

José Sebastián Cornejo Aguiar
Gianni Egidio Piva Torres

TEORÍA DE LA ANTI JURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Prólogo
Miguel Abel Souto

JIB
BOSCH EDITOR

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

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



José Sebastián Cornejo Aguiar
Gianni Egidio Piva Torres

TEORÍA DE LA ANTI JURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Prólogo
Miguel Abel Souto

Barcelona
2021


BOSCH EDITOR

© AGOSTO 2021 JOSÉ SEBASTIÁN CORNEJO AGUIAR
GIANNI EGIDIO PIVA TORRES

© AGOSTO 2021



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

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

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

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

D.L.: B 12236-2021

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

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

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

CAPÍTULO III

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

CAPÍTULO IV

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

CAPÍTULO V

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

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

CAPÍTULO IX

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

CAPÍTULO X

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

CAPÍTULO XI

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

CAPÍTULO XII

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

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

Prólogo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A los 06 días de junio de 2021.

José Sebastián Cornejo Aguiar
Gianni Egidio Piva Torres
Autores



José Sebastián Cornejo Aguiar

Abogado por la Universidad Internacional SEK; Especialista en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar; Master en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar; Master en Derecho Procesal y Litigación Oral por la Universidad Internacional SEK.; Phd (c) en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires; Docente de la Universidad Técnica del Norte, Universidad Regional Autónoma de los Andes; autor de los libros: 1. Teoría General de los recursos y remedios procesales; 2. La Antijuridicidad y las causas excluyentes del Injusto Penal en el COIP; 3. El Proceso Penal Acusatorio en Iberoamérica; 4. La Legitimación de la Pena en el sistema penal Ecuatoriano; 5. Evolución Normativa en Materia Penal y Procesal Penal en varias legislaciones.; 6. Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Constitucional en el Derecho Peruano y Ecuatoriano 7. Derecho Penal y Procesal Penal a la luz de un Estado Constitucional de Derecho; 8. Procedimiento Penal Directo (Ecuador) Procedimiento Penal Expedido de Flagrancia (Costa Rica) ¿Populismo punitivo o justicia pronta y cumplida? Un análisis del ordenamiento jurídico ecuatoriano y costarricense.9. Tratado de Derecho Penal Constitucional Aplicado; 10. Atingencias Constitucionales Contemporáneas.; 11. Análisis Dialectico de la Teoría General de la Pena; 12. Naturaleza del Delito Estudio Interdisciplinar. Correo electrónico scor1719@hotmail.com.



Gianni Egidio Piva Torres

Título Universitario: Abogado. Estudió en la Universidad Santa María, (Caracas Distrito Federal) y culminó la carrera en la Universidad Bicentenario de Aragua (Maracay, Estado de Aragua). Año 1994/1999 Promoción Magistrado, Dr. Leoncio Landaez. Especialista derecho Civil, Procesal Civil. Especialista Derecho Penal y Procesal Penal. Especialista en materia de Drogas. Asistente a la Vice Presidencia del Colegio de Abogados Estado Carabobo. Miembro del comité científico del Anuario de Derecho Público y Privado, Fundación Ibáñez. Bogotá, Colombia. Miembro del comité científico de la editorial Ulpiano, Estado Plurinacional de Bolivia. Columnista del periódico, Argumento Voces Jurídicas, Bogotá Colombia y Faceta Jurídica, Bogotá, Colombia. Profesor de Procesal Civil y Penal, Universidad José Antonio Páez y Carabobo, Valencia Estado Carabobo, Venezuela. Abogado adjunto al Escritorio Granadillo Malave. Socio fundador, Escritorio Triana Ruiz. Socio Fundador del Escritorio Jurídico Colmenares Piva. Condecoración por el Colegio de Abogados Estado Carabobo, Cristóbal Mendoza, honor a los aportes académicos. Conferencista en Colombia, Bolivia, Ecuador, México y Perú. Ha publicado más de 100 obras en distintos países como Colombia, Chile, Venezuela, Bolivia, Ecuador y España.