad penal en materia de causas de justificación.

44 Cfr. VIVES ANTÓN, TOMAS SALVADOR, *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, España, 1996.

45 Cfr. BALDÓ LAVILLA, FRANCESC, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las situaciones de necesidad de las que derivan facultades y deberes de salvaguardia*, José María Bosch Editor, España, 1994, p. 34: “Como la finalidad de las reglas permisivas es la de abarcar la multiplicidad y multiformidad de contextos en los que, según los principios inmanentes al sistema, existen buenas razones para que se *recorten* las reglas de comportamiento particulares, sus enunciados legales han de poseer una enunciación más *abstracta*. De ahí que, en su formulación, se empleen profusamente cláusulas generales y elementos muy “cargados” normativamente”.

*facie*.<sup>46</sup> Con ello, la disposición penal prohibitiva requiere siempre la introducción de una semántica y pragmática complementarias, paralelas o coetáneas: las de las disposiciones o reglas de comportamiento permisivas (“causas” de justificación).

Estas son la “segunda cara de la moneda”, que en caso de existir alguna disposición permisiva que autorice o “neutralice” la conducta *prima facie* prohibida, esto es, adecuada *en principio* a un tipo que establece una prohibición, la significación *prima facie* de esta resulta derrotada, haciendo la conducta prohibida *prima facie*, permitida *en definitiva*. Cuando se valora la inexistencia de una disposición permisiva, la conducta *prima facie* prohibida da lugar a la afirmación del injusto, esto es, a una conducta *prohibida que es ilícita en definitiva*.<sup>47</sup>

En síntesis, la valoración de una conducta como ilícita; el juicio de injusto en tanto norma en sentido estricto (judicial) que declara la ilicitud definitiva de una conducta, es el resultado del contenido proposicional surgido de la significación (semántica y pragmática) conjuntamente determinada<sup>48</sup> de la prohibición y el permiso (en caso de existir este), en virtud del cual se valora como prohibida en definitiva o permitida en definitiva una conducta *prima facie* típica.<sup>49</sup>

---

46 Cfr. MORESO, JOSEP JOAN, “Principio de legalidad y causas de justificación: Sobre el alcance de la taxatividad”, *cit.*, p. 526; también HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, España, 1984. p. 262, quien caracteriza el juicio de tipicidad como *provisional*: “Comparado con el conjunto de informaciones que se necesita para responder la cuestión de la punibilidad de un comportamiento, el ámbito de la tipicidad es insuficiente. [...] La respuesta definitiva a esta cuestión se elabora en el ámbito de la «antijuridicidad». En él se tipifican situaciones en las que, excepcionalmente, el derecho penal no convierte en definitivo el juicio provisional que hace sobre el carácter injusto de un comportamiento que ya ha sido calificado de típico.”

47 En sentido diferente parece plantearlo MIR PUIG, SANTIAGO, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Criminet, España, 2004, p. 11, aunque concluye introduciendo el concepto de tipicidad «completa»: “Cada una de estas valoraciones es definitiva, no sólo provisional o *prima facie* y condicionada a que no concurra alguna causa de justificación y el hecho infrinja una norma primaria. Por ello explican, por sí mismas, el significado específico de los dos niveles de imputación típica objetiva (imputación de la conducta e imputación del resultado) y el del nivel siguiente de imputación subjetiva. Si concurren todas, se añadirá la valoración correspondiente a la tipicidad completa.”

48 Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, *cit.*, p. 9: “Téngase en cuenta que la norma primaria no se formula expresamente, sino que se transmite tácitamente, y que tampoco se dice expresamente qué eximentes justifican y por tanto permiten el hecho típico. Si ambas cosas se entienden por una interpretación del sentido material de los preceptos en juego, nada impide considerar también que el mensaje normativo final (la norma en su verdadero alcance, que no prohíbe los hechos típicos justificados) es el resultado de la interpretación global de dichos preceptos.”

49 Cfr. BALDÓ LAVILLA, FRANCESC, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las situaciones de necesidad de las que derivan facultades y deberes de salvaguardia*, *cit.*, p. 35, para quien las

La concepción *ratio cognoscendi* del tipo soslaya esta relación proposicional entre las prohibiciones y los permisos. Describe la distinción entre estas dos clases de disposiciones de comportamiento pero, al tratarlas como enunciaciones *aisladas*, no da cuenta de cuál es la *relación proposicional (semántica y pragmática)* suscitada entre ellas. La concepción *ratio cognoscendi* no explica, entonces, la estructura del injusto como norma *strictu sensu* que plasma de forma unificada el contenido proposicional de las disposiciones de comportamiento penales (prohibiciones y permisos) aplicadas a un caso<sup>50</sup>.

En su lugar, la concepción *ratio essendi* de las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad posibilita esta relación proposicional al dar cuenta de la estructura compleja del injusto y sus valoraciones de tipicidad *prima facie* y de (anti)juridicidad o (i)licitud *definitivas*; esto es, esta concepción es más idónea para desarrollar una dogmática del injusto penal de mayor compatibilidad con el modelo de Estado constitucional, al teorizar la norma *strictu sensu* de injusto a partir de la relación proposicional entre prohibiciones y permisos y, con ello, entre tipicidad y antijuridicidad penales.

### 3.1.2 Los principios de clausura para la plenitud y completitud del ordenamiento jurídico: el principio de “legalidad” en las prohibiciones y el principio de “libertad” y en los permisos

Los ordenamientos jurídicos que responden a la idea del Estado de derecho recurren a los operadores deónticos “prohibido” y “permitido” como técnica de regulación de los comportamientos de sus ciudadanos, incluyendo estos operadores en sus disposiciones primarias (e incluso en las secundarias<sup>51</sup>).

---

reglas permisivas o causas de justificación “forman el que podríamos llamar *sistema de causas de justificación* –sistema de reglas permisivas– que, junto al, llamémosle sistema de reglas prohibitivas y prescriptivas, forman el *sistema general jurídico-penal de mandatos y prohibiciones*. Sólo de la mano de la fusión de ambos sistemas se pueden resolver conflictos sociales “complejos” [...] la verdadera norma de comportamiento, única que impone “deberes jurídico-penales concretos”, surge de la “comprensión sintética de ambas clases de reglas”; cursivas originales.

50 Cfr. HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del derecho penal*, cit., pp. 265 –nota 86–: “Tanto los estudiantes principiantes como los avanzados que preparan los temas memorísticamente, cuando superan el estadio de la tipicidad, repiten en sus exámenes e informes jurídicopenales la frase: “la tipicidad es indicio de la antijuridicidad”, quizá con la esperanza de que haya algo en el texto que nadie pueda discutir. Naturalmente la frase no es incorrecta. Pero probablemente las anteriores reflexiones sobre la antijuridicidad ponen de relieve que la reiteración de esta afirmación no sólo revela pobreza en el lenguaje, sino también en los conocimientos jurídicos”.

51 En este punto es relevante el punto de vista de MIR, quien trata las eximentes destacando de estas su carácter de excepciones a las obligaciones de los jueces impuestas a través de las reglas secundarias, más que su estatus de derechos subjetivos. Al respecto, cfr. MIR, *Valoraciones*, cit.,

En el pensamiento jurídico occidental se tiende a otorgar a las prohibiciones el estatus de cláusula deóntico-general de regulación de las disposiciones primarias, debido a su relación con el concepto de “deber”, al cual se le atribuye una prioridad deóntica (Ross), a partir de la cual se cuestiona la autonomía conceptual y la relevancia normativa de los “permisos”.<sup>52</sup> Lo anterior, al punto de que no es insular en la teoría del derecho y en la dogmática penal la consideración de las disposiciones permisivas como superfluas de o como excepciones<sup>53</sup> a las prohibiciones, e incluso elementos “negativos” de los tipos penales —en algún sector de la dogmática penal germanista—, respectivamente.<sup>54</sup>

No obstante, la tesis de la superfluidad o irrelevancia de los permisos es aún muy controvertida en la teoría del derecho y en la dogmática penal. Quienes la discuten recaban la importancia de la cuestión acerca de los criterios que orientan la ontología de la regulación de las disposiciones primarias, sobre la cual se afirma

---

p. 9: “Ahora bien, mientras que todas las eximentes limitan las normas secundarias, no todas ellas afectan a la norma primaria dirigida al ciudadano. Sí lo hacen las causas de justificación, y no lo hacen las eximentes que no excluyen la prohibición del hecho al sujeto, sino sólo la responsabilidad penal de quien infringe la norma primaria”.

