

308909⁵⁷_{24.}



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

**ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**"LA ANTIJURIDICIDAD, ALGUNAS CONSIDERACIONES
EN TORNO A LA MISMA"**

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ANTONIO VILLADA NAVARRO
DIRECTOR DE TESIS
DR. RAFAEL MARQUEZ PIÑERO
MEXICO, D.F. 1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIA

A mis padres Lic. Antonio Villada Morales y Ana María Navarro Estrada, agradeciéndoles todo lo que han hecho por mí, y sobre todo, el ejemplo de rectitud y honradez que me ha servido de guía durante toda mi vida.

A mi esposa Norma Celina Rosales Mondragón que nunca ha dejado de apoyarme, a mis hijos Antonio y Ana María, así como a mis hermanos, parientes y amigos.

Al Doctor Rafael Marquez Piñero así como al Licenciado Gonzalo Uribarri Carpintero, agradeciéndoles su apoyo para el logro y realización de este trabajo.

LA ANTIJURIDICIDAD.

**ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA
MISMA.**

INDICE

CAPITULO 1

| | |
|---|----|
| 1.1.- LA ANTIJURIDICIDAD Y SU EVOLUCION HISTORICA | 2 |
| 1.2.- LO INJUSTO, LO ILICITO Y LO ANTIJURIDICO | 7 |
| 1.3.- CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD | 14 |

CAPITULO 2

| | |
|--|----|
| 2.1.- ELEMENTOS ESCENCIALES DEL DELITO | 20 |
| 2.1.1.- CONCEPTO DEL ELEMENTO SUBJETIVO | 30 |
| 2.1.2.- ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO Y SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO POSITIVO | 32 |
| 2.2.- LAS IDEAS DE CARRARA, CARLOS BINDING Y MAX ERNESTO MAYER | 34 |
| 2.3.- NATURALEZA DEL GENERO ANTIJURIDICIDAD Y SU CONTENIDO | 41 |

CAPITULO 3 : CLASES DE ANTIJURIDICIDAD

| | |
|--|----|
| 3.1.- ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL | 52 |
| 3.2.- ANTIJURIDICIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA | 63 |
| 3.3.- ANTIJURIDICIDAD ESPECIAL | 69 |

CAPITULO 4

| | |
|-----------------------------------|----|
| 4.1.- ANTIJURIDICIDAD Y TIPICIDAD | 72 |
|-----------------------------------|----|

| | |
|---|----|
| 4.2.- ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD | 76 |
| 4.3.- CONTROVERSIA ENTRE ANTIJURIDICIDAD GENERICA Y ANTIJURIDICIDAD ESPECIFICA | 79 |
| 4.4.- ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL | 84 |

CAPITULO 5

| | |
|--|----|
| 5.1.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION COMO ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTIJURIDICIDAD | 88 |
| 6.1.- CONCLUSIONES | 97 |

CAPITULO 1

1.1.- LA ANTIJURIDICIDAD Y SU EVOLUCION HISTORICA (1)

Nos dice el maestro Jiménez de Asúa ¹, que no es posible encontrar en el Derecho Romano una doctrina sobre lo antijurídico, pero que sí existe "conforme a un sistema que perdura hasta nuestros días" la enunciación de los casos en que lo antijurídico está ausente, como por ejemplo: la legítima defensa, el estado de necesidad, el derecho de matar al ladrón nocturno y al adulterio sorprendido en flagrante delito. En este aspecto lo consideraron también los Alemanes e Italianos de la Edad Media, y hasta las Leyes de Partida de España.

Pero ellos no hablaban de actos en los que encontraban excluida las Antijuridicidad, sino que eran actos en los que existía ausencia de culpabilidad, o más bien dicho, eso es lo que en nuestros días se conoce como causas de justificación.

Esto se ratifica cuando vemos que, a fines del siglo XVIII, la legítima defensa se desliga de su unión con el homicidio y busca su propio sitio en la parte general, como muestra de las causas de justificación en que la antijuridicidad está ausente, aunque en el Código Francés de 1810, siga figurando la legítima defensa entre los homicidios.

Ahora bien, la antijuridicidad, para llegarse a comprender totalmente, tuvo un lento desenvolvimiento a lo largo de la historia, aunque en el siglo

¹ JIMENEZ DE ASUA LUIS, "TRATADO DE DERECHO PENAL", Tomo III, Pag. 263 a 268.

XVIII Bohemero habló ya de que el delito era "legibus contrariae", y además distinguió, al menos en el caso de homicidio, entre la exclusión de la antijuridicidad y la del dolo.

Tenemos que llegar hasta el último tercio del siglo XIX para ver como se construye esa característica esencial del delito en el Derecho Alemán.

En 1867 Adolfo Merkel pone las bases para que se construya, positiva y materialmente la noción de lo antijurídico, aunque Von Hippel afirma, y con razón, que hasta poco después de 1870 se carecía de una profunda construcción dogmática sobre el problema.

Fue Carlos Binding quien señala la naturaleza esencial del acto injusto y punible que consiste en ser lo opuesto a la norma y advierte, que el destinatario de las normas no es el mismo juzgador ni el delincuente, sino que su fuerza recae sobre el estado, obligándole a castigar, dotándole de la función de perseguir y sancionar los actos delictivos.

Así Binding, al concebir el delito como violación de la Norma, sitúa a la antijuridicidad en el primer plano.

El estudio de Hertz publicado en 1880 y la monografía de Kessler publicada en 1864, viene a reforzar más la concepción de lo injusto dada por Binding.

Aún con éstos esfuerzos de la doctrina, la evolución del concepto de antijuridicidad se queda a mitad del camino, y es hasta 1911 con Fischer

que se vuelve a tocar el tema y se empiezan a elaborar gran cantidad de monografías al respecto.

Hasta 1925 el concepto material de antijuridicidad queda construido plenamente en el opúsculo de Nathan y de aquí en adelante los autores tratan de perfeccionar las concepciones sobre lo injusto.

En Alemania corresponde a Franz Von Liszt el mérito de haber creado la expresión antijuridicidad material en 1903 y haber marcado la pauta para que en las obras siguientes, realizadas en Alemania, Suiza y Austria siempre se aborde éste tema.

En Italia, Carrara es el único autor de esa época que aborda el tema y posteriormente se abandona, para tratarlo ya hasta las últimas obras de nuestro tiempo, específicamente con Rocco que se inspira en la ciencia Alemana, y Vannini hasta 1932.

En España, el maestro Jiménez de Asúa aborda el tema en las conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de Santa Fe en 1929 y luego en la Teoría Jurídica del Delito en 1931. Eugenio Cuello Calón lo hace en 1935 y Puig Peña en 1931; posteriormente José Antón trata un capítulo propio de su obra sobre la "Antijuridicidad de la Acción". Ultimamente Díaz Palos habla sobre las características de objetivo y material del injusto, y Mariano Jiménez Huerta desarrolla magníficamente el tema.

En los países de América el precursor es Enrique Lavedán en Cuba, que en su programa elaborado en 1917 habla de la ilegitimidad, a este autor le sigue en México Raúl Carrancá.

En Argentina, el concepto material de antijuridicidad se conoció hasta hace unos treinta años con Ramos y posteriormente con Gómez.

En Francia fue todavía más lento el desenvolvimiento del concepto de antijuridicidad, aunque en la teoría de Binding fue recibido por René Garraud al distinguir la infracción como fenómeno jurídico y como fenómeno social, aunque luego no dedujese las debidas consecuencias. Esta concepción de Binding fue adoptada también en Francia por Emilio Durkein, aunque la hace servir a sus fines sociológicos y no jurídicos.

Posteriormente en Francia, un profesor de Universidad Poitiers señala ya, entre los elementos constitutivos del delito, el elemento injusto, aunque lo considera en su forma negativa como no justificación.

En Bélgica el profesor Adolfo Prins sigue también la doctrina de Binding.

En Gran Bretaña y Estados Unidos de América poco o mas bien nada se habla de la noción de antijuridicidad en los diferentes tratados aunque Miller toque el tema sólo como coincidencia confundiendo en su obra el problema de lo injusto como el perjuicio.

En algún modo el libro de Jerónimo Hall representa un paso más avanzado, aunque falte la debida diferenciación entre tipicidad y antijuridicidad y una teoría general de la justificación.

1.2.- LO INJUSTO, LO ILICITO Y LO ANTIJURIDICO.

En el lenguaje jurídico penal, los términos antijurídico, injusto e ilícito han venido siendo empleados indistintamente, dándoseles idéntica significación conceptual.

Delitala usaba el término "ilicitud" para expresar "una antítesis entre un comportamiento jurídico obligatorio y el comportamiento efectivamente seguido por un sujeto".²

Traducida al español la voz alemana "rechts wdrigkeit", en virtud de que era una palabra desconocida, los juristas le fijaron una connotación cuyo significado no es el que tiene exactamente. Por lo que se usaron como sus equivalentes los términos ilícitos e injustos. Al ocuparse en el año de 1916 de la unificación del Derecho Penal en Sulza, Jiménez de Asúa señala en su Tratado, que se tradujo la expresión acto antijurídico en la frase acto ilícito.

Al poner en castellano el Tratado de Franz Von Lizst, tradujo este autor español, ilegalidad en vez de antijuridicidad. Agrega que Enrique Lavedan en la Habana empleaba en su programa el término "ilegitimidad", indicando que con estas connotaciones se desconoció cuanto había de

² Citado por JIMENEZ DE ASUA LUIS, Ib Idem, Pag. 961.

material en la noción, transformándola en un concepto puramente formal.³

Jiménez de Asúa prefiere emplear indistintamente los términos antijuridicidad e injusto, sin aceptar las expresiones ilicitud y entuerto, usadas por otros tratadistas como sinónimas de las consignadas, de donde se desprende que el citado penalista pone de relieve la distinta significación de ilicitud y antijuridicidad.⁴

Aclara este tratadista que "la ilicitud significa más que lo antijurídico. Lo ilícito es lo opuesto a la moral (y también al derecho)."⁵ "Si lo antijurídico hubiera de expresarse en un término no tautológico que supusiera ya en su nombre lo material y valorativo del concepto, se debería elegir una palabra que terminantemente equivaliera a lo contrario a la norma, pero la voz anormalidad esta demasiado llena del pensamiento de aberración; es decir, de lo que separa de lo normal, para que pudiéramos emplearla sin originar equívocos."⁶

Hans Welzel al abordar el estudio de lo injusto expone; "Antijuridicidad es el desacuerdo de la acción con la exigencia que impone el derecho para las acciones que se realizan en la vida social. Es el disvalor jurídico que corresponde a la acción a consecuencia de esa divergencia."⁷

³ Cfr., Ib Idem, Pag. 962.

⁴ Cfr., Ib Idem, Pag. 961.

⁵ Ib Idem, pag., 961.

⁶ Ib Idem, Pag., 962.

⁷ FONTAN BALESTRA CARLOS, "DERECHO PENAL I", Pag., 57.

Agrega el mismo autor que "imaginándose personificado el orden jurídico, frecuentemente se denomina la antijuridicidad como un juicio de valor negativo o juicio de disvalor del derecho sobre la acción en lo que se debe tener siempre presente lo gráfico del término, ya que la antijuridicidad no es, naturalmente un mero juicio de disvalor, sino una característica de disvalor de la acción."⁸

Por lo anterior afirma Welzel, la antijuridicidad es un juicio de valor objetivo, en cuanto se realiza sobre la acción en base a una escala general, precisamente del orden social jurídico. El objeto que se valora a saber, la acción, es en cambio una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos (psíquicos).

Prosigue el tratadista que analizamos, expresando que los conceptos antijuridicidad e Injusto son utilizados por lo común indiferentemente. Esto es en muchos casos inocuo a decir de Welzel, sin embargo puede conducir a malos entendidos en cuestiones importantes. Antijuridicidad es una característica de la acción y a su vez la relación que denota un desacuerdo entre acción antijurídica como totalidad; por lo tanto el objeto junto con su predicado de valor es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica. Lo justo es un sustantivo: la acción antijurídica, antijuridicidad, en cambio, solamente una relación, la característica axiológica de referencia en la acción.

⁸ Ib Idem, Pag., 57.

Esta Diferencia puede llegar a ser dogmáticamente de gran significación. La antijuridicidad, como pura relación entre un objeto (acción) y el Derecho, es una sola en la totalidad del orden jurídico. Lo injusto, como objeto valorado antijurídico, es en cambio múltiple, tanto como acciones antijurídicas hay en el Derecho. Por esa razón hay ciertamente un injusto específicamente penal; pero ninguna antijuridicidad específicamente penal.

Concluyendo que lo injusto penal está específicamente diferenciado por la característica de la adecuación típica.⁹

Con lo anterior nos damos cuenta de lo discutible y complejo del tema antijuridicidad, si se esbozan diversos criterios simplemente por lo que a la denominación se refiere, más aun habrá de suscitarse polémica por lo que al fondo del mismo respecta.

Sobre este punto, Jiménez de Asúa manifiesta que lo antijurídico es una expresión desaprobadora la cual requiere esclarecimiento a fondo, pues tanto lo injusto como lo justo han sido enturbiados por pretendidas exigencias de moral y de política; y comenta que quizá el ordenamiento jurídico, que es un orden de paz, nació de los ataques injustos a los intereses. Pero si en lugar de la prioridad histórica se trata de averiguar el prius lógico, se tendrá que reconocer que primero es lo justo y lo injusto su contrario.

⁹ Cfr., Ib Idem, pp. 57 y 58

Considerando este autor que otro problema importante que cabe señalar es si lo injusto y lo antijurídico tienen distintos significados o pueden usarse como sinónimos.¹⁰

Acerca de esta cuestión, Guillermo Sauer, "Después de decir que son lo mismo, afirma que lo injusto abarca la valoración y el concepto y lo antijurídico, sólo la valoración."¹¹ Sin embargo Jiménez de Asúa considera que se deben emplear indistintamente y con carácter sinónimo, tanto la voz injusto como la de antijurídico.¹²

Hay una discusión más profunda a propósito de si debe decirse contrario al Derecho o contrario al deber, pues diversos autores de los cuales cito solo a Dohna Gold Schmit, creen que pueden y deben emplearse ambos, aunque con ciertas diferencias. Nagler prefiere el término antijuridicidad al de contrario al deber. Mayer acepta el segundo término al tratar el contenido de la culpabilidad.¹³ A juicio de Jiménez de Asúa, cabe establecer diferencias.

