

2y. 237



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
ARAGON**

**"LA ANTIJURICIDAD EN EL DERECHO  
PENAL MEXICANO"**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :**

**ARTURO VAZQUEZ ORTIZ**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEXICO.**

**1988**



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 está 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.

## I N T R O D U C C I O N

### "LA ANTIJURICIDAD EN EL DERECHO PENAL MEXICANO"

En la filosofía del derecho el concepto de antijuricidad ha sido uno de los temas más discutidos, en virtud de ser un concepto de suma importancia para la misma. Al estudiar obras relativas a las nociones fundamentales del derecho, observamos que existen no sólo temas relacionados con la antijuricidad. El derecho penal es una rama del derecho que toca con gran importancia la problemática doctrinaria -- que existe sobre el acto antijurídico. Así en una breve revisión de los tratados nacionales y extranjeros sobre la parte general del derecho, de los delitos y de las penas, nos lleva a la convicción de que el concepto mencionado es piedra de toque y punto de partida de todas las concepciones -- que sobre el delito se han elaborado. Tan es así que los vocablos injusto e ilícito han adquirido el sinónimo de delito y ambos designan cabalmente el concepto de la antijuricidad -- que se encuentra por decirlo así, en el centro o médula de la teoría del delito.

Esta consideración, resulta principalmente exacta -- si la consideramos o confrontamos con la moderna teoría italiana del derecho penal, en donde Antolisei, Grisogni, Dilitala, Battaglioni y tantos otros que podemos o podríamos ci -

tar se encuentran completamente de acuerdo en que el concepto del delito se desenvuelve o desarrolla a partir del acto-antijurídico; supuesto que aquél es por linaje un acto injusto. Todas estas observaciones sólo quieren poner de relieve la importancia capital que en la doctrina del derecho penal tiene, sin lugar a dudas, toda la incursión teórica que pretende explicar el concepto de antijuricidad.

Si en el logro que se ha tenido para aclarar algunos conceptos dentro del derecho penal, sobre el concepto -- antijuricidad se llegará a encontrar alguna claridad. Mi -- satisfacción será en esta investigación el esfuerzo y empeño para llegar a la meta final que es mi recepción profesional.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL.**

- a) **Los Elementos del Delito.**
- b) **Papel que desempeña la Antijuricidad en la Teoría del Delito.**
- c) **Antijuricidad Formal y Material.**
- d) **Antijuricidad Subjetiva y Objetiva.**
- e) **Antijuricidad General o Penal.**
- f) **Antijuricidad Especial.**

## LA ANTIJURICIDAD EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

### CAPITULO PRIMERO

#### LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL

##### a) LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

Respecto al tema a tratar, es pertinente hacer referencia al lugar que le corresponde a la Antijuricidad dentro del campo de la teoría del delito. Muchos criminalistas han intentado formular una noción del delito, que sirva en todos los tiempos y en todos los países; pero esto no ha sido posible, pues la noción del delito está en íntima relación con la vida social y jurídica de cada pueblo, así en la escuela clásica encontramos la definición del delito que nos da Hegel quien señala "que es la lesión del derecho, como derecho quien tiene en realidad una existencia positiva exterior pero en sí nula". (1)

La escuela positiva lo define tomando en cuenta el concepto natural, así Garófalo partiendo del aspecto moral,-

(1) Citado por Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Edit. Cárdenas, México 1985. pág. 62.

afirma "que el delito está constituido por la violación, mediante acciones socialmente nocivas, de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y de providad, en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad". (2)

Para nosotros y según nuestro criterio el delito es la actuación psico-física libre y voluntaria de una personalidad cuyo fin es típicamente antijurídico y culpable de violar el compuesto ético-positivo del Derecho Penal. Es la actualización del núcleo típico, por una personalidad que obra voluntaria, psíquica y físicamente en forma antijurídica y culpable, por no operar medida de seguridad ni excluyente a su favor; lo cual debemos de tomar como punto de partida nuestras disposiciones legales y así ilustrarnos de cuáles son los requisitos necesarios para que una conducta determinada deba considerarse delictuosa.

El delito al ser considerado como una infracción sancionada por la ley penal, es complejo y se ha estudiado desde diversos puntos de vista; 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.

---

(2) Citado por Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal, Tomo I, Parte Gral. Edit. 14a, Edit. Bochs Barcelona 1964. pág. 280.

Para nuestra Legislación Penal, poco importa distinguir los términos acto y omisión, prueba de ello es que el artículo 7o. del Código Penal para el Distrito Federal enuncia: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", si a la palabra acto se le diera la acepción filosófica en esta definición, resultaría una gravísima aberración, porque el concepto acto sólo se refiere al aspecto subjetivo del agente y es de técnica jurídica que el Derecho Penal sólo conoce exclusivamente de conductas exteriorizadas. Aquí debe entenderse la voluntad manifestada por un movimiento sensible produciendo un cambio en el mundo exterior, es decir a nuestro parecer el legislador dijo acto en lugar de acción.

La omisión a la que elude nuestra definición legal del delito, también es una acción solo que negativa, por abstención del agente que no ejecuta un hecho positivo exigido por la ley. Más sin embargo y tomando en cuenta la definición jurídica-positiva de nuestra legislación se colige -- que sólo cobra vida el delito reuniendo los elementos si -- siguientes: Conducta, Antijuricidad y Punibilidad; integrados estos elementos se configura el delito, pero dicha posición es criticada por estimar que existen figuras delictivas que aún concurriendo todos sus elementos para considerarlas ilícitas no se sancionan, por estar amparadas por una excusa -- absoluta.

Celestino Porte Petit expresa que: "Los elementos del delito son divididos por la doctrina en esenciales o --



constitutivos y accidentales". (3)

Continúa diciendo el tratadista antes citado: "Que el elemento del delito es todo componente sine qua non, indispensable para la existencia del delito en general o especial". (4)

Pensamos que por elemento esencial debe entenderse aquello que es indispensable y fundamental para la obtención de un fin o de una meta, en el campo del Derecho sería lo elemental para que el delito pueda configurarse como tal. Esos puntos de vista en general nos llevan a la misma conclusión, puesto que al no existir los componentes indispensables del delito, como son sus elementos, éste no podrá constituirse.

Para Antolisei Francesco: "Los elementos accidentales son aquellos cuya presencia u ausencia no influye sobre la existencia del delito o de un determinado delito, sino sobre su gravedad y más en general sobre la entidad de la pena". (5)

Pensamos que los elementos accidentales del delito son los que determinan la mayor o menor gravedad del mismo, referidos exclusivamente a ella, sin influir sobre la existencia

(3) Porte Petit Celestino. Apuntamientos de la Parte Gral. de Derecho Penal, Tomo I, Edit. Porrúa, S.A. Méx. 1978. pág. 271.

(4) Idem. Porte Petit Celestino. pág. 270.

(5) Antolisei Francesco. Manuale Di Diritto Penale. Edit. Milano, 3a. Edición, 1955. pág. 144.

tencia delictuosa sino únicamente sobre el grado de punibilidad.

Cabe anotar las clasificaciones que de los elementos esenciales del delito hace el maestro Celestino Porte Petit, como se establece a continuación:

- "a) "Generales o Genéricos"
- b) "Especiales o Específicos"

Ahora bien ¿ Qué es un elemento esencial general?.- Como se mencionó antes, debemos entender por esto, el elemento indispensable para integrar el delito.

Para el maestro antes referido: "Los elementos esenciales generales de todo delito son; La conducta, la antijuricidad y la culpabilidad".

Los elementos esenciales generales se clasifican en:

- a) Elemento esencial general material.
- b) Elemento esencial general valorativo.
- c) Elemento esencial psíquico.

Todo delito necesita de un elemento material u objetivo y éste será una conducta o un hecho, según la descripción típica. La conducta abarca el hacer o el no hacer según el caso. Y el hecho contiene la conducta, el resultado material y el nexo causal entre la conducta y el resultado".

(6)

---

(6) Ob. Cit. Porte Petit Celestino. págs. 271 y 272.

El elemento objetivo constitutivo del delito se presenta por la conducta o el hecho, siendo elementos del mundo físico exterior a la conciencia del sujeto activo del ilícito.

Maggiore Giuseppe dice: "El delito es un todo, un conjunto lógico unitario, en el cual se puede, sin embargo, discernir idealmente lo que tiene de común con otros hechos jurídicos y lo que es propio suyo, lo que tiene de accidental y lo que le es esencial. Fijar las notas esenciales, -- los rasgos característicos e inconfundibles de ese hecho jurídico que es el delito, es oficio del criminalista". (7)

El maestro Vasconcelos manifiesta que: "Desde un -- punto de vista lógico, antes de un resultado concreto se da un proceder humano, sea éste positivo o negativo, el cual se suma en algunos casos, un resultado causal configurativo del hecho mismo, que al adecuarse a la hipótesis legal resulta -- típico". (8)

En consecuencia son elementos esenciales especiales los indispensables en la estructuración de cada delito y a -- diferencia de los elementos esenciales genéricos, no son los propios de todos los delitos sino únicamente de alguno o algunos de ellos, y son precisamente especiales o específicos--

(7) Maggiore Giuseppe. Derecho Penal, Vol. I, 5a. Edición, -- Edit. Temis Bogotá, 1954. pág. 269.

(8) Pavón Vasconcelos Francisco. Imputabilidad e Inimputabilidad, Edit. Porrúa, S.A., México 1983. pág. 25.

porque varían de delito en delito, dándole a cada uno de --- ellos una especial fisonomía y característica.

El tratadista Porte Petit manifiesta: "Que el elemento esencial valorativo, es el elemento que se traduce en la antijuricidad, o sea cuando habiendo tipicidad no protege al sujeto una causa de licitud. El elemento general psíquico consideramos que existe cuando estamos frente a la culpabilidad en cualquiera de sus formas: dolo, en sus grados directo o intencional; culpa en alguna de sus clases, con o --- sin representación. Elementos esenciales especiales son --- aquellos que requiere la figura delictiva". (9)

Dicho tratadista encuadra dentro del elemento esencial especial valorativo, a la antijuricidad especial tipificada.

Pasaremos al análisis de los elementos del delito en particular, iniciando con la conducta.

CONDUCTA.- Es una expresión penalísticamente aceptada en forma genérica y significativa de que en toda figura típica existe un comportamiento humano; consistente en un hacer voluntario o no voluntario (culpa), la cual se denomina en diferentes formas como "acto", "hecho", "acción" ó --- "actividad"; para hacer referencia a este primer elemento --- del delito, preferimos la expresión conducta, no solamente -

(9) Porte Petit Celestino. Ob. Cit. pág. 272.

por ser un término más adecuado para recoger en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, sino también por reflejar mejor el sentido finalista que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para llegar a afirmar que integran un comportamiento dado, como primer aspecto del delito encontramos el movimiento corporal voluntario que se exterioriza y da forma a la conducta delictiva prevista en la ley y sancionada con una pena.

Un comportamiento humano en tanto es trascendente para el Derecho Penal en cuanto se plasma en una actividad que deja su huella en el mundo exterior. No son acciones relevantes para el derecho punitivo los hechos que se desenvuelven en el ámbito de la conciencia, sean pensamientos, deseos, propósitos o voliciones. Conducta penalística no es por tanto cualquier comportamiento humano, sino solo aquél que se manifiesta exteriormente, por consiguiente es una modalidad jurídicamente trascendente de la conducta humana.

Hemos dicho que el delito sólo puede provenir de la manifestación del hombre y como tal éste debe obrar u omitir en forma consciente.

Como anteriormente se dijo el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 7o. señala: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". El elemento a estudio podemos desprenderlo de la parte relativa del enunciado acto u omisión.

Por su parte Sebastián Soler al referirse al aspecto del delito que nos ocupa manifiesta que: "Es el elemento primario de todos los delitos, tal como este último está concebido por la moderna legislación y la moderna técnica jurídica es la acción o sea el hecho humano valorativo". (10)

La conducta es la manifestación de la voluntad como acción u omisión encaminada a la producción de un resultado. Trataremos de explicar los conceptos antes descritos. El hombre es un ente compuesto de un yo material corporeo y de otro inmaterial, intangible que es la psique del sujeto, por lo cual resulta lógico que cualquier comportamiento que proviene del mismo debe participar de su naturaleza humana para poder recibir tal predicado. De aquí partimos para afirmar que la conducta humana debe componerse de dos aspectos o elementos: el psíquico o interior y el físico o externo; el primero de los mencionados se configura con la voluntad y el otro con la acción o la omisión, mientras el primero no se exteriorice no trasciende en el Derecho.

Nosotros podemos señalar que los delitos se pueden cometer mediante un actuar voluntario o bien mediante abstenciones, con anterioridad nos hemos referido al actuar del agente considerándolo como un movimiento corporal voluntario que ocasiona una mutación en el mundo exterior y frente a este actuar positivo encontramos la omisión o sea la exten-

---

(10) Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino, 3a. Edición, - Tomo I, Buenos Aires Argentina 1956. pág. 292.

sión de obrar, de dejar de ser lo que se debe de ejecutar -- presentándose el aspecto negativo de la acción.

Cuello Calón afirma: "La noción sustancial del delito es una acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena". También dice: "El delito es ante todo un acto humano, una modalidad jurídicamente trascendente a la --- conducta humana, una acción". (11)

La expresión acción, en amplio sentido comprende:

- a) La conducta activa, el hacer positivo, la acción en sentido estricto.
- b) La conducta pasiva, la omisión.

La conducta en su más amplia acepción, comprende -- tanto el aspecto activo como el omisivo de la acción.

Nosotros identificamos la acción con la conducta, desde este punto de vista, siendo imputable a un hombre en los dos aspectos mencionados; como un hacer o como un dejar de hacer.

La acción en sentido estricto, prosigue Cuello Calón consiste en: "Un movimiento corporal y voluntario, o en una serie de movimientos corporales dirigidos a la obtención de un fin determinado. La acción como hacer activo exige:

---

(11) Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal, Parte Gral. Tomo I 9a. Edición, Edit. Nacional, Edinal S. de R.L., México, D.F. 1961. pág. 293.

"1o.- Un acto de voluntad, conducta".

"2o.- Una actividad corporal".

Lo anterior consiste en la modificación del mundo -- exterior o en el peligro de que se produzca la misma; por -- ejemplo: Si "A" dispara contra "B" y lo mata, hay una modifi-- cación en el mundo exterior (la muerte de "B"); si falla el - tiro o no produce la muerte sólo existe el peligro de dicha - modificación. De aquí se deduce; 1o. Que los actos no vo -- luntarios, los llamados movimientos reflejos corporales causa-- dos por excitación de carácter fisiológico con completa ausen-- cia de acciones espirituales, no son conductas en sentido pe-- nal. Cuando no hay movimiento voluntario, no hay conducta y-- por lo tanto no hay delito. 2o. Que sólo los actos corpora-- les externos constituyen o pueden constituir conductas en el-- sentido penal". (12)

Por lo tanto, habrá conducta penal cuando el acto -- tiene su origen en un hacer efectivo, corporal y voluntario -- que encuadra en un tipo penal, aquí hay acción ya que se da -- una conducta consciente y lo relativo a su responsabilidad de-- be ser resuelto en el campo del Derecho Penal.

Se requiere además de una relación de causalidad en-- tre la acción y el resultado, según la doctrina.

---

(12) Cuello Calón Eugenio. Ob. Cit. págs. 326 y 327.



Al referirse a la conducta que se configura por omisión aclara Carrancá y Trujillo que: "La omisión no existe más que cuando hay incumplimiento de una orden positiva de la ley su esencia está constituida por la inejecución de una orden, o mandato positivo de la ley. Por cuanto la omisión se relaciona con la voluntad y ésta quede reelevada indirectamente como desatenta, o inerte, de lo que se deriva un resultado antisocial, produciendo responsabilidad". (13)

En la escuela clásica la acción es voluntaria y libre, exige la libertad del hombre para poder sancionar criminalmente, además debe conocer la maldad de su hecho. En la escuela positiva no se reconoce la acción libre, únicamente se basa en el resultado objetivo. No importa la voluntad -- sino el hecho; en las escuelas modernas basta que el acto -- sea voluntario para que sea querido, y claro se refieren a la voluntad posible psíquicamente.