- 52 Cfr. NAVARRO, PABLO, “Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos”, en *Isonomía*, No. 34, ITAM, México, 2011, pp. 110-111: “El problema de la autonomía es el siguiente: aunque los permisos y normas permisivas paradigmáticamente autorizan conductas parece que esa misma función normativa puede cumplirse de diferentes formas, por ejemplo, reformulando prohibiciones, limitando competencias de autoridades inferiores, derogando normas de obligación, etc. En otras palabras, las normas permisivas podrían desaparecer y su función normativa podría igualmente asegurarse mediante otras técnicas. A su vez, el problema de la relevancia radica en mostrar que existen diferencias prácticas entre la autorización que surge de una norma permisiva y la ausencia de restricciones que se produce en casos no regulados por el derecho. Una de las características más notables del derecho es que la existencia de normas jurídicas convierte a ciertas conductas en obligatorias y, de esa manera, limita las opciones de los individuos. Pero, frente a un permiso el destinatario de las normas no encuentra diferencias en sus restricciones normativas (o en sus razones para actuar). Tal vez ese acto normativo tenga repercusiones para otras cuestiones, e.g. la restricción de la competencia de otras autoridades, pero no afecta al destinatario de la permisión.”
- 53 SILVA OLIVARES, GUILLERMO, “Imputación y causas de justificación”, en *Revista de Estudios de la Justicia, Chile*, N° 18, Universidad de Chile, Chile, p. 30: “una de las consecuencias de concebir a las causas de justificación como normas de comportamiento radica en la manera de entender la relación entre la norma permisiva que cuenta como una causa de Justificación y la norma prohibitiva con la que comparte su objeto: si a un mismo sistema normativo pertenecen una norma según la cual “x está prohibido” y otra que dispone que «x está permitido», entonces esas normas son contradictorias, y esta contradicción se resuelve caracterizando a la permisión como una excepción a la prohibición”.
- 54 Para el derecho penal, cfr. MIR PUIG, SANTIAGO, “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, *cit.*, 2004, p. 9: “Aunque se admita la existencia de normas permisivas en un ordenamiento jurídico, en el precepto que prevé las eximentes no cabe ver una norma permisiva autónoma que levante alguna prohibición anterior o trate de impedir otra posterior, sino sólo una disposición que delimita el alcance de las normas prohibitivas que emite el mismo cuerpo legal.”



que las prohibiciones (especialmente las penales) responden a la combinación de una concepción estricta del principio de legalidad con una específica de los fines del derecho penal, mientras que los permisos, por su parte, obedecen a la combinación de una concepción amplia o no-estricta del principio de legalidad con una general de los fines del derecho.

Expresado en otros términos, mientras las prohibiciones (penales) obedecen a los criterios de legalidad estricta y de especificidad de los fines del ordenamiento jurídico (penal)<sup>55</sup>, los permisos (“causas de justificación”) se orientan por el criterio de legalidad amplia<sup>56</sup> y de generalidad del ordenamiento jurídico.

En un Estado constitucional las disposiciones que estatuyen prohibiciones regulan deberes y mandatos, mientras que las que estatuyen permisos regulan derechos subjetivos y sus garantías. En términos hohfeldianos, las disposiciones prohibitivas son enunciados de deber, mandato u obligación; las permisivas son enunciados de derecho subjetivo, libertad, potestad o facultad.

Es en tal virtud que se afirma que en las disposiciones prohibitivas rige el principio de *legalidad en sentido estricto*, a la manera de un «principio de clausura», a diferencia de las disposiciones permisivas en las que rige el principio de *legalidad en sentido amplio*, a la manera de un «principio de libertad»: mientras que a las prohibiciones corresponde el principio de prohibición “todo lo que no está permitido está prohibido”, a los permisos corresponde el principio de permisión “todo lo que no está prohibido está permitido”.

Con lo dicho, es su objeto deóntico (un derecho subjetivo), la razón por la cual *algunas* disposiciones permisivas<sup>57</sup> tienen un alcance o efecto general para todo

---

55 En el caso concreto del injusto penal “esta especificidad puede provenir de dos razones: el carácter de “última ratio” del derecho penal y las finalidades que persigue cada sector del ordenamiento.” Cfr. LARRAURI, “Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad”, *cit.*, p. 867.

56 Cfr. ROXIN, CLAUS, *Política criminal*, *cit.*, p. 83: “a causa de su diferente finalidad político-criminal, hay que proceder con la dogmática de las causas de justificación de un modo distinto que con la dogmática del tipo. Las causas de justificación no sirven para describir acciones (o lesiones de deberes): no pueden hacerlo porque, por regla general, rigen conjuntamente para muchos tipos y porque la clase de ataque que ellas permiten se determina por las particularidades de la situación de coacción o de necesidad que no se repite frecuentemente. No se puede trabajar aquí, por tanto, con la subsunción en descripciones fijadas conceptualmente. Más bien puede el Derecho positivo únicamente imponer criterios rectores de conductas (es decir, los principios descritos por mí), que deben concretarse de la mano de la materia jurídica. Esta tarea de desarrollo de los criterios jurídicos ordenadores se lleva a cabo de una manera distinta que en la interpretación del tipo: para las concretas causas de justificación hay que proyectar una fenomenología de las constelaciones características de supuestos de hechos”.

57 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, “Antijuridicidad y causas de justificación”, *cit.*, p. 61: “habría en principio que conceder que respecto de cualquier causa de justificación se puede plantear que queda subsistente,

el derecho (incluyendo al derecho penal), con independencia e irrelevancia de que el origen de su regulación o tipificación se de en algún sector específico del ordenamiento (en alguno tiene que darse). No sucede igual con las prohibiciones, que por su objeto deóntico (la imposición de un mandato, un deber u obligación), se originan y tienen su alcance en un sector determinado o específico del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, reivindicar el carácter autónomo de la categoría de “permiso jurídico”, en lo que entran en juego compromisos teóricos relacionados con ontología deóntica de la permisión,<sup>58</sup> abre paso a la cuestión de la “interdefinibilidad” entre los operadores deónticos “prohibido” y “permitido”, cuyo análisis ha contribuido a la dilucidación de algunos problemas *iusteóricos*, en especial el de la (in)existencia de “lagunas” y de contradicciones en el derecho, como aspecto de la propiedad sistémica de los ordenamientos jurídicos.

Lo anterior, en tanto, aceptar que estos dos operadores deónticos son interdefinibles, implica, concebir *prima facie* la prohibición como *ausencia de permiso* (“no permitido”) y la permisión como *ausencia de prohibición* (“no prohibido”). Con ello, “la tesis de la interdefinibilidad parece implicar que el principio de permisión “lo que no está prohibido está permitido”, es equivalente al principio de prohibición “lo que no está permitido está prohibido””.<sup>59</sup>

Pero esta concepción de la interdefinibilidad plena o fuerte entre prohibición y permiso tropieza con la dificultad de que conduce a la afirmación de la ausencia de lagunas y de contradicciones jurídicas, y la consecuencia que ella trae en el tratamiento del problema de la sistematización del ordenamiento jurídico: bajo esta perspectiva siempre habrá estados de cosas susceptibles de regulación por el derecho, bien sea como prohibidos o bien como permitidos; no habrá, entonces, estados de cosas no regulados jurídicamente.<sup>60</sup>

---

por lo menos, un ilícito de carácter civil, si bien la doctrina predominante se inclina por la posición contraria, esto es, que la presencia de una causa de justificación excluye cualquier consecuencia de carácter jurídico, detrás de lo cual está el planteamiento de la unidad del ordenamiento jurídico ya criticado en la perspectiva unilateral o absoluta.”

58 Cfr. CAPELLA, JUAN RAMÓN, “Una investigación lógica acerca de la ontología presupuesta por la teoría de la norma: la cuestión de la norma permisiva”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, BOE, España, No. 70, 1970, pp. 219-248.

59 Cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico*, cit., p. 216.

60 “Esta conclusión no es en modo alguno incontrovertida: muchos juristas la considerarían como altamente anti-intuitiva, pues parece obvio que en algún sentido puede haber estados de cosas que no han sido considerados por el legislador y que, por lo tanto, no están regulados”. Cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, cit., p. 216.

Por lo anterior, resulta más adecuado plantear una interdefinibilidad relativa o matizada en lugar de una plena o fuerte entre los operadores deónticos «prohibido» – «permitido», a partir de la cual es admisible la existencia de vacíos y contradicciones entre disposiciones (primarias) en el derecho,<sup>61</sup> en virtud de la cual es admisible la existencia de estados de cosas no regulados de modo expreso, ni con prohibiciones ni con permisos jurídicos: en virtud de esta concepción matizada de la interdefinibilidad se hace posible la doble distinción entre «permiso en sentido prescriptivo» y «permiso en sentido descriptivo», de un lado, y, en el ámbito de este último (según Wright y Alchourrón/Bulygin), entre «permiso fuerte» y «permiso débil», de otro.<sup>62</sup>

### 3.1.3 Conceptos prescriptivos y conceptos descriptivos de prohibición y permisión

Los operadores deónticos «prohibido» y «permitido» pueden ser elementos de las disposiciones jurídicas, es decir, pueden ser usados como prescripciones jurídicas de un estado de cosas prohibiéndolo de modo expreso o permitiéndolo de modo expreso o tácito (discurso jurídico de primer nivel), o pueden hacer parte de las proposiciones normativas de la dogmática jurídica, esto es, ser usados como descripciones o prescripciones de las disposiciones jurídicas (discurso jurídico de segundo nivel).