Lo contrario al Derecho es el proceso objetivo del que juzga; el juez comparando la acción con la norma; en cambio, lo contrario al deber es lo que debe captar el agente en el elemento intelectual del dolo.¹⁴ Véase como propósito de la terminología Mezger y Jiménez de Asúa, involucran

¹⁰ Cfr. JIMENEZ DE ASUA LUIS, "PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL-LA LEY Y EL DELITO", Pag. 265

¹¹ Citado por JIMENEZ DE ASUA LUIS, Ib Idem Pag. 265.

¹² Cfr. Ib Idem, Pag. 265.

¹³ Citados por JIMENEZ DE ASUA LUIS, Ib Idem, Pag. 266.

¹⁴ Cfr., Ib Idem, Pag. 266.

en relación con la antijuridicidad conceptos de la culpabilidad. Ello pone de nueva cuenta, en evidencia, la complejidad del tema.

De una manera general expresamos que la antijuridicidad es lo contrario a Derecho; siguiendo la evolución del concepto de la antijuridicidad hallamos que esa definición es insuficiente y debe completarse, según la más extendida doctrina, por el sistema de negociaciones; es decir, por el expreso enunciado de casos de exclusión, a los que se llama causas de justificación; según este sistema negativo, será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes que se establecen de un modo expreso en la misma. En suma no se nos dice lo que es antijurídico, sino aunque parezca paradójico, lo que es jurídico, como la legítima defensa, ejercicio de un derecho, estado necesario, etc. Tal sistema de negociaciones, resulta pues, lógicamente contradictorio y por tanto para definir el concepto buscado.

Otro criterio adoptado al respecto se da cuando se le confiere a la antijuridicidad un significado valorativo. El tipo de la descripción, la antijuridicidad de la estimativa al acto. Así, el homicidio definido objetivamente por la ley se castiga por ser antijurídico, salvo si la legítima defensa por ejemplo, da el carácter de jurídica a la acción. Al mismo tiempo que se forma el concepto valorativo de la antijuridicidad se ensancha el ámbito de las causas justificantes.

Jiménez de Asúa expresa que " en la vida del derecho existen normas y leyes referidas a intereses vitales que la protección legal eleva a

bienes jurídicos; junto al bien jurídico está la norma que le da protección y de aquí que el delito cuando ataca a un bien jurídico sea lo contrario a la norma. Por eso, en vez de hablar de antijuridicidad, sería preferible decir lo contrario a la norma ¹⁵ En efecto, qué es lo realizado por un hombre cuando mata a otro? - estar de acuerdo con el artículo pertinente de un Código Penal, igual sucede con el que roba, pues no se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que esta por encima y detrás de la ley, si se mata o se roba, se quebranta la norma, mas no la ley.

¹⁵ Ib Idem, pp 269 y 270.

1.3.- CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD

Se ha dicho con razón que toda conducta humana, para ser estimada como delito, debe lesionar fundamentalmente dos aspectos: un bien jurídico legalmente tutelado y una afectación a ideales valorativos de la colectividad.

La contradicción objetiva de la norma, por tanto, hace que la conducta sea antijurídica. Pero no siempre la conducta relevante ante el Derecho Penal puede estimarse como tal, pues en ocasiones esa conducta relevante no puede estimarse antijurídicamente, es el caso de la privación de la vida, en que en ocasiones aún cuando exista esta puede encontrarse amparado el sujeto activo por una causa de justificación que impide catalogar a ese hecho como antijurídico.

El concepto de antijuridicidad, tal y como se concibe en la actualidad, principió a elaborarse en el año de 1870, aun cuando se ha pretendido encontrar sus antecedentes en el Derecho Penal Italiano, el Germánico antiguo y el común, dado que en dichos ordenamientos se regulaban algunos casos singulares, entre otros el derecho de matar o sea la legítima defensa actual, el estado de necesidad, etc. En Italia, Carrara manifestó que el delito es un " ente jurídico que necesita para subsistir de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales,

el conjunto de los cuales constituye su unidad pero, lo que completa su ser es la contradicción de esos elementos por la ley jurídica.¹⁶

En otros términos el ilustre maestro italiano al concebir en esa forma la noción de delito incluye la antijuridicidad como un tercer elemento junto con el elemento subjetivo.

Por su parte, el maestro Jiménez Huerta, siguiendo a Antolizei estima que antijuridicidad representa el segundo elemento del delito.¹⁷

Nosotros en cambio disentimos de esa opinión tan respetable y estimamos a la antijuridicidad no como el segundo elemento o aspecto del ilícito, sino que lo situamos como el tercer aspecto del delito por considerar que, para poder determinar la contradicción objetiva a la norma, es necesario lógicamente el presupuesto del tipo legal al cual va a contravenir, esto es, siguiendo la teoría de la prelación lógica, no tendremos antijuridicidad si antes no se ha dado la conducta o hecho, bien si falta la tipicidad o sea adecuación de la conducta al tipo.

"El contenido último de la antijuridicidad que interesa al jus penalista, dice Javier Alba Muñoz, es lisa y llanamente la contradicción objetiva de los valores estatales..... en el núcleo de la antijuridicidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder

¹⁶ CARRARA FRANCESCO, "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL", Pag. 35.

¹⁷ Citado por JIMENEZ HUERTA FRANCISCO, "LA ANTIJURIDICIDAD", Pag. 9.

punitivo del estado valorado en el proceso material de la realización prohibida implícitamente".¹⁸

Para Porte Petit una conducta o hecho son antijurídicos cuando siendo típicos no están protegidos por una causa de justificación.¹⁹

Para Antolizei la Antijuridicidad es: "La contrariedad del Derecho Objetivo".²⁰

Si bien es cierto que la antijuridicidad es un elemento objetivo, también lo es el hecho de que esa objetividad no se materializa en la misma forma que la conducta, toda vez que la existencia de este aspecto del delito nace de un juicio que va a valorar la conducta como lo manifiesta Jiménez Huerta, en relación con el orden jurídico cultural, y, por consiguiente, en relación, a los valores.²¹

Nosotros no desconocemos la dificultad aparente que el término antijuridicidad entraña por lo que se refiere al contenido mismo de la denominación, por que esto nos hace suponer, como anteriormente lo hemos dicho, que es lo contrario a la ley, es por ello que Carlos Binding, citado por Jiménez de Asúa, ha estimado que la antijuridicidad no es lo contrario a lo previsto en la ley, sino que es lo que en la ley se prevé como signo de represión.

¹⁸ Citado por CASTELLANOS TENA FERNANDO, "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", Pag. 177.

¹⁹ PORTE PETIT CELESTINO, "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL", Pag. 386.

²⁰ ANTOLISEI FRANCESCO, "MANUALI DI DIRITTO PENALE", Pag. 128.

²¹ Ib Idem, Pag. 15.

Ahora bien, la mayoría de los autores al empezar a hablar sobre este tema, coinciden en que la antijuridicidad es lo contrario al Derecho, consideramos al igual que el maestro Jiménez de Asúa, "es una de esas traducciones en frase distinta" y "nada profundo nos expresa",²² porque seguimos sin saber lo que es contrario al Derecho.

De aquí que los autores al profundizar más sobre el concepto de antijuridicidad, tratando de dar una definición válida a este concepto, tienen que hablar necesariamente, de la antijuridicidad objetiva y subjetiva.

El Lic. Rafael Millán Martínez nos dice que la antijuridicidad implica desvalorar, significa una reprobación del hecho puesto en contacto con las esencias ideales que nutren el ordenamiento jurídico, por lo tanto, para revestir tonalidad de ilicitud, el resultado (objetivo o subjetivo o mas bien dicho jurídico o material) debe estar en pugna con el derecho.²³

Este autor se une a la corriente objetiva y en particular al autor Fernando Castellanos Tena que señala a la antijuridicidad como un elemento del delito absolutamente independiente de toda valoración de índole subjetiva, distinto y separado de la culpabilidad. Lo antijurídico, por regla general, debe determinarse con base en la objetiva conducta enjuiciada, sin penetrar al ánimo de la gente.²⁴

²² Ob Cit. JIMENEZ DE ASUA LUIS, "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL-LA LEY Y EL DELITO" Pag. 267.

²³ MILLAN MARTINEZ RAFAEL, "REVISTA MEXICANA DE DERECHO PENAL", Pag. 65 y 66.

²⁴ Ob Cit. CASTELLANOS TENA FERNANDO, "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", Pag. 178.

Lo antijurídico tiene que estar encuadrado en el tipo penal y, además, no deben existir causas de justificación.

De ésto, observamos que lo antijurídico tiene dos condiciones: una positiva que se refiere a la adecuación típica y una negativa que prevé la ausencia total de causas de justificación.

CAPITULO 2

2.1.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO

Si bien es cierto que la antijuridicidad es el elemento objetivo del delito, también es cierto y es dable reconocer que dentro de su existencia en ocasiones se incluyen algunos elementos a los que se les llega a denominar subjetivos, mismos que excepcionalmente aparecen cuando se dan algunas conductas, pero que son necesarias de valorar dentro del análisis de la antijuridicidad. Al respecto se ha sostenido que delitos tipificados por nuestra ley penal contienen elementos subjetivos siendo el caso de las injurias, las cuales para que se tengan como ilícitos habrá necesidad de que las palabras emitidas por el sujeto activo tengan el propósito de ofender, es el caso también del delito de Fraude en el cual los actos materiales constitutivos de esa figura deben de realizarse con intención de engañar u obtener un lucro indebido.

La existencia de los elementos subjetivos del injusto es independiente totalmente de la reprochabilidad subjetiva en la que haya incurrido el agente activo, o sea que un imputable puede proferir palabras que lleven el ánimo de ofender, más sin embargo esta actitud no puede ser reprochable por carecer dicho sujeto de imputabilidad psicológica y por ende existir una ausencia de culpabilidad para serle reprochable.

El estudio de los elementos subjetivos encuentra sus primeros antecedentes a principios del presente siglo cuando algunos autores, entre ellos Fisher, al hacer un estudio comparativo entre la culpabilidad y

la antijuridicidad, creyeron encontrar la presencia de momentos subjetivos formados dentro de los límites del derecho y del ilícito. Por lo tanto se creyó encontrar en forma objetiva que algunos tipos contenían dentro de ellos un conjunto de circunstancias que calificaba como ilícito aquel objeto que guiaba al sujeto a cometer el ilícito. El mismo Fischer llegó a inclinarse por la inclusión de elementos subjetivos dentro de la culpabilidad, sin embargo ubicó la intención o propósito del sujeto dentro de la antijuridicidad o ilicitud.²⁵

Con posterioridad Heller creyó encontrar elementos subjetivos dentro de los delitos y denominará esa circunstancia como la "tendencia interna transcendente" y llegó a estimar que no siempre los elementos subjetivos pertenecían a la culpabilidad y contrariamente no todo elemento objetivo a la antijuridicidad. El mismo autor llegó a estimar que los momentos subjetivos eran necesarios en ocasiones para afirmar el daño social objetivo. El autor referido, además pensó que la calificación de los elementos del delito no sucede formalmente, sino más bien teológicamente.

El mismo Hegler con posterioridad amplió el grupo de delitos a los que consideraba que incluían momentos subjetivos diciendo que estos contenían una "intención demostrada por el contenido, por estimar que en estos ilícitos el fundamento subjetivo de la ilicitud se extendía hasta comprender casos en los que los que se manifiesta una intención determinante de la acción".²⁶

²⁵ FRANCO GUZMAN RICARDO, "LA SUBJETIVIDAD EN LA ILICITUD", pag. 81.

²⁶ Ib Idem, pag. 53.

Este mismo autor negó que dichos momentos subjetivos pudieran valer como justificación de la conducta por estimar que equivaldría a afirmar que el fin justifica los medios.

Para Max Ernesto Mayer, en cambio hablar de ilicitud subjetiva era un error, por estimar que si acepta esa posición se hacía referencia a la imputabilidad y que, además los elementos subjetivos de la ilicitud son características propias de la antijuridicidad, pero no son características de la culpabilidad, ni propias ni impropias.²⁷

Asimismo Mayer al tratar de fundamentar su teoría estableció que el motivo correspondía a la culpabilidad y el fin a la ilicitud o antijuridicidad, y por lo tanto dedujo consecuentemente que no coincide una acción teológicamente con una causal, como tampoco se puede identificar el fin con el motivo delictivo.²⁸

Por su parte Mezger al referirse a la antijuridicidad estimó que los elementos subjetivos no son referibles al sujeto y que son siempre elementos de culpabilidad, puesto que de lo contrario les faltaría la imputabilidad personal.²⁹

Beling fundamenta una teoría con base en la distinción que hace del *Talbestand* y el *Deliktstypus*, considerando al primero como una imagen conceptual, abstracta y sin contenido y que no tiene una

²⁷ *Ib Idem*, Pag. 57.

²⁸ *Ib Idem*, Pag. 58.

²⁹ *Ib Idem*, Pag. 58.

existencia inmediata en la ley, y en cambio, el segundo si tiene experiencia en la propia ley y comprende tanto al tipo de la ilicitud como al tipo de la facultad.

Para Beling la expresión mas aceptable es la de "condiciones subjetivas" de la ilicitud, por considerarlas mas propias y término mas aceptable que "elementos subjetivos de la antijuridicidad", acepta este autor dicha denominación de condición por estimar que ésta entraña algo subjetivo condicionante para que una acción de relevancia externa pueda ser estimada como antijurídica.³⁰

El mismo Beling consideró que la doctrina de los elementos subjetivos del tipo tuvo su origen en el hecho de que en las leyes penales se encuentran palabras que señalan algo externo que va unido a algo interno.

Dentro del estudio de la antijuridicidad por lo que se refiere a los elementos subjetivos del injusto, adquiere suma relevancia la teoría de la acción finalista, la cual revolucionó las anteriores teorías y para ello fundamentalmente contrapuso sus puntos de vista con la teoría de la causalidad naturalista.

Con acierto Welzel dijo que la causalidad es "ciega", la finalidad - refiriéndose a la acción finalista "vidente". En otros términos, para la posición causal o naturalista la acción viene a constituir un mero proceso de causalidad, objetivo y externo, y por lo tanto es una relación causal de

³⁰ Ib Idem, Pag. 59.

la voluntad sin que tenga importancia alguna el contenido de la misma voluntad, ni la conciencia del agente. Por su parte en la teoría de la acción finalista, la acción no únicamente entraña una mutación en el mundo exterior sino que representa un reflejo y obra de la personalidad, en otros términos para esta teoría el cambio en el mundo exterior en que refleja la voluntad humana, encuentra su explicación en el análisis que se hace de la estructura de la acción dolosa y culposa.