Voluntad es la libre determinación del espíritu (autodeterminación), el movimiento es tan voluntario como la inhibición, por esto no se puede hacer distinciones entre conducta dinámica y estática, entre moverse y perseverar en una actitud, cuando la base de estos dos fenómenos es una determi

---

(13) Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte Gral., Edición 24a., Editorial Porrúa S.A., México, D.F. -- 1982. pág. 265.

nación voluntaria. De ahí que ninguno podrá ser castigado -- por alguna acción u omisión, si no se ha cometido de una manera conciente y voluntaria; por el mismo motivo no se puede hablar de delito sin acción o de mera sospecha.

Del principio de que no hay acción sin voluntad se -- desprenden algunos colorarios; no hay acción jurídicamente -- apreciable en el acto o movimiento llamado reflejo, o sea, en ese movimiento involuntario que sucede inmediatamente a una -- irritación periférica externa e interna.

Maggiore expresa: "Más el principio de que de las -- acciones quedan excluidos los actos involuntarios, no pueden aceptarse sin cautelas y reservas, aunque no fuese sino por -- la dificultad de separar de un tajo lo voluntario y lo invo- -- luntario. En realidad, hay actos que aun siendo típicamente -- involuntarios, no pueden considerarse de buenas a primeras co- -- mo fuera del ámbito de la voluntad". (14)

De lo antes mencionado se deduce que una conducta -- que para la ley es involuntaria no puede separarse tajántente -- del ámbito de la voluntariedad, la acción por sí sola, no -- basta para configurar el delito, para completar la noción de -- aquél, ha quedado demostrado que se requiere el concurso de -- otros elementos, unos generales y otros especiales, demostran -- do la acción no se demuestra la existencia del delito, como -- erroneamente lo han llegado a afirmar algunos actores alema- --

(14) Maggiore Giuseppe. Ob. Cit. pág. 318.

nes en la mitad del siglo pasado, los cuales seguidores de -- las teorías filosóficas de Hegel, afirmaban que "acción" en -- sentido jurídico era sólo la conducta culpable antijurídica, -- con lo que viene a hacer sinónimo de delito y no solamente un elemento constitutivo. Esto fué expresamente afirmado por -- Binding.

La evolución jurídica ha ido eliminando gradualmente estas concepciones, por lo que ahora al tratar la acción, sólo se habla del delito parcialmente.

TIPICIDAD.- Una vez analizado el elemento conducta -- como parte constitutiva del delito, procedemos al estudio de -- la tipicidad, otro importante punto a tratar dentro de este -- capítulo.

Las acciones humanas como materia jurídico-penal, se -- van a subsumir en ciertos moldes (tipo) de conductas delicti-- vas previstas por el legislador y sólo las que se ajusten -- exactamente y se adecuen serán antijurídicas penalmente. La -- tipicidad como causa formal del delito en nuestra opinión, ha -- ce que el delito sea eso y no otra cosa cuya ausencia impide -- su configuración; habida cuenta de que nuestra Constitución -- Federal establece en su artículo 14 lo siguiente "...queda -- prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de ra -- zón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamen -- te aplicable al delito de que se trata"; lo cual significa -- que no existe delito sin tipicidad.

Luis Jiménez de Asúa afirma: "Que el tipo legal es - la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito". (15)

El maestro Fernando Castellanos Tena afirma: "No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la crea-ción legislativa; la descripción que el Estado hace de una -- conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecu-ción de una conducta concreta con la descripción legal formu-lada en abstracto". (16)

Para nosotros el tipo es la conducta descrita y pre-vista en la ley de una manera abstracta y la tipicidad la ade-cuación de la conducta realizada, objetivamente encuadrada a la figura penal descrita. De lo cual se desprende que sólo - constituiría delito la conducta que encaje en el tipo. Al -- sostener lo anterior aceptamos que si no hay acto que encua--dre dentro de las diversas conductas descritas en la ley; dentro de los diversos tipos previstos en el Derecho Penal Posi-tivo, no podemos hablar de tipicidad; será delictiva la con--ducta que sea típica, que se amolde al tipo previsto en la -- ley como antes se dijo.

(15) Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo III 2a. Edición, Editorial Lozada, S.A., Buenos Aires Argentina.- pág. 745.

(16) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 13a. Edición, Editorial Porrúa S.A., México -- 1979. pág. 165.

Raúl Carrancá y Trujillo dice que: "La acción anti-jurídica ha de ser típica para considerarse delictiva; la acción ha de encajar dentro de la figura del delito creada por la norma penal positiva, pues de lo contrario al faltar el signo externo distintivo de la antijuricidad penal que lo es la tipicidad penal, dicha acción no constituiría delito. Pero puede existir la tipicidad penal sin que exista acción-antijurídica, como ocurre con las causas de justificación en las que hay tipicidad y también juricidad, por lo que el delito no existe". (17)

Ignacio Villalobos, al referirse al tipo menciona: Que la exposición que hace Jiménez de Asúa en su obra La Ley y el Delito, no alcanza suficiente claridad por la persistencia de considerar al tipo como mera descripción, sin tomar en cuenta siempre el contenido de esa descripción y sosteniendo una absoluta separación entre el tipo y la antijuricidad.

"El tipo es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal), en su aspecto objetivo y externo; suponiendo, para declararle punible, que concurren las condiciones normales en esa conducta, tanto objetiva como subjetivamente, pero pudiendo presentarse situaciones excepcionales que eliminen la antijuricidad (formal y material) o la culpabilidad en algunos casos".(18)

---

(18) Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 2a. Edición, Editorial Porrúa, México 1960. pág. 268.

Creemos que es acertado lo que dice Villalobos, --- pues indiscutiblemente que la antijuricidad presupone a la tipicidad, puesto que la conducta antijurídica penal, necesariamente al participar con ese carácter encuadra en el tipo previsto y descrito en la ley como conducta delictuosa; lo antijurídico penal es delictuoso, es decir una conducta antijurídica penal es antisocial, es injusta; además es punible al reunir estas condiciones, también es típica y se adecúa a alguna de las figuras delictivas descritas por la ley penal; por eso es que aceptamos que la antijuricidad presupone la tipicidad.

Agrega el mencionado tratadista que la función del tipo se da en la base estructural de un grupo de delitos pero descritos de algo, que admitido deba ser captado por la culpabilidad, presuponiendo la valoración de las conductas descritas para entresacarlas de la inmensa variedad de acuerdo con el contenido del artículo 14 Constitucional el cual en su párrafo tercero enuncia: Que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Concluye diciendo: "El tipo es pues, una forma legal de determinación de lo antijurídico punible, supuestas condiciones normales en la conducta que se describe". (19)

(19) Villalobos Ignacio. Ob. Cit. pág. 268.

Antonio P. de Moreno sobre el tema expone: "Que el Derecho Penal, que lleva en sí, por definición, los ataques más sensibles y profundos en el patrimonio, en la libertad, en el honor, incluso en la vida de los ciudadanos, caería en un estado insufrible de incertidumbre, falta de seguridad. - Por ello resulta imprescindible que el mismo se procure el adecuado remedio y la claridad indispensable por lo menos en lo que concierne a la fundamentación del delito, aparezca de terminada de manera precisa e inequívoca. El Derecho Penal ha creado esta necesaria claridad mediante un medio extraordinariamente ingenioso: mediante el tipo". (20)

Agregamos para concluir con la tipicidad que la misma es propia del Derecho Penal, equivalente al genial apotegma "nullum crimen sine lege", es conocida como requisito indispensable en las legislaciones modernas, así como muestra Constitución, según se deduce del artículo 14 Constitucional. En capítulo aparte se aborda este tema desde otro punto de vista.

De lo anterior es pertinente señalar que la ley no contiene totalmente la descripción de la conducta delictiva, en razón de que ésta debe de estar enriquecida por los actos circunstanciales obtenidos tanto en la investigación administrativa como en la judicial, por lo que la utilidad -

---

(20) De P. Moreno Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano, - Parte Especial de los delitos en Particular, Tomo I, Editorial Porrúa S.A., México 1968. pág. 31.

del tipo va más allá de la frialdad del texto; puesto que en las leyes penales sólo encontramos preceptos y sanciones, no prohibiciones u órdenes y así mismo se observa que la tipicidad de la acción elimina toda posibilidad de analogía que -- acabaría con la valoración a posterior actividad que está sujeta al órgano jurisdiccional. Por lo tanto, la acción como presupuesto y núcleo del tipo penal debe de ser típicamente-antijurídico y culpable para actualizar el derecho; la tipicidad cataloga hechos antijurídicos dándoles el nombre de -- delitos.

El tipo es la síntesis de aquellas características- que debe reunir toda acción para conducir a una pena, esto - resulta ser precisamente el delito, de ahí que el tipo solo- sirve como garantía para aplicar previamente al hecho esas - características, dando a la publicidad de los mismos los pre- supuestos exigidos a un acontecer humano, para ser sanciona- do punitivamente.

La finalidad de la conducta típica, es un desprecio voluntario e injusto al régimen jurídico pre-establecido pa- ra el orden social y con ello a los valores que el Derecho - protege para su esencia.

CULPABILIDAD.- Las cumbres más destacadas de la fi- losofía, entre ellos Aristóteles, Cicerón, Santo Tomás de -- Aquino, Leibnitz, Suárez y otros muchos, transmiten sus estu- dios sobre la conciencia íntima que tenemos de poder hacer o



no hacer lo que nos parezca conveniente eligiendo entre dos caminos.

Surgen los estudios sobre la complejidad de las influencias actuando sobre la voluntad, pero reconociéndose -- que el bien es el objeto propio de esa voluntad libre que -- escoge y decide para la apreciación del entendimiento; al -- trasladarse estas ideas al terreno de lo jurídico, se conju-- gan los fines del hombre con los del Estado dentro del aspec-- to subjetivo, para saber si hay o no responsabilidad que -- imputar ante una violación normativa.

Al analizar la culpabilidad estrictamente, también-- es necesario atender a un presupuesto o sea a la imputabili-- dad; según el orden seguido por el maestro Fernando Castella-- nos Tena, quien señala que antes de estudiar este elemento,-- es necesario el análisis de su antecedente lógico-jurídico.-- Para que un sujeto sea culpable, precisa que antes sea impu-- table, porque si en la culpabilidad intervienen el conoci-- miento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer-- esas facultades; para que un individuo conozca la ilicitud -- de lo que hace, es necesario e indispensable que sea capaz -- de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la capacidad (intelectual) constituye el presupuesto -- necesario para existir la culpabilidad. Es por esto que a -- la imputabilidad se le debe considerar como soporte o presu-- puesto de la culpabilidad y no como elemento del delito.

Castellanos Tena dice: "Que la imputabilidad es -- pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarro--

llo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capaciten para responder del mismo". (21)

Concretamente se puede definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal. La imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el autor en el momento de realizar el acto típico penal que lo capaciten jurídicamente para responder del mismo.

Partiendo del presupuesto lógico, es indiscutible que para considerar a un sujeto culpable dentro del marco de la ley penal, necesariamente debe estar en posibilidad física y mental de calificar la conducta que va a realizar; y en esas condiciones, si efectúa ésta con pleno conocimiento de sus alcances y consecuencias, deviene culpable plenamente; luego entonces, la imputabilidad siendo la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.

En este punto cabe comentar el artículo 15 fracción II del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, que refiere que son causas excluyentes de responsabilidad delictiva el hallarse el inculcado al cometer la infracción en estado de inconsciencia determinada por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, por un estado tóxico infeccioso agudo, o por un trastorno mental de carácter transitorio.

(21) Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. pág. 218.

De lo anterior se desprende que para considerar al sujeto activo del delito, es necesario que resulte responsable plenamente dentro del campo penal. Debe de ser dueño de sus actos y encontrarse equilibrado mentalmente; pues en el momento en que actúa inconcientemente a causa de cualquiera de las circunstancias previstas por esta fracción, deja de ser imputable; de donde podemos concluir que el Código de Defensa Social para el Estado de Puebla sigue la corriente -- psicologista, la cual aceptamos con la salvedad de que la imputabilidad consiste efectivamente en la capacidad de obrar en el Derecho Penal, determinada por las condiciones psíquicas exigidas y reglamentadas por la ley. Y éste es el único criterio cierto para determinar la imputabilidad.

El artículo 65 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, asienta que "los sordomudos, locos, idiotas, imbeciles o los que sufran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, que hayan ejecutado actos o incurrido en omisiones definidas como delitos, serán reclusos en manicomios o departamentos especiales por todo el tiempo que sea necesario para su curación y sometidos con autorización de un facultativo a un régimen de trabajo".

En igual forma y de acuerdo con el Código de Procedimientos en materia de Defensa Social para el Estado de Puebla procederá el juez con los procesados que enloquezcan sin perjuicio de que si se curasen serán reintegrados a la cárcel y continuando el proceso.

Cabe citar las siguientes ejecutorias de nuestro -- más Alto Tribunal: "La responsabilidad de los sujetos que de linquen cuyo estado es normal en forma permanente, se apre- cian en razón de su peligrosidad desde el punto de vista so- cial, pero no para aplicarles una pena sino como medida de - seguridad al concluir el proceso, internándolos en manico -- mios o departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación". (22)

"El hecho de que el delincuente sea débil mental, - no es circunstancia excluyente de responsabilidad sino sólo- debe tomarse en cuenta para la ejecución de la pena impuesta al acusado, conforme a las modalidades establecidas por la - Ley para esta clase de delincuentes". (23)

Lo anterior confirma el acerto de que el sujeto ac- tivo de la conducta, como mencionamos, debe ser una persona- normal que tenga conciencia plena de su actuar; a su vez con pleno conocimiento de causa y efecto correspondiente. Quan- do previniendo el resultado sea cual fuere, el sujeto reali- za el acto o hecho encaminado al mismo, deviene imputablemen- te dentro del marco de la ley penal; máxime si consideramos- que la mayoría de las conductas previstas por la ley, por su propia naturaleza y para tipificarse requieren de la inten- cionalidad del sujeto, pues muy pocas en realidad son conduc- tas que configuran los delitos culposos, pues la mayoría lo-

(22) Anales Judiciales. Tomo XIX. pág. 853.

(23) Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXXIV. pág. 918.

son dolosos. Sólo a manera de ejemplo citaré el artículo -- 349 del Código de Defensa Social citado y que dice: "Comete el delito de robo, el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley".

Necesariamente el sujeto activo de la conducta prevista en este artículo, debe tener intención de apoderarse de una cosa ajena mueble, además, sin tener derecho a ella y sin el consentimiento de su legítimo dueño; para obrar, conociendo todas estas circunstancias, se requiere la intencionalidad del sujeto sin lugar a dudas y por ello mismo su conciencia cabal.

Citando ejemplos llegamos a la misma conclusión denecesaria intencionalidad en el sujeto para realizar determinadas conductas; así el artículo 303 del multicitado Código de Defensa Social expresa: "Se entiende que las lesiones o el homicidio son calificados, cuando se cometan con premeditación, con ventaja, con alevosía o traición".

Hay premeditación, siempre que el sujeto activo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer.

Forzosamente en el caso citado, el delito debe ser perpetrado con toda intencionalidad por parte del sujeto; -- por lo cual de la misma naturaleza del acto se deriva el carácter doloso, pues si el sujeto no actúa con intención se --

ría imposible que encajara dentro del tipo. Así acontece -- con el abuso de confianza, abandono de persona, parricidio, -- infanticidio, etc.; predominando dentro del marco de la ley -- los tipos dolosos.

Eugenio Quello Calón anota que: "Una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada. Hay pues en la culpabilidad, a más de una relación -- de causalidad psicológica entre agente y acción, un juicio -- de reprobación de la conducta de aquél motivado por su comportamiento contrario a la ley, pues ha quebrantado su deber de obedecerla ejecutando un hecho distinto del mandato por -- aquella. Se reprocha al agente su conducta y se reprueba -- ésta porque no ha obrado conforme a su deber". (24)

Celestino Porte Petit sostiene que: "La imputabilidad no constituye el elemento del delito, sino un presupuesto general del mismo; dice que no se trata de un elemento -- esencial del delito, para él, integra un presupuesto del -- ilícito penal". (25)

En tanto que muchos autores la toman como presupuesto de la culpabilidad, nosotros consideramos que la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de un acto.