En otros términos, además de formar parte del lenguaje de las disposiciones de comportamiento primarias (e incluso de las secundarias) de un orden jurídico (o del lenguaje jurídico prescriptivo-directivo), los operadores deónticos «prohibido» y «permitido» también pueden formar parte de metalenguajes jurídicos como el de la dogmática jurídica (y el de la teoría general del derecho obviamente).

---

61 “No hace falta rechazar *in toto* la tesis de la interdefinibilidad para conceder espacio a estados de cosas no regulados (esto es, a casos de laguna). Esto muestra que el famoso principio “lo que no está prohibido está permitido”, es ambiguo, pues puede ser interpretado de tres maneras distintas”. Cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico, cit.*, p. 221.

62 Siguiendo a Bulygin los enunciados descriptivos que recaen sobre el concepto prescriptivo de permisión, esto es, sobre una disposición primaria que enuncia el concepto “permitido” (o disposición permisiva), pueden describir dos tipos de situaciones: que la disposición que permite *p* en un caso forma parte de un determinado sistema jurídico; o que en ausencia de la disposición anterior no exista en ese sistema una norma que prohíba *p* en ese mismo caso. Esta es una doble dimensión del ‘concepto descriptivo de permisión’, es decir, el que se origina en un metaenunciado sobre una disposición permisiva: el concepto descriptivo de *permiso fuerte* y el concepto descriptivo de *permiso débil*, respectivamente. Cfr. BULYGIN, *La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas*, en Bulygin, Eugenio/Bayón, Juan Carlos/Atienza, Manuel. *Problemas lógicos en la teoría y la práctica del derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, España, pp. 9-21.

A este respecto, en la teoría general del derecho, a partir de la distinción entre «normas» y «proposiciones normativas»,<sup>63</sup> se distingue entre los conceptos prescriptivos y descriptivos tanto de prohibición como de permiso, según su uso en los mencionados discursos jurídicos de primer y segundo nivel, respectivamente: centrados en el concepto de «permiso», si su uso se realiza en las disposiciones de comportamiento o primarias de un ordenamiento, se trata de un concepto de «*permiso en sentido prescriptivo*»; si su uso es efectuado no en el nivel de las disposiciones primarias de un ordenamiento jurídico, sino en el de las dogmáticas que a través de las proposiciones normativas estudian dicho ordenamiento, estamos ante un concepto de «*permiso en sentido descriptivo*».<sup>64</sup>

En resumen, el operador deóntico «permitido» puede ser usado por diferentes tipos de sujetos (legisladores y doctrinantes), en textos jurídicos diferentes (legislación positiva y doctrina), y con fines también distintos (prescriptivos -de la conducta de los destinatarios de las disposiciones-; descriptivos de dichas disposiciones).

### 3.1.4. Permisos fuertes o positivos y permisos débiles o negativos.

En el ámbito de la dogmática jurídica, como metadiscurso del derecho positivo, una de cuyas funciones es ofrecer alternativas de sistematización de los problemas de completitud del ordenamiento, Alchourrón/Bulygin, partiendo de von Wright,<sup>65</sup> distinguen dos conceptos descriptivos de permiso: el «*concepto débil o negativo de permiso*» y el «*concepto fuerte o positivo de permiso*».<sup>66</sup>

Según los autores, se entiende que estamos ante un «permiso débil» cuando un acto no ha sido prohibido pero tampoco ha sido regulado como permitido de forma

63 Cfr. BULYGIN, EUGENIO, *La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas*, cit., pp. 9-10: “las normas son usadas prescriptivamente para ordenar, prohibir o permitir una determinada conducta (en ciertas circunstancias) y como tales carecen de valores de verdad: no son ni verdaderas ni falsas. Las proposiciones normativas son afirmaciones acerca de (la existencia de) las normas; son descriptivas y, por ende, verdaderas o falsas”.

64 Cfr. ALCHOURRON/BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, cit., p. 220: “Los términos deónticos «permitido» y «prohibido» tienen significados diferentes en contextos prescriptivos y en los descriptivos”.

65 Cfr. MAZZARESE, TECLA, *Permisión fuerte y permisón débil: notas al margen* En: Redondo, María Cristina/ Navarro, Pablo Eugenio (Comps.). *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, España, 2002, pp. 131-152.

66 Cfr. ALCHOURRON/BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, cit., p. 220: “Es precisamente la posibilidad de sistemas normativos incompletos lo que hace necesario distinguir entre permisos fuertes y débiles. Con respecto a sistemas completos y coherentes la distinción se esfuma: si un sistema es completo todos los estados de cosas relevantes están regulados, sea como prohibidos, sea como permitidos en el sentido fuerte, de manera que no existen estados de cosas permitidos en sentido débil (es decir, no prohibidos) que no estén a la vez permitidos en el sentido fuerte.”

expresa; y, ante un «permiso fuerte», si el acto no sólo no ha sido prohibido sino que, además, ha sido sometido a una permisión expresa por la autoridad competente<sup>67</sup>.

Desde esta perspectiva los permisos fuertes tienen el estatus de disposiciones jurídicas, dado que presuponen una regulación; no así los permisos débiles cuyo estatus surge de la ausencia de regulación de un comportamiento, del que no se estipula, en el nivel de las disposiciones del derecho positivo, el carácter de permitido como tampoco el de prohibido.<sup>68</sup>

Con lo dicho, la doctrina del injusto penal tiene entonces dos cometidos básicos respecto de los permisos: de un lado, la identificación de las disposiciones permisivas (permisos en sentido prescriptivo) vigentes en un ordenamiento jurídico, y, de otro lado, la descripción o la valoración de estos permisos mediante sus proposiciones normativas, a través de las cuales se establece si se trata de permisos fuertes o de permisos débiles, como aspectos relevantes en la formulación de la norma de injusto.

En cuanto al primer cometido, es claro que las disposiciones permisivas vigentes en un ordenamiento jurídico tienen carácter prescriptivo, es decir, los permisos son prescripciones, debido a su estatus de lenguaje deontológico o directivo formulado por una autoridad jurídica que lo usa institucionalmente en una disposición de derecho con el fin de influir en el comportamiento social y regularlo. En cuanto al segundo objetivo, por su parte, hay que señalar que no sucede lo mismo con el estatus exclusivamente descriptivo de las proposiciones dogmáticas acerca de los permisos, que le atribuyen Wright, Alchourrón y Bulygin, el cual es motivo de gran discusión en la filosofía del derecho.

Lo anterior teniendo en cuenta que existen modelos metodológicos de dogmática jurídica tanto descriptivos como prescriptivos, en virtud de los cuales es posible, entonces, la existencia de proposiciones dogmáticas acerca de las disposiciones jurídicas primarias, incluyendo a los permisos, tanto descriptivas como prescriptivas. En otros términos, el único modelo metodológico de formulación de proposiciones normativas epistemológicamente válido no es el descriptivo.

---

67 Lo que no conlleva, para los autores en mención, la afirmación de irrelevancia de los permisos débiles en la decisión de los casos a partir de las disposiciones generales o, en otros términos, la equivalencia pragmática entre no prohibición y permiso. Sobre esta cuestión. Cfr. BULYGIN, "Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición", *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, España, No. 33, 2010, pp. 283-296.

68 A este respecto, afirman en otro lugar los autores: "Tampoco es verdad que el permiso fuerte implique al permiso débil. El mismo estado de cosas puede estar permitido en el sentido fuerte y prohibido a la vez; tal situación es perfectamente posible, si bien significa –por cierto– que el sistema en cuestión es incoherente." Cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, cit., p. 220.

Esta precisión impacta en la distinción «permisos prescriptivos» - «permisos descriptivos» y, con ello, especialmente, en la clasificación entre «permisos fuertes o positivos» y «permisos débiles o negativos», teniendo en cuenta que esta última fue establecida en el ámbito de los permisos descriptivos. Vale admitir que si la razón de ser de esta última dualidad es la existencia o no de una disposición *expresa* que confiere o estatuye de forma explícita (o no) un permiso, en el caso de los permisos fuertes o positivos, y la existencia de una no-prohibición, que no de un permiso expreso, en el caso de los permisos débiles o negativos, en principio, la determinación de esta situación (la existencia o no de un permiso expreso) parece una actividad valorativamente neutral, esto es, descriptiva.

En consecuencia, ¿cuál es la utilidad de la distinción permisos en sentido prescriptivo y en sentido descriptivo de Wright, y Alchourrón/Bulygin? Respecto de esta distinción cabe la siguiente precisión: en lugar de hablar de permisos en sentido prescriptivo –lo que puede ser tautológico– es más conveniente hablar de “*disposiciones permisivas*” o propiamente «permisos» («normas» en la concepción de los mencionados autores), que son el lenguaje prescriptivo que es objeto de estudio la dogmática jurídica, a la cual corresponde formular, entonces, “*proposiciones normativas acerca de las disposiciones permisivas*” (proposiciones que pueden ser tanto descriptivas como prescriptivas,<sup>69</sup> y no solamente descripciones acerca de dichas disposiciones), que son diferentes de los permisos que mediante ellas se describen o prescriben.