Asimismo, para la citada teoría de la acción finalista, el hombre como ser pensante y con imaginación está en condiciones de prever ciertos hechos que son ejecutados por el hombre, selecciona los medios idóneos para llevar a cabo dichos fines y con base en su propia voluntad los ejecuta y provoca de esa forma una mutación en el mundo externo.

Uno de los mas destacados sostenedores de la acción finalista como teoría lo fue Welzel, quien creyó en encontrar la esencia de la acción humana en la actividad dirigida hacia el objeto, en la "finalidad".³¹

El mismo Welzel considera tres momentos fundamentales en la intervención del hombre al manifestarse en el mundo exterior y dice que el hombre puede anticipar con el pensamiento las posibles consecuencias de su actuación causal, siendo esos tres momentos las siguientes: 1o. El fin que interesa al agente obtener; 2o. Los medios que debe utilizar para lograr tal fin y 3o. las consecuencias secundarias resultantes del empleo de los medios mismos.³²

³¹ Ib Idem, Pag. 84 y 85.

³² Citado Ib Idem, Pag. 85.

Para los finalistas la voluntad se dirige y se realiza objetivamente en la acción.

Consecuentemente a lo anterior los mismos finalistas sostienen por lo tanto que el contenido de la voluntad integra la acción y por lo mismo el dolo ya no pertenece únicamente a la culpabilidad lato sensu, sino a la antijuridicidad. Pero, para los mismos finalistas esta posición únicamente es válida en los delitos dolosos.

Reafirmando lo anterior encontramos la posición de Weber el que considera que el dolo es sustraído de la culpabilidad y quedará absorbido en la acción misma y en la antijuridicidad.³³

Para la teoría finalista la punibilidad de la conducta no es reprochable por el derecho en sí, sino más bien lo que se reprocha es la voluntad que se dirige a infringir el ordenamiento legal.³⁴

También los finalistas estiman al dolo como parte integrante de la acción y se le califica como el elemento general subjetivo de la antijuridicidad que se presenta en forma invariable en todos los delitos dolosos. Siguiendo a Niece llegamos a ver si como este autor separa al dolo de la culpabilidad por estimar que este elemento plasma al aspecto objetivo de la acción, y considera este autor que esta forma de culpabilidad - dolo interviene en el estudio de la realización de la voluntad

³³ GALLO MARCELO, "LA TEORIA DELL' AZIONE FINALISTICA", Pag. 15 y 16.

³⁴ Ob Cit, FRANCO GUZMAN RICARDO, cita a NIECE, Pag. 87.

y es objeto esencial en el juicio de antijuridicidad, en tanto que el grado procedente a la formación de la voluntad se vuelve objeto del juicio de culpabilidad.³⁵

Ahora bien, para la teoría finalista el tratamiento con respecto a los delitos culposos es totalmente diferente, toda vez que, es solamente un momento de referencia, y que en esos delitos culposos, aun cuando la acción no es finalista, sino "causal-ciega", se puede sostener que el hecho puede ser evitable finalísticamente. En otros términos y con base en lo anterior, para los finalistas cuando existe un delito culposo no está a una acción "causal-ciega", sino frente a una verdadera acción.

Así planteada la teoría finalista, encontramos, entre otros autores a Von Weber y al Conde Donna, quienes creen que los elementos de la culpabilidad son la imputabilidad, la conciencia de la ilicitud y la falta de causas de exclusión de la culpabilidad, esta última como la exigibilidad de la conducta conforme a la ley. En cambio para Welzel las causas de no exigibilidad, y entre ellas el estado de necesidad, la fuerza física y moral, el mandato de actuación antijurídica, quedan excluidas del plano de la culpabilidad y las coloca dentro de los motivos que excluyen o eliminan la antijuridicidad. Posición criticada por Maurach el cual estima como elemento propio de la culpabilidad a la imputabilidad.

El más importante sostenedor de la teoría finalista, Wezel, sostiene firmemente que no solo la intención específica del agente debe pertenecer a la antijuridicidad, sino también el dolo; al efecto este autor pone como

³⁵ Ib Idem, Pag. 87.

ejemplo la apropiación que en forma intencional realiza una persona de cosa ajena y dice que la intención solamente puede tenerla quien proceda en forma dolosa, y por lo tanto esa conducta es incompatible con un actuar culposo, y concluye que hay delitos que contienen elementos subjetivos de la antijuridicidad en los cuales el dolo no puede pertenecer tanto a la acción como a la ilicitud. Para Welzel los elementos subjetivos de la ilicitud deben ser denominados "momentos típicos subjetivos de la acción" y los sitúa dentro del "tipo subjetivo de la antijuridicidad como parte integrante del delito doloso".

El autor tantas veces citado sostiene que esos "momentos" encuentran íntima relación con el dolo por considerarlos como momento finalista de la acción.

Se han enderezado críticas en todo sentido en contra de la teoría finalista de la acción con respecto a la antijuridicidad, así se ha dicho: "llegar a la conclusión extrema de que el dolo es elemento subjetivo general de la ilicitud de la acción, significa destruir las justas bases de una dogmática sana, y las útiles funciones características de los diversos elementos del delito se pierden en el afán de encontrar soluciones con sabor de novedad que ni siquiera resuelven satisfactoriamente los innumerables problemas que ofrece nuestra ciencia".

"La mera identificación de una intención dirigida hacia un fin con el concepto de dolo, constituyen una afirmación temeraria. la sola existencia de delitos de dolo eventual evidencia la inexactitud de asignar a la finalidad y al dolo el mismo contenido y la misma característica formal. La

posibilidad de delitos en los cuales la intención sea finalista y sin embargo se excluya la actuación dolosa, demuestra definitivamente lo inadmisibile de considerar al dolo y a la finalidad como la misma cosa".³⁶

Otro punto de crítica en contra de la teoría de la acción finalista se encuentra o pretenden encontrarla cuando se refiere a los delitos culposos, entre los autores que realizan esta crítica se encuentran La Porta, quien estima que esta teoría rompe su concepto de acción final al considerar que la conducta es una forma muy distinta de aquella que le da existencia autónoma, y que dicha teoría acepta que la acción dolosa es la única que participa de las características del finalismo.³⁷

En cambio para Bettiol la crítica en contra de la teoría finalista se encuentra también en los delitos culposos pero la enfoca en el hecho de que en la conducta culposa, no hay coincidencia entre el objeto perseguido por el agente y el resultado causado y dice este autor que si bien es cierto, no existe una acción sin un fin particular, también la conducta culposa en cuanto a acción, debe tener un fin.³⁸

Concluyendo, se ha sostenido que "de modo especial debe desecharse la concepción del dolo como elemento subjetivo general de la antijuridicidad, por que su distinción de la culpabilidad se hace muy difícil, incluso entender como pueda concebirse, y porque de este modo se

³⁶ Ib Idem, Pag. 96 y 97.

³⁷ REVISTA DE GIUSTIZIA PENALE, "LA TEORIA FINALISTICA DE LA CONDOTTA", Pag. 5.

³⁸ Ob Cit, ANTOLISEI FRANCESCO, Pag. 156.

confunden los elementos objetivos de la ilicitud, que no tiene nada que ver con el dolo.³⁹

³⁹ Ob Cit, FRANCO GUZMAN RICARDO, Pag. 100.

2.1.1.- CONCEPTO DEL ELEMENTO SUBJETIVO

Aún se siguen discutiendo los límites que deben circunscribir al elemento del injusto, es decir se trata de determinar hasta donde dicho elemento debe contenerse únicamente dentro de la antijuridicidad y si dentro de ésta debe también de quedar incluida la culpabilidad.

Esta discusión ha provocado la inquietud de los tratadistas y es por ello que el concepto del elemento subjetivo del injusto no encontró desde un principio una acepción adecuada que lo definiera con exactitud; así la doctrina alemana creyó encontrar el término más correcto al hablar de Absichtsdelikte. Fue con posterioridad Hegler quién llegó a definirlo como Delikte mit Uberschiessender Innentendenz el que expresaba los delitos con tendencia interior o sea una intención que excedía los límites de los hechos externos constitutivos del delito.

Para otros el elemento subjetivo del injusto venía a ser un elemento con un contenido cognoscitivo que excedía el límite del hecho objetivo externo; para otros autores en cambio ese elemento subjetivo del injusto representaba una finalidad situada detrás de la realización del hecho.

Finzi concibió el elemento subjetivo del injusto como un conjunto de voliciones dirigidas hacia un resultado que estaba fuera de los hechos externos de ejecución del delito.

Se le ha criticado a las diversas definiciones o conceptos del elemento subjetivo del injusto cuando, para poder lograrlas como, hacen uso del término dolo específico por considerar que el dolo representa una forma que reviste la culpabilidad y que por lo mismo no debe tomarse como referencia a la culpabilidad para determinar algo que corresponde a la antijuridicidad.

Nosotros por nuestra parte concebimos al elemento subjetivo del injusto como una denominación de circunstancias volitivas o cognoscitivas realizadas por el agente activo del delito que se incluyen dentro de los tipos legales a efecto de poder realizar el juicio objetivo de valoración para determinar si la conducta de referencia es o no antijurídica. Como su nombre lo indica el elemento subjetivo del injusto viene a representar un aspecto inmaterial, pues se trata de circunstancias que se encuentra en el interior del sujeto activo, pero se inmaterializan dentro del derecho positivo y efectivamente exceden de los límites de los hechos externos que constituyen el delito.

Habiendo dejado establecido nuestro concepto del elemento subjetivo del injusto, queremos dejar asentado que en su oportunidad trataremos lo relativo a la antijuridicidad y culpabilidad.

2.1.2.-ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO Y SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO POSITIVO

Siguiendo en cierta forma a Franco Guzmán por lo que se refiere a los elementos subjetivos del tipo, podemos decir que los tipos legales son la fuente en donde se encuentran los elementos subjetivos y que se les puede dividir en tres tipos a saber:

- 1.- Tipos en los que se observan elementos subjetivos de interés absoluto para la culpabilidad.,
- 2.- Tipos con una doble referencia a ilicitud y a la culpabilidad., y
- 3.- Delitos o tipos con elementos subjetivos referidos a la antijuridicidad.

Vamos a referirnos a cada uno de los grupos mencionados en relación con el derecho positivo mexicano, o sea con el Código Penal de 1931 para el Distrito y Territorios Federales.

1er. grupo.- Delitos con elementos subjetivos de interés absoluto para la culpabilidad: son a los que se refieren los artículos 330 y 332. En tales artículos se debe advertir que el elemento subjetivo del injusto referido en la culpabilidad es indicativo de una circunstancia que motiva que el agente activo del delito se encuentre impulsado a infringir el ordenamiento legal con un propósito o fin determinado, viéndose

claramente estos en los casos del aborto, fundamentalmente en el aborto honoris causa.

2o. grupo.- Dentro de los tipos incluidos dentro de este grupo o sea aquellos cuyo elemento subjetivo del injusto presenta una doble referencia a la ilicitud y a la culpabilidad, encontramos los delitos previstos en los artículos: 123, 127, 130, 131, 132, 139, 140 y 387 fracción X; en los artículos precedentes observamos como el elemento subjetivo del injusto se refiere indistintamente a aspectos de culpabilidad o de antijuridicidad o de ilicitud, pues para la determinación de antijuridicidad debemos tener en cuenta si la acción tiende o mejor dicho se dirige a un fin, y en cambio cuando la descripción del tipo nos señala un motivo este corresponderá al aspecto culpabilidad.

3er. grupo.- En este grupo incluimos, los tipos que contienen elementos subjetivos referidos a la antijuridicidad, aquí podemos advertir que son tipos que describen acciones dirigidas hacia un fin determinado, es decir la dirección subjetiva se enfoca hacia la optación de un resultado específico, es el caso de los delitos con animus lucrandi.

Podemos señalar dentro de este grupo, entre otros los siguientes delitos: 282 en relación con el 284, 366 fracción I, 238, 210 en relación con el 211, 220, 367, 382, 386 y 395 de nuestro Código Penal vigente.

2.2.- LAS IDEAS DE CARRARA, CARLOS BINDING Y MAX ERNESTO MAYER

Carrara dice que el delito "es la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".⁴⁰

Puede resumirse la definición arriba citada en la fórmula: El delito es un acto humano, antijurídico y culpable; de donde puede inferirse claramente que el concepto de la antijuridicidad es uno de los dos pilares en que descansa esta noción del delito.

La concepción del acto antijurídico que se desprende de esta definición y que late en toda la obra de Carrara estriba en considerar fundamentalmente al acto ilícito como una violación o infracción a las leyes y precisamente a las leyes que ha promulgado el Estado; pero no vale el concepto respecto a cualquier clase de leyes sino precisamente a las que se han emitido para proteger la seguridad de los ciudadanos.

Siguiendo a Carrara debemos por último aclarar que la infracción de dichas leyes en que consiste el acto antijurídico, ha de ser también el efecto o consecuencia de un acto externo de la conducta humana, que lleve el sello particular del hombre, a saber: que sea moralmente

⁴⁰ CARRARA FRANCESCO, "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL", Bogota, Pag. 43.

imputable, lo cual significa que en el momento decisorio fundamental en que el ser humano dirige su conducta en un cierto sentido, haya sido capaz de elegir precisamente esa vía y no otra de entre varias posibilidades, lo cual supone un acto deliberado.

Este acto por consecuencia es fruto y expresión de la libertad espiritual y moral que caracteriza al ser humano.

El libero - arbitrarismo o sea la doctrina que sostiene que le es dado al hombre escoger entre diversas posibilidades vitales para seguir una determinada, representa una escuela que tiene múltiples seguidores y contradictores.

El tema por razones obvias escapa a la meta de este ensayo y por consecuencia sólo analizaremos la concepción de Carrara en lo que ve al acto antijurídico. Si intentamos comprender el alcance de la expresión total sobre este particular en la idea del profesor italiano, tendremos que despejar el alcance de la expresión - infracción a la Ley del Estado que constituye el muelle del acto injusto.

Las leyes que promulga el Estado y a las que se refiere Carrara, son justamente el tópico que nos interesa, el llamado Derecho Positivo Penal.

Ahora bien, si examinamos la estructura de esta rama del Derecho refiriéndola no sólo a un Derecho positivo en particular, sino a cualquier Derecho positivo históricamente existente, podremos percatarnos de que

las leyes de carácter penal que establece el Estado, invariablemente, mandan aplicar una sanción a aquél sujeto que comete un delito.

Si ésta es la característica común de todas las leyes positivas, debemos preguntarnos: Qué acto puede resultar violatorio de las mismas?.

Para encontrar el sentido de la definición de Carrara, para corroborar el sentido de tal cuestión, podríamos hacer una revisión de diversos Códigos Penales. Lo prolijo de la tarea nos induce a citar sólo algunos ejemplos en relación con el Derecho penal promulgado por el Estado Mexicano:

Establece el Artículo 178 del Código Penal vigente: "Al que sin causa legítima rehusare prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad."

Artículo 285 del citado ordenamiento, " se impondrán de un mes a dos años de prisión y multa de diez a cien pesos al que, sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, se introduzca furtivamente o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada".

Los dos ejemplos citados, podrían ampliarse a todos los delitos que se han establecido con arreglo al Derecho positivo Mexicano o sea al Derecho que ha promulgado el Estado de la República Mexicana. Resulta a nuestro juicio enteramente obvio que quien desobedece un mandato legítimo de autoridad o comete allanamiento de morada o cualquier otro delito de los que establece el legislador, no viola la ley del Estado por la sencilla razón de que dicho sujeto está realizando la conducta precisamente prevista por dicha ley, y sólo como un uso abusivo de los términos es que se puede afirmar que tal proceder viola la ley del Estado.

Seguramente lo que quiso decir Carrera, es que el delito viene a transgredir o infringir otra clase de preceptos cuya existencia está supuesta por la Ley promulgada por el Estado, tales preceptos son justamente las normas morales, pero éstas no son promulgadas evidentemente por el Estado.

Este razonamiento es el que seguramente sirve a Carlos Binding para comentar la noción que el ilustre profesor de Piza nos da del delito, y al respecto dice Jiménez de Asúa que, "era frecuentísimo escuchar que el delito es lo contrario a la Ley; así Carrara lo definía como infracción de la Ley del Estado, pero Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la Ley, sino más bien, el acto que se ajusta a lo previsto en la ley Penal. En efecto, qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro? Estar de acuerdo con el Artículo pertinente de un Código Penal. Igualmente sucede con el que roba. No se vulnera la ley pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que esta por encima y detrás de la Ley. El decálogo

es un libro de normas: No matarás, no robarás, si se mata o se roba se quebranta la norma, mas no la ley. Por eso Binding decla: "la norma crea lo antijurídico, la Ley crea la acción punible, o dicho de otra manera más exacta: La norma valoriza, la Ley describe".⁴¹

Este pensamiento resulta altamente sugerente porque señala con precisión la problemática distinta entre el Derecho positivo y el derecho natural, en tanto que aquel solamente prescribe una sanción para el sujeto que realiza la conducta prevista en la disposición legal, este lleva la protección de establecer los criterios generales conforme a los cuales una acción resulta nociva a los intereses sociales.

Aquí late el viejo principio aristotélico que pretendía distinguir la calidad de los actos humanos en dos grandes especies. En efecto el estagirita en su ética nicomaquea, nos habla de que hay acciones mala in se y mala quia prohibita. (Mala en sí mismas o malas porque están prohibidas).

Sucede con el pensamiento aristotélico lo mismo que con el aplicado por Binding en el Derecho Penal.

Dice así Aristóteles: "De lo justo político una parte es natural, otra legal. Natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación. Legal es lo que en un

⁴¹ Ob Cit, JIMENEZ DE ASUA LUIS, "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL-LA LEY Y EL DELITO", Pag. 269.

principio es diferente que sea de este modo o del otro, pero una vez constituidas las leyes de ser indiferente."⁴²

El problema según la tesis sostenida por Carlos Binding resulta así desplazado, pues lo importante es la elucidación del valor de las normas de cultura, en cuanto a la explicación del acto antijurídico. En efecto, quien roba o mata transgrede las normas del decálogo que mandan no robar ni matar.

Pero resulta que con arreglo al Derecho Positivo, tanto el matar como el robar son a veces conductas permitidas por el Derecho, o sea, lícitas, no antijurídicas.

Así, quien mata en ejercicio de la defensa legítima o cumpliendo un deber, como el verdugo que ejecuta una condena, o quien roba en estado de indigencia, o bien el ascendiente o descendiente que se roban entre sí, no cometen un acto antijurídico en el sentido del derecho positivo; por lo cual estimamos que resulta insuficiente el criterio que ofrece Carlos Binding para connotar la antijuridicidad.

Desde un punto de vista más general incluso, las normas del decálogo que puedan refutarse como los soportes valorativos de las normas legales del derecho positivo carecen del sentido humano o histórico que caracteriza a aquel derecho. En efecto, son tan generales los mandamientos contenidos en aquellas tablas que por su misma abstracción no resultan aplicables a la relatividad y concreción de los

⁴²"ETICA NICOMAQUEA", Editado por la U. N. A. M., Pag. 123.

actos cotidianos del hombre. Sirva como ejemplo de esta afirmación, la norma que prescribe "no matarás", así expresada, carece en realidad de significado humano porque a través de toda la historia el hombre se ve precisado a matar a los animales y a los vegetales para proveer a su sustento.

Seguramente por esta observación es que Max Ernesto Mayer, afirma que "La antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el estado."⁴³

El comentario que se nos ocurre a este nuevo pensamiento para definir la antijuridicidad es el siguiente:

Si el acto antijurídico es el que contradice las normas culturales reconocidas por el Estado debe pensarse necesariamente que tales normas no son otras que las del Derecho positivo, supuesto que el Estado solo tiene posibilidad de reconocerlas a través de las normas legisladas, o sea justamente, las que corresponden al Derecho positivo.

Pero si observamos con detenimiento la mecánica del delito, tendremos que concluir que este no contradice ni vulnera las normas legisladas, sino que se actualiza la conducta prevista por el legislador en las normas del Derecho Positivo, conducta a la cual tal Derecho asocia una pena como su legítima consecuencia.

⁴³ Ob Cit, CASTELLANOS TENA FERNANDO, Pag.179.

2.3.- NATURALEZA DEL GENERO ANTIJURIDICIDAD Y SU CONTENIDO.

La causa Final, es aquella para lo cual algo existe.

La acción delictiva para serlo ha de llevar como fin la comisión de un hecho antijurídico.

De la finalidad que lleve en si la acción psico-física y libre de una personalidad como conducta adecuada a un tipo, resultará su oposición al Derecho, es decir, convertirse en antijurídica.⁴⁴ Pero esto no quiere decir que únicamente existe el Antijurídico típico -penal, hay especies por lo que la Antijuridicidad es un género.

La Antijuridicidad se denomina de igual modo "Illicitud", según nos dice Graf zu Dohna, palabra que comprende también el ámbito de la ética; término puesto en circulación por los tratadistas italianos y que en español constituye un acercamiento es la palabra "Encuentro", usada en relación a deshacer lo torcido o agravios; como "Ilegalidad" en referencia a la ley;

⁴⁴ Al traducir el Dr. Faustino Ballvé Pallise la obra de Alexander Graf zu Dohna, titulada en alemán: Die Rechtswidrigkeit dice que no sabe cómo ha podido prevalecer la espantosa traducción: "antijurídico" (Rechtswidrig igual a "contrario a Derecho", Lo jurídico se refiere al concepto del derecho y en tal sentido una cosa puede ser jurídica (física, matemática) etc., pero no puede ser antijurídica. El pescado no es carne, pero no es "anticarne". Cuando de "Antijuridicidad" se habla, no se piensa, sin embargo, en lo que no es jurídico, en lo que choca con las normas jurídicas, es decir no se piensa conceptual sino axiológicamente; se hace un juicio de valor de una conducta". De esto es de lo que se ocupa el libro de Graf zu Dohna, de cuando una conducta es o no infractora de la norma jurídica. Dice que "en buen castellano, y buena traducción del sentido del vocablo alemán, "corresponde el de Illicitud". Y así titula la obra que traduce, "la illicitud", habiéndose publicado en el No. 32 de la Revista Mexicana del Derecho Penal, correspondiente a febrero de 1961.

"Injusto" usado por los alemanes para significar lo contrario a Derecho, a lo justo antijurídicamente considerado.

Derecho es lo justo objetivo.

Luego actúa antijurídicamente quien contradice las normas objetivas del Derecho.⁴⁵

Toda conducta de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado en la ley, entraña un injusto como fin del delito.

Al atacar la acción antijurídica a la justicia, se convierte en un Injusto.

El Derecho es el objetivo, la forma y el fin de la Justicia, su contenido sustancial y específico.

Luego todo lo que ataque al Derecho, es injusto por naturaleza. Ambos fines se oponen.

El fin social y bien común son conceptos sinónimos, porque el fin sólo se apetece en tanto que es un bien.

El fin del delito es el injusto (Antijuridicidad), nota que desafina en la sinfonía de la convivencia social organizada jurídicamente.

⁴⁵ MEZGUER EDMUNDO, "TRATADO DE DERECHO PENAL", Tomo I, Pag. 337.

Si el Derecho es la norma de conducta encaminada al bien público, dictada por la autoridad que tiene a su cargo la comunidad, justo es que todo lo que se oponga a ese bien armónico sea reprimido coercitivamente.

Para Welzel la antijuridicidad, "es la relación de discordancia entre una acción y un concreto orden jurídico, lo que es válido para todo orden público jurídico; mientras que la acción misma valorada como contraria al Derecho constituye el injusto."⁴⁶

Para considerar lo antijurídico como ilícito, es necesario clasificar las leyes respecto del hombre, en dos grandes ramas:

1).- Las físicas; que expresan condiciones del "ser".

Su cualidad es la permanencia, es decir, el hombre no puede sustraerse a ellas.

2).- Las culturales; que expresan el "deber ser".

En ellas, sólo se aspira a la permanencia, el hombre puede dejar de someterse a su imperio.

Son normas por exigencias de la vida en sociedad como medio de perfección.

⁴⁶CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, "DERECHO PENAL MEXICANO", Pag. 354.

El contenido de la ley o precepto legal es la norma de cultura, portadora esencialmente de la justicia natural habida en el hombre a través de los datos en lo remoto de toda su existencia. La norma de cultura es el símbolo de la eticidad racional, espíritu del concepto legal y positivo.

Conceptos que recoge la sociedad organizada jurídicamente en Estado, quien a través del legislador las impone como contenido de sus preceptos.

Quien viola las leyes cuyo contenido son las normas de la cultura, actúa ilícitamente.

Contrariar una imposición o prohibición del orden jurídico es ponerse en el presupuesto de reproche de la acción antijurídica.

Este reproche a quien ha ejecutado esa acción, deberá ser valorado de acuerdo con las normas del Derecho.

El Derecho se dirige únicamente a seres humanos y sólo a ellos prescribe su hacer u omitir.

Sólo la conducta humana es preponderantemente la realización de una decisión de voluntad, que es precisamente la que el orden jurídico prohíbe e impone.

Al ser recogida la norma de cultura como deber de justicia y los datos por el ordenamiento jurídico, es cuando surge la posibilidad de su violación u oposición por el infractor, dando nacimiento a la "antijuridicidad".

De ahí que la norma crea lo antijurídico.

La ley indica lo que ha de considerarse delito y
El Derecho Penal, como institución, fija la pena
o medida de seguridad que ha de imponerse

Previo a ello, para sancionar una conducta, se precisa de un juicio de valor o valoración, que defina si hubo antijuridicidad.

La Antijuridicidad es un elemento objetivo de la acción que se opone material y formalmente al Derecho, (La oposición subjetiva es la culpabilidad.)

Es formal porque contradice a la ley positiva legislada por el Estado.

Es material en cuanto afecta a los intereses protegidos por dicha ley.

La antijuridicidad material se refiere a la violación de obligaciones y ataque a los derechos a los que se hayan ligado los miembros del pueblo y del Estado, en el Orden Jurídico necesario para la constitución y mantenimiento de la sociedad.

El quebrantamiento de esas normas de necesidad moral daña y pone en peligro la tranquilidad, la justicia, la Seguridad y el Bien Común como valores vitales y supremos de la organización social.

El contenido material de la antijuridicidad consiste en la lesión o en poner en peligro los bienes jurídicos tutelados como son la vida, la libertad, la integridad personal, el honor, el patrimonio y el sólo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales.

Respecto del contenido formal de la antijuridicidad, consiste en observar una conducta social contraria al espíritu ético y positivo que el legislador transmite al grupo por medio de los preceptos positivos como obligatorios, respaldados por la coacción que garantiza su eficiencia y cumplimiento dentro de la técnica jurídica.

En consecuencia toda posición contraria a Derecho es al mismo tiempo formal y materialmente antijurídica.

La antijuridicidad formal resulta de la violación al precepto positivo y la antijuridicidad material por el quebrantamiento de las normas de valor que esa ley interpreta, contiene y protege.

La norma es el valor que contiene el precepto, es la raíz que sostiene el árbol del deber social como expresión de cultura esencial en la convivencia humana de todos los tiempos.

La antijuridicidad como género por lo tanto, es toda acción que se opone al Derecho como una unidad integral, compuesto por todas las ramas jurídicas en las que se divide doctrinaria, sistemática y técnicamente.

Así tenemos la antijuridicidad civil, administrativa, penal, (contravención, falta administrativa, delito) etc., diferenciándose éstas por el alcance de su contenido dañoso o de peligro en el ámbito privado y social, a las que el legislador tomando en cuenta los datos reales, históricos, racionales e ideales, ha impuesto diversas acciones que garanticen la eficiencia del Orden Jurídico preestablecido.

Por ejemplo el ilícito penal, se distingue del ilícito civil porque engendra una pena que ve al resultado y fin.

El acto ilícito civil lesiona de modo principal los intereses del individuo o del grupo sobre el cual recae el acto, la acción sancionadora busca la reparación del daño.

El acto ilícito - penal representa un daño o peligro público más vasto y más intenso que el civil, por lo que se concluye con Florán que el daño civil afecta intereses privados y el penal intereses sociales.⁴⁷

Es por ello que las sanciones más rígidas se refieren a las violaciones penales, con el objeto de proteger los bienes y los derechos

⁴⁷ Ib Idem, Pag. 421.

que se estiman esenciales para la persona, para el Estado y en general, para toda la sociedad como contenido de la ciencia jurídica.

Aplicar sanciones civiles o de Derecho Privado, o Público (en relación con otras ramas jurídicas) en materia penal, sería poner en grave riesgo los valores institucionales y además, siendo poco la amenaza, propiciaría la delincuencia dolosa evitando la posibilidad científica para la readaptación y la reeducación.

Los sufrimientos de las sanciones penales son indispensables ante los delitos muy elaborados y dolosos, no lo son en cambio para los delitos culposos, salvo casos excepcionales de peligrosidad en las tendencias y desajustes emocionales emanados de la personalidad del agente.

Técnicamente la diferencia específica entre la ilicitud penal y la contravención como ilícito en otras ramas del Derecho, estriba en la tipicidad, es decir, siendo la antijuridicidad una sola y de la misma naturaleza, el delito se destaca únicamente cuando el Derecho Penal Positivo incluye el hecho en su esfera, reprimiéndole por medio de sanciones penales.

La Tipicidad es la puerta por donde los hechos ilícitos pasan a convertirse en delitos, al subsumirse en determinadas hipótesis consideradas como punitivas por el legislador.

Esa es la barrera que existe entre la contravención y el delito, y la razón por la que muchos hechos que comienzan siendo contravenciones

degeneran en delitos, al adecuarse al supuesto fáctico de determinado tipo en particular.

La importancia de la tipicidad como adelanto técnico destaca al reunir y aglutinar todos los elementos esenciales en todo delito, más los específicos sin salirse de Derecho como garantía de protección.

La ilicitud puede inclusive, ir más allá del Derecho al violarse una ley que no sea jurídica, pero una vez dentro de él, aparecerá como un antijurídico en cualquiera de sus diferentes especies:

Como "transgresión" al violar o quebrantar una ley o precepto civil, mercantil, en el Derecho Privado, Laboral, Agrario, etc., lo que nos presentará a la "contravención" en oposición al "delito", como el "obrar" contra lo que está ordenado en el texto legal, actuando por ello ilícitamente faltando al Derecho y a la obligación, pero sin adecuarse a un tipo penal.

Hay otra clase de ilícitos llamados "infracciones".

El Artículo 21 Constitucional distingue claramente entre delito o infracción; la persecución de aquél incumbe al Ministerio Público y su sanción a la Autoridad Judicial; el castigo de la infracción es propio de la Autoridad Administrativa, por quebrantar reglamentos gubernativos y de policía y consistirá en multa o arresto y si el infractor no paga la multa, se conmutará por arresto.

La corrección a la falta administrativa tiene por objeto sancionar hechos a título preventivo ya que son violaciones a las normas de buen gobierno, que no llegan a la lesión ni a violaciones a las garantías individuales. Son actos propios de Estado para hacer cumplir sus disposiciones y contrariarlas significa sanción por procedimientos administrativos, como ya se dijo.

Ejemplo: Las redadas de los jóvenes desenfrenados y socialmente desadaptados, y sancionados con multas.

En todos estos hechos opera una acción voluntaria libre física y psíquicamente en la transgresión jurídica y por ello se convierte en antijurídica y aun dentro de su responsabilidad culpable.

Pero no constituyen delitos porque no hay adecuación a un núcleo típico. Es por esto que hemos denominado a todo hecho ilícito que encaje en un tipo penal, antijurídico típico; queriendo con ello destacar la naturaleza específica de la realización del contenido en relación a la antijuridicidad como injusto genérico.

CAPITULO 3

CLASES DE ANTIJURIDICIDAD

3.1.- ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL

En este punto citaremos el criterio del alemán Franz Von Liszt, quien apunta en su obra que el delito en cuanto constituye un acto injusto es como la infracción civil, un acto culpable contrario al derecho y dice también que "esta aprobación jurídica que recae sobre el acto es doble:

1o. El acto es formalmente contrario al derecho, en tanto que es transgresor de una norma establecida por el estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico.

2o. El acto es materialmente ilegal en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad."⁴⁸

De este concepto arranca la distinción entre antijuridicidad formal y material; la mencionada en primer término como contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico, la segunda de ellas, como la lesión del bien social.

El tratadista citado entiende la antijuridicidad material como sigue: "El fin de la convivencia humana - garantiza la consecución de la cual, es el último y principal deber del orden jurídico - exige que en un conflicto

⁴⁸ Ob Cit, JIMENEZ DE ASUA LUIS, "TRATADO DE DERECHO PENAL", Pag. 324.

similar se sacrifique el interés de menor importancia, cuando solo a ese precio puede conservarse el interés superior, de donde resulta que la lesión o riesgo de un bien jurídico solo será materialmente contraria al derecho cuando contradiga los fines del orden jurídico que regula la vida en común; esta lesión o riesgo será materialmente legítima, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que corresponda a esos fines del orden jurídico y por consiguiente a la misma convivencia humana. Este contenido material (antisocial) de la infracción es independiente de sus exacta apreciación por el legislador. La norma jurídica se encuentra ante él: ella no lo crea".⁴⁹

De lo antes mencionado se desprende que Von Liszt, reconoce a la antijuridicidad material una existencia autónoma.

Sin embargo, lo que él llama antisocialidad, es una valoración del daño que puede causarse con la acción, en otras palabras, es sólo la contradicción a los ideales valorativos sociológicos y por lo tanto, no es una realidad sino un mero juicio de valor que varía de acuerdo con la moral de cada sociedad.

Arturo Rocco, expresa: "La ilicitud jurídica penal formal es la sola verdadera ilicitud jurídica".⁵⁰

⁴⁹ Ib Idem, pp. 324 y 325.

⁵⁰ Citado por BIAGIO PETROCELLI, "LA ANTIJURIDICIDAD", Pag. 84.

A su vez afirma: "La llamada ilicitud jurídico-penal material, precisamente por ser material, no es ilicitud jurídico penal, sino la materia de la ilicitud o del Injusto jurídico penal, es la materia de la violación del precepto jurídico penal. Mas aún, ni siquiera toda la materia de la violación del Derecho Penal, sino sólo una parte de ella; y más precisamente, el daño o el peligro de daño que inmediata y directamente se sigue del delito. Una constituye la esencia y la naturaleza misma del delito y la otra es solo un elemento constitutivo del mismo como lo es la acción y la culpa".⁵¹

De lo expuesto se concluye que Arturo Rocco concede solo existencia a la antijuridicidad formal, a su vez, para él constituye la esencia y la naturaleza misma del delito, y niega la existencia de la antijuridicidad material que de acuerdo con su pensamiento, es el daño o peligro de daño inmediato y es solo un elemento del delito como antes se dijo.

Petrocelli concluye: En el pensamiento de Rocco se establece una identificación inaceptable pues una cosa es la antijuridicidad y otra diferente el hecho antijurídico, así como también es distinto lo ilícito de la ilicitud. La acción, en sus elementos objetivos y subjetivos y su efecto, si es trascendente para el Derecho, son contenido de la conducta tipificada como delito, pero no precisamente de la antijuridicidad. La antijuridicidad presupone los elementos y los califica, mas no los contiene. La antijuridicidad expresa una idea de relación y si se le atribuye un

⁵¹ Ib Idem, pp. 85 y 86.

contenido, este no debe ser sino el juicio de valor que contiene la norma y del cual aquellos elementos son el objeto.⁵²

El término formal se presta a confusiones de acuerdo con el pensamiento de Petrocelli, porque da una idea de relación. El contenido formal de la antijuridicidad constituida por la manifestación del juicio y la voluntad del legislador no es propiamente una materialidad sino una realidad tan viva que el delito puede existir solamente en base a ella, independientemente de la efectiva verificación de un daño o peligro, de una lesión material de intereses en la realidad natural. Lo esencial para la verificación del ilícito no es el ser efectivo del daño, sino la afirmación de su existencia por parte del legislador.⁵³

Alexander Graf zu Dohna asoma al estudio de la antijuridicidad con la siguiente interrogante: Cuándo es una conducta humana ilegal contraria al derecho?.

Afirma que el Derecho Penal tiene como función la protección de los intereses humanos y que las normas penales son normas de protección de los mismos ya que " es tarea del derecho reglamentar la convivencia social de los miembros de la comunidad; una de las normas de su destino consiste en ser medio idónea para fines justos, un mecanismo para una regulación adecuada de la convivencia social. Esta última a su vez encuentra sus condiciones de existencia en elegir cada cual fines objetivamente justificados y emplear, para su consecución,

⁵² Cfr., *Ib Idem*, Pág. 86.

⁵³ Cfr., *Ib Idem*, Pág. 88.

medios idóneos o sea que de su parte, oriente su querer y su obrar. Según la máxima formal, de acuerdo con la cual son medios idóneos para fines justos."⁵⁴

Para Graf zu Dohna la norma y la conducta reglada son justas solo cuando llena el principio expresado, la conducta normada cuando es medio idóneo para un fin justo, no puede infringir una norma objetivamente justificada. Una acción es ilícita en cuanto representa en último término el propósito del orden jurídico. De aquí que toda conducta que no ofrece esta característica no responde al espíritu jurídico y en este sentido puede tacharse de no conforme al derecho.

El pensamiento de Graf zu Dohna se resume en que los límites de la ilicitud se derivan únicamente del orden jurídico. Una conducta es ilícita cuando esta en contra el pensamiento fundamental del Derecho y trae como consecuencia un conflicto con el precepto jurídico-positivo cuando se realiza un acto típico al cual la ley otorga una consecuencia propia de la ilicitud.

Concretamente, para que haya ilicitud se requiere una conducta que no pueda ser reconocida como el medio adecuado para conseguir un fin justo, y que tal ilicitud sea declarada por el derecho positivo. La fórmula de Graf zu Dohna, estima que una acción es ilícita cuando no puede ser considerada como un medio idóneo para conseguir un fin justo,

⁵⁴GRAF ZU DOHNA ALEXANDER, "LA ILICITUD COMO CARACTERÍSTICA GENERAL EN EL CONTENIDO DE LAS ACCIONES PUNIBLES", Traducción del DR. FAUSTINO BALLVE, Pág. 48.

no nos da un criterio positivo para llegar a una solución en el problema de la antijuridicidad.⁵⁵

Ahora mencionaremos el criterio de algunos tratadistas que siguen la corriente de la antijuridicidad material.

En el pensamiento de Guillermo Sauer, el concepto central de la antijuridicidad debe encontrarse en el carácter nocivo o dañoso de la conducta (acción u omisión) porque contradice los fines sociales; esto significa que un acto será ilícito en la medida en que rompa las reglas que ha establecido el grupo social para la convivencia en sociedad.

Sauer expone cual "antijuridicidad es la material, tomando como base las siguientes ideas: Es jurídico (en sentido material), un obrar, un proceder, un actuar, un emitir que en su tendencia generalizada procura a la comunidad estatal (a la comunidad popular insertada en el Estado) mas utilidad (ideal cultural) que daño. Por el contrario, se manifiesta el concepto muy buscado de la antijuridicidad material como un obrar que en su tendencia generalizada procura a la comunidad Estatal más daño (ideal cultural) que utilidad; acarrea a ella mas desvalores culturales que valores."⁵⁶

Según Edmundo Mezger, fueron Hertz y Kesler, quienes en su teoría de los intereses, reconocen de modo claro y preciso el interés como el objeto de la lesión o del peligro en el delito. Sin embargo este

⁵⁵ Cfr., *Ib Idem*, pp. 48 y 49.

⁵⁶ SAUER GUILLERMO, "DERECHO PENAL", Parte General, Traducción del Alemán por JUAN DEL ROSAL Y JOSE CEREZO, Pag. 101.

pensamiento de acuerdo con Mezger cae en el error de concebir el interés protegido por el derecho como un tipo o concepto psíquico individual, como un proceso anímico que debe ser demostrado en cada caso, en vez de concebirlos como un interés general de término medio. Esta concepción de interés general de término medio, es la que guía el pensamiento del maestro de la Universidad de Munich para decir: El contenido material de injusto es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.⁵⁷

Consecuentemente con su idea Mezger concluye: Precisamente el estado en que se halla el interés medio que toma en cuenta el Derecho, lo denominamos bien jurídico. Según el punto de vista desde que se le considere, aparece como el objeto de protección de la Ley o como el objeto de ataque contra el que se dirige el delito, bien jurídico, objeto de protección y objeto de ataque, pero no el objeto de la acción, son términos sinónimos. En el bien jurídico de los diversos tipos legales poseemos, reduciendo a la fórmula mas sencilla, el valor objetivo al que la Ley Penal concede su protección.

En el que aparece como dice Henning: El fin reconocido por el legislador en los diversos preceptos penales expresado en su forma mas suscita":

⁵⁷ Ob. Cit. MEZGUER EDMUNDO, "TRATADO DE DERECHO PENAL", Tomo I, Traducción de JOSE ARTURO RODRIGUEZ MUÑOZ, Pág. 401.

"Aquella síntesis (categoría) con la que el pensamiento jurídico ha tratado de captar en forma comprimida el sentido y fin de los diferentes preceptos penales."⁵⁸

También seguidor de la teoría de la antijuridicidad material lo es Hans Welzel, desprendiéndose esta afirmación del capítulo que trata bajo la denominación "Lo injusto y su autor", donde se contiene lo siguiente; "Todo hecho penal es una acción contraria a la sociedad, por la que el autor, como personalidad es responsable. Responsabilidad personal (culpabilidad) por un hecho contrario a la sociedad (lo injusto) son los dos componentes fundamentales del delito."⁵⁹

Luego entonces para Welzel, la antijuridicidad es el desvalor jurídico que corresponde a la acción, en virtud de la divergencia entre ella y las exigencias que impone el Derecho para las acciones que se realizan en la vida social; además para él la antijuridicidad no es un mero juicio de desvalo, sino una característica de desvalor de la acción.

Para nosotros la antijuridicidad es única, no solo como concepto, sino como institución puramente jurídica. Claro esta que cuando hablamos de antijuridicidad se significa un problema de orden exclusivamente jurídico; el concepto de antijuridicidad es privativamente jurídico. Cuando la antijuridicidad se da, el derecho la contempla para decidir sobre la forma de reacción y es diversa cuando la conducta ha

⁵⁸ Ib Idem, pp. 401 y 402.

⁵⁹ WELSEL HANS, "DERECHO PENAL", Parte General, Pag. 57.

sido descrita como delito, cuando ha sido erigida en tipo y cuando no media la consagración típica.

La Antijuridicidad solo se da en el campo del Derecho y si se ha dicho antes que es un concepto único no participamos de la idea de que solo existe una antijuridicidad penal específica. Cualquier criterio que se admita para fundamentar el concepto de antijuridicidad debe aceptarse que es un criterio único el que determina la conclusión, esto libre del hecho de que la conducta valorada se encuentra no consagrada en la ley como constitutiva del delito.

La antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa no en su proceso psicológico causal, pues ello corresponde a la culpabilidad. Puede decirse que lo mismo resulta antijurídico privar de la vida fuera de la autorización o exigencia del estado, como no cumplir con algunas de las cláusulas de cualquier convenio o contrato, lo que acontece es que el estado atiende a que determinada contradicción debe reprimirse en forma específica, imponer una pena y en la otra se deben conminar mediante ejecución forzada, daños y perjuicios, etc.

Debemos aclarar que aunque la contradicción es en grado mayor, y mas intensa en las conductas consideradas como delictivas, en relación con las que no tienen esa categoría en el campo penal, sigue siendo contradicción, sigue siendo uno el problema de la antijuridicidad. De una manera general la conducta considerada como delictiva, tiene mas fuerza e intensidad contradictoria que la no delictiva, pero esta afirmación no es absoluta, si el expositor se ubica dentro de un campo puramente jurídico.

Para poder afirmar que la antijuridicidad es una institución privativa del derecho se debe atender sólo a los valores que tiene tal naturaleza frente al ordenamiento jurídico independientemente de que coincidan con valores como los morales.

El valor jurídico es el reconocido por el derecho, podemos decir que es una estimación con resultados deseables para el derecho.

Una conducta se considera contraria al derecho, cuando este así lo determine en forma explícita o implícita; a veces sucede y esto se aprecia en el campo del Derecho Penal, que la aprobación a la conducta, a un determinado comportamiento no figura en forma directa en el orden legal sino que debe desentrañarse la valoración del legislador a través de la sanción con que conmina una determinada conducta; o sea, la disposición de que se aplique una sanción penal a una conducta determinada, significa que el legislador está reprobando esa conducta por estimarla dañosa a la colectividad, es decir, como contradictoria a los fines del derecho.

En este sentido se llega a conocer la contradicción o contrariedad en que consiste la conducta respecto al derecho en una forma implícita porque justamente la penalidad de aquella conducta implica su antijuridicidad. El hecho de que el legislador consagre una descripción a cierta conducta en un tipo, confirma el aserto anterior, pues esa descripción lleva implícita la señal de la antijuridicidad de esa conducta descrita o como afirma Max Ernesto Mayer: "El tipo es el indicio de la

antijuridicidad" La cuestión relativa a establecer si el tipo es simplemente un índice del acto antijurídico o su "ratio essendi" como afirma Mezger, se analiza renglón aparte.

3.2.- ANTIJURIDICIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA

Existen otras corrientes doctrinales en el campo del Derecho Penal que sostienen que puede haber una antijuridicidad objetiva y otra de carácter subjetivo.

Los autores que sustentan la opinión de que la antijuridicidad debe determinarse en función del autor de la conducta delictuosa, son los llamados subjetivistas. Los llamados objetivistas afirman que el soporte del juicio para establecer la calidad de antijuridicidad de un acto, es este mismo. A continuación intentaremos una revisión muy somera de ambas posiciones.

Antijuridicidad subjetiva.- Esta postura concibe la juridicidad como una voluntad que se impone a los sujetos, a través de la motivación de la voluntad de estos. Por consecuencia es manifiesto que la técnica de esta corriente de pensamientos recae sobre la voluntad y como ésta es un fenómeno subjetivo, de aquí ha tomado su nombre la tesis comentada.

Según la misma no puede existir antijuridicidad si no es por virtud de la voluntad de un sujeto que se contrapone al orden jurídico total, que es expresión de la voluntad colectiva.

De esta concepción puede afirmarse que encuentra su piedra de toque en la personalidad del autor del acto delictivo y pretende a partir del

mismo autor (sujeto) construir una doctrina explicativa del acto injusto. Como se ve esta corriente de pensamiento introduce el fenómeno volitivo - subjetivo en la concepción del acto antijurídico y por ello se relaciona íntimamente con las doctrinas más extendidas sobre la culpabilidad, especialmente las de corte psicológico.

En efecto si partimos del supuesto de que un acto será antijurídico solamente cuando su autor quiera el fin que se propone, tendremos que concluir que se encuentra implicada aquí la cuestión psicológica de la voluntad individual. "Para que el hecho pueda calificarse de antijurídico, es indispensable que tanto en los casos señalados como en otros semejantes se haya actuado por un determinado fin y si no se tiene en cuenta tal momento subjetivo; si se ve solo el aspecto exterior de la conducta humana, es absolutamente imposible expresar dicho juicio."⁶⁰

La misma identificación de la antijuridicidad con la culpabilidad se encuentra aun más claramente en los autores Hied Von Perneck y Blagle Petrocelli.⁶¹

La citada identificación entre acto antijurídico y culpable es un hecho que por sí mismo haría necesaria una crítica mayor a la tesis que se analiza, pues dentro de la misma dogmática en la cual ha surgido tal doctrina, representa una ruptura en cuanto a la disposición de los elementos del delito. Pero por otra parte, debe afirmarse que no puede partirse de la voluntad individual del autor del acto delictivo para

⁶⁰ ANTOLISEI FRANCESCO, "EL ESTUDIO ANALITICO DEL DELITO", Pag. 62.

⁶¹ Ob Cit, FRANCO GUZMAN RICARDO, Pag. 27.

establecer una teoría que explique cuales son precisamente las condiciones en que debe realizarse tal acto para ser antijurídico, pues es un hecho que la objetividad que requiere tal explicación no puede hallarse en las voluntades subjetivas.

Ignacio Villalobos opina que "una cosa es ilícita porque es antijurídica, pero equiparar ambos términos equivale a desconocer las normas valorativas que dan sustantividad y validez al precepto, para dejar éste volando, en su nueva calidad imperativa, como expresión autentica de arbitrariedad o autocracia. Si toda prohibición a todo mandato tuviera solo una validez formal, sin contenido, entonces habría que referir todo lo que es violación del Derecho a lo único conocido como tal Derecho: a la forma imperativa; pero sin el Derecho hay un fondo normativo sobre el cual descansa el mandato entonces y aun cuando se reconozca que gramáticamente, global para el vulgo la antijuridicidad es simplemente la oposición al Derecho, técnicamente la antijuridicidad recobra su valor objetivo de oposición al orden valorativo en tanto que la oposición al Derecho, como actitud subjetiva o como desatención al mandato o a la norma de determinación seguira constituyendo la culpabilidad."⁶²

Prosigue Villalobos diciendo que el juicio valorativo por el hecho de ser juicio, si es un acto de inteligencia, pese a que estas estimaciones jurídicas lleven consigo una exigencia psicológica de acatamiento, lo que se viola al cometer un hecho delictuoso es precisamente esa exigencia psicológica a través de una desatención que se realiza en el mismo campo psicológico y que la doctrina conoce como culpabilidad; pero a su

⁶² VILLALOBOS IGNACIO, "DERECHO PENAL MEXICANO", Parte General, pag. 262.

vez, objetivamente, se ataca el bien jurídico que aquel deber pretendía amparar, como sería la propiedad en caso de un robo, constituyendo este último la antijuridicidad.

Añade el maestro que esta fusión de lo objetivo, con lo subjetivo no favorece la comprensión de las excluyentes de antijuridicidad; la separación de las penas y las medidas de seguridad vendrían a ser como todo lo que adolece de confusión, una fuente prolífica de conclusiones del mismo género.⁶³

Concluyendo que " hay un antijurídico netamente formal, es cierto; pero él aun cuando para efectos prácticos se dice que la antijuridicidad sólo consiste en la violación del mandato legal, esta apariencia a esta "formalidad" tiene una explicación que consiste en advertir que todo precepto supone un fundamento de justicia o de juridicidad; y si en la realidad llegan a existir casos en que esta presunción del mandato tiene carácter indirecto, de todas maneras lo antijurídico se orienta siempre a un imprescindible contenido (supuesto o real) de valoración objetiva."⁶⁴

La corriente subjetiva de la antijuridicidad distingue ésta de la culpabilidad, por lo tanto llega a considerar que los inimputables no podrán ser sujetos activos de actos antijurídicos. Sin embargo, pensamos que lo opuesto es lo correcto, ya que el Derecho tiene valor absoluto para todos, capaces e incapaces, en virtud de estos últimos si bien no son susceptibles de una pena si lo son de una medida de seguridad.

⁶³ Cfr., *Ib Idem*, pp. 262 y 263.

⁶⁴ *Ib Idem*, pag. 263.

Antijuridicidad objetiva.- Según este punto de vista el acto antijurídico se encuentra constituido por aquel comportamiento que vulnera las normas de valoración, reconocidas por el Derecho, independientemente de la postura psíquica o subjetiva con que la haya realizado su autor.

Se encuentran afiliados a esta corriente los siguientes autores, entre otros, Von Bar, Nagler, Max Ernesto Mayer, Saur, Delltala de Marsice, Battaglini, Florian, Maggiore, Pannain, Sabatini y otros.⁶⁵

Este cuerpo de doctrina establece una distinción clara entre el acto antijurídico y entre el acto culpable, cumpliendo con el fin de diferenciar nítidamente los diversos elementos que integran el delito. Según mi juicio la concepción de antijuridicidad solamente puede ser objetivista, en el sentido de que la validez de los juicios que sobre la misma se establezcan, no puede quedar supeditada al ánimo del sujeto agente, sino que debe ser resultado de una confrontación con las normas jurídicas que sirven como un esquema interpretativo para juzgar a la conducta. Por consecuencia, me adhiero a la posición objetivista de la antijuridicidad con la reserva de que solamente constituyen normas atendibles para la valoración de la conducta aquéllas que ha promulgado precisamente el Estado.

⁶⁵ FRANCO GUZMAN RICARDO, "DELITO E INJUSTO-FORMACION DEL CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD", Pag. 5

Como mera referencia apuntaré el criterio de Edmundo Mezger quién reconoce a la antijuridicidad su carácter objetivo, se expresa en la siguiente forma: "El Derecho existe para garantizar una convivencia externa ordenada de los sometidos a él. Objeto de la voluntad jurídica ordenadora es la determinación de lo que lo contradice. Esta determinación tiene lugar en virtud de las normas objetivas de valoración, como juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del Derecho. Objeto de esta valoración jurídica puede serlo todo: la conducta de seres animados, los acontecimientos y estados del mundo circundante, que si bien no proceden directamente de seres animados sí siempre aparecen referidos a la convivencia humana."⁶⁶

Agrega Mezger que "por ello, solo es correcto concebir el injusto como una lesión del orden objetivo del Derecho, como una perturbación de la manifestación de la voluntad reconocida y aprobada por el Derecho."⁶⁷

⁶⁶ Ib Idem, pp. 340 y 341.

⁶⁷ Ib Idem, Pag. 345.

3.3.- ANTIJURIDICIDAD ESPECIAL

Con referencia al Derecho Penal, se ha encontrado que existe una antijuridicidad que es común a todos los delitos y otra que solamente se encuentra en algunos tipos delictivos.

Refiriendo tal punto de vista a nuestras leyes penales, podríamos señalar algunos tipos que emplean en su concepción ciertos adverbios o partículas adverbiales tales como ilegítimamente, ilegalmente, indebidamente, sin causa justificada, sin causa legítima, etc., los tipos relativos estarían previendo una antijuridicidad especial, que al lado de la general en el Derecho Penal, constituiría el concepto a explicar para formarnos una idea completa del acto antijurídico según esta postura.

Citaremos algunos ejemplos:

Artículo 384 del Código Penal vigente "se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida".

Artículo 178 del citado ordenamiento "Al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue a o desobedeciere un mandato legítimo de autoridad se le aplicarán,..."

En los tipos mencionados de retención indebida considerado como abuso de confianza o de desobediencia de particulares, se ve claramente, como en otros muchos, que nuestro legislador hace referencia, en efecto, a una especial calificación de ilícitud para que se configure el tipo.

Sin embargo, ello no autoriza a dividir el concepto de la antijuridicidad, que como ya se ha afirmado, es necesariamente un concepto unitario.

CAPITULO 4

4.1.- ANTIJURIDICIDAD Y TIPICIDAD

Es muy conocido el problema que se plantea en el Derecho Penal acerca de las relaciones que pueden encontrarse entre la tipicidad y la antijuridicidad como elementos del delito.

A continuación trataré de formular una exposición sucinta de las posiciones comúnmente adoptadas sobre tal particular y daré en seguida mi punto de vista.

Para Ernesto Beling "el delito es una acción típica antijurídica y culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad."⁶⁸

Este autor alemán es un gran innovador de la idea de delito pues introduce en su concepto el carácter o elemento de la tipicidad; toda la moderna doctrina sobre ésta, arranca de las ideas de Beling. Para este autor, en los principios de su teoría, el tipo se formaba solo con los elementos objetivos que contenía la descripción legal: "en su primera concepción el tipo legal del delito (tatbestand) estaba formado no por el conjunto de todos los elementos integrantes del delito, sino tan solo los elementos objetivos descritos en el precepto legal con exclusión de los de

⁶⁸ Citado por FONTAN BALESTRA CARLOS, "DERECHO PENAL", Pag. 245.

tipo subjetivo. Así que el Tatbestand se concebía como toda la parte externa objetiva del delito."⁶⁹

Posteriormente en su *Die Lehr, Von Verbrechen*, modifica su propia doctrina que había sostenido en sus *Grandzüge*, y estima que el tipo alude ya no tan solo a los aspectos externos u objetivos de la conducta, sino a factores o condiciones subjetivas en que aquella se realiza. Esta postura se define aun más en su obra *Die Lehre Von Tadbestand* en que sostiene: "Toda figura delictiva (tipo) autónoma se compone de una pluralidad de elementos, los cuales se encuentran en la correspondiente Ley Penal previstos a veces *expressis verbis*, a veces su inteligencia para precisarse o completarse por interpretación. Encuétranse esos elementos en parte de la faz externa (objetiva), y en parte en la faz interna (subjetiva) de la acción."⁷⁰

Al comentar la doctrina de la tipicidad el también autor germano Maz Ernesto Mayer asegura que "no es meramente descriptiva, sino indicativa de la antijuridicidad. En otras palabras: no toda conducta típica es antijurídica, pero si toda conducta típica es indicativa de antijuridicidad; en toda conducta típica hay un principio, una probabilidad de antijuridicidad."⁷¹

En cambio, Edmundo Mezger sostiene criterio distinto al anterior cuando afirma que la tipicidad es *ratio essendi* de la antijuridicidad; esto

⁶⁹ CUELLO CALON EUGENIO, "DERECHO PENAL", Pag. 313.

⁷⁰ BELING ERNESTO, "ESQUEMA DE DERECHO PENAL-LA DOCTRINA DEL DELITO TIPO", Pag. 42.

⁷¹ Ob Cit, CASTELLANOS TENA FERNANDO, pp. 168 y 169.

es el real fundamento de ella; por eso, no define el delito como una conducta típica, antijurídica y culpable, sino como "Acción típicamente antijurídica y culpable."⁷²

Según mi juicio, si tiene algún sentido la problemática que parecen plantear Mayer y Mezger entre tipicidad y antijuridicidad; es indispensable puntualizar y determinar cada uno de tales concepto para tratar de dilucidar sus relaciones posibles.

Comenzaré procurando dar una noción de la tipicidad: En mi opinión debe concebirse ésta en función del Derecho Legislado, esto es como un criterio operacional explicativo del Derecho positivo.

En este sentido se adquiere no solo el concepto de la tipicidad, sino todos los referentes al delito, su dimensión propiamente jurídica.

En tal orden de ideas debe entenderse por tipicidad con arreglo al Derecho Mexicano, el principio de legalidad en materia criminal que consagran de modo muy especial y con rango constitucional, los Artículos 14, 16 y 19 de nuestra Carta Magna. Así comprendida la tipicidad se desenvuelve en los postulados de legalidad y seguridad jurídicas, cuyo alcance es fundamentalmente de carácter procesal.

⁷² Ob Cit, MEZGUER EDMUNDO, Pag. 315.

En materia penal, el principio de legalidad lo integran el tipo y la tipicidad, fácilmente identificables en los artículos 14, 16, 18 y 19 de la Constitución.

Así entendido el problema, el tipo resulta ser una fórmula legal que indica que conductas (las descritas en la ley) pueden ser incriminables, con exclusión de cualquier otra. Por tal razón me veo inclinado, con la sola reserva del carácter procesal de la tipicidad, a adherirme al pensamiento de Max Ernesto Mayer.

4.2.- ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

Analizaremos ahora las relaciones que pueden plantearse doctrinalmente entre la antijuridicidad y la culpabilidad.

Para ello, empezaremos por exponer a muy grandes rasgos la noción que nos ofrece la doctrina más extendida sobre el concepto de la culpabilidad.

Existen dos grandes cuerpos de opinión que tratan de explicar la culpabilidad, el psicologismo y el normativismo. Para la primera postura, la culpabilidad en términos generales consiste en un vínculo de carácter psíquico entre el sujeto y su acto, vínculo que se determina por factores intelectivos y volitivos entre uno y otro.

Por ejemplo, para Porte Petit se entiende por culpabilidad "el nexo intelectual y volitivo que liga al sujeto con el resultado de su acto."⁷³

Según esta postura la culpabilidad se centra en el proceso subjetivo de representarse y querer un cierto resultado. En dicho proceso anímico por consecuencia juega un papel determinante el psiquismo del sujeto agente, pues solo podrá reputarse culpable aquella conducta en que aquél posee la capacidad suficiente de representarse la concatenación

⁷³PORTE PETIT CELESTINO, "IMPORTANCIA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA PENAL", Pag. 49.

de ciertos hechos en su proceder, de manera que traigan aparejada como consecuencia la aparición del resultado delictivo.

Consecuentemente el psicologismo con tal orden de ideas supone tal corriente, generalmente, que la imputabilidad entendida como capacidad de entender y querer, en el Derecho Penal representa el antecedente o presupuesto lógico de la culpabilidad.

"Lo característico del psicologismo es entonces, que el campo de la culpabilidad propiamente dicha se estrecha hasta el mínimo posible (sus especies) y que la imputabilidad representa un presupuesto de ellas que se presenta como una calidad personal del sujeto, mientras que aquella es una situación en la que el sujeto imputable pueda hallarse."⁷⁴

Por su parte, la doctrina normativista de la culpabilidad parte de supuestos distintos; para explicar ésta según tal corriente, aquella (la culpabilidad) ya no estriba en una situación ficticia entre el sujeto y su acto, sino que necesariamente entraña un juicio que surge de la correlación entre tal acto y las normas jurídicas, de donde emana su denominación de normativista.

Debe advertirse que es opinión general la que afirma que los seguidores de este pensamiento no han logrado ponerse de acuerdo sobre la norma que valora aquel acto, ni incluso éste mismo; pues desde Frank, el creador del normativismo, según opinión aceptada comúnmente, hasta Maurach, los normativistas difieren entre sí sobre estos tópicos.

⁷⁴ SOLER SEBASTIAN, "DERECHO PENAL ARGENTINO", Tomo II, Pag. 67.

El normativismo parte de la hipótesis de que toda norma jurídica contiene dos mandatos, uno general y otro personal. Aquel vale con relación a todos los súbditos, mientras que éste, solo respecto a aquel que en el caso concreto realiza un acto relativo a tal norma. Este mandato implica necesariamente un deber para el sujeto agente, de modo que si no lo acata, su conducta le es reprochada por la inobservancia del deber, y por consecuencia, le es atribuida tal reprochabilidad.

Por tal razón, la reprochabilidad y la atribuibilidad son formas de expresión empleadas por los normativistas en sus concepciones del delito; así por ejemplo, Reinhart Maurach lo define como "una acción típicamente antijurídica atribuible."⁷⁵

Según puede advertirse de esta exposición tan sucinta, la culpabilidad en el normativismo, guarda una estrechísima vinculación con el acto antijurídico, pues solo quien quebranta el deber establecido por el Derecho y justamente por tal quebrantamiento se afirma que realiza una conducta reprochable, y si esta viene a ser la esencia de la corriente de pensamiento que venimos siguiendo, debemos concluir de modo necesario que tal juicio de reproche se sustenta lógicamente en el acto antijurídico. Ello pone de manifiesto, según nuestro juicio la relación de dependencia que guarda la culpabilidad con la antijuridicidad, motivo por el cual abordamos, aunque brevemente estos conceptos.

⁷⁵ REINHART MAURACH, "TRATADO DE DERECHO PENAL", Tomo I, Pag. 156.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

4.3.- CONTROVERSIAS ENTRE ANTIJURIDICIDAD GENERAL Y ANTIJURIDICIDAD ESPECÍFICA.

En términos generales, todo acto contrario a la ley es antijurídico, así la antijuridicidad aparece como una característica aplicable a toda situación opuesta a los deberes normativos legales, sin distinción específica alguna, y sin que pueda tomarsele fundadamente como privativa del incumplimiento de deberes normativos en determinada rama del Derecho.

En los términos anotados, resulta tan antijurídico privar de la vida a un hombre, como dejar de cumplir una obligación; desatender el pago de un impuesto, cortar un árbol en zona prohibida, cazar un animal en tiempo de veda o apoderarse particularmente de productos del subsuelo. Todo lo opuesto a las disposiciones del derecho positivo vigente, es igualmente antijurídico

La antijuridicidad, como injusto, no es susceptible de graduaciones, pues constituye una unidad integral, significada por la oposición a los deberes jurídicos, impuestos por la Ley Civil, Penal o Administrativa; sin embargo, al proceder así estamos sujetando a principios formalistas una consideración valorativa, pues estimamos tan solo el hecho formal de oposición a un deber normativo, para admitir la teoría de una antijuridicidad única e invariable, la del incumplimiento de la Ley, desentendiéndose de la verdadera condición estimativa de los valores, y es que, éstos deben valer y ser atribuibles a alguien, debe valer para alguien.

79

Por una parte, encontramos así, en función del valor, a los bienes e intereses tutelados por las normas de derecho, y por otra a los sujetos que reciben el beneficio de esta tutela, que son: el particular, la sociedad y el Estado; así el aspecto verdadero de la antijuridicidad, es mucho más fecundo e interesante, que el hecho de simple característica de opositora a los deberes de las normas legales.

De lo anterior surge una modificación al principio establecido en el sentido de que antijuridicidad, como injusto, no sea susceptible de graduarse; modificación que debe orientarse limitativamente, o considerar como válido ese criterio, dentro del aspecto formal que corresponde a la antijuridicidad.

Surge así la controversia respecto a los límites de la antijuridicidad, como característica correspondiente al acto oposición objetiva a las normas de Derecho y con esto dos interrogantes.

Es la antijuridicidad, característica genérica de oposición a toda norma jurídica, o corresponde específicamente a los actos contrarios a disposiciones de ley, en determinada rama del Derecho.

Existe nada más en el Derecho Penal, o es advertible en todos los demás sistemas jurídicos normativos?

La mayoría de los autores opinan que la oposición o contradicción a las normas objetivas del Derecho, constitutiva de la antijuridicidad, no puede

significar la existencia de una característica específica de determinada rama del Derecho, ya que el mismo término antijuridicidad, como oposición a lo jurídico, implica la generalidad de la acepción, que indebidamente puede entenderse privativa de tal o cual de las clasificaciones en que el derecho se divide; optando en consecuencia, por la consideración unitaria de la antijuridicidad y afirmando que la antijuridicidad es única, y que puede darse lo antijurídico, indistintamente en lo Civil, Penal, Administrativo, etc.

Sin embargo, algunos afirman la existencia de una antijuridicidad específica, para cada uno de los derechos citados; agregando que las sanciones, son el índice para configurar el perfil de la distinción de la ilegitimidad.

Hay quienes proponen, para el mejor entendimiento de la clasificación específica de las diversas antijuridicidades, terminología adecuada, para distinguir cada una de las ilicitudes.

Algún autor sugiere la conveniencia de usar el término "injusto" para la contravención civil, empleando el término de "antijuridicidad" para la infracción penal, argumentado que ésta última expresión refleja mejor la idea de un hecho voluntariamente dirigido contra el derecho y de una perversa orientación contra la voluntad popular, en cambio no tiene la misma importancia para el Derecho Civil.

Nuestra opinión respecto a la validez de la anotación anterior, en cuanto implica la idea de la indiscutible existencia de la diferencia evidente de grados en la antijuridicidad, estimamos descartada la diferencia

terminológica propuesta, pues la graduación de lo antijurídico, es problema que precisa más de su debido entendimiento y aceptación en la dogmática jurídica, que del señalamiento de terminología específica para cada uno de sus diferentes grados de intensidad, pues la mayor o menor intensidad disvalorativa apreciable en el contenido de la antijuridicidad, no tiene por que determinar diferencias en la denominación genérica que propiamente le corresponden y que debe permanecer inmutable.

Indiscutiblemente desde el punto de vista formal, la antijuridicidad como fenómeno de oposición a las normas jurídicas, es advertible de manera genérica en todos los sistemas normativos, sin importar la clasificación que le corresponda, dentro de la división de las ramas del Derecho.

Por otra parte es incuestionable también que los hechos antijurídicos, no obstante su común catalogación formal encierran diferencias de grado, que se concluyen de la debida apreciación y estimativa de su contenido o intensidad disvalorativa.

El valor en éste caso surge mediante la operación de un juicio apreciativo del contenido de la norma jurídica en toda su integridad; es decir, no solo en su aspecto formalista, sino desde su estimación jurídica filosófica, que implica la equiparación de la violación de una norma jurídica o de Derecho, considerada como fenómeno de cultura: en sus principios, premisas establecidas y consecuencias sociales y morales.

No puede consecuentemente encontrarse la misma apreciación valorativa entre las dos oposiciones al derecho, significadas por el acto de privar de la vida a un hombre y por el acto de dejar de pagar un impuesto, por la simple razón, de que resulta más valiosa la conservación de la vida de un hombre, que el debido cobro de la cantidad correspondiente al impuesto.

Desde luego, como declamos con anterioridad, hay proporcionalidad adecuada entre los diferentes hechos antijurídicos y sus sanciones, y en consecuencia, se sanciona en forma proporcionalmente adecuada y distinta, a una y otra de las infracciones al derecho positivo que hemos utilizado como ejemplo, no obstante lo cual, la sanción no determina la diferencia de grado en la antijuridicidad, si no por el contrario, la diferencia de grado es determinante de la sanción.

Con la exposición anterior, dejamos apuntada una orientación importante en nuestro intento de localizar las bases fundamentales de la diferencia de grado entre los hechos antijurídicos, comunes indistintamente a todos los sistemas jurídicos normativos.

4.4.- LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL

Si pensamos, como sucede, que la adecuación de una conducta al tipo legal de la figura delictiva, y que la antijuridicidad puede o no ser penal, a primera vista podría decirse que ésta no es elemento esencial y sí la acción y el tipo.

Sin embargo, una mirada a la realidad de la vida nos enseña que de mil maneras distintas se realizan las acciones que llevan en sí todas las características de los tipos legales.

Dice el artículo 302 del Código Penal: "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro"

Acaso el soldado que mata al enemigo en la guerra no ésta adecuando su conducta a este tipo?

Hay una acción voluntaria que tiene como fin causar la muerte a un semejante (conducta típica) y sin embargo algo falta para que se considere "homicidio"

Por ello estas consideraciones han sido tomadas en cuenta por el legislador para exigir la antijuridicidad dentro de los elementos esenciales del delito.

La juridicidad, es decir, la totalidad de las ramas del Derecho Positivo, están protegidas por el Derecho Penal, como una condición de su existencia.

La conducta por lo tanto, en determinados casos, a pesar de ajustarse al tipo, puede o no ser antijurídica y por ende tampoco delictuosa, cuando hay una contra norma que anula la prohibición o imposición.

Es la categoría de la regla y la excepción, y así son más las muertes legítimas causadas en un año de guerra que las producidas en siglos a consecuencia del delito.⁷⁶

No debe por ello interpretarse que la acción primero sea antijurídica y luego se anule la antijuridicidad.

La verdad es que en estos casos, falta la antijuridicidad y con ella la aparición del delito.

De lo anteriormente expuesto concluimos que, así como hay acciones antijurídicas que no son punibles, por que no corresponden a ningún tipo legal, también hay acciones con las características del tipo delictual a las cuales les falta la antijuridicidad, por lo que tampoco son delitos.

Únicamente cuando ambos elementos concurren en la acción libre y culpable, es cuando se fundamenta la punibilidad.

⁷⁶ Ob Cit, GRAF ZU DOHNA, Pag. 45.

La subordinación corresponde sin embargo, del tipo a la antijuridicidad, con motivo de la protección penal que se debe a todo Derecho Positivo.

CAPITULO 5

5.1.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION COMO ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTIJURIDICIDAD

Anteriormente dejamos establecido, que para que una conducta sea estimada como delito debe de lesionar fundamentalmente dos aspectos: un bien jurídico legalmente tutelado y una afectación a ideales valorativos de la colectividad. Es decir que los conceptos anteriores tienen su base en el concepto de antijuridicidad, por ello y con justa razón Gerlan creyó encontrar que las circunstancias que impiden el nacimiento de lo ilícito tienen su raíz y fundamento en la entraña misma de la antijuridicidad y que la teoría de esta debe resolverse en el fondo de una teoría de las causas de exclusión, con base en la existencia de una lesión al bien jurídico y en otras ocasiones por la inexistencia de ofensas para los ideales valorativos de la comunidad.

En términos más simples podemos decir que el aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituye las causas de justificación a las cuales se les ha llegado a denominar causas eliminatorias de ese elemento objetivo del delito, o bien, se les conoce como causas que excluyen la incriminación.

Al hablar de lesión o puestas en peligro de un bien o interés jurídico, es casi unánime el criterio de considerar que no es suficiente para determinar si esta afectación es o no antijurídica, pues en ocasiones y aun cuando se dé esta lesión o puesta en peligro la conducta puede ser lícita.

Asimismo y consecuentes a lo anterior podemos decir como lo sostuvo Beling que en ocasiones una misma conducta externa es en unas circunstancias antijurídicas y en otras no.

Estamos de acuerdo con lo sostenido por el maestro Jiménez Huerta quien piensa que "lo que sí puede afirmarse es que resulta imposible pensar en la existencia de causas impeditivas del nacimiento de la antijuridicidad que no sean encuadrables en el principio de la ausencia de interés o en el del interés socialmente preponderante. La evolución cultural y económica hará surgir, constantemente, nuevas causas de exclusión de la antijuridicidad, algunas de las cuales llegarán, incluso, a ser tipificadas y circunscritas por la ley; pero sus cimientos serán los mismos que fundamentan los ahora existentes."⁷⁷

Edmundo Mezger pretende encontrar el fundamento de la antijuridicidad en : La ausencia de interés y además en función del interés preponderante.

Por nuestra parte, y siguiendo en cierta forma a Jiménez de Asúa sostenemos que, si bien es cierto que las necesidades de la vida social nos impelen a dar claridad a los conceptos y por ende el legislador debe plasmar en forma casuística los casos amparados por una causa de justificación, también es cierto que no es necesaria la inclusión de causas de justificación en forma limitada pues es indiscutible que modernamente el concepto de antijuridicidad ha variado el alcance de esas justificantes y es suficiente para demostrar las citadas causas de justificación demostrar que

⁷⁷ Ib Idem, Pag. 118.

el acto realizado sea ejecutado de conformidad con las normas de cultura que prevalezcan en un momento determinado para estimarlo como justo.

Para el maestro Porte Petit la causa de justificación "es aquella que conforma a derecho una conducta o hecho que de otro modo serían antijurídicas."⁷⁸

Entre las causas de justificación señalan: la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, un caso de obediencia jerárquica y el impedimento legítimo.

También se ha señalado, entre otras, la obediencia debida, pero Max Ernesto Mayer, en el año de 1915 consideró que la verdadera naturaleza de la misma, no era como se le concibió con anterioridad, sino más bien era una causa de inculpabilidad.

Dentro de las causas de justificación, la legítima defensa adopta un carácter relevante sobre todas las de más y es así como la gran mayoría la adopta con elementos idénticos para su configuración, así para Maggiore la legítima defensa "consiste en el derecho que tiene cada individuo para rechazar la agresión injusta, cuando la sociedad y el estado no pueden proveer a su defensa. El orden jurídico ha de ser conservado a toda costa; por lo tanto, si fuere lesionado, y el estado no pudiere reintegrarlo inmediatamente, este deber de reintegración le corresponde entonces al individuo contra el cual está dirigida la lesión. Por consiguiente, el individuo

⁷⁸ Ob Cit, PORTE PETIT CELESTINO, "IMPORTANCIA DE LA DOGMATICA JURIDICO PENAL", Pag. 290.

que se defiende, no viola el derecho, sino que coopera a su realización; ni obra ya como persona privada pues ejerce una verdadera y propia función pública, como sustituto de la sociedad y el estado, a los cuales por la misma ley eterna del orden compete el derecho de castigar".

Por su parte Von Liszt da un concepto demasiado concreto al establecer: "Es legítima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho mediante una agresión contra el atacante."

En cambio Jiménez de Asúa concibe la legítima defensa como "La repulsa de la agresión ilegítima actual o inminente por el atacado o tercera persona, contra el agresor sin traspasar la necesidad de la defensa dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelarla."⁷⁹

El derecho protege por medio de sus preceptos los intereses individuales y colectivos de los miembros que integran la sociedad y por lo tanto la regla general consiste en que toda persona que infringe esas disposiciones se hace acreedora a la represión que su hecho ha ocasionado, pero en ocasiones se pueden vulnerar esos intereses jurídicamente tutelados sin que exista propiamente una ofensa y la ley ampara al transgresor por considerar que es de más valor la conducta realizada por el agente activo y por lo tanto esta conducta debe de estar protegida como lo está también el interés jurídico que ha sido vulnerado.

⁷⁹ Ob Cit, JIMENEZ DE ASUA LUIS, "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL-LA LEY Y EL DELITO", Pag. 289.

Lo anterior nos lleva a reconocer que existen entre las causas de justificación que eliminan la antijuridicidad la figura denominada estado de necesidad en la que se encuentra en pugna o en colisión intereses tanto del agente activo como del pasivo.

Importante definición del estado de necesidad nos la señala Von Hippel el que dice que es: "una situación de peligro actual para intereses jurídicamente reconocidos, que solo se pueden eliminar por la lesión de otros intereses ajenos igualmente reconocidos".

Se ha pretendido encontrar el fundamento del estado de necesidad bajo varios puntos de vista y así se han elaborado diversas teorías las cuales pueden dividirse siguiendo a Maggiore, en tres grupos: en el primer grupo encontramos las teorías que estiman que la acción necesaria es antijurídica, es decir que esta acción se encuentra fuera del derecho por estimar que bajo la presión de la necesidad el ordenamiento jurídico positivo queda suspendido o abolido del todo.

En el segundo grupo se encuentran las teorías que estiman que la acción necesaria es íntimamente injusta, aun cuando no tiene carácter criminal por consideraciones de carácter subjetivo que afectan o perturban el ánimo del necesitado.

Por último, el tercer grupo está constituido por las teorías que estiman a la acción necesaria como intrínsecamente injusta. Al efecto en este grupo de autores como Hegel y Berner señalan la colisión de derechos iguales en los cuales el estado debe preferir la victoria del derecho mayor.

En la actualidad la teoría que se basa en el conflicto de derechos es la más aceptable para fundamentar la causa de justificación por estado de necesidad.

Jiménez Huerta señala como elementos y requisitos que debe contener el estado de necesidad: a).- Peligro actual de daño grave para un bien jurídico no voluntariamente causado.- b).- Inevitabilidad de la acción realizada para salvarle y c).- Proporcionalidad entre el mal que amenaza y el bien que se sacrifica.

Por su parte Carrancá y Trujillo estimó que en el estado de necesidad se ha de tratar de salvar la persona o bienes de terceros, de un peligro real, grave e inminente. Peligro real es el que objetivamente existe, el que no es imaginario; de donde la apreciación de este requisito impone al juzgador el examen objetivo del caso. La inminencia que significa contemporaneidad entre peligro y necesidad de impedir que se objetive un daño, da nueva naturaleza objetiva a la excluyente.

Comparativamente podemos decir que el estado de necesidad a diferencia de la legítima defensa, entraña un ataque que la ley estima como legítimo, sacrificando un bien de menor valor que el salvado, y en cambio la legítima defensa contiene como elemento principal un contra-ataque a una agresión injusta y violenta.

Concluyendo podemos decir que la causa de justificación encuentra su principal fundamento en el interés preponderante, así se dice que ante la

pugna de dos intereses para subsistir y ante la imposibilidad de que ambos lo logren, el estado haciendo uso del derecho se inclina por la salvación de aquel interés que representa un mayor valor.

Entre las causas de justificación o estado de necesidad encontramos fundamentalmente el robo necesario y el aborto necesario.

El cumplimiento de un deber como causa de justificación implica que la acción necesaria se encuentra amparada con base a una disposición legal que faculta al agente a obrar de tal manera y es por ello que no puede reprochársele la comisión de un supuesto delito por lo que tras de su actuar se encuentra un interés que la ley estima preponderante sobre el violado.

Intimamente relacionado con el cumplimiento la ley como causa de justificación, se encuentran las denominaciones: deber, autoridad, y cargo y se dice que el que actúa bajo el deber, la autoridad y el cargo aun y cuando realice un acto típico que la ley manda ejecutar, cuando se ajusta a lo previsto por la ley, no delinque, sino que quien actúa es el derecho.

Con justa razón se dice que en el cumplimiento de un deber las acciones son ordenadas por la ley y el sujeto directamente las cumple; en cambio en el ejercicio de un derecho quedan comprendidas las acciones que la ley no prohíbe.

Por lo que se refiere a la causa de justificación con motivo del ejercicio de un derecho Jiménez Huerta considera que es una causa que se justifica

por una inexistencia de ofensa, al contrario de aquellas causas en que se da una inexistencia de lesión.

Encontrar el fundamento de la causa de justificación a la que nos venimos refiriendo no es sencillo toda vez que por regla general la totalidad de legislaciones penales al reconocer su existencia incluyen como un requisito indispensable que el ejercicio de un derecho se lleve a cabo conforme a los principios que la propia ley consigne, así, nuestro Código Penal en la fracción VI del artículo 15 establece como causa excluyente de responsabilidad el ejercicio de un derecho consignado en la ley.

Ahora bien, la interrogante surge cuando meditamos sobre la posibilidad de que se ejercite un derecho con base en una relación jurídica proveniente de un derecho consignado por una ley que puede ser civil, mercantil, administrativa, etc.: o bien de un derecho que puede provenir de un acto o relación entre particulares, verbigracia el derecho de posesión que otorga la celebración de un contrato de arrendamiento o compra venta que tiene por objeto un inmueble.

Nosotros estimamos que la concepción del ejercicio de un derecho debe de ser completamente amplia, pues de lo contrario se desvirtuaría esa institución que indiscutiblemente tiende a otorgar una libertad amplia, al sujeto en su actividad social y es por ello que, si encontramos plenamente aceptable el reconocimiento que se hace de algunas causas supralegales de justificación, entre estas las lesiones inferidas en los deportes.

Entre las causas de justificación por ejercicio de un derecho se han llegado a incluir las lesiones inferidas en el ejercicio del derecho de corregir y las lesiones médico-quirúrgicas.

CONCLUSIONES

6.1.- CONCLUSIONES

- 1.- Fue hasta el siglo XIX que se reconoció a la antijuridicidad como tal.
- 2.- La antijuridicidad es el tercero y más importante elemento positivo del delito.
- 3.- Cualquier conducta antijurídica dentro del derecho penal debe considerarse como delito.
- 4.- El concepto antijuridicidad es privativamente jurídico, por lo tanto solo se dá en el campo del derecho.
- 5.- La antijuridicidad es un elemento objetivo del delito ya que su valoración no puede quedar supeditada al ánimo del sujeto, sino que es resultado de su confrontación con la norma jurídica.
- 6.- La tipicidad debe entenderse como un elemento del delito anterior a la antijuridicidad, ya que es real fundamento de ésta.
- 7.- La antijuridicidad es genérica en cuanto debe entenderse que puede darse en todas las ramas del derecho.
- 8.- Solo mediante una causa de justificación es que puede suprimirse la antijuridicidad de un delito.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ANTOLISEI, FRANCESCO, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 5a. ed., Dott A. Giuffre Editore, Milano, 1963.
- 2.- ANTOLISEI, FRANCESCO, El Estudio Analítico del Delito, Anales de Jurisprudencia, México, 1954.
- 3.- ARISTOTELES, Etica Nicomaquea, Ediciones de la U.N.A.M., México, 1961.
- 4.- BELING, ERNESTO, Esquema del Derecho Penal, La Doctrina del Delito Tipo, Depalma, Buenos Aires, 1944.
- 5.- BETTIOL, GUISEPPE, Derecho Penal, Parte General, 4a. ed., Editorial Temis, Bogotá, 1965.
- 6.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 32va. ed., Porrúa, México, 1993.
- 7.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, Derecho Penal Mexicano, t. I, 7a. ed., Porrúa, México, 1986.
- 8.- CARRARA, FRANCESCO, Programa de Derecho Criminal, v. I., Temis, Bogotá, 1956.
- 9.- FRANCO GUZMAN, RICARDO, Delito e Injusto, Formación del Concepto de Antijuridicidad, México, 1950.
- 10.- FRANCO GUZMAN, RICARDO, La Subjetividad en la Ilícitud, Editorial José M. Cajica Jr., S.A., México, 1959.
- 11.- FONTAN BALESTRA, CARLOS, Derecho Penal, I., Abeledo Perret, Buenos Aires, 1964.

- 12.- GALLO MARCELO, La Teoria dell' Azione Finalistica, nella piú recente doctrina tedesca.
- 13.- GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER, La Illicitud como característica general en el contenido de las acciones punibles, trad. del alemán por el Dr. Faustino Ballvé, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959.
- 14.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS, Principios de Derecho Penal-La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1990.
- 15.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS, Tratado de Derecho Penal, t. III., Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1958
- 16.- JIMENEZ HUERTA, FRANCISCO, La Antijuridicidad, Imprenta Universitaria, México, 1952.
- 17.- MAGGIORE, GIUSEPPE, Derecho Penal, Traducción José J. Ortega Torres v. I., Temis Bogotá, 1965.
- 18.- MANZIN, VICENZO, Tratado de Derecho Penal, t. III, Edit. Buenos Aires. 1948
- 19.- MARQUEZ PIÑERO RAFAEL, Derecho Penal, Editorial Trillas, México, 1986.
- 20.- MEZGER, EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal, t. I, 9a. ed., Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- 21.- MORO, ALDO, La Antijuridicidad Penal, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1949.
- 22.- PETROCELLI, BIAGIO, La Antijuridicidad, Trad. José Luis Pérez Hernández, U.N.A.M., 1963.

23.- PORTE PETIT, CELESTINO, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1994.

24.- PORTE PETIT, CELESTINO, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, México, 1954.

25.- REINHART, MAURACH, Tratado de Derecho Penal, t. I., Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

26.- REVISTA DE GIUSTIZIA PENALE, Teoría Finalística de la Condotta, Enero, 1962, 2a. Parte.

27.- SAUER, GUILLERMO, Derecho Penal, Parte General, trad. del alemán por Juan del Rosal y José Cerezo, Bosch, Barcelona, 1956.

28.- VILLALOBOS, IGNACIO, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 3a. ed., Porrúa, México, 1975.

29.- VON LISZT, FRANZ, Tratado de Derecho Penal, trad. de la 20ava. edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, t. II, 2a. ed., Editorial Pons, Madrid, 1927.

30.- WELZEL, HANS, Derecho Penal Parte General, Roque Depalma, Editor, Buenos Aires, 1956.

31.- CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. (México).