---

(24) Quello Calón Eugenio. Ob. Cit. pág. 357.

(25) Porte Petit Celestino. Ob. Cit. pág. 307.

Para Villalobos "La culpabilidad, genéricamente, -- consiste en desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y -- conservarlo; desprecio que se manifiesta por franca oposi -- ción, en el dolo, o indirectamente, por indolencia y desaten -- ción nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno -- frente a los propios deseos, en la culpa". (26)

Dos doctrinas ocupan el campo de la polémica sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad y son: El Psicologismo y El Normativismo.

a) Teoría Psicologista ó Psicológica de la culpabi -- lidad; para esta concepción: "La culpabilidad radica en un -- hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurí -- dica para la antijuricidad, ya supuesta; la esencia de la -- culpabilidad consiste en el proceso intelectual volitivo de -- sarrollado en el autor. El estudio de la culpabilidad re --- quiere el análisis del psíquico del agente, a fin de indagar en concreto cuál ha sido su actitud respecto al resultado -- objetivamente delictuoso. Lo cierto es que la culpabilidad -- con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el -- sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que tiene dos -- elementos, uno volitivo o como lo llama Jiménez de Asúa, em o cional y el otro intelectual, el conocimiento de la antijuri -- cidad de la conducta". (27)

---

(26) Villalobos Ignacio. Ob. Cit. pág. 283.

(27) Castellanos Tena Fernando. Ob. Cit. págs. 232 y 233.

El maestro Luis Fernández Doblado se expresa así:—  
 "Para la doctrina que comentamos, la culpabilidad es conside  
rada como la relación subjetiva que media entre el autor y -  
 el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis-  
 del psiquismo del autor con el objeto de investigar, concre-  
tamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto -  
 ha guardado con relación al resultado objetivamente delictuos  
o". (28)

Para el delito no es esencial una relación psíquica  
 del autor con su hecho, porque ésta falta en los delitos cul  
posos; en cambio, la existencia de esa relación cuyas pecu-  
 liaridades deben ser objeto de un análisis previo, es la --  
 esencia del dolo.

Se considera que el factor subjetivo que radica en-  
 la voluntad del sujeto al cometer el delito se realiza su --  
puesta la integración anterior de los otros elementos conduc  
ta, tipicidad y antijuricidad; sobre esta base se da la cul-  
pabilidad por lo que ésta es el nexu causal entre el hecho y  
 el sujeto, lo que hace que el acto antijurídico sea reprochable  
objetivamente, teniéndose a la antijuricidad como valora  
ción objetiva de la norma, en tanto que la culpabilidad es -  
 el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa.

---

(28) Fernández Doblado Luis. Culpabilidad y Error, Ensayo -  
 de la Dogmática Penal. México, D.F. 1950, Edit. Porrúa, S.A.  
 págs. 23 y 24.



En los delitos dolosos se busca el resultado dañoso y en los culposos no; la acción objetivamente analizada por el juzgador en ambos casos demuestra el mismo resultado, para desentrañar la verdad, se requiere contemplar a la acción humana desde un ángulo físico y otro psíquico, completándose por el nexo causal con el resultado, ligándose además con -- los otros tres elementos esenciales del delito.

b) Teoría Normativa o Normativista de la culpabilidad es la consideración causal de la acción en el sentido de Radbruch, Liszt y Beling; condujo a una concepción puramente psicológica de la culpabilidad. Para la acción basta con --- que el hacer u omitir del sujeto encuentre su origen en la - voluntad; poco importa aquí cuál sea el contenido de la misma. La acción es concebida en sentido positivo como un pro- ceso ciego-mecánico, porque la categoría de la casualidad es la integración de la acción, ciego porque el contenido del - querer es expulsado de la misma. La configuración de la an- tijuricidad como simple lesión de bienes jurídicos está en - concordancia con la consideración ciega de la acción.

Por lo anterior se explica que la culpabilidad sea concebida como simple nexo psíquico y el resultado; dolo - y culpa constituirán las dos formas de manifestación de la - culpabilidad, que sólo se distinguen entre sí por la intensi- dad de la relación psicológica. Esta concepción topó con la dificultad insalvable de la culpa inconsciente, caracterizada por la ausencia de toda relación psíquica actual entre autor y resultado.

De ahí que la consideración de esta modalidad de la culpa, condujera a dar entrada a la culpabilidad como un elemento no normativo, o negar a esta especie de culpa el carácter de culpabilidad. Fué Frank quien puso de relieve la insuficiencia para la culpabilidad; de un nexo psíquico entre el autor y el resultado. Además de dolo o culpa se requiere imputabilidad y la normalidad de las circunstancias concurrentes, esta normalidad son libertad o dominio sobre el hecho, desaparecerán cuando concurren las causas de exclusión de la culpabilidad, por ejemplo estado de necesidad. La culpabilidad que ya no se agota en simple nexo psíquico entre autor y resultado, recibe por primera vez el calificativo de reprochabilidad.

Para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche. Una conducta es culpable, si a un sujeto capaz que ha obrado con dolo o culpa le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse al deber.

La imputabilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un ejemplo

básico del juicio de reprochabilidad; este juicio surge de la ponderación de dos términos, por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa, cuyo autor pudo haber evitado; y por otra parte un ejemplo normativo que exigía un comportamiento conforme al Derecho, es decir al deber jurídico.

Para esta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente una idea psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del autor, es algo más, es la valoración en juicio de reproche de ese contenido psicológico; la culpabilidad pues, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictuoso, se fundamenta lo anterior en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber. Esa conducta ha de traducirse dentro de los estudios superiores de la doctrina penal, como portadora del elemento moral, de una voluntad que se exterioriza en la acción como intencional, como imprudente o negligente culpable, ofendiendo a la norma penal protectora de los datos y derechos socialmente considerados.

Para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo, es en cambio el juicio de reproche a una motivación del sujeto.

Desde el punto de vista personal pensamos que en una combinación de las dos teorías citadas, nos encausaría a una concepción más clara de la culpabilidad, entrelazándolas

de la siguiente manera; si para el psicologismo la culpabilidad radica en un hecho psicológico, dejando toda valoración-jurídica para la antijuricidad ya supuesta, la esencia de la culpabilidad consiste en un proceso intelectual volitivo que se desarrolla en el autor; la culpabilidad de acuerdo con esta corriente constituye o consiste en un hecho psíquico entre el sujeto y el resultado. Así para el normativismo la culpabilidad se fundamenta en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber, lo que da base al juicio de reproche es el poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa.

Podemos considerar que para estimar culpable a un sujeto capaz dentro del marco de la ley penal, debe atenderse no sólo al nexo psíquico intelectual entre el mismo y el resultado de su conducta, sino se debe atender además al fenómeno psíquico, al conocimiento que tiene el agente de su naturaleza antijurídica en su actuar y de su consecuencia lógica; el reproche entendido como la reprobación del estado que valora el juez como contraria a los fines de la convivencia social.

Concluimos que la culpabilidad no puede explicarse-partiendo de un criterio puramente psicológico o de otro puramente normativo. Queda establecido que el agente del delito es el hombre, el hombre como individuo, el ordenamiento jurídico requiere de la imutabilidad para llamar al hombre a responder personalmente de una acción. A este respecto -- Maggiore expresa: "El hombre no podrá ser llamado culpable -

si antes no es imputable, es decir si no está en posesión de un número de condiciones psíquicas y físicas, en virtud de las cuales puede atribuírsele el delito... El juicio de culpabilidad presupone un juicio de imputabilidad". (29)

De lo que se desprende que no hay culpabilidad sin imputabilidad, ni hay imputabilidad sin libertad de la realización de hechos con consecuencia en el mundo exterior.

Por consiguiente la culpabilidad es una desobediencia legal de la que el sujeto debe responder, es decir una rebelión voluntaria de la que se debe dar cuenta. Precisamente en esa desobediencia y rebelión puede manifestarse la libertad en diversas formas con grados de realización diferentes de un modo preciso:

1) Como rebelión intencional y voluntaria al ordenamiento jurídico y entonces toma la forma de dolo.

2) Como conducta no intencional ni voluntaria sino antijurídica, es decir que produce un resultado que con atención prudente y oportuna se podría evitar; entonces toma la forma de culpa (en sentido estricto distinto de la culpabilidad).

Concretamente los dos grados de la culpabilidad, referidos a la acción, pueden indicarse en la forma siguiente: En el dolo, la voluntad se dirige en una forma activa a transgredir el derecho; en la culpa, en cambio la voluntad

(29) Maggiore Giuseppe. Ob. Cit. pág. 479.

no es suficientemente activa y por esta inercia ofende el --  
ordenamiento jurídico. En estos dos grados de la voluntad -  
encajan los dos tipos de delitos contruidos por la dogmáti-  
ca bajo los nombres de delitos culposos.

Tanto la distinción entre una y otra forma del de--  
lito es lo mismo que entre una voluntad más intensa y una me-  
nos intensa, nunca entre un querer y un no querer. La volun-  
tad solo falta en el caso fortuito, fuera de este caso siem-  
pre acompaña a la acción de un modo o de otro.

Añade Maggiore que: "Si queremos expresar en un es-  
quema la parte que tiene la voluntad en las diversas catego-  
rías de delitos, teniendo presente todo el curriculum de la-  
acción, hasta el resultado, podemos hacer cuatro hipótesis:

"a) Si se ha querido (y previsto) tanto la ac-  
ción como el resultado, estamos en el campo del delito dolo-  
so"

"b) Si se ha querido la acción y no el resulta-  
do en su integridad, sino un efecto menos grave. Es la hipó-  
tesis del delito preterintencional"

"c) Si se quería la acción, pero no el resulta-  
do, que sin embargo debía y podía preverse como posible. Se  
tiene entonces el delito culposos; es decir se quería un re--  
sultado, pero ilícito, inocente, sin importancia jurídica, -  
y no un evento antijurídico"

"d) Si se quería la acción y no el resultado, -  
que no solo fué ni previsto ni querido, sino que ni siquiera  
era previsible. Nos hallamos en el caso fortuito". (30)

---

(30) Maggiore Giuseppe. Ob. Cit. págs. 571 y 572.

Eugenio Cuello Calón sobre el tema expresa: "El delito es un hecho culpable, no basta que sea un hecho antijurídico y típico, también debe ser culpable" y añade diciendo "que una acción es culpable cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ésta y su autor debe serle jurídicamente reprochada. Tal reproche en el campo penal se concreta en la responsabilidad criminal exigida al agente como condición previa para la imposición de la pena; en consecuencia, para que un individuo sea penado no basta que su acto sea antijurídico y típico, es preciso además que le sea personalmente reprochable. Ahora bien, tal reproche contenido en la culpabilidad como elemento del delito, recae solamente entre el agente y el hecho en cuestión". (31)

La noción de culpabilidad se halla íntimamente unida al de injusticia, a la antijuricidad, sin injusticia no hay culpabilidad, así que aquella es la condición previa para la existencia de ésta. Queda por tanto en esta concepción la culpabilidad en cierto modo subordinada a lo injusto a lo antijurídico.

No es posible colocar la culpabilidad en lugar preminente respecto a la antijuricidad, pues aún cuando aquella sea condición previa para la imposición de la pena, también lo es y más reelevante aún, la antijuricidad del hecho. La culpabilidad es una relación psíquica de la causalidad entre el agente y su hecho. Pero el agente antes de ser culpable-

(31) Cuello Calón Eugenio. Ob. Cit. pág. 256.

debe ser imputable y responsable; así pues, imputabilidad y responsabilidad son supuestos previos de la culpabilidad.

En consecuencia se puede decir que si no hay antijuricidad, no hay responsabilidad, ni tampoco culpa. La antijuricidad es la oposición de la acción al derecho, la culpabilidad es la oposición del sujeto al derecho penal; aquella es violación objetiva a la norma de valoración; ésta es el -quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación a todo juicio jurídico penal de culpabilidad, es indi-spondible la referencia a una acción injusta realizada.

La culpabilidad en síntesis es la exteriorización -de la voluntad autodeterminada del agente a contradecir el -deber de justicia que la norma penal encierra como una necesidad moral a quien recae una sanción en el juicio de reproche.

#### b) PAPEL QUE DESEMPEÑA LA ANTIJURICIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO

Este problema se deriva en distinguir entre elementos y caracteres del delito y se da de la siguiente manera, -hay autores italianos y alemanes que afirman que para realizarar un estudio sistemático del delito, es necesario una división de sus elementos, surgiendo entre otras la teoría trito



mica, la cual no le niega al delito el carácter de unidad -- concreta y la que señala como elementos del delito, el he-- cho, la antijuricidad y la culpabilidad; y la teoría biparti-- ta, la que reconoce dos elementos, los cuales son internos y externos; mismas que a nuestro criterio son las más importan-- tes.

La definición de lo antijurídico en un aspecto gené-- rico se entiende como lo que es contrario al derecho, si -- guiendo la evolución del concepto hallaremos que esa defini-- ción nominal insuficiente se complementa por negaciones, es-- decir, por el expreso enunciado de esos casos de exclusión a las que los estudiosos y la ley llaman causas de justifica-- ción.

Según este sistema negativo, será antijurídico todo hecho definido en la ley que no es protegido por causas jus-- tificantes que se establezcan de modo expreso; como la legí-- tima defensa, ejecución de un derecho, estado de necesidad, -- etc.; tal sistema de negaciones resulta lógicamente contra-- rio y por lo tanto inútil para definir el concepto antijurí-- dico, injusto e ilícito.

Dice Jiménez de Asúa: "Lo antijurídico es una expre-- sión desaprobadora que requiere esclarecimiento a fondo, por que tanto lo justo como lo injusto han sido estudiados por -- pretendidas exigencias de la moral y de la política. Ahora-- bien el desprecio que tuvieron los positivistas por el Dere-- cho hizo que esta piedra angular de todo edificio de dogmáti

ca jurídica punitiva haya quedado sin pulimento en los países que bebieron su sabiduría jurídica en fuentes italianas" (32)

Quizás el ordenamiento jurídico que es un orden de paz haya nacido de los ataques injustos a los intereses, pero si en vez de la prioridad histórica tratamos de averiguar el prius lógico, tendríamos que reconocer que primero es lo justo y lo injusto su contrario; esta es la opinión común y así piensan principalmente Beling, Sauer, Fischer y Zimmerl.

Otro problema que nos importa destacar es si lo injusto y anti-jurídico tienen distintos significados o pueden emplearse como sinónimos. Al respecto Ricardo Franco Guzmán dice: "Que los que sostenemos la exigencia de una anti-juricidad como elemento del delito, con naturaleza objetiva, podemos aceptar que se habla de un aspecto objetivo de la ilicitud que por consiguiente se considera como la nota conceptual más importante del delito". (33)

Tomando en cuenta la opinión del tratadista antes mencionado, no se puede concluir que los términos antes mencionados tengan el mismo significado.

---

(32) Jiménez de Asúa Luis. Ob. Cit. pág. 952.

(33) Franco Guzmán Ricardo. La Subjetividad en la Ilicitud, Edit. José M. Cajica Jr. S.A., México 1959. pág. 33.

Rafael Márquez Piñero dice: "Según Jiménez de Asúa la ilicitud tiene mayor amplitud que la antijuricidad, lo -- ilícito es lo opuesto a la moral y también al derecho; por -- consiguiente, el círculo ético es de mayor radio que el jurí -- dico, y al decir acto ilícito, en vez de antijurídico, como -- juristas estamos separándonos de toda exactitud en nuestro -- lenguaje". (34)

Delitala distingue entre ilicitud y antijuricidad -- señalando: "Que lo primero significa una antítesis entre un -- comportamiento impuesto por el derecho en expectativa y el -- comportamiento que efectivamente realiza en forma ilícita el -- sujeto; en cambio, la antijuricidad estriba en la inconforma -- ción entre un estado de hecho y uno deseado por el derecho". (35)

Traducida al español la voz alemana "rechtswidrig -- kert" en virtud de que era una palabra desconocida, los ju -- ristas le fijaron una connotación cuyo significado no es el -- que tiene exactamente; por lo que usaron como sus equivalen -- tes los términos ilícito e injusto. Al ocuparse en el año -- de 1916, de la unificación del Derecho Penal en Suiza, Jimé -- nez de Asúa tradujo la expresión acto antijurídico en la fra -- se acto ilícito.