Ahora, si bien la existencia de una regulación expresa o no de un permiso o de una no-prohibición son estados de cosas deónticos susceptibles de estudio por la dogmática jurídica, la distinción entre permisos fuertes y débiles correspondiente a cada uno de estos dos estados de cosas referidos y su relevancia, procede ante todo en el nivel de la normatividad del derecho, es decir, de las disposiciones primarias o de comportamiento, más que en el de la dogmática jurídica.

En síntesis, la distinción entre permisos fuertes y débiles, al poder originarse en la normatividad del derecho como en el estudio dogmático que se hace de ella, es tanto de carácter ontológico como epistemológico. Como estado de cosas de la normatividad de un ordenamiento jurídico vigente es una distinción ontológica: hay o no en dicho ordenamiento un permiso expreso o una ausencia de regulación de una conducta como prohibida o permitida; como juicio presente en una proposición

---

69 Sobre el estatus epistemológico prescriptivo y no solamente descriptivo de la teoría del delito como elaboración dogmático-jurídica, Cfr. ORTIZ DE URBINA, IÑIGO, “De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo”, *cit.*, p. 23: “la teoría jurídica del delito es una teoría prescriptiva sobre cuál es la forma más adecuada de imputar responsabilidad penal.”

dogmática la distinción es de carácter epistemológico: es un juicio racional (o no), esto es, argumentable o no con razones, la calificación de un estado de cosas deóntico como un permiso fuerte o uno débil realizada respecto de un orden jurídico concreto por un jurista que realiza un estudio dogmático.

### **3.2 La doctrina sobre las prohibiciones y los permisos de la teoría general del derecho en diálogo con la doctrina sobre las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad de la dogmática penal germanista**

En la dogmática del injusto penal puede resultar de gran utilidad, con modulaciones, la incorporación de algunas de las categorías descritas de la teoría general del derecho relacionadas con la interdefinibilidad (relativa) entre prohibición y permiso, las distinciones entre los conceptos de prohibición y permiso en sentidos prescriptivo y descriptivo y, en el ámbito de estos últimos (no sin admitir lo discutible de su carácter exclusivamente descriptivo<sup>70</sup>), la distinción entre permisos fuertes y permisos débiles.

Este diálogo puede brindar, a su vez, una mejor argumentación respecto de la mayor idoneidad de la concepción *ratio essendi* de las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad para una elaboración coherente de la dogmática del injusto penal de un Estado constitucional, en cuanto posibilita una mayor claridad de la función unitaria de la antijuridicidad como categoría del sistema de derecho penal de este modelo de Estado.

Con todo, es oportuno introducir algunos correctivos conceptuales a la doctrina tradicional de la referida concepción *ratio essendi*, originados a partir de un diálogo entre la dogmática penal germanista que la elabora y la doctrina de los conceptos de prohibición y permiso de la teoría general del derecho.

#### **3.2.1 Las prohibiciones jurídicas, en especial las del derecho penal: tipología, origen y alcance específicos**

Las prohibiciones jurídicas creadas a través de actos de tipificación, incluyendo las de derecho penal, tienen siempre un origen específico, es decir, cada prohibición

---

70 Cfr. CAPELLA HERNÁNDEZ, JUAN RAMÓN, "Una investigación lógica acerca de la ontología presupuesta por la teoría de la norma: la cuestión de la norma permisiva", *cit.*, pp. 226-227: "Algunos sistemas no son aptos para nuestros propósitos porque en ellos no son primitivos ni 'Permitido' ni 'Obligatorio', ni ningún otro factor deóntico: así el sistema *P*. Estos sistemas no admiten la interpretación prescriptiva de sus expresiones, y, aún supuesta la corrección de la paráfrasis que pretenden, formalizarían sólo proposiciones normativas interpretables descriptivamente con lo que la pregunta «¿poseen las permisiones estatuto prescriptivo?» no tiene respuesta positiva o negativa en los términos de esos sistemas".

tipificada a través de una disposición lo es en un respectivo sector del orden jurídico. No existe una prohibición para todo el derecho; una prohibición general.

Las prohibiciones responden a los fines propios y a los referentes de legitimación de cada sector del ordenamiento jurídico en el cual, mediante ellas, son tipificadas (como prohibidas) determinadas situaciones sociales, por tratarse de hechos institucionales o relaciones sociales jurídicamente relevantes en sentido desvalorado o negativo. Con ello, es factible reconocer en el ordenamiento la existencia de una pluralidad de prohibiciones (específicas), tantas cuantos sectores del ordenamiento jurídico: de derecho internacional, constitucional, civil, comercial, administrativo, laboral, disciplinario y, por supuesto, penal.

En el ámbito de las prohibiciones del Derecho *penal* son relevantes tres criterios para su explicación ontológica, que puede ser efectuada por analogía con la tipología de las causas de justificación de Günther llevada al plano de la tipificación de prohibiciones. Esta es, precisamente, una de las modulaciones pertinentes para una reelaboración de la dogmática del injusto penal de las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad penales en clave de la concepción *ratio essendi*, pues, desde un punto de vista ontológico (y lógico), de lo que tiene sentido predicar un origen y alcance específicos es de las prohibiciones, no de los permisos, los cuales, para originar la valoración del carácter injusto o ilícito *en definitiva* de una conducta típica, tienen un alcance general en el ordenamiento jurídico que determina la construcción sistémica de este.

De este modo, en primer lugar, existen «*prohibiciones genuinamente penales*», que son conductas tipificadas como penalmente prohibidas en razón de la gravedad que ellas representan, desde y para el derecho penal, como afectaciones graves a bienes jurídicos valorados como socialmente esenciales<sup>71</sup>: lo que está prohibido de forma genuina por el derecho penal no lo está –necesariamente–, aunque podría estarlo, por otros sectores del derecho.<sup>72</sup>

71 La formulación de esta categoría puede servirse de la distinción de Roxin entre “delitos de acción” y “delitos de infracción al deber”, Cfr. ROXIN, CLAUS, *Política criminal*, cit., p. 63: “El rendimiento práctico de una tal bipartición sistemática de la teoría del tipo, me parece que radica en lo siguiente: En primer lugar, por un lado, el punto de partida normativo pone ante los ojos, con sorprendente claridad, la realidad social que sirve de base a todas las distinciones dogmáticas. [...] en los delitos de acción penetra el autor, poniendo entonces desde fuera en peligro la paz (por ejemplo: por homicidio, robo, violación de correspondencia ajena, empleo de magnetófonos para descubrir secretos ajenos, etcétera), en ámbitos que por imperativo del Derecho debería haber dejado intactos.”

72 De diferente opinión BUSTOS, “Antijuridicidad y causas de justificación”, cit., p. 57: “Por eso mismo que al ser esa descripción legal el último recurso en el ámbito del derecho, necesariamente al establecerse como un ilícito penal, será un ilícito al mismo tiempo para todo el derecho.”; afirmando luego, *Ídem*, 58: “Para el derecho en su conjunto es significativo que en un conflicto personas



En segundo lugar, existen «*prohibiciones derivadamente penales*», que son aquellas que están reguladas como comportamientos prohibidos en los sectores extrapenales del ordenamiento de conformidad con los fines del respectivo sector tipificador, pero que por revestir una gravedad adicional valorada conforme a los fines del derecho penal, este sector las regula, asimismo, como prohibiciones penales (lo que está prohibido para otros sectores del derecho no tiene por qué estarlo para el derecho penal, pero puede estarlo).<sup>73</sup>

En tercer lugar, existe un ámbito de comportamientos sustraídos de la prohibición penal, conformado por «*conductas genuinamente permitidas o lícitas*» (permisos en sentido fuerte) cuyo origen puede darse en el derecho penal o en otros sectores del derecho, en virtud del cual lo que está *expresamente* permitido o permitido de modo fuerte por el derecho penal como por otros sectores del ordenamiento, no tiene sentido que lo prohíba el derecho penal.

En cuarto lugar, un ámbito relevante es el que surge de las «*conductas adscriptas al ámbito libre de regulación jurídica*» que no están permitidas ni prohibidas de forma expresa por ningún sector del ordenamiento, es decir, que son permisos en sentido débil o negativo. La cuestión a resolver aquí es si estos permisos débiles hacen parte del marco de conductas genuinamente lícitas o si, por el contrario, conforman el marco deóntico de las conductas derivadamente penales, a efectos de determinar si las mismas, que no son ni prohibidas ni permitidas por el derecho, pueden ser prohibidas por el derecho penal.

Si bien en principio podría aceptarse que el legislador configure los permisos débiles como materia de prohibición penal, lo coherente como respuesta al interrogante anterior es considerar sustraído del ámbito de lo derivadamente penal (y, desde luego, de lo genuinamente penal) las conductas relacionadas con estos permisos. Lo anterior en vista de que si con relación a las conductas derivadamente penales, que son prohibiciones extrapenales (no conductas carentes de regulación jurídica), la posibilidad de tipificación penal es sólo potencial, carece de sentido extender esa potencialidad de tipificación como prohibiciones (derivadamente)

---

resulten muertas, sin patrimonio o que se destruya el medio ambiente en que viven, etc. Nada de ello es indiferente para el derecho. Es por eso que lo antijurídico penalmente, es también antijurídico en todo el derecho.”

73 De nuevo, con palabras de Roxin y a partir de la distinción reseñada, en virtud de la cual al marco de estas «conductas derivadamente penales» corresponderían los «delitos de infracción al deber»: “En los delitos consistentes en la infracción de un deber se trata de sectores de la vida conformados ya jurídicamente (las relaciones entre administrador del patrimonio y mandante, entre vigilante y preso, entre abogado y cliente), cuya capacidad de funcionamiento debe ser protegida”. Cfr. ROXIN, CLAUS, *Política criminal*, cit., p. 63.

penales a conductas que no están prohibidas ni permitidas de modo expreso, pero que en todo caso son permitidas (de modo débil) por el ordenamiento jurídico.

### **3.2.2 Las “causas” de justificación o los permisos jurídicos y su relevancia en la formulación de la norma de injusto penal**

Según se precisó, el concepto jurídico (penal) de «permiso en sentido estricto», corresponde a las disposiciones más que a las proposiciones dogmáticas acerca de dichas disposiciones, pues sólo en el ámbito jurídico de las disposiciones o de la normatividad del derecho es que puede plantearse el sentido de permiso como prescripción que estatuye un derecho subjetivo a lesionar, por razones de necesidad o de ponderación de intereses jurídicos, otro derecho subjetivo o interés considerado jurídicamente preponderante o equivalente. Un sentido amplio de permiso corresponde, entonces, a su uso en el metalenguaje de la dogmática.

En la dogmática penal la distinción entre permisos fuertes y débiles tiene relevancia entonces respecto de su estatus como prescripciones más allá de su caracterización como conceptos dogmático-descriptivos, al estilo de Alchourrón/Buligyn, dado que su importancia radica no tanto en su utilidad para la identificación de la existencia de conductas genuinamente lícitas o de conductas jurídicamente neutrales, como en la existencia misma, en el nivel de las disposiciones de un derecho vigente, de los estados de cosas «expresamente permitido» y «ni prohibido ni permitido», imprescindibles<sup>74</sup> para la construcción de la norma de injusto, y sobre los cuales hay que aceptar que es un problema diferente al de su existencia como prescripciones jurídicas, el de su descripción o prescripción por la dogmática.

De otro lado, hay que señalar que para la formulación de la norma de injusto por el poder judicial penal el aspecto de mayor relevancia no es tanto si se trata de permisos genuinamente penales o generales (Günther), como si se trata de permisos fuertes o débiles, dado que lo relevante de la permisión (como un estado de cosas jurídico que reconoce, por razones de necesidad, un derecho subjetivo a lesionar otro derecho o interés jurídicamente protegido de menor valor que el protegido) es su efecto general en el ordenamiento jurídico, originado en la ontología de los derechos subjetivos, que a diferencia de las prohibiciones, lo son para todo el ordenamiento y no sólo en algún sector específico de este.

En razón de lo anterior, puede plantearse que la clasificación de las “causas” de justificación que más pertinencia tiene es la relacionada con la distinción «permisos

---

74 Cfr. NAVARRO, PABLO, “Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos”, *cit.*, p. 139: “Más allá de las discusiones acerca de las funciones que cumplen los permisos, las normas de clausura permisivas son la única manera de evitar las lagunas de un sistema normativo preservando simultáneamente la coherencia.”

fuertes» – «permisos débiles», en cuanto denota un estado de cosas indispensable para la valoración de (i) licitud *definitiva* de la conducta típica *prima facie* prohibida (genuinamente o derivadamente penal), que es llevada a cabo mediante la norma judicial de injusto.

Al respecto, es válido considerar que la legítima defensa tiene el estatus de un permiso fuerte en casi todos los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho, cuyo efecto es autorizar no sólo para el derecho penal sino para los restantes sectores jurídicos extrapenales, la acción de defensa legítima. Similar afirmación puede efectuarse respecto del llamado estado de necesidad justificante (e incluso, según algunas propuestas, para el exculpante<sup>75</sup>), cuya acción necesaria que salvaguarda un interés jurídico preponderante o equivalente por razones de necesidad, tiene sentido que tenga el efecto de estar autorizada o permitida en diferentes ámbitos del orden jurídico cuyos fines amparan estas acciones como derechos subjetivos.

### 3.2.3 El «tipo de injusto» o «injusto típico»: precisiones conceptuales

La identificación de prohibiciones genuina y no-genuinamente penales requiere de una precisión conceptual adicional, relativa a cómo entender el concepto de «tipo de injusto» o «injusto típico», tan (ambiguamente) utilizado por la dogmática penal germanista.

La expresión «tipo de injusto» o, mejor, «injusto típico» da lugar a la intuición de que el tipo penal sólo describe acciones prohibidas por otros sectores del derecho, es decir, ilícitos extrapenales, lo que no es acertado afirmar, por dos razones diferentes y complementarias a la advertida respecto del carácter específico de las prohibiciones jurídicas (no sólo de las penales, pero obviamente también de ellas).

Una primera razón para desestimar la intuición referida consiste en que ella remite a la idea de la existencia de ilícitos prejurídicos, morales o de derecho “natural”, que por ser tales son regulados como relevantes para el derecho penal que entonces los tipifica (o juridifica).

La segunda razón contraintuitiva tiene que ver con el hecho de que mediante la expresión “tipo de injusto” el derecho penal de un Estado de derecho sólo denotaría las *prohibiciones derivadamente penales*, en tanto son las únicas que están reguladas como conductas prohibidas por los sectores extrapenales del derecho, dejando de

---

75 Respecto del estado de necesidad exculpante, en torno al cual hay gran polémica de si se trata también de una causa de justificación, siendo mayoritaria la tesis de su tratamiento como una disculpante, cabe preguntarse, para quienes lo consideran una “causa” de justificación, si se trata de una permisión fuerte o positiva de salvaguardar un bien o interés jurídicamente tutelado o si se trata sólo de un supuesto de no prohibición o de permisión en sentido débil).

lado la denotación de las *prohibiciones genuinamente penales*, lo cual configuraría una contradicción lógica, pues éstas últimas prohibiciones son siempre objeto de regulación por el derecho penal, teniendo en cuenta los fines y las funciones de este sector del orden jurídico en el Estado constitucional, a diferencia de las derivadamente penales, que sólo deben serlo de forma subsidiaria, contingente o potencial.

La identificación de las dos razones antedichas conlleva la inidoneidad de la intuición en análisis para explicar la estructura y el funcionamiento de la normatividad penal y su relación con los restantes sectores extrapenales del derecho, como problema central de una teoría del ordenamiento jurídico. Es así con la primera de las razones, debido al aspecto institucional que la teoría contemporánea del derecho ha develado como rasgo característico del derecho en un Estado constitucional: El Derecho es una institución social, es decir, creada socialmente, y en absoluto su ontología responde a algún criterio “natural”.<sup>76</sup>

Sobre esta cuestión es de gran importancia, y no poco problemático en el ámbito de la dogmática penal, el concepto de «ilícito atípico» elaborado por Atienza/Ruiz Manero. Según los autores “existen dos tipos de ilícitos: los ilícitos típicos, que son acciones opuestas a reglas de mandato; y los ilícitos atípicos, que son acciones opuestas a principios de mandato.”<sup>77</sup> Lo problemático del concepto «ilícito atípico» en el derecho penal es que puede conllevar la formulación de normas *strictu sensu* de injusto a partir de enunciados o disposiciones que no solamente no usan el operador deóntico prohibido de modo expreso sino que están regulando como permitida expresamente una acción.<sup>78</sup>

---

76 Este criterio surge a partir del positivismo contemporáneo y su planteamiento de la «tesis de las fuentes sociales del derecho» “de acuerdo con la cual, la existencia y el contenido del derecho en una sociedad determinada dependen de un conjunto de hechos sociales, esto es, de un conjunto de acciones de los miembros de esa sociedad. [...] la existencia y el contenido del derecho en una sociedad dependen de un conjunto de hechos sociales complejos.” Cfr. MORESO, JOSEP JOAN, “El positivismo jurídico y la aplicación del derecho”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 27, Marcial Pons, España, 2004, pp. 45-62.

77 Cfr. ATIENZA, MANUEL/RUIZ MANERO, JUAN, “Para una teoría general de los ilícitos atípicos”, en *Jueces para la Democracia*, No. 39, Asociación Jueces para la Democracia, España, 2000, p. 44.

78 Cfr. ATIENZA, MANUEL/RUIZ MANERO, JUAN, “Para una teoría general de los ilícitos atípicos”, *cit.*, p. 44: “Los ilícitos atípicos son acciones que, *prima facie*, están permitidas por una regla, pero que, una vez consideradas todas las circunstancias, deben considerarse prohibidas. El cambio de estado deóntico (el paso de “permitido” a prohibido) tiene lugar en virtud de un proceso argumentativo en el que se pueden distinguir dos formas, dos mecanismos, para ampliar el campo de lo ilícito. Uno es el de analogía, en el que cabe distinguir los supuestos de la *analogía iuris* y la *analogía legis*. En ambos supuestos se parte de la existencia de una laguna normativa en el nivel de las reglas (la acción está,

En la línea conceptual de este escrito la postulación de *prohibiciones genuinamente penales* se encamina a proveer argumentos de tipificación penal (criminalización de primer nivel),<sup>79</sup> basados en la (des)valoración de determinados hechos sociales que son institucionalmente considerados relevantes para el derecho penal a través de la creación de tipos (en este caso estrictamente tipos de injusto),<sup>80</sup> y no a respaldar la idea una tipificación de prohibiciones fundada en un derecho natural como materia prejurídica<sup>81</sup> a la tipificación penal, o en ilícitos atípicos originados en

---

*prima facie*, permitida, en el sentido de que no resulta subsumible en ninguna regla prohibitiva); el cambio de estado deóntico se produce, en los supuesto de *analogía legis*, por la semejanza que el caso no regulado tiene con otro u otros casos en los que opera una regla prohibitiva; y la justificación es que las razones (el balance entre principios) que justifican la prohibición en estos últimos casos se dan también en relación con el caso que aparecía como no regulado: o sea, dicho balance entre principios exige la generación de una nueva regla prohibitiva en el que subsumir el caso en cuestión. En los supuestos de *analogía iuris*, la generación de la nueva regla prohibitiva viene exigida directamente por el balance entre los principios del sistema aplicable al caso, aun cuando no hay una regla prohibitiva aplicable a casos semejantes. El segundo tipo de mecanismo (al que obedecen las figuras del abuso del derecho, el fraude de la ley y al desviación de poder y que a nosotros nos interesa de manera especial) opera de la siguiente manera: el punto de partida no es la existencia de una laguna normativa, sino de una permisón expresa: la acción está, *prima facie*, permitida, en el sentido de que hay una regla regulativa que la permite; el cambio en su estado deóntico se produce como consecuencia de que la subsunción del caso en dicha regla permisiva resulta incoherente con el balance entre los principios del sistema aplicables al caso (el caso constituye, pues, una alguna axiológica del sistema de reglas) y ese balance exige el surgimiento de una nueva regla prohibitiva en la que subsumir el caso. Los ilícitos atípicos plantean, en consecuencia, una situación distinta a los conflictos entre reglas o entre principios, pues lo que ellos suponen es un conflicto entre reglas y principios (abuso del derecho, fraude de ley y desviación del poder) o entre falta de reglas y principios (analogía)".

- 79 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, José María Bosch Editor, España, 1992, p. 293: "No debe caber duda acerca de que la función de la categoría sistemática tipicidad se halla en íntima relación con una determinada concepción acerca de cómo ha de conformarse la síntesis de los diversos fines del derecho penal. En efecto, se comparte aquí la tesis de que la función de la tipicidad como categoría sistemática no es la meramente formal, como estima ROXIN (expresión del principio político-criminal de legalidad), sino que le corresponde, más bien, en primer lugar, la función material de delimitar los caracteres específicos de un injusto agravado: el injusto —en abstracto punible—. En definitiva, pues, la tipicidad es producto de una precisa concepción acerca de la incriminación."
- 80 Cfr. CEREZO MIR, JOSÉ, "Límites entre el derecho penal y el derecho administrativo", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, BOE, España, No. 28-2, 1975, p. 169, quien se muestra escéptico de la posibilidad de una distinción material entre el ilícito penal y el administrativo: "Entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, entre la pena y la sanción administrativa, existen únicamente diferencias cuantitativas y el límite ha de ser trazado positivamente por el legislador."
- 81 Al respecto, llama la atención el concepto de «injusto objetivo», que puede asumir relevancia penal pero que es diferente al «injusto penal», en el aspecto de si ese injusto «objetivo» (que no es penal) se encuentra o no regulado en otro sector del derecho. Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO, "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, No. 47, BOE,

la infracción a un mandato contenido en una disposición de principios que enuncia de forma expresa el operador permitido.<sup>82</sup>

La segunda razón que hace infundada la intuición expuesta se basa en la función atribuible al derecho penal de un Estado constitucional en virtud de los principios de protección exclusiva de bienes jurídicos (de modo primario aquellos fundamentales cuya afectación da lugar a tipos de injusto genuinamente penales; de modo secundario, aquellos bienes cuya afectación origina prohibiciones derivadamente penales) y de intervención necesaria con sus subprincipios de *última ratio* y de carácter fragmentario del derecho penal, función que adquiere el siguiente sentido: adscribir la materia u objeto de prohibición penal a conductas diferentes a las

---

España, 1994, p. 11: "Para que el injusto objetivo tenga carácter jurídico-penal es necesario, por último, que el ataque al bien jurídico se halle previsto en un tipo penal y que no concurra alguna causa de exclusión de la relevancia penal del injusto". De otro lado, una breve referencia a la genealogía de esta cuestión en la teoría germana del delito puede verse en CEREZO MIR, JOSÉ, "Límites entre el derecho penal y el derecho administrativo", *cit.*, p. 163: "Los delitos del Derecho penal criminal serían, según Goldschmidt, Wolf, Lange, Bockelmann y Michels delitos "naturales" "per se", "de Derecho natural", "previamente dados", o "metapositivos, mientras que los delitos administrativos serían "delitos artificiales", o "creados solo por la voluntad del Estado". Esta distinción es inadmisibles. La historicidad, Como dice Welzel, es tan inseparable: de la esencia del Derecho como de la esencia del hombre. No es posible hablar, por ello, de delitos "naturales" o de "Derecho natural". [...] Como consecuencia de la crítica de Welzel, Lange ha precisado que su distinción de delitos "naturales" y "artificiales" no se fundamenta en una concepción iusnaturalista. Lange quiere decir únicamente que delitos "naturales" o del Derecho penal criminal serán en cada momento histórico aquellas acciones delictivas que sean ético-socialmente relevantes, o que tengan una significación cultural. El delito administrativo será siempre, según Lange, una acción irrelevante para la ética social o culturalmente indiferente. Su opinión es compartida por Eb. Schmidt, Michels y Mezger-Blei."

- 82 Hay que reconocer, sin embargo, la importante precisión que realizó Ruiz Manero respecto del alcance de algunos supuestos de «ilícitos atípicos» en el derecho público, concretamente en la consideración del carácter definitivo y no solo *prima facie* de los permisos fuertes en este ámbito del derecho, lo cual resuelve, o si no reduce en gran medida, los problemas del concepto de «ilícito atípico» en la dogmática del injusto penal: "Naturalmente, el carácter *prima facie* de los permisos contenidos en reglas y de los permisos derivados de la ausencia de reglas sólo es tal en algunos sectores del Derecho: en general, en todo el ámbito del Derecho privado. En otros sectores del Derecho —el Derecho penal, el Derecho administrativo sancionador— no hay distinción entre permisos *prima facie* y permisos concluyentes. Todo lo que en estos sectores del Derecho está permitido en el nivel de las reglas predisuestas —tanto si la permisión es fuerte como si es débil— resulta estar concluyentemente permitido. En estos sectores del Derecho, la distinción entre *prima facie* y concluyente opera únicamente en el sentido de excepcionar en el nivel concluyente prohibiciones contenidas en las reglas predisuestas, que resultan ser, así, prohibiciones sólo *prima facie*, pero no en el sentido de excepcionar en el nivel concluyente las permisiones, tanto fuertes como débiles, contenidas en las reglas predisuestas. Tales permisiones son, en estos sectores del Derecho, concluyentes o definitivas. Y, a este respecto, una vez más, tanto da que se trate de permisiones fuertes como de permisiones débiles." *Cfr.* RUIZ MANERO, JUAN, "Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del derecho", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 33, Marcial Pons, España, 2010, p. 301.

tipificadas en las prohibiciones genuinamente penales (como serían las conductas derivadamente penales) requiere criterios de justificación diferentes y adicionales a los que requiere la tipificación de las conductas genuinamente penales, relacionados con la inidoneidad, teóricamente argumentada y empíricamente demostrada, de los demás sectores del orden jurídico para agenciar la protección a los bienes jurídicos objeto de su custodia, que hacen necesaria y justificada la intervención del derecho penal en dicha protección.<sup>83</sup>

### 3.2.4 Disposiciones prohibitivas y permisivas en la norma de injusto

En la dilucidación conceptual u ontológica de los permisos jurídicos de un Estado constitucional, especialmente, en su regulación en las disposiciones primarias y en su uso en la formulación de normas de injusto, adquiere relevancia la aplicación del mencionado criterio del «*Principio de clausura*», el cual tiene dos dimensiones distintas según el sector o ámbito de regulación jurídica en que opere: la primera dimensión es la que corresponde al llamado «*Principio de permisión*» para el ámbito del Derecho privado: *lo que no está expresamente prohibido está permitido*; la segunda dimensión es la del «*Principio de prohibición*» para el ámbito del Derecho público: *lo que no está expresamente permitido está prohibido*.<sup>84</sup>

La funcionalidad de estos criterios de cierre normativo relativo se da de la siguiente manera: las disposiciones permisivas son la cláusula deóntica general en el derecho privado, a diferencia del derecho público en donde la cláusula deóntico-general de regulación son las prohibiciones. Por esta razón, puede afirmarse que, por regla general, las disposiciones permisivas son *permisos fuertes* en el derecho privado y *permisos débiles* en el derecho público.

Lo anterior significa, desde el punto de vista del objeto o la materia de prohibición penal, que las tipificaciones de «prohibiciones derivadamente penales» (o tipos de

83 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 289: “En todo caso, no basta con concluir que una determinada realidad “merece”, por su importancia intrínseca, la protección el derecho penal para proceder a incriminar las conductas dirigidas contra ella. La evitación de las consecuencias de una decisión del tipo “*fiat iustitia, pereat mundus*” requiere que, además, dicha realidad necesite de la protección penal y que tal protección penal aparezca en el caso como satisfactoria en términos de utilidad social general. Estos requisitos no se dan cuando puede procederse razonablemente a proteger tal realidad en el marco de otros medios –jurídicos o no– menos lesivos que la intervención penal. Tampoco, cuando la intervención penal iría acompañada de consecuencias accesorias negativas. Deben, pues, respetarse los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* e intervención mínima y renunciar a la protección penal cuando ellos lo impongan pese a que consideraciones de “justicia” parecieran abonar la solución punitiva.”

84 Cfr. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, cit., p. 177: “Para todo sistema *a*, para toda conducta *p* y para todo caso *q*, vale que si *p* no está prohibido en el caso *q* en *a*, entonces *p* está permitido en el caso *q* en *a*.”

injusto propiamente dichos) son fundamentalmente o de modo general prohibiciones del derecho público (en el cual todo lo que no está expresamente permitido está prohibido), y sólo excepcionalmente prohibiciones del derecho privado (en el cual todo lo que no está expresamente prohibido está permitido).

La anterior cuestión ha sido también objeto de análisis en la dogmática penal germanista. En efecto, en el seno de esta se ha debatido si en el derecho sólo hay conductas prohibidas y permitidas y, por tanto, no hay espacio para conductas ni prohibidas ni permitidas, es decir, adscriptas a un espacio libre del derecho o también neutrales jurídicamente; debate que ha sido encarado a través de la construcción de dos categorías dogmáticas o alternativas teóricas básicas: la denominada "*Atribuibilidad por el hecho*" de Maurach y la "*Doctrina del ámbito libre del derecho*" de Kaufmman (Arth.).

Una recensión de los aportes de la teoría general del derecho a la dogmática penal en esta materia conllevaría considerar este tipo de «*conductas jurídicamente neutrales*» como permisos en sentido débil, es decir, conductas que no están expresamente prohibidas pero que tampoco tienen una permisión explícita por el derecho, alternativa que es admisible tratándose de permisos más no de prohibiciones, teniendo en cuenta que en un Estado constitucional, tanto desde un punto de vista teórico como político (criminal), sólo es admisible la existencia de prohibiciones "fuertes" (algo entonces tautológico) y delezpada la de prohibiciones en sentido débil.

#### 4. Conclusión

Ahora bien, ¿qué queda de todas estas distinciones conceptuales para la doctrina del injusto de la dogmática penal germanista y, concretamente para la valoración de una conducta como justificada o como ilícita o injusta (prohibida en definitiva)? La dogmática penal germanista se encuentra dividida históricamente respecto del tratamiento que realiza de algunos supuestos como los del "*cassus necessitatis*" y análogos, los cuales resuelve, de forma mayoritaria, bajo la figura del denominado «estado de necesidad disculpante», en vista de que en estos están en juego conflictos de intereses de igual entidad jurídica que por tal razón desestima como causas de justificación (o conductas permitidas).

Si bien es esta la alternativa dogmática mayoritariamente acogida existen otras como la del tratamiento de estos supuestos como causas de justificación, o como conductas neutralmente jurídicas, entre otras opciones, cuya fundamentación podría resultar mejor argumentada a partir de la inclusión en la dogmática



penal de la distinción entre permisos fuertes y permisos débiles de la teoría general del derecho.

En efecto, si bien se trata de casos de difícil solución jurídica por su carácter controvertido y problemático, puede resultar conveniente, para su análisis dogmático y en la argumentación de una solución alternativa, la determinación de si existe o no una disposición primaria permisiva expresa que los autorice como derechos o potestades de actuación, esto es, como permisos fuertes, como por ejemplo sucede en los supuestos que la dogmática penal germanista conceptualiza como legítima defensa o estado de necesidad justificante, o en su defecto, una ausencia de prohibición o de permisión también expresas que posibilite su valoración como permisos débiles, en todo caso permisos, en razón de los cuales se pueda fundamentar el carácter justificado de la conducta típica como *prima facie* pero no en definitiva prohibida.

La existencia de un permiso, así sea de carácter débil, que es un criterio que puede regular conceptualmente estos casos, puede llevar a promover una valoración de la relación social suscitada en ellos y que es objeto del juicio de injusto, como un supuesto de "causa" de justificación, en línea de la perspectiva del principio de legalidad amplio que rige los permisos y de legalidad estricta que rige las prohibiciones. Frente a los supuestos abarcados por la constelación de situaciones como la del *cassus necessitatis* de la Tabla de Carnéades y supuestos análogos, la dogmática penal germanista se limita a constatar la imponderabilidad de los bienes en colisión como un criterio privilegiado para la valoración del juicio/norma de injusto, soslayando la relevancia de la identificación del tipo de enunciación deóntico-jurídica y su análisis lógico-proposicional, en términos de si se trata de un permiso así sea débil o negativo, pero permiso en fin de cuentas, cuya implicación es la aprobación o justificación de la conducta objeto de valoración mediante el juicio o norma *strictu sensu* de injusto.

Esta es una consecuencia de la perspectiva *ratio essendi* de las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad penales, que es más compatible con el criterio de la función unitaria de la antijuridicidad penal que tiene como cometido principal la generación de coherencia y completitud del ordenamiento jurídico, función cuyo desarrollo es llevado a cabo a través del juicio/norma *strictu sensu* de injusto, con el propósito de generar unos más altos niveles de certeza y seguridad jurídica. El que esta perspectiva posibilite una concepción de la tipicidad como prohibición *prima facie* cuya nota de ilicitud o de injusto penal *en definitiva* es el resultado del análisis proposicional conjunto de aquella prohibición con las disposiciones permisivas,

permite fundamentar con mejores argumentos la solución dogmático-penal para el tratamiento de este tipo de situaciones.

Para potenciar que esta argumentación tenga una capacidad de rendimiento allende al razonamiento estrictamente tópico y brinde elementos para un razonamiento sistemático, con todo y el alcance heurístico que es propio de este, tiene sentido el uso teórico y político-criminal de las cuatro categorías deónticas propuestas en este trabajo para la dogmática del injusto penal, a partir de la siguiente regla conceptual (y político-criminal): el derecho penal de un Estado constitucional debe prohibir y perseguir, por regla general, conductas genuinamente penales; por excepción, conductas derivadamente penales;<sup>85</sup> y, por sustracción de materia, debe abstenerse de prohibir permisos jurídicos tanto fuertes como débiles.

## 5. Bibliografía

- ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL. "Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Volumen LI, BOE, España, 1998, pp. 365-587.
- ALCHOURRON, CARLOS/BULYGIN, EUGENIO. *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1991, pp. 215-238.
- ATIENZA, MANUEL/RUIZ MANERO, JUAN, "Para una teoría general de los ilícitos atípicos", en *Jueces para la Democracia*, No. 39, Asociación Jueces y Juezas para la Democracia, España, 2000, pp. 43-49.
- BALDÓ LAVILLA, FRANCESC, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las situaciones de necesidad de las que derivan facultades y deberes de salvaguardia*, José María Bosch Editor, 1994, España.
- BAYÓN, JUAN CARLOS, *Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas*, en Bulygin, Eugenio/Bayón, Juan Carlos/Atienza, Manuel. *Problemas lógicos en la teoría y la práctica del derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, España, 2009, pp. 27-74.
- BAYÓN, JUAN CARLOS, "Permisos, lagunas y discrecionalidad judicial: respuesta a Bulygin", en *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 33. España, Marcial Pons, 2010, pp. 307-317.

---

85 Cfr. LARRAURI PIJOÁN, ELENA, *Causas de justificación*, cit., p. 60: "el Derecho penal no puede castigar lo que otros sectores del ordenamiento jurídico autorizan realizar."

- BULYGIN, EUGENIO, *La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas*, en Bulygin, Eugenio/Bayón, Juan Carlos/Atienza, Manuel. Problemas lógicos en la teoría y la práctica del derecho, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, España, 2009, pp. 9-21.
- BULYGIN, EUGENIO, "Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición", *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Marcial Pons, No. 33, 2010, pp. 283-296.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Temis, Colombia, 1982.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. "Antijuricidad y causas de justificación", en *Nuevo Foro Penal*, No. 67, 2005, p. 54-60.
- CAPELLA HERNÁNDEZ, JUAN RAMÓN, "Una investigación lógica acerca de la ontología presupuesta por la teoría de la norma: la cuestión de la norma permisiva", en *Anuario de Filosofía del derecho*, España, 1970, pp. 219-248.
- CARBONELL, MATEU/MARTÍNEZ, GARAY (Coords.). *La justificación penal: balance y perspectivas*, Valencia, 2008, pp. 87 y ss.
- CARDENAL MONTRAVETA, SERGI, *El tipo penal en Bebing y los neokantianos*, España, Universidad de Barcelona, 2002, versión electrónica disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/1410>
- CEREZO MIR, JOSÉ, "Límites entre el derecho penal y el derecho administrativo", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, No. 28-2, 1975, pp. 159-175.
- CORTÉS ROSA, MANUEL. *La Función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del derecho penal*. En: Schünemann, Bernd/De Figueredo, Jorge (coords.) Silva Sánchez (ed. Española). *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, España, 1995, pp. 247-278.
- DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, "Del «derecho penal liberal» al «derecho penal del enemigo»", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, España, 2.<sup>a</sup> Época, N.º 14, 2004, pp. 87-115.
- DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. "La categoría de la antijuricidad en derecho penal", en: *Anuario de Derecho Penal*, España, BOE, Fascículo 3, 1991, pp. 716-790.
- FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, "Sobre la "administrativización" del derecho penal en la "sociedad del riesgo". Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI", en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, No. 1, Legis, Colombia, 2007, pp. 101-152.

- FERRAJOLI, LUIGI, "El derecho penal mínimo", traducción de Roberto Bergalli, Héctor Silveira y José Domínguez, en *Poder y Control*, No. 0, España, PPU, 1986
- GRACIA MARTÍN, LUIS, "La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de derecho (social y democrático)", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, España, 3ª Época, No. 3, 2010, pp. 27-72.
- GÜNTHER, HANS LUDWIG, *La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal*, traducción de Diego Luzón Peña. En: Mir Puig, Santiago/Luzón Peña, Diego (Eds.). *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, Aranzadi, España, 1995.
- JESCHECK, HANS HEINRICH. "Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada", traducción de Ángel Sanz Morán, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, No. 39-I, BOE, España, 1986, pp. 9-32.
- LARRAURI PIJOÁN, ELENA. "Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 48, Fasc/Mes 3, BOE, España, 1995, pp. 865-886.
- LARRAURI PIJOÁN, ELENA. *Causas de justificación: Criterios de identificación en Hassemer, Winfried/Larrauri, Elena. Justificación material y justificación procedimental en derecho penal*. Tecnos, Madrid, 1997.
- LAURENZO COPELLO, PATRICIA. *El aborto no punible*, Bosch, España, 1990.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. "Alcance y función del derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 42, Fasc/Mes 1, BOE, España, 1989, págs. 5-54.
- MANRIQUE, LAURA, "Derechos de necesidad y deberes de tolerancia. Una introducción", en *Discusiones*, No. 7, Universidad Nacional del Sur, Argentina, 2007, pp. 9-23.
- MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. "El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno", en *Revista de Derecho*, Chile, N° 1, 2011, pp. 87-115.
- MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. "Normas permisivas y deberes de tolerancia", en *Revista Chilena de derecho*, Chile, Vol. 41, No. 2, 2014, pp. 473-522.
- MARTOS NÚÑEZ, JUAN ANTONIO, "El principio de intervención penal mínima", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, No. 40, Fasc. 1, 1987, pp. 99-134.

- MAURACH, REINHART, *Tratado de derecho penal*. Tomo I, Traducción de Juan Córdoba Roda, Ariel, España, 1962.
- MAYER, MAX ERNST, *Derecho penal. Parte general*; traducción de Sergio Politoff Lifschitz, Editorial BdF, Uruguay, 2007.
- MAZZARESE, TECLA, *Permisión fuerte y permisón débil: notas al margen*, traducción de Pablo Navarro, en: Redondo, María Cristina/Navarro, Pablo Eugenio (comps.). La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política, Gedisa, Barcelona-España, 2002, pp. 131-152.
- MIR PUIG, SANTIAGO, "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 47, 1994, pp. 5-28.
- MIR PUIG, SANTIAGO, "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal" en *Revista Internacional de Ciencia Penal y Criminología*, Criminet, España, 2004, pp. 1-19.
- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, "El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, No. 2, Chile, 1995, pp. 265-296.
- MORESO MATEOS, JOSÉ JUAN, "Principio de legalidad y causas de justificación: (Sobre el alcance de la taxatividad)", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 24, España, Universidad de Alicante, 2001, pp. 525-545.
- NAVARRO, PABLO/MANRIQUE, LAURA, "El desafío de la taxatividad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LVIII, BOE, España, 2005, pp. 807-836.
- NAVARRO, PABLO, "Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos", en *Isonomía*, No. 34, ITAM, México, 2011, pp. 109-139.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 43, Fascículo I, BOE, España, 1988, pp. 5-28.
- ORTIZ DE URBINA, IÑIGO, "De moscas y agresores muertos Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo" en *Indret*, No. 3, España, 2008, pp. 1-42.
- PAWLIK, MICHAEL, "El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad", traducción de Hernán Darío Orozco López, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, No. 96, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 13-29.

- PÉREZ ALONSO, ESTEBAN, "La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente", en *Cuadernos de Política Criminal*, No. 56, Dikynson, España, 1995, pp. 623-650.
- PERRON, WALTER, *Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán*, en Mir Puig; Luzón Peña (coords.). *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, 1995, pp. 45 ss.
- PIÑA ROCHEFORT, JUAN IGNACIO, "Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del derecho penal ¿Es el problema de la legitimación abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?", en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 31, No. 3, Chile, 2004, pp. 515-546.
- PIÑA ROCHEFORT, JUAN IGNACIO, *La decisión penal. Consideraciones sobre la cláusula operativa del sistema jurídico-penal*, en Montealegre Lynett/Caro John, José Antonio (Eds.). *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Colombia, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 503-524.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *La antijuridicidad*, Temis, Colombia, 1990.
- RETTIG ESPINOZA, MAURICIO ALFREDO, "Desarrollo previsible de la relación entre la antijuridicidad y la culpabilidad", en *Revista de Derecho*, Chile, Volumen 22, No 2, 2009, pp. 185-203.
- ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal*, traducción de Enrique Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- ROXIN, CLAUS, "Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena", en *Cuadernos de Política Criminal*, N°. 46, Dykinson, España, 1992, pp. 169-194.
- ROXIN. CLAUS, *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, 2ª ed., Hammurabi, Argentina, 2000.
- ROXIN, CLAUS, "El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal alemana", traducción de Ricardo Robles Planas e Ivó Coca Vila, en *Indret*, España, No. 4, 2012, pp. 1-24.
- RUIZ MANERO, JUAN, "Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del derecho", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 33, Marcial Pons, España, 2010, pp. 297-306.

- SANZ MORÁN, ÁNGEL JOSÉ, "Teoría general de la justificación", en *Revista Penal*, No. 5, Tirant lo Blanch y otros, España, 2000, pp. 74-89.
- SCHÜNEMANN, BERND, "La política criminal y el sistema del derecho penal", traducción de Margarita Martínez Escamilla, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, No. 3, BOE, España, 1991, pp. 693-714.
- SCHÜNEMANN, BERND, *La función de la delimitación de injusto y culpabilidad*, en Schünemann, Bernd y De Figueiredo Dias, Jorge (Coords.). *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, J. M. Bosch*, España, 1995, pp. 205-245.
- SILVA OLIVARES, GUILLERMO, "Imputación y causas de justificación", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Chile, N° 18, 2013, pp. 25-58.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, España, 1992.
- TIEDEMANN, KLAUS, "Constitución y derecho penal", traducción de Luis Arroyo Zapatero, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 33 (septiembre-diciembre), España, 1991, pp. 145-171.
- VELASQUEZ VIOQUE, DAVID, *Función y límites de la justificación penal propuesta de un modelo unitario teleológico de exclusión del injusto*, tesis doctoral presentada en la Universidad Complutense de Madrid, España, 2017, disponible en <https://eprints.ucm.es/43245/1/T38909.pdf>