(34) Márquez Piñero Rafael. Derecho Penal, Parte Gral., Edit. Trillas, la. Edición, México 1986. pág. 291.

(35) Citado por Sergio Vela Treviño. Antijuridicidad y Justi -- ficación, Edit. Trillas S.A. la. Edición, Méx. 1986. págs. 21 -- y 22.

Al poner en castellano el tratado de Franz Von ---- Liszt, tradujo este autor español "Ilegalidad" en vez de ---- "antijuricidad". Agregando que Enrique Lavedan en la Habana empleaba en su programa el término "ilegitimidad"; indicando que con estas connotaciones se desconocía cuánto había de - material en la moción, transformándolo en un concepto pura-- mente formal.

"Jiménez de Asúa prefiere emplear indistintamente - los términos antijuricidad e injusto como ya lo dijimos an-- teriormente sin aceptar las expresiones ilicitud y entuerto-- usadas por otros tratadistas como sinónimos de los términos-- mencionados con anterioridad". (36)

De donde se desprende que el citado penalista pone-- de relieve la distinta significación de ilicitud y antijuri-- cidad.

Lo que por antijuricidad como contradicción entre - la conducta y el orden jurídico general resulta de la simple oposición, la cual corresponde al campo de la teoría del - delito; lo injusto se refiere a la conducta misma ya valora-- da como antijurídica y tiene que ser estudiada en el momento en que haya de resolverse si una conducta particular es o no delictuosa.

---

(36) Jiménez de Asúa Luis. Ob. Cit. pág. 954.

Hans Welzel al abordar el estudio de lo injusto expone: "Antijuricidad es el desacuerdo de la acción, con las exigencias 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". -- (37)

Agrega el mismo autor: "Imaginándose personificado el orden jurídico, frecuentemente se denomina la antijuricidad como un juicio de valor negativo e injusto del disvalor del derecho sobre la acción, lo que debe tenerse siempre presente en lo gráfico del término, ya que la antijuricidad nees naturalmente un disvalor, sino una característica de disvalor de la acción". (38)

Si bien es cierto, como lo hemos señalado anteriormente que la antijuricidad es el elemento objetivo del delito, también es cierto y dable reconocer que dentro de su -- existencia en ocasiones incluye algunos elementos a los que se les ha llegado a denominar subjetivos, mismos que excepcionalmente aparecen cuando se dan algunas conductas que son necesarias de valorar dentro del análisis de la antijurici--dad. Al respecto se ha sostenido que delitos tipificados -- por nuestra ley penal contienen tales elementos subjetivos, -- siendo el caso del delito de fraude, en el cual los actos ma

(37) Welzel Hans. Derecho Penal, Parte Gral., Roque de Palma Edit. Buenos Aires Argentina, 1956. pág. 57.

(38) Ibidem. pág. 57.

teriales constitutivos de esa figura deben de realizarse con intención del daño u obtener un lucro indebido.

Continúa diciendo Welzel: "Antijuricidad 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; la antijuricidad en cambio es solamente una relación característica de la referencia en la acción. Esta definición puede llegar a ser dogmáticamente de gran valor; la antijuricidad como pura relación entre un objeto y el derecho, es una sola en la totalidad del orden jurídico. Lo injusto como objeto valorado es en cambio múltiple, tanto como acciones antijurídicas hay en el derecho, por esa razón hay ciertamente un injusto específicamente penal". (39)

Consideramos que el injusto penal está específicamente diferenciado por la característica de la adecuación típica. Con lo anterior nos damos cuenta de lo discutible y complejo del tema que nos ocupa, si se esbozan diversos criterios, simplemente por lo que a la nominación se refiere, más aún habrá de presentarse polémica por lo que al fondo del mismo respecta.

Más honda es la discusión a propósito de si debemos decir contrario al derecho (Rechtswidrigkeit) o contrario al

deber (Pflichteidrigkeit); Dhana y Goldschmidt, creen que -- pueden y deben emplearse ambos aunque con ciertas diferen -- cias; Nagler prefiere el término antijuricidad a lo contra -- rio al deber; en cambio Mayer, acepta el segundo término al -- tratar el contenido de la culpabilidad; a juicio de Jiménez -- de Asúa, cabe establecer diferencias, "lo contrario al dere -- cho 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 momento intelectual de -- dolo". (40)

Véase como a propósito de su contenido Mezger y Ji -- ménez de Asúa, involucran en relación con la antijuricidad - conceptos de la culpabilidad, ello pone de nueva cuenta en - evidencia la complejidad del tema.

Otro problema se presenta, cuando tanto el delito - como la infracción civil caen en el ámbito del injusto culpa -- ble. Lo injusto civil, administrativo y penal tienen un --- mismo origen y sólo se separan al llegar a las consecuencias sin embargo hay quienes contradicen lo anterior, por ejemplo Hegler, quien marca una decisión definiendo lo injusto penal como una actividad consciente y lo civil como una inconscien -- te.

Otro criterio adoptado al respecto se da cuando se -- confiere a la antijuricidad un significado valorativo; el ti --

---

(40) Jiménez de Asúa Luis. Ob. Cit. pág. 965.

po es la descripción, la antijuricidad es la estimativa del acto. Así el homicidio definido objetivamente por la ley se castiga por ser antijurídico; salvo si se presenta una excluyente de responsabilidad, lo que daría el carácter de jurídico a la acción. Así pues al mismo tiempo que se forma el -- concepto valorativo de la antijuricidad 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 dan protección jurídica y eleva bienes jurídicos. Junto al bien jurídico está la norma que lo protege y de ahí que el delito, que ataca un bien jurídico, sea contrario a la norma por eso en vez de hablar de antijuricidad sería preferible -- decir lo contrario a la norma". (41)

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 acaese con el que roba, pues no se vulnera la ley, pero si se quebranta algo esencial para la -- convivencia y el ordenamiento jurídico, se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley.

Nosotros no desconocemos la dificultad que presenta el término antijuricidad, por lo que se refiere al contenido mismo de la denominación; porque ésto nos hace suponer que -- es lo contrario a la ley.

---

(41) Jiménez de Asúa Ius. Ob. Cit. págs. 987 y 988.





cidad, pues según esta corriente ésta constituye la síntesis integral del fenómeno punible, así como de cada uno de los elementos componentes; por consiguiente se puede determinar respecto a dicho pensamiento que la antijuricidad representa sólo un atributo, un predicado, un denominador común del delito y de sus componentes, tomándose como una nota que penetra en los mismos y los califica, pudiendo en consecuencia hablarse de una antijuricidad voluntaria, de un resultado antijurídico, pues los límites de ésta en la aceptación técnica del hombre, sólo pueden obtenerse de la ordenación jurídica; por lo tanto sólo podremos designar como antijurídica a la especie de acción que contradicen los principios básicos del hecho positivo.

Asimismo existen autores que consideran a la antijuricidad como elemento del delito, entre los que destacan Puig Peña, Jiménez Huerta, Petrocelli, entre otros, éstos se basan en considerar que la antijuricidad es necesaria como aquello que se requiere para la integración de un ilícito. La teoría tripartita se presenta en conjunto como medio útil para el análisis del hecho jurídico, esto de ninguna manera significa que los elementos integrantes del delito tengan existencia por sí mismos, separados unos de otros puesto que forman una unidad. Al respecto el maestro Javier Alva Muñoz dice: "La antijuricidad existe cuando la conducta encaja en un tipo penal y no concurre una causa de justificación. Entonces hay que afirmar que cuando existe una conducta que encaja en un tipo, implica una posibilidad de antijurici ---

dad, pero no seguridad de la misma". (42)

De lo anterior podemos considerar que la antijuricidad, no es consecuencia característica de la tipicidad, sino una característica del delito, ya que existen conductas con-trarias al derecho las cuales no siempre son sancionadas pe-nalmente, expresando simplemente una relación de contradic-ción entre la norma y el hecho; el hecho jurídico en cambio sería el objeto del calificativo jurídico llamado antijuricidad.

Entre quienes consideran que la antijuricidad es un aspecto del delito, se encuentra Maggiore al expresar: "Que la antijuricidad es un aspecto del delito no elemento, en -- efecto no es una parte que se pueda desintegrar del todo, de tal manera que el delito, agregando por el contrario ella reviste y compenetra todo el delito, que sólo por un esfuerzo de abstracción puede ser considerado como aspecto de la antijuricidad. En todo delito está presente expresa o sobreen-tendida la nota de la antijuricidad". (43)

Si afirmamos que la adecuación de una conducta al -- tipo legal da la figura delictiva, y que la antijuricidad -- puede o no ser penal, a primera vista podría decirse que é-sta no es el elemento esencial y sí la acción y el tipo; sin-ta

(42) Alva Muñoz Javier. Apuntes del Primer Curso de Derecho-Penal. Facultad de Derecho, U.N.A. de México. pág. 104.

(43) Maggiore Giuseppe. Ob. Cit. pág. 382.

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, cuando una conducta antijurídica está amparada por una excluyente de responsabilidad, falta algo para que sea sancionada penalmente. Estas consideraciones han sido fundamentales para -- exigir la antijuricidad dentro de los elementos esenciales -- del delito. La juricidad, es decir, la totalidad de las r<sup>am</sup>as del derecho positivo, están protegidas por el derecho -- penal como una condición de su existencia.

Como consecuencia, podemos señalar que los que sost<sup>en</sup>emos la existencia de una antijuricidad como elemento del delito, con naturaleza objetiva, podemos aceptar que se ha--bla de un aspecto objetivo de la ilicitud, siendo la nota -- conceptual más importante del delito.

### c) ANTIJURICIDAD FORMAL Y MATERIAL

Existe un problema que ha sido motivo de preocupa -- ción en cuanto se refiere a determinar si la antijuricidad -- aparece por la simple contradicción formal que resulta entre el hecho y la norma, o si es necesario adentrarse a la mate -- ria misma de la antijuricidad; esta contradicción da base a -- la existencia de la antijuricidad formal o material según -- sea el criterio que se adopte.

Se dice que fué Liszt, quien trató por primera vez este problema al distinguir los conceptos de lo formal y de lo material en relación con lo injusto, quien apunta en su obra lo siguiente: "El crimen en cuanto constituye una infracción, es como el delito civil, un acto culpable contrario al derecho. Esta reprobación jurídica recae sobre el acto en un aspecto doble". (44)

Esta reprobación jurídica a que nos referimos con anterioridad y en la que se considera como aspecto doble es la siguiente:

a) El acto es formalmente contrario al derecho, en tanto es trasgresión de una norma establecida por el Estado de un mandato o de una prohibición del orden jurídico.

b) El acto es materialmente ilegal en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad.

El tratadista citado entiende la anti-juricidad material como el fin de la convivencia humana que garantiza la consecución del hecho, es el último y principal deber del orden jurídico; exige que en su conflicto 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, sólo será material

(44) Von Liszt Franz. Tratado de Derecho Penal, Traducción de la 20a. Edición Alemana por Luis Jiménez de Asúa, Tomo II 2a. Edición, Editorial Reus, S.A.. pág. 375.

rialmente contrario 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 - la medida en que respondan a estos dos fines del orden jurí - dico y por consiguiente a la misma convivencia humana.

Este contenido material (antisocial) de la infrac - ción es independiente de su exacta apreciación por el legis - lador. La norma jurídica se encuentra ante él, ella no lo - crea, de lo que se desprende que se reconoce a la antijurí - dad material una existencia autónoma.

Manifiesta Von Liszt "Que la imputabilidad es la ca - pacidad de conducirse socialmente; es decir, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política - común de los hombres. Sólo en cuanto esta capacidad exista - o se supone, puede ser imputada, como culpable la conducta - antisocial". (45)

Jiménez de Asúa critica esta dualidad y dice: Que - Franz Von Liszt, con el deseo terco siempre en su ánimo de - conciliar todas las tendencias, ha expuesto una Doctrina Dua - lista de la antijuricidad, en un aspecto ésta sería lo con - trario a la convivencia social (tesis extralegal ó mejor su - pralegal) y en otro sería lo contrario al precepto positivo - (tesis de estricto carácter jurídico). "El más leve ensayo -

(45) Von Liszt Franz. Ob. Cit. pág. 384.

de crítica arruina estas concepciones dualistas de la antijuricidad. Obsérvese, en primer término, que esta teoría, tan aparentemente nueva, es de abolengo viejísimo y se fundamenta en el dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo". (46)

Todo se reduce a que Von Liszt confunde la antijuricidad material en la propia antijuricidad.

La ilicitud jurídico-penal formal, es sólo verdadera ilicitud jurídica; y 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; más 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 inmediatamente se sigue del delito; una constituye la esencia y la naturaleza misma del delito y la otra es sólo un elemento constitutivo del mismo. Se establece una identificación inaceptable, pues una cosa es la antijuricidad y la otra el hecho antijurídico, así como también es distinción entre lo ilícito de la ilicitud. La acción en sus elementos objetivos y subjetivos y su aspecto si es trascendente para el derecho, son contenido de la conducta tipificada como delito. La antijuricidad presupone los elementos y los califica, más no los contiene, expresa una idea de relación y se le atribuye un contenido y éste no debe ser sino el juicio de valor que con

(46) Jiménez de Asúa Luis. Ob. Cit. pág. 1007.

tiene la norma y del cual aquellos elementos son el objeto.-

La anti*juricidad* formal se presta a confusiones de acuerdo con el pensamiento de Petrocelli, pues da una idea de relación y ésta se constituye 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 con base a ella, independientemente de la efectiva verificación de un daño o peligro, o de una lesión de intereses en la realidad natural.

Alexander Graf Zu Dhona, trata la anti*juricidad* con la siguiente interrogante ¿Cuándo es una conducta humana y legal contraria al derecho?. Afirma que el derecho penal -- tiene como función la protección de los intereses humanos -- esto "Es una teoría del derecho reglamentar la convivencia social de los miembros de la comunidad, una de las normas de su destino consiste en ser medio idóneo para los fines justos, un mecanismo adecuado para una regulación de la convivencia social. Esta última a su vez encuentra sus condiciones de existencia en elegir cada cual de los fines objetivamente justificados y en emplear para su consecución medios idóneos, o sea que de su parte oriente su querer y su obra, según la máxima formal de acuerdo con la que son medios idóneos para fines justos". (47)

---

(47) Graf Zu Dhona Alexander. La Ilicitud. Editorial Edición Jurídica Mexicana, México 1959. pág. 48.



Una acción que constituye el justo medio para el -- justo fin, es jurídica, en razón de representar aquella con-ducta el propósito del orden jurídico. De aquí que toda con-ducta que no ofrece esta característica no responde al espi-ritu jurídico y en este sentido puede tacharse de no confor-mé al derecho.

Una conducta es ilícita cuando está en contra del -- pensamiento fundamental del derecho y trae como consecuencia un conflicto con el precepto jurídico positivo; al respecto Graf Zu Dhona dice: "Hemos de reconocer que los límites de -- la ilicitud; en la acepción técnica de la palabra, sólo pu-den obtenerse del orden jurídico; que por ello, sólo podemos calificar de ilícita una conducta que choque con el vensa -- miento fundamental del Derecho, cuando además hay conflicto entre ella y el precepto jurídico positivo; cuando es pues -- lesionada una norma jurídica, es realizar un hecho típico al cual la ley le atribuye una consecuencia propia de la ilici-tud". (48)

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

Con arreglo al pensamiento de Guillermo Sauer, el -- concepto central de la antijuricidad debe encontrarse en el carácter nocivo o dañoso de la conducta (acción u omisión) -- porque contradice los fines sociales; esto significa que un-

(48) Ibidem. pág. 54.

acto será ilícito en la medida en que rompa las reglas que ha establecido el grupo social para la convivencia en la sociedad. Al respecto Franco Guzmán expresa: "La determinación del carácter antijurídico de la acción, debe hacerse sobre una base objetiva, ya que el delito es una lesión objetiva de las normas jurídicas positivas sin referencia alguna al aspecto psíquico del sujeto. Si el objeto fundamental del derecho y de las normas consiste en la protección de los intereses y de los bienes que forman su objeto, el juicio de valor sobre el hecho que lesione la realización de tal fin debe hacerse objetivamente". (49)

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

Sin embargo este pensamiento de acuerdo con Mezger cae en el error de concebir el interés protegido por el Derecho como tipo o concepto psíquico individual, como un proceso anímico que debe ser demostrado en cada caso, en vez de concebirlo como interés general de término medio, esta concepción es la que guía el pensamiento del maestro de la Universidad de Munich para decir que el contenido material del injusto o puesta en peligro de un bien jurídico.

Consecuentemente con su idea Mezger concluye: "El bien jurídico es objeto de protección de la ley, considerado (49) Franco Guzmán Ricardo. Ob. Cit. pág. 29.

desde el punto de vista del delincuente, el objeto de ataque contra el cual se dirige el delito; bien jurídico objeto de protección y objeto de ataque de un tipo jurídico penal, con siderado siempre desde un punto de vista distinto, tienen -- por lo tanto el mismo sentido, son términos sinónimos". (50)

En el bien jurídico de los diversos tipos legales, - reducidos a la fórmula más sencilla es el valor objetivo al cual la ley penal le concede su protección. En consecuencia el fin perseguido por el legislador en los diversos precep- tes penales, es la protección del bien jurídico.

Welzel es también seguidor de la antijuricidad, des- prendiéndose esta afirmación del capítulo que trata bajo la denominación Lo Injusto y su Autor, pues señala que todo he- cho es una acción contraria a la sociedad porque el autor, - como personalidad jurídica es responsable. Responsabilidad- personal (culpabilidad) por un hecho contrario a la sociedad (lo injusto), son los dos componentes fundamentales del deli- to.

Si analizamos la función legislativa, debemos dis- tinguir un momento valorativo en que se compara un género de conducta con los ideales de orden, de seguridad y de bienest- ar público, se obtiene una estimación desfavorable o se ca- lifica tal conducta como un disvalor jurídico y sobre esta -

(50) Mezger Edmundo. Derecho Penal, Parte Gral., Libro de Es- tudio, Edit. Cárdenas, México 1985. pág. 155.

conclusión valorativa, se dicta la norma imperativa o de determinación. Al respecto el maestro Sergio Vela Treviño expone: "La valoración que el legislador realiza de las normas de cultura, es determinante para la existencia de la antijuricidad, lo no valorado legislativamente no corresponde al ámbito de lo jurídico penal, para el campo del Derecho Penal la antijuricidad resulta de la especial valoración legislativa de las normas de cultura, mismas que se traducen en la -- creación de los tipos penales". (51)

La antijuricidad comprende la conducta en su fase externa, no es un 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 alguna de las cláusulas de cualquier contrato; lo que acontece es que el Estado atiende a que determinada contradicción debe reprimirse en forma específica, por ejemplo, imponer una pena. Debemos aclarar que aunque la contradicción es en grado mayor, más intensa en las conductas consideradas como delictivas, en relación con las que no tienen esa categoría en el campo penal, sigue siendo contradicción y también uno de los problemas de la antijuricidad, pero esta afirmación no es absoluta, si el exegeta se ubica dentro de un campo puramente jurídico.

---

(51) Vela Treviño Sergio. Ob. Cit. pág. 55.

Una conducta se considera contraria al derecho, -- cuando éste así lo determina en forma explícita e implícita; y éste se aprecia a veces en el campo del Derecho Penal; que la reprobación a la conducta y a un determinado comportamiento no figura en forma directa en el orden legal, sino que debe centrarse la valoración del legislador a través de la sanción con que conmina la determinada conducta, o sea la -- disposición de que se aplique una sanción penal a una conducta determinada, sólo 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 aquélla -- implica su antijuricidad. El hecho de que el legislador consagra con una descripción a cierta conducta en un tipo, confirma el aserto anterior, pues esa descripción lleva implícita la señal de la antijuricidad de esa conducta descrita. -- La cuestión relativa a establecer si el tipo es simplemente un índice del acto antijurídico o su "ratio asendi", se analiza en renglón aparte.

Relacionando la antijuricidad formal y material, -- pueden presentarse según el pensamiento del maestro Celestino Parte Petit, estas hipótesis:

- "a) Antijuricidad formal sin antijuricidad formal".
- "b) Antijuricidad formal sin antijuricidad material".

"c) Antijuricidad formal con antijuricidad material".

"d) Antijuricidad formal en pugna con la - antijuricidad material".

"a).- Puede suceder que existan conductas o hechos que sean considerados antijurídicos desde el punto de vista material sin que hayan sido regulados por el Código Penal, - faltando por lo tanto la antijuricidad formal e nominal".

"b).- La norma penal puede describir conductas o hechos que desde un punto de vista formal sean antijurídicos - sin base alguna en la antijuricidad material".

"c).- Generalmente coincide la antijuricidad formal con la antijuricidad material, a virtud de que ésta es la base de aquélla. Nos dice Cuello Calón que la antijuricidad - presenta un doble aspecto: Un aspecto formal constituido por la conducta opuesta a la norma y otro material, integrado -- por la lesión e peligro para bienes jurídicos. En México Villalobos sostiene, que no es preciso pensar, por supuesto, - que cada especie de antijuricidad, formal o material, exclu- ya a la otra ya que por el contrario, de ordinario van uni- das ambas y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación; una la forma y la otra el contenido de una misma cosa. En fin, para Beling en toda antijuricidad, están unidos lo - formal y lo material".

"d).- Por otra parte puede darse el caso de --

que estén frente a frente la antijuricidad formal y la material, que exista un choque entre ambas antijuricidades. Ahora bien, ante tal situación ; cuál de las dos antijuricidades debe ser prevalente?, evidentemente en este conflicto de antijuricidades, triunfa la antijuricidad formal o nominal; ya Liszt ha dicho, que la ilegalidad formal y material pueden discrepar y no es presumible una contradicción semejante entre el contenido material del acto y su apreciación jurídica positiva, pero no es imposible y en caso de que exista, - el juez está ligado por la ley. Igualmente considera Antón-Oneca que el conflicto entre la antijuricidad legal y material si alguna vez se presenta, debe resolverse conforme a - la primera". (52)

Por lo anterior, podemos señalar que la antijuricidad material se refiere a la violación de obligaciones y a los derechos a los que se hayan ligados los miembros del pueblo del Estado, en el orden jurídico necesario para la constitución y mantenimiento de la sociedad, el contenido material de la antijuricidad consiste en la lesión, o al poner en peligro los bienes jurídicos tutelados como son la vida, la libertad, la integridad personal, el honor, el patrimonio y el solo atentado contra el orden constituido por los preceptos legales.

El contenido formal de la antijuricidad, consiste en observar que en todo precepto legal va implícita una norma

---

(52) Porte Petit Celestino. Ob. Cit. págs. 485 y 486.

ma, la cual el legislador transmite al grupo por medio de -- los preceptos positivos obligatorios; así la infracción de -- las leyes significa una antijuricidad formal.

#### d) ANTIJURICIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA

Existen otras corrientes doctrinarias que en el --- campo del Derecho Penal son las que sostienen que pueden --- distinguirse una antijuricidad subjetiva y otra de carácter-objetivo. Los autores que sustentan la opinión de que la -- antijuricidad debe determinarse en función del autor de la -- conducta delictuosa, son los llamados subjetivistas. Los -- llamados objetivistas que son el soporte del juicio para es- tablecer la calidad de antijurídico de un acto en este mis- mo.

Antijuricidad Subjetiva.- Es la postura que concibe la juricidad como una voluntad que se impone a los sujetos - a través de la motivación de la voluntad de éstos; por con- secuencia es manifiesto que la tónica de esta corriente de - pensamiento recae sobre la voluntad y como ésta es un fenóme- no subjetivo, de aquí ha tomado su nombre la tesis menciona- da.



Según la misma no puede existir antijuricidad 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 se encuentra su piedra de toque en la personalidad del autor del acto delictivo y pretende 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 con las de corte psicológico.

En efecto si partimos del supuesto 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 sólo el aspecto exterior de la conducta humana, es absolutamente imposible - expresar dicho juicio.

La misma identificación de la antijuricidad con la culpabilidad se encuentra aún más claramente en los autores - Hold Von Perneck y Biagio Petrocelli.

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; puede que dentro de la misma dogmática en la cual ha surgido tal doctrina, represente una roptura en cuanto a la disposición de los elemen-tos del delito. Pero por otra parte, debe afirmarse que no puede partirse de la voluntad individual del autor del hecho delictivo, para establecer una teoría que explique cuáles -- son precisamente las condiciones en que debe realizarse tal-acto antijurídico, pues es inconcuso que la objetividad que-requiere tal explicación no puede hallarse en las voluntades subjetivas.

Ignacio Villalobos opina "Una cosa es ilícita por - que 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 mera ca-lidad imperativa, como expresión auténtica de arbitrariedad-o de autocracia. Si toda prohibición o todo mandato tuviera sólo una validez formal, sin contenido, entonces sí habría - que referir todo lo que es violación del Derecho a lo único-reconocido como tal Derecho; a la norma imperativa; pero si-en el Derecho hay un fondo normativo sobre el cual descansa-el mandato, entonces aún y cuando se reconozca que gramati-calmente, globalmente o para el vulgo la antijuricidad es -- simplemente la oposición al Derecho, técnicamente la antiju-ricidad recobra su valor objetivo de oposición al orden valo-rativo, en tanto que la oposición al Derecho, como actividad-subjetiva o como desatención al mandato o a la norma de de -

terminación, seguirá constituyendo la culpabilidad". (53)

En la doctrina de las normas de Binding, es donde - la teoría subjetiva de la antijuricidad halla su más sólido-fundador. Según esta doctrina es la base de cualquier intervención punitiva del Estado y se encuentra en el hecho de -- que la conducta infringe el derecho subjetivo del Estado, de rivado del precepto objetivo o norma (mandato o prohibición). Correlativo a este derecho subjetivo del Estado, existe un - deber de obediencia por parte del súbdito.

Una conducta humana es antijurídica cuando existe - una norma, el súbdito que reúne las condiciones que la norma exige no cumple con el deber. Sirve también de base a la -- teoría subjetiva, la doctrina de los imperativos creada por Thon, para quien el total derecho de una colectividad no es -- más que un complejo de imperativos; más sin embargo llega a - la equiparación de la antijuricidad con la culpabilidad.

La determinación de lo antijurídico debe hacerse -- con base exclusiva en la objetiva conducta, con independen-cia absoluta en que actúe el agente. Es antijurídico todo - comportamiento que objetivamente contraste con los fines ju-rídicos; trázese así una separación entre antijuricidad y -- culpabilidad; señala Jiménez Huerta: "La antijuricidad se - basa en la relación existente entre la conducta y las nor --

---

(53) Villalobos Ignacio. Ob. Cit. pág. 262.

mas objetivas de valoración recogidas por el ordenamiento jurídico, la culpabilidad se funda en la diversa relación que existe entre la conducta y las normas de determinación, que en relación concreta al agente, se derivan del orden jurídico". (54)

Por consiguiente se puede decir que la actitud de quien comete el delito desatendiéndose de la prohibición a él dirigida, constituye la culpabilidad, de suerte que aquellos actos objetivos lesivos del orden jurídico, vere cometidos por error sustancial, por ignorancia o sin capacidad mental, no serán delictuosos por falta de elementos subjetivos de la culpabilidad.

La corriente subjetiva de la antijuricidad no distingue a ésta de la culpabilidad, por lo tanto llega a considerar que los inimputables no podrán ser sujetos activos de los actos antijurídicos; sin embargo pensamos que lo opuesto es lo correcto, pues el derecho tiene valor absoluto para todos capaces o incapaces. Esto en virtud de que estos últimos si bien no son susceptibles de una pena, sí lo son de una medida de seguridad.

Antijuricidad Objetiva.- Según este punto de vista el acto antijurídico se encuentra constituido por aquel comportamiento que vulnera las normas de valoración, reconoci-

(54) Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, 5a. Edición, Edit. Porrúa S.A., México 1980. pág. 218.

das por el derecho, independientemente de la postura psicológica 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, Sauer, Delitala, De Marsico, Battaglioni, Florian, Maggiore, Pannain, Sabatini y otros.

Este cuerpo de doctrina establece una distinción clara entre el acto jurídico y el acto culpable; cumpliendo con el fin de diferenciar nítidamente los diversos elementos que integran el delito.

Jiménez de Asúa, expone que lo antijurídico es objetivo en virtud de ligar el acto con el Estado; por eso vemos que no es lo antijurídico lo que capta el dolo, sino el deber de no violar las normas. En el aspecto objetivo la muerte antijurídica de un hombre es independiente del dolo, pues se trata de un juicio de valoración objetiva.

"Una gran corriente de opinión sin discrepancia -- hasta 1901, estima objetiva la antijuricidad. Mayer dijo que es accesorio el que se pueda combatir (el concepto de antijuricidad objetiva); lo esencial es que no debe combatírsele, para no confundir la culpabilidad con su presupuesto; es decir, con la antijuricidad, de donde surgiría una confusión imposible de aclarar". (55)

---

(55) Jiménez de Asúa Luis. Ob. Cit. pág. 975.

Maggiore expone: "La antijuricidad tiene un carácter objetivo, lo enseña la opinión predominante. Si la esencia de lo ilícito consiste en una relación de contradicción entre la acción del reo y el derecho objetivo, con una norma que manda o prohíbe, no se puede dudar de su objetividad. -- La acción violadora de un derecho será siempre antijurídica-- aunque la cometa una persona inculpable (fuera del caso típico de responsabilidad sin culpa), no hay nadie que pueda definir "secundum ius" (conforme al derecho), las acciones del loco o del niño, aún en el caso de que éstos no sean imputables, no se les aplicará ninguna pena, pues la ley los considera inculpables, pero el hecho por sí mismo, es siempre -- "contra ius" (contrario al derecho)". (56)

Según el punto de vista personal, la concepción de antijuricidad solamente puede ser objetivista en el sentido de que la validez de los juicios que sobre la misma se establezcan no puede quedar superditada al arbitrio del sujeto agente, sino que debe ser resultado de una confrontación con las normas jurídicas que sirven como esquema interpretativo para juzgar la conducta. Por consecuencia nos sometemos a -- la posición objetivista de la antijuricidad con la reserva -- de que solamente constituyen normas atendibles para la valoración de la conducta aquéllas que ha promulgado precisamente el Estado. Para dilucidar cabalmente esta cuestión, me remito a la segunda parte que se contiene en esta tesis.

(56) Maggiore Giuseppe. Ob. Cit. págs. 383 y 384.

Mezger reconoce a la antijuricidad su carácter obje  
tivo y se expresa en la siguiente forma: El derecho existe -  
 para garantizar una convivencia externa ordenada de los seme  
tidos a él. Objeto de la voluntad jurídica ordenadora es la  
 determinación de lo que se contradice; esta determinación --  
 tiene lugar en virtud de las normas objetivas de valoración,  
 como juicios determinados sobre acontecimientos y estados --  
 desde el punto de vista del derecho. Objeto de esta valora-  
ción jurídica puede serlo todo, la conducta de los seres hu-  
 manos capaces e incapaces de acción, culpables y no culpa --  
 bles, la conducta de otros seres animados, los acontecimien-  
 tos y estados del mundo circundante; que si bien es cierto -  
 no procede directamente de seres animados, siempre aparecen  
 referidos a la convivencia humana.

Agrega Mezger: "Distinguimos por lo tanto, una nor-  
 ma objetiva de valoración del Derecho que materializa esa --  
 ordenación objetiva debida y una norma subjetiva de determi-  
 nación... lo que contradice la norma objetiva de valoración--  
 es antijuricidad objetiva". (57)

El error principal de la teoría subjetivista nace -  
 precisamente cuando se afirma la imposibilidad de que los no  
 imputables puedan considerarse sujetos activos de actos anti-  
 jurídicos, pues termina por anular toda distinción entre cul-  
 pabilidad y antijuricidad.

---

(57) Mezger Edmundo. Ob. Cit. pág. 134.

## e) ANTIJURICIDAD GENERAL O PENAL

En la formulación del juicio en que se declara que un hecho es contrario al orden jurídico, ha de tomarse en -- índice de valer todo el derecho público y privado, incluso -- el derecho consuetudinario. En este apartado se hace refe-- rencia de la antijuricidad general y de la antijuricidad pe-- nal, es decir, vamos a ver si solamente en el campo jurídico se puede hablar de uno y otro tipo de antijuricidad o bien, -- de una civil, fiscal o de cualquier otro ordenamiento jurídi-- co; sobre el particular se hará incapié en dos tesis;

- 1.- La que postula una Antijuricidad Penal y
- 2.- La que postula una Antijuricidad General.

El alemán Mezger rechaza una antijuricidad penal; -- ésta es un carácter general de todos los delitos y la valora-- ción que el legislador realiza de las normas de cultura es -- determinante para la existencia de la misma. Lo no valorado legislativamente no corresponde al ámbito de jurídico-penal; para el derecho penal este concepto resulta de la especial -- valoración legislativa de las normas de cultura que se tra-- ducen en la creación de los tipos penales. Lo anterior no -- quiere decir que existan diferentes antijuricidades, según -- sea el ordenamiento normativo en el que se encuentran com -- prendidos los juicios valorativos, que de la norma de cultu-- ra hace el legislador para plasmarlos en los dispositivos -- jurídicos; sino simplemente que para los efectos del delito-



el concepto en estudio con sus antecedentes de la norma de cultura queda concretada en el tipo penal; por ello cualquier conducta típica es indiciaria de ser antijurídica.

La antijuricidad es un carácter general de todos los delitos y la pretendida antijuricidad penal sería un elemento normativo indebida e impacientemente incrustado en la que debió ser una discepción típica sin más alcance que el cognositivo y sin más propósito que el de señalar y concretizar lo injusto.

Jiménez de Asúa dice, que se debe a Adolfo Merkel, la idea de que el jurista no pueda aceptar la diversidad de injustos (penal, civil, etc.); pero que pertenece a Beling, el haber basado en el concepto normativo incommoviblemente ese fecundo aserto; sólo al referirse lo injusto al derecho-punible, a la violación de la norma hace posible la concepción unitaria del Derecho Penal; pues si se prescindie del carácter de lo contrario a la norma, el carácter de injusto se adquiere en tantos injustos como disciplinas hay.

Antolisei, afirma que no hay distinción entre la juricidad; ya que no existe en ella una diversidad substancial. Rocco, define por su parte, una antijuricidad específicamente penal al expresar que el delito es una acción contraria al Derecho Penal, pues lo que imprime a la acción el carácter de delito es la relación de contradicción en que ella se encuentra con el mandato o con la prohibición del Derecho --

Privado o del Derecho Público; sino exclusivamente la relación de contradicción en que la misma se encuentra con un -- mandato o prohibición penalmente sancionado; por consiguiente lo que es decisivo para reconocer si una acción es o no delictiva, es únicamente su carácter de acción penalmente antijurídica, Petrocelli, indica que es imposible hablar de -- una antijuricidad penal, civil, administrativa, etc., ya que considera que lo ilícito no puede ser incoloro. Antes de -- que una sanción haya sido establecida, lo ilícito no existe, no es configurable. Después existe un ilícito que tiene la misma naturaleza de la sanción; esto es, no será un ilícito-cualquiera, sino un ilícito penal ó civil ó administrativo, -- etc.. No existe por tanto un ilícito genérico o una antijuricidad genérica. La sanción condiciona lo ilícito, no solo en su existencia sino también en su naturaleza. La exposición de los maestros antes mencionados sólo puede ser aceptada por aquellos que lo consideran un acto antijurídico conforme a los principios de una teoría pura del Derecho, es decir, como el supuesto al cual la norma jurídica enlaza la -- sanción, pero no por quienes coinciden el delito como lesión o amenaza de bienes o intereses, es decir, como acción-dañosa o peligrosa, o quienes como el propio Petrocelli concluyen por admitir después de sutiles circunloquios que se puede en definitiva hablar de violaciones de intereses en el ilícito jurídico.

Las cualidades por las cuales se amenaza una conducta con una pena tienen realidad y existencia con anterioridad a que la ley declare punible la susodicha conducta. La-

antijuricidad no es pues consecuencia de la amenaza penal, - por el contrario ésta es una secuela de la antijuricidad y - resulta también contradictorio el pensamiento de Manzini -- quien sobre este problema manifiesta que la exclusión de la - ilegitimidad o ilicitud jurídica del hecho, sino que none de - manifiesto solamente que este hecho es indiferente para el - Derecho Penal; dicho hecho por tanto, no obstante su inmor - tancia penal podrá ser ilegítimo para otras ramas jurídicas - y merecer las respectivas sanciones. La exposición de Manzi - ni a mi juicio encierra un equívoco el que representa denomi - nar antijuricidad penal, lo que en correcta técnica debe de - signarse con el nombre de tipicidad o antijuricidad tipifica - da.

De los pensamientos antes expuestos se deriva que - la antijuricidad es única y que se desprenden diferencias al - llegar a las consecuencias según el ordenamiento normativo - en el cual se encuentran previstas, pero como ya se explicó - anteriormente y en síntesis la antijuricidad da a la conduc - ta humana una característica especial, y es sin excepciones - presupuesto general de la punibilidad, trayendo como conse - cuencia la sanción correspondiente; en tales razones es impo - sible hablar de una antijuricidad exclusivamente penal (espe - cial).

El criterio de la antijuricidad penal es sustentado - por Petrocelli, quien argumenta, denotando la antijuricidad - una relación de contradicción entre un hecho y una norma ju -

rídica, la relación misma no puede existir sino entre un hecho y una norma determinada y consiguientemente pertenece a una especial norma del derecho. No es posible hablar de una antijuricidad general, sino sólo de una antijuricidad penal, civil o administrativa. Al respecto Hans Welzel, dice: "El derecho penal debe describir lo injusto decisivo del hecho a través de acciones típicas, vale decir, generales, pero sin embargo reales plásticas, lo injusto del derecho penal debe ser típico". (58)

El análisis de la estructura de valor de lo injusto penal, ha demostrado que el disvalor primario y general de todos los hechos punibles, es también de la acción; éste es fundamento esencial de la medida de la pena; teniendo así -- una antijuricidad penal, civil, administrativa, etc..

Dando también a la antijuricidad general y comparando la opinión que sostiene el maestro Sergio Vela Treviño quien expone: "Que la antijuricidad es el resultado de la contradicción entre una conducta y el orden jurídico general y que, como consecuencia, una conducta conforme al derecho puede derivarse igualmente del orden jurídico penal. Además la antijuricidad relevante para el derecho penal, dada la finalidad preservativa y sancionadora en el tipo penal. La naturaleza de la sanción por la ilicitud permite ubicar a la antijuricidad en el campo del Derecho que le correspon-

---

(58) Welzel Hans. Ob. Cit. pág. 60.

da, lo cual equivale a decir que la antijuricidad tipificada sancionada penalmente, es la delictuosa". (59)

Porte Petit concluye diciendo: "Que en verdad no de be hablarse de una antijuricidad especial. Solamente existe una antijuricidad cuando hay violación de un precepto legal-  
• sea a partir de ese momento, se tñe • colora la antijuri-  
cidad en una materia determinada; penal, civil, mercantil, -  
administrativa, etc.". (60)

La ley presupone una serie de hechos y por ello tie ne una base fáctica, supone un estado de cultura que la nor-  
ma dirige y encausa, dándose las normas de cultura, las cua-  
les impone en el deber por medio del derecho.

De lo anterior se entiende que por ser la antijuri-  
cidad oposición a las normas de cultura, no puede ser más -  
que una (general). No hay distintas antijuricidades, toda -  
vez que las reglas de conducta están recogidas por el dere--  
cho con sus varias especialidades, pues se habla de una anti-  
juricidad penal, civil administrativa, etc.; pero tomando en  
consideración el ordenamiento jurídico en el que se encuen--  
tra prevista la disposición legal y únicamente como una espe-  
cie del género.

---

(59) Vela Treviño Sergio. Ob. Cit. pág. 78.

(60) Porte Petit Celestino. Ob. Cit. pág. 489.

## f) ANTIJURICIDAD ESPECIAL

Respecto de este tema debemos anotar que algunos -- autores consideran que para saber si en determinados casos -- una conducta o hecho son antijurídicos, es necesario incru- star en el tipo la mención de antijuricidad especial. en vir- tud de que mientras en la hipótesis en que la antijuricidad -- no está expresamente señalada, la realización del hecho por -- consecuencia es normalmente ilícita y excepcionalmente justi- ficada, siendo esto último lo que se identifica tradiciona- l- mente con las causas que provocan inexistencia de delito o -- sea las causas de justificación; en las hipótesis de particu -- lar mención, por el contrario la antijuricidad del hecho eje- cutado debe considerarse lícita y excepcionalmente ilícita; -- es de gran importancia al respecto el tipo jurídico penal y -- su significación en orden a la antijuricidad del hecho puni- ble. El concepto del tipo jurídico-penal es punible sólo -- cuando se ajusta típicamente, por consiguiente es un injusto -- típico; una acción típica es injusta siempre que no concurra -- alguna causa de nulidad de lo antijurídico.

Dentro del concepto del tipo destacan dos significa- dos especiales, siendo éstos los siguientes:

1.- El tipo de la acción como el elemento de -- conjuntos de los presupuestos de la acción punible (con inclu -- sión de los requisitos de la culpabilidad).

2.- El tipo del injusto como parte del tipo de la acción que se refiere a la antijuricidad del hecho, éstos es el tipo en el sentido estricto.

El tipo del injusto como antijuricidad tipificada - circunscribe el injusto, al cual el Código Penal liga con la conminación de la pena, este nos pone de manifiesto que el tipo no demuestra siempre la antijuricidad de la acción; --- pues depende de ciertas circunstancias el saber si el tipo - trae consigo el injusto en una forma conceptual determinada. Al tipo del injusto pertenecen también los elementos objetivos del mismo, en los delitos de intención y en la tentativa es necesaria para la fundamentación del injusto la intención o la resolución del autor, dándose así dentro de los tipos - penales una relación entre el autor y el hecho, teniendo en cuenta la personalidad del autor, abarcando el injusto de la acción jurídica-penal; asimismo también se dan tipos relacionados con la acción y con el resultado, abarcando así la to-talidad del tipo, teniendo como consecuencia diferentes ti-pos de ilícitos.

Algunos autores opinan que la forma de determinar - el contenido positivo de la antijuricidad es por medio de su aspecto negativo; por consiguiente, la ausencia de ésta se - desprende en los Código Penales, aplicando el criterio de lo que no se encuentra expresamente mencionado, no puede constitituir una circunstancia que excluya la responsabilidad. Para que lo antijurídico tenga verdadera realidad se requiere de-

la externa contradicción entre conducta y norma, que ésta -- tenga un contenido o una materia, ya que lo antijurídico no puede concebirse como una simple figura geométrica desconectada de toda referencia en la realidad, más sin embargo en el derecho positivo que se presenta en nuestros ordenamientos jurídicos es suficiente la excepción-regla.

Otros opinan que la antijuricidad especial es --- irrelevante, al respecto Jiménez de Asúa piensa que ésta no es otra cosa que el elemento normativo indebidamente e impacientemente incrustado en lo que debió ser la descripción típica, sin más alcance que el cognoscitivo y sin más propósito que el de caracterizar o señalar lo injusto.

Nosotros estimamos que en la realidad, la antijuricidad especial tipificada es innecesaria en nuestro campo jurídico, pues para saber si una conducta o un hecho son antijurídicos es suficiente y útil el procedimiento de excepción-regla que realiza el juzgador, consistente en reputar como antijurídica toda conducta descrita en la ley penal y no amparada por alguna de las causas de justificación enumeradas en la propia ley.

En todo delito está sobreentendida la antijuricidad especial y se da más expresamente y se presenta todas las veces que el código al describir el tipo constitutivo del delito agrega las palabras indebidamente, ilegalmente, arbitrariamente, sin necesidad, sin justa causa, posesión injustifi



cada, etc.; sin embargo podemos señalar que permanece la men  
ción de condiciones especiales de antijuricidad, para dar a-  
entender que en algunos delitos existen causas especiales de  
justificación.

**CAPITULO SEGUNDO****LA DOCTRINA MAS CONOCIDA SOBRE LA  
ANTI JURICIDAD.**

- a) Las Ideas de Carrara, Carlos Binding y Max Ernesto Mayer Mayer.
- b) Tipicidad y Antijuricidad.
- c) Antijuricidad y Oulpabilidad.

a) IDEAS DE CARRARA, CARLOS BINDING Y  
MAX ERNESTO MAYER MAYER.

La teoría de Carrara acerca del delito como ente -- jurídico está fundada en el concepto de antijuricidad. El -- delito como hecho, tiene origen en las pasiones humanas y en virtud de que el hombre vive en sociedad, no es libre de to -- dos sus deseos, porque perjudicaría los de los demás. La -- idea de delito - enseña Carrara - "No es sino una idea de re -- lación, es a saber, la relación de contradicción entre el he -- cho del hombre y la ley. Solo en esto consiste el ente jurí -- dico al que se le da el nombre de delito u otro sinónimo. - Es un ente jurídico que para existir tiene necesidad de cier -- tos elementos materiales y de ciertos elementos morales, cu -- yo conjunto constituye su unidad. Pero lo que completa su - ser es la contradicción de esos antecedentes con la Ley jurí -- dica". (55)

El delito en suma es una relación que existe entre -- la acción delictuosa y el ordenamiento jurídico y que no -- puede ser sino una relación de negación y de exclusión de -- antítesis, si no se da este enfrentamiento no hay delito; -- por consiguiente se podría decir que lo que vincula al Dere -- cho Penal con el vasto mundo de la cultura es precisamente - la antijuricidad.

(55) Francesco Carrara. Programa de Derecho Criminal. Parte-  
General, Volumen I, Edit. Temis Bogotá 1971. págs. 50 y 51.

Carrara dice que el delito civil se define así: "es la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso". (56)

En este concepto se advierte el esbozo de una concepción tritómica respecto del delito; en efecto, se podría resumir la definición arriba citada en la fórmula siguiente: El delito es un acto humano, antijurídico y culpable; de don de puede inferirse claramente que el concepto de la antijuricidad es uno de los pilares en que descansa la noción de delito, porque está el hecho humano contrario al Derecho, lo que significa disonancia en el reino de lo jurídico, resultando la culpabilidad.

La concepción del acto antijurídico que se desprende de esta definición y que late en toda la obra Carrariana estriba en considerar fundamentalmente el acto ilícito como una violación o infracción a las leyes; pero no vale el concepto respecto a cualquier clase de leyes, si no precisamente a las que ha emitido el estado para proteger la seguridad de los ciudadanos, en virtud de que ningún acto del hombre puede reprochársele a éste si una ley no lo prohíbe. Si -- guiendo a Carrara debemos por último aclarar que tal infracción a 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 imputable, lo cual significa una disonancia con las normas de valoración que el ordenamiento jurídico tutela y protege; este acto por consecuencia es fruto y expresión de la libertad espiritual y moral que caracteriza al ser humano, pues el sujeto activo primario -- del delito no puede ser más que el hombre; el único en todo lo creado, que por estar dotado de voluntad racional, es ente que puede ser dirigido.

El líbero-arbitrismo o sea la doctrina que sostiene que le es dado al hombre a escoger entre diversas posibilidades vitales para seguir una determinada conducta; representa una escuela que tiene múltiples seguidores y contradictores, pero sólo analizaremos la concepción Carrariana en lo que se refiere 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 de Estado", que constituye el meollo del acto injusto. De la obra del maestro Carrara, se desprende que el delito no ha sido definido como una acción, sino como una infracción. Por lo tanto, su noción no se deduce del hecho material ni de la prohibición de la ley aisladamente considerados, sino del conflicto entre aquél y ésta; asimismo dice que la idea general del delito es la de una violación (ó abandono) de la ley, porque ningún acto del hombre es delito sólo cuando choca con la ley; puede un acto ser dañoso ó malvado, pero si la ley no lo prohíbe, no es dado reprocharlo como delito a quien lo ejecuta.

La ley moral es revelada al hombre por la conciencia; la ley religiosa es revelada expresamente por Dios a los ciudadanos y pretender que éstos se conformen a una ley que no les ha sido comunicada, sería tan injusto y absurdo como pretender que se sometan a una ley aún no sancionada. La promulgación de la ley penal, una vez debidamente hecha trae consigo la presunción de su conocimiento por parte de los ciudadanos.

Las Leyes que promulga el Estado, al agregar esta restricción, nos acercamos a la idea especial del delito, limitando su concepto a la violación de las leyes citadas por el hombre y a las que se refiere Carrara, son justamente el tópic 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 históricamente existente, podremos percatarnos de que las leyes de carácter penal que establece el estado, invariablemente mandan aplicar una sanción a aquel sujeto que comete el delito. De la sanción de la ley penal debe inducirse que la conducta a que la misma se refiere, es antijurídica, en todo caso, dentro de ciertos límites que hay que establecer. Existe la imperiosa necesidad de examinar la antijuricidad de la acción como elemento del delito y presupuesto de la pena. Fuera de la esfera jurisdiccional situados en el terreno del arbitrio judicial para fijar las penas, concretamente en el artículo 52 del Código Penal para el Distrito Federal en su fracción II establece que en la aplicación de las sanciones penales, se ten

drá en cuenta "La edad, la educación, la ilustración, las -- costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos-- que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condicio-- nes económicas". Aquí hay una clara referencia a la antiju-ricidad frente al arbitrio judicial, para fijar las penas - estas características calibran el grado de ilicitud de la - conducta; o sea del comportamiento humano que afecta a una - norma de cultura reconocida por el estado.

Si esta es la característica común de todas las le-- yes positivas penales, debemos preguntarnos: ¿Qué acto puede resultar violatorio de las mismas?; para encontrar el senti-- do de la definición de Carrara, para corroborar el sentido - de tal cuestión, podríamos hacer una revisión de diversos Códigos Penales. Lo prolijo de esa tarea nos induce a citar - sólo algunos ejemplos en relación con el Derecho Penal pro-- mulgado por el Estado Mexicano.

El artículo 167 del Código de Defensa Social vigen-- te del Estado de Puebla establece: "Al que sin causa legiti-- ma, rehusare a prestar un servicio de interés público, a que la ley lo obligue, o desobedeciere un mandato legítimo o una cita formal de la autoridad pública o de un agente de ésta,-- se le impondrá prisión de quince días a un año y multa de -- diez a cien pesos". Y el artículo 272 del citado Ordena -- miento señala: "Se impondrá de un mes a dos años de prisión y multa de diez a doscientos pesos al que, sin motivo justifi-- cado, sin orden de autoridad competente y fuera de los ca-- sos en que la ley lo permite, se introduzca furtivamente, o-

con engaño o con violencia o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, habitación, aposento o dependencias de una casa habitación". (57)

Los ejemplos citados podrían ampliarse a todos los delitos que se han establecido con arreglo al Derecho Positivo Mexicano, resulta enteramente obvio que quien desobedece un mandato legítimo de autoridad cometiendo algún delito previsto en la ley, no viola la ley del Estado por la sencilla razón de que dicho sujeto está realizando la conducta precisamente prevista por la ley positiva, y sólo como un uso abusivo de los términos se puede afirmar que tal proceder viola la ley del Estado. Para que la antijuricidad tenga verdadera realidad, requiérese que la contradicción entre conducta y norma tenga un contenido, una materia, una sustancia, pues lo antijurídico no puede concebirse como una simple figura geométrica desconectada de toda referencia con la realidad, por lo anterior cuando una conducta carece de matiz o esencia antijurídica no puede atribuirse a la misma carácter delictivo.

Seguramente lo que quiso decir Carrara es que el delito viene a trasgredir o a 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. - El pronunciamiento y declaración de que una conducta es anti (57) Código de Defensa Social para el Estado de Puebla. Consulta General.



jurídica presupone un análisis, un enjuiciamiento, una valoración, ó como dice Mezger, un juicio en el que se afirma su oposición con las normas de derecho y cuando éste arroja como resultado una relación de contradicción entre la conducta del hombre y el derecho, nos hallamos ante un acontecimiento injusto o antijurídico, por lo cual hay en el delito armonía en tanto que implica identidad en la conducta del hombre con el hecho que describe el tipo penal; pero ésta es disonante, en cuanto representa una contradicción con las normas de valoración que el propio tipo tutela y protege. Se le atribuye a Carrara haber intuido el moderno sentido que tiene la fórmula aunque se reconoce que el maestro clásico no otorgó a la misma el significado y alcance que se le designa actualmente, ya que en su obra determinada Programa de Derecho -- Criminal dice: "La idea de delito no es sino una idea de relación, es a saber, la relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley. Sólo en esto consiste el ente jurídico al que se le da el nombre de delito, u otro sinónimo. - Es un ente jurídico que para existir tiene necesidad de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales, cuyo conjunto constituye su unidad. Pero lo que completa su ser es la contradicción de esos antecedentes con la ley jurídica". (58)

Este razonamiento es el que seguramente sirve a Carlos Binding para comentar la noción que el ilustre profesor de Piza da del delito; al respecto Jiménez de Asúa dice que-

(58) Carrara Francesco. Ob. Cit. págs. 50 y 51.

era frecuentísimo citar que el delito es lo contrario a la ley; así Carrara lo definía como infracción a la Ley de Estado, pero Carlos Binding descubrió que no es contrario a la ley, sino más bien el acto 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, en razón de no vulnerar la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. Nos encontramos pues que en la vida del Derecho existen normas y leyes referidas a intereses vitales que la protección jurídica eleva a bienes jurídicos, junto al bien jurídico está la norma que lo protege y de aquí que el delito que ataca a un bien jurídico sea lo contrario a la norma. El decálogo es un libro de normas, no matarás, no robarás; si se mata o si se roba se quebranta la norma, más no la ley y por eso Binding decía la norma crea lo antijurídico la ley crea la acción punible, o dicho de otra manera más exacta la norma valoriza, la ley describe.

Este pensamiento resulta altamente sugerente porque señala con precisión la problemática distinta entre el Derecho Positivo y el Derecho Natural, en tanto que aquél solamente prescribe una sanción para el sujeto que realiza la conducta prevista en la disposición legal, éste lleva la pretensión 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 nos habla de que hay acciones malaquía prohibita (malas en sí mismas ó malas porque están prohibidas). Sucede con dicho pensamiento lo mismo que con el aplicado por Binding en el Derecho Penal.

Carlos Binding, estima que la acción contraria a la norma debe ser dolosa o culposa. Adolfo Mekel, considera -- que así como el Derecho se puede definir como el conjunto de mandatos y prohibiciones de carácter jurídico, lo ilícito -- puede concebirse como la violación de tales mandatos y prohibiciones. Estos mandatos se dirigen a la voluntad del hombre imputable, en consecuencia sólo en referencia a esta voluntad se puede hablar de una violación y en consecuencia de lo ilícito. Es la doctrina de las normas de Binding, en -- donde la teoría subjetiva de la antijuricidad haya en verdad su más sólido fundamento. Según esta doctrina, la base de -- cualquier intervención punitiva del estado se encuentra en -- el hecho de que la conducta infringe el derecho subjetivo -- del Estado, derivado del precepto objetivo o norma; correlativo a este Derecho subjetivo del Estado, existe un deber de obediencia por parte del súbdito. Una conducta humana es antijurídica como ya se mencionó con anterioridad cuando existe una norma (mandato o prohibición), en consecuencia el súbdito que reúne las condiciones que la norma exige, no cumple con el deber que para él se deduce de la existencia de la -- norma y viola por lo tanto su deber de obediencia. Sirve --

también a la teoría subjetiva la doctrina de los imperativos para la cual el total Derecho dirigido a una colectividad no es más que un complejo de imperativos; al respecto Jiménez - Huerta dice: "Entre la teoría objetiva y subjetiva sitúase - la doctrina de los elementos subjetivos de la antijuricidad, con la que se trata de explicar el hecho plenamente comprobado por la observación y la experiencia de los fenómenos jurídicos que brotan de la complejidad de la vida, de que en algunos casos juegan papel importantísimo en la integración de la antijuricidad". (59)

Remoto antecedente de esta doctrina hállase en Ca - rrara, el genial maestro intuyó el problema al expresar: -- "Si bien el delito no se lesiona más que con el acto físico, dos actos físicos semejantes pueden ir dirigidos por cada -- uno de los agentes al violar dos derechos distintos, y por -- la influencia de elemento intencional sobre la esencia del -- delito, en consecuencia puede resultar diversidad de delitos a causa de la diversidad de la intención de los agentes. El problema según la tesis sostenida por Carlos Binding, resul - ta 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 necesa - riamente trasgrede las normas del decálogo que manda no ma - tar ni robar. En la teoría de las normas del jurista en --- cuestión y de su dogmática, se señala de donde arranca la de - finición dogmática del hecho punible, partiendo de un punto - (59) Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, 5a. Edición, Edit. Porrúa, S.A. México 1985. págs.214 y 215.

central que rige todo su pensamiento, a saber el delincuente no puede actuar en contra de las distintas leyes penales particulares; el delincuente realiza el tipo penal de la ley, - es decir no viola para nada la ley penal, a lo anterior Binding lo llama norma. En consecuencia el delincuente infringe la norma, el deber o si se prefiere el deber normativo. - Al respecto Raúl Carrancá y Rivas dice: "Que de lo anterior se deduce evidéentemente que la antijuricidad es lo contrario al deber y no al derecho; aunque en el fondo del derecho, en su raiz, en su esencia, se halla el deber normativo ó la disposición normativa". (60)

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 legítima defensa o cumpliendo un deber, como el verdugo que ejecuta una conducta, o quien roba en estado de indigencia, o bien el robo-cometido por un ascendiente contra un descendiente suyo ó -- por éste contra aquel, no cometen un acto antijurídico, en el sentido del Derecho Positivo; por lo cual resulta insuficiente el criterio que ofrece Carlos Binding para connotar - la Antijuricidad.

Desde un punto de vista más general, incluso las -- normas del decálogo pueden reputarse como los soportes valo-

(60) Carrancá y Rivas Raúl. El Drama del Derecho Penal, la-- editorial. Editorial Porrúa, S.A. Méx., D.P. 1982. pág. 41.

rativos de las normas legales del Derecho Positivo, carecen del sentido humano e histórico que caracteriza a aquel Derecho. En efecto, son tan generales los mandamientos contenidos en aquella tabla que por su misma abstracción no resultan aplicables a la relatividad y concreción de los actos cotidianos del hombre. Sirva como ejemplo 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, por ejemplo, a los animales para proveer su sustento.

Binding dice que para definir la norma no pueden tenerse en cuenta consideraciones del orden moral, pues no tiene carácter jurídico y mientras no exista un precepto de este ordenamiento no puede declararse el concepto de antijuricidad.

Seguramente por esta observación es por lo que Max-Ernesto Mayer, afirma que la Antijuricidad es la contradicción a las normas de la cultura reconocidas por el Estado.

Max Ernesto Mayer, no se explica el concepto del Derecho sin la sociedad y la cultura; manifiesta el ilustre maestro al respecto que la cultura es un formar con arreglo a ideas, es una modelación de lo válido intemporal; es decir, el cumplimiento histórico de un sistema ideal absoluto, entendiendo las ideas como principios reales. De aquí deduce Mayer, con base a la doctrina de los principios y en-

La Axiología, la aspiración de valorar el Derecho por su --  
aportación cultural.

La cultura no es sólo realidad ni sólo valor, escri-  
be Mayer, sino la unidad de una y otra. La cultura es una -  
realidad transformada en realidad valiosa, un valor converti-  
do en real; dice este maestro que la cultura es un poder crí-  
tico y son tres formas las que corresponden a dicha función-  
crítica de la cultura, el proceso cultural, la norma de cul-  
tura y la norma jurídica; en el proceso cultural hay obvia--  
mente un enfrentamiento recíproco de valores, en dicha forma  
de crítica cultural, aparece siempre la oposición de un va-  
lor cultural crítico frente a un valor cultural criticado; -  
desprendiéndose que en la forma de crítica cultural se haya-  
el núcleo de lo jurídico y de lo antijurídico; de donde se -  
deduce que el juicio de valor que opera en el Derecho, al --  
preferir un determinado valor sobre otro, es un juicio norma-  
tivo. Por lo que hace a la tercera forma de crítica de la -  
cultura, piensa Mayer, que ésta se da cuando el Estado en --  
sus leyes, adopta una determinada actitud frente a la misma,  
reconociendo ciertas normas culturales y rechazando a otras-  
con lo que se separa la conducta jurídica de la conducta con-  
traria al Derecho, dándose el eje de la Antijuricidad; afir-  
mando dicho autor al respecto que la norma jurídica estatal-  
es el tercer principio frente al proceso y a la norma cultu-  
ral, es así como las normas culturales y jurídicas se encuen-  
tran, a su juicio entre lo que podría llamarse las garantías  
sociales.

Mayer dice, que el Estado no crea cultura y para -- justificar lo anterior, hay que pensar en sus funciones esenciales, en el ejercicio de poder de dominación. Al respecto el maestro Raúl Carrancá y Rivas dice; "Por lo que toca a la norma de cultura en sí, la conducta humana es para Mayer objeto de la crítica cultural, toda sociedad - escribe Mayer - exige de sus miembros la conducta adecuada a los intereses - comunes; realiza por lo tanto una suerte de crítica al distinguir y jerarquizar la conducta social y la conducta antisocial y añade: La forma en que la conducta o la sociedad - (como creadora de cultura) plantean sus exigencias dentro de la comunidad es la norma de cultura. La estructura de la -- Antijuricidad en lo que concierne a su alma normativa, se entiende al asimilar el pensamiento de Mayer, para quien las normas son reglas de la cultura humana, reglas generales o - abstractas, pues pretenden validez no sólo para un caso determinado sino para un complejo de casos análogos, lo anterior es en relación a la norma de cultura en sí". (61)

El comentario que se ocurre a este nuevo pensamiento para definir la Antijuricidad, es el siguiente; Un hecho no será antijurídico si no se haya definido por la ley como delito, por antisocial e inmoral que se repete; si la ley no lo considera como delictuoso, no será antijurídico; así cuando la ley declara punible un hecho establece una presunción de antijuricidad contra la que puede existir prueba en contrario, pues se puede dar la concurrencia de una causa de -- justificación.

(61) Carrancá y Rivas Raúl. Ob. Cit. págs. 28 y 29.



El adulterio eliminado en el Código de Defensa Social en el Estado de Puebla, dejó de ser penalmente antijurídico; tan íntima relación tiene el elemento de la antijuricidad, como carácter fundamental del delito, con la máxima -- nullum crimen sine lege, que correlativa a ésta podría formularse otra concebida como delito. No hay antijuricidad penal sin ley penal.

Para Ernesto Beling, el delito es una acción típica, antijurídica, culpable y subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad. Este autor alemán es un gran innovador en su 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 del maestro en comento. Para Beling en los principios de su teoría el tipo se formaba sólo con los elementos-objetivos que contenía la descripción legal: En su primera-concepción del tipo penal del delito estaba formado no por -- el conjunto de todos los elementos integrantes del delito, -- sino tan sólo por los elementos subjetivos descritos en el -- precepto legal con exclusión de los de tipo subjetivo. Posteriormente modifica su propia doctrina y estima que el tipo alude ya no 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 aún más en su -- obra Die Lehre Von Tatbestand 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 sub --

intelligenda, para precisarse o completarse por interpretación. 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 sólo tiene posibilidad de reconocerlas a través de las normas legisladas, o sea justamente las que corresponden al Derecho Positivo.

Max Ernesto Mayer señala: Que lo que hace Binding es cubrir su teoría con una apariencia jurídica, porque en el fondo se trata aunque él lo niegue, de consideraciones de orden social; es decir, de que a pesar de que pretende formular las normas de modo inminente al Derecho, lo que hace es fundamentalmente externante al mismo.

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

En este orden de ideas, resultan insuficientes los criterios comentados para ofrecer uno sistemático sobre la esencia del acto antijurídico. Al tratar de delimitar un criterio de tal naturaleza, se encuentra dedicado el siguiente capítulo que contiene la parte medular de este trabajo.

## b) ANTIJURICIDAD Y TIPICIDAD

Es bien conocido el problema que se plantea en el Derecho Penal acerca de las relaciones que pueden encontrarse entre la tipicidad y la antijuricidad como elementos del delito. Y para determinar si un hecho es penalmente antijurídico habrá que tomar como criterio indiciario a la Ley Penal; si el hecho cometido encaja dentro de los tipos del delito (figuras del delito) descritos en el texto legal, existen grandes posibilidades de que sea penalmente antijurídico pero no seguridad - pues en su realización -- pueden concurrir causas que excluyan la antijuricidad (causas de justificación) que no pueden ser previstas por el legislador al dibujar los diferentes tipos legales del delito.

Desde que Beling dotó al tipo legal de su significación propia, la antijuricidad y la tipicidad se separan claramente, puesto que frente a tesis de Binding negó aquél que lo antijurídico fuera una parte integrante del tipo o puede haber un acto típico y que no sea antijurídico. Asimismo -- el delito es el *substratum* real de la abstracción que denominamos antijuricidad, ésta y el tipo se comportan entre sí como forma y contenido.... Por ello tampoco la Antijuricidad puede ser nunca una característica del tipo, esto no quiere decir que lo antijurídico y el tipo sean totalmente independientes en cuanto a sus funciones.

De acuerdo con la dogmática la tipicidad es esencial al delito, pero la tipicidad por lo antes señalado no es la forma de manifestarse la antijuricidad; ésta es la característica de las conductas que traen aparejada la sanción, pues si la antijuricidad siempre fuera la realización de una conducta típica, exclusivamente, olvidaríamos que el acto antijurídico es la conducta de aquel individuo contra el cual se dirige la sanción, considerada como consecuencia de tal conducta.

Por tanto la adecuación del hecho al tipo legal (tipicidad) es el modo de exteriorización o manifestación de su voluntad; la tipicidad es el indicio más importante de la antijuricidad.

Al comentar la doctrina de la tipicidad, el también autor germano Max Ernesto Mayer asegura que no es meramente descriptiva, sino indiciaria de la Antijuricidad; en otras palabras: No toda conducta típica es antijuricidad, pero sí en toda conducta es indiciaria de antijuricidad; en toda conducta típica hay un principio, una probabilidad de antijuricidad.

En cambio Edmundo Mezger sostiene un criterio distinto al anterior cuando afirma que la tipicidad es ratio essendi de la antijuricidad, ésto es el real fundamento de ella; por eso, no define al delito como una conducta típicamente antijurídica y culpable.

En nuestro concepto la tipicidad debe concebirse en función del Derecho legislado, esto es como un criterio operativo explicativo del Derecho Positivo.

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 de seguridad jurídicas, cuyo alcance es fundamentalmente de carácter procesal. Así también lo entiende el profesor Eduardo Herrera Lasso y G., -- quien sostiene: "En materia penal, el principio de legalidad lo integra el tipo y la tipicidad, fácilmente identificables en los artículos 14, 16, 18 y 19 de la Constitución". - (62)

Así entendido el problema, el tipo resulta ser una fórmula legal que indica qué conductas (las descritas en la ley) pueden ser inculpables con exclusión de cualquier -- otra.

Al respecto Antonio de Pérez Moreno en su obra El Derecho Penal Mexicano señala: "Hemos admitido que el sujeto

(62) Algunas Garantías Constitucionales en Materia Penal, Revista de Derecho Penal Contemporáneo, número 23 Seminario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho, México, Noviembre y Diciembre de 1967. pág. 34.

que delinque adecúa, ajusta su conducta al tipo que la describe, a la norma del Derecho Penal escrito, que constituye el Código Penal. El legislador lleva a cabo la descripción-típica, teniendo en cuenta que la conducta descrita es contraria a Derecho, porque perturba el orden del mundo exterior, por ser contraria a la convivencia y a la seguridad social. Prohíbe esa conducta típica, mediante la amenaza de aplicar una sanción prevista. La conducta es antijurídica porque es contraria al interés social y por consecuencia, -- contraria al Derecho". (63)

### c) ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD

Vamos a analizar las relaciones que pueden plantearse doctrinalmente entre la Antijuricidad y la Culpabilidad, y para ello empezaremos por exponer a muy grandes rasgos la noción que nos ofrece la doctrina más extendida sobre el concepto de Culpabilidad.

Existen dos grandes cuerpos de opinión que tratan de explicar la culpabilidad y éstos son; El psicologismo y el normativismo; para la primera postura la Culpabilidad en términos generales consiste en el vínculo de carácter psíquico entre el sujeto y el acto, vínculo que determina por fac-

---

(63) De Pérez Moreno Antonio. Ob. Cit. pág. 33.

tores intelectivos y volitivos entre uno y otro.

Así para Porte Petit, se entiende por Culpabilidad "El nexu intelectual y colectivo que liga al sujeto con el resultado de su acto". 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 agente, - pues sólo podrá reputarse culpable aquella conducta en que aquél posee la capacidad suficiente de representarse la concatenación de ciertos hechos con su proceder, de manera que traiga aparejada como consecuencia la aparición del resultado delictivo. (64)

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

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

---

(64) Porte Petit Celestino. Ob. Cit. pág. 92.

En relación a lo antes señalado el ex-profesor ---- Antonio de Pérez Moreno en su obra denominada Curso de Dere-cho Penal Mexicano menciona: "Para que el individuo ejecu - tor de un hecho - de una conducta determinada, agregaremos - que - tiene las apariencias del delito sea castigado con una pena, es preciso que sea declarado culpable. Así, pues, -- las nociones de imputabilidad y responsabilidad son supues - tos previos de la Culpabilidad. Dícese que un hombre es im - putable cuando tiene capacidad para responder ante el poder - social de un hecho determinado; la Imputabilidad presupone - la existencia de un mínimo de condiciones psíquicas y podría definirse como la capacidad para responder ante el poder so - cial...". (65)

Por su parte la Doctrina Normativista de la Culpabi - lidad parte de supuestos distintos para explicar ésta; según tal corriente aquélla, ya no estriba en una situación fácti - ca entre el sujeto y su acto, sino que necesariamente entra - ña un juicio que surge de la correlación entre tal hecho y - las normas jurídicas, de donde emana su denominación normati - vista. Debe advertirse desde ahora 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 sobre éste mismo; pues desde Frack, el creador del - normativismo, según opinión aceptada comúnmente hasta Mau -- rach, los normativistas difieren entre sí sobre estos tópi - cos.

---

(65) De Pérez Moreno Antonio. Ob. Cit. pág. 33.



El normativismo parte de la hipótesis de que toda norma jurídica contiene dos mandatos, uno general y otro personal; el primero de los mencionados vale con relación a todos los súbditos, mientras que el segundo sólo respecto a aquél, en caso concreto realiza un acto relativo a tal norma. Y 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 Reinhart Maurach lo define como una acción típicamente antijurídica atribuible.

Al respecto el maestro Jiménez de Asúa señala lo siguiente: "Que en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica" (66)

La Culpabilidad o reprochabilidad está siempre referida a un hecho externo, a una conducta; solamente puede referirse a una conducta determinada y singular del hombre, -- pues no es un estado o condición más o menos permanente del individuo sino una nota que recae sobre una actuación concreta; por consiguiente únicamente puede hablarse de culpabilidad en sentido penal cuando se trata de hechos típicos y an-

(66) Citado por Fernando Castellanos Tena. Ob. Cit. pág. 231.

tijurídicos y nunca de una conducta jurídica. La Culpabilidad es el nexo psicológico entre el hecho y el sujeto y por eso se considera a la culpabilidad como aquello que hace que el acto antijurídico sea reprochable subjetivamente. Por su antijuricidad objetiva el suceso es reprochable y no puede ser aprobado aún cuando se haya cometido por error ó por inconciencia. Muchas veces se ha repetido que si la antijuricidad es la oposición del hecho al orden jurídico, la culpabilidad es oposición del sujeto al mismo. Aquélla, es violación objetiva de la norma de valoración; en tanto que la culpabilidad, es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación; generalmente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y -- prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo.

Según puede advertirse de esta exposición tan sus-- cinta, la culpabilidad en el normativismo, guarda una estre-- cha vinculación con el acto antijurídico; pues sólo quien -- quebranta el deber establecido por el Derecho y justamente, -- por tal quebrantamiento se afirma que se realiza una conduc-- ta reprochable y si ésta viene a ser la esencia de la co -- rriente del pensamiento que venimos siguiendo, debemos con -- cluir de modo necesario que tal juicio de reproche se susten -- ta lógicamente en el acto antijurídico; ello none de mani -- fiesto, según a mi juicio, la relación de dependencia que -- guarda la Culpabilidad con la Antijuricidad.

**CAPITULO TERCERO****LA ANTIJURICIDAD COMO CONCEPTO FUNDAMENTAL  
DEL DERECHO PENAL.**

- a) El Supuesto Jurídico.
- b) La Consecuencia Jurídica como pena o medida de seguridad.
- c) Identidad entre Supuesto Jurídico y Antijuricidad.

## a) EL SUPUESTO JURIDICO

En la Teoría General del Derecho, es un principio - unánime admitido el que afirma que el concepto del acto anti-jurídico es esencial en la explicación y comprensión del Derecho. El hecho psicológico de que parte nuestra indagación es el juicio sobre el Derecho, o sea es aquel acto de la razón por el que se reconoce que algo es justo o injusto.

Junto con el de norma jurídica, derecho subjetivo, - deber jurídico y sanción, constituye lo que la doctrina ha - llamado conceptos jurídicos fundamentales; éste es un aserto que no requiere mayor demostración, pues basta leer cualquier obra de las obras de derecho para percatarse que los autores - incluyen dentro del rubro al acto antijurídico, que en este trabajo se estudia con referencia a las normas del Derecho - Penal.

En tal tesitura se parte del supuesto que la anti-juricidad es una noción básica en el Derecho, y siendo así, no puede menos que deducirse que siendo el Penal una de las ramas del Derecho, necesariamente debe concluirse que la anti-juricidad es uno de los conceptos fundamentales; en el Derecho de los delitos y de las penas. La posición doctrinaria a este respecto, hasta nuestros días, se encuentra unificada pues no existe texto de Derecho Penal que no comprenda al -- acto antijurídico como esencial en la explicación del delito no importa la postura adoptada, ya sea la totalizadora ó la-

analítica, en la corriente de pensamiento llamada dogmática, pues ocupa un lugar destacado y de primera importancia el -- concepto de antijuricidad.

En una y otra forma puede decirse, quien sea que se ocupe en la actualidad de estudiar el delito, tiene que referirse a la Antijuricidad y a lo injusto, porque de no hacerlo incurre en un grave error respecto de un aspecto sustancial en la construcción del delito. La Antijuricidad es una parte casi unánimemente reconocida como integradora de la -- unidad conceptual del delito y no obstante su denominación -- en sentido negativo (anti), es uno de los elementos positivos del delito.

Debemos consignar sobre este aspecto a la doctrina italiana del delito, según la cual y por voz del profesor -- Francesco Antolisei señala que la Antijuricidad es la esencia misma, la naturaleza intrínseca el en sí del delito.

Al respecto Sergio Vela Treviño, dice que "como fué destacado por Roco con feliz expresión, la antijuricidad es la esencia misma, la naturaleza intrínseca del delito, ya -- que la contradicción entre el hecho y el derecho, que es precisamente la antijuricidad, no es un elemento concurrente a la formación del concepto del delito, sino lo que caracteriza al delito mismo en su forma esencial". (67)

---

(67) Vela Treviño Sergio. Ob. Cit. pág. 27.

Este es un concepto de fundamental importancia en el estudio del Derecho, mismo que comprende tanto la teoría general del hecho como del acto jurídico. Sobre todo a través del acto jurídico podemos conocer las manifestaciones -- más importantes del Derecho Público y del Derecho Privado, -- estudiando los actos jurídico-estatales, los actos legislativos, jurisprudenciales y administrativos, tenemos en realidad el contenido del Estado; por eso es que algunos autores han definido al Estado como un centro común de imputación de actos jurídicos y los supuestos jurídicos de acuerdo con --- nuestra legislación positiva son los hechos y actos jurídi - cos; definición de carácter jurídico.

El concepto de norma jurídica, es un esquema con el cual el estudio del Derecho trata de explicar los fenómenos que se conocen como jurídicos. Es conocido el principio de que la naturaleza y la sociedad son realidades distintas, cu ya diferencia ha dado lugar a dos métodos distintos de conocimiento, la causalidad y la normatividad, mientras aquella expresa la relación de los fenómenos físicos, según la cual uno tiene que suceder a otro, denominándosele causa al prime ro y efecto al segundo; en el mundo del Derecho, instituido también por los hechos, éstos se relacionan con una legali - dad expresada en distinta forma; si se da un hecho, debe ser otro hecho. Aquél que funge de antecedente se le conoce co - mo supuesto y al que debe ser su resultado se le llama con - secuencia jurídica; si una persona comete algún delito de -- robo (supuesto) debe aplicársele una pena (consecuencia).

El concepto de delito está estrechamente vinculado con el de sanción; igual que sanción la palabra delito no es de uso exclusivo del Derecho Penal. Junto con el de homicidio, el hurto, la violación (delitos penales), se encuentran hechos tales como el incumplimiento de un contrato o cualquier actividad que produzca un daño patrimonial, que son en síntesis actos antijurídicos.

No es oportuno aquí insistir más en la diferencia metódica entre las ciencias naturales y la ciencia del Derecho, máxime cuando tal distinción es unánimemente aceptada. Sólo debe quedar claro que la estructura de la norma jurídica estriba en señalar debidamente como una consecuencia a la realización de un supuesto.

Ahora bien, haciéndonos eco de la moderna teoría -- del Derecho Penal, la llamada dirección técnico-jurídica, según la cual todas las explicaciones del penalista deben partir de las normas creadas por el legislador y sólo de éstas, debemos concluir que si tomamos a la legislación positiva como piedra de toque para encontrar las nociones esenciales -- del Derecho Penal, la norma a explicar y por consecuencia su supuesto, se encuentran sólo por referencia al Derecho legislado, traduciéndose en la figura típica.

En tal posición, debe afirmarse que la norma penal es la que correlaciona una sanción como consecuencia (pena, medida de seguridad) a la realización del delito (supuesto).

La relación entre el hecho y la norma, implica la realización de un juicio valorativo, lo cual confirma que entre el hecho, visto aisladamente, y la concepción de ese hecho como delictivo mediará una valoración jurídica a cargo del juzgador, siendo éste en consecuencia el titular del juicio en orden a la antijuricidad; dicha valoración debe hacer se tomando en cuenta el disvalor de la conducta típica, pues para llegar al momento de realización del juicio de contradicción entre el hecho y la norma, que es la antijuricidad, se requiere una referencia lógica, como es la conducta típica; y por ello la antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referido al autor, habiendo en consecuencia una relación de vinculación que determine la armonía de los elementos del delito y al mismo tiempo, la posibilidad de estudiar los propios elementos en forma analítica; lo cual en última instancia elimina la supuesta esencia del delito como atributo de la antijuricidad, ya que ella no existe sin una conducta típica y convierte a la propia antijuricidad en uno más de los elementos del delito. De lo cual se deriva que se identifican supuesto y antijuricidad, siendo uno de los conceptos del delito. Debe quedar claro, por último, que esta identificación sólo es posible bajo los auspicios del carácter funcional de toda norma jurídica, o sea, su condición de individualizarse para casos concretos; esta virtud que en el caso del Derecho Penal, se deriva del proceso judicial. Este punto de vista se desarrolla con alguna extensión en los apartados siguientes.



b) LA CONSECUENCIA JURIDICA COMO PENA  
O MEDIDA DE SEGURIDAD.

En la doctrina del Derecho Penal se encuentra acorde la opinión de que la pena y la medida de seguridad, constituyen dos entidades distintas según se observa con lo siguiente.

Para el maestro Ignacio Villalobos la pena es "un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley para mantener el orden público". (68)

El tratadista antes mencionado define a las medidas de seguridad como "aquellas que sin valerse de la intimidación y por tanto sin tener carácter definitivo, buscan el mismo fin de prevenir futuros atentados de parte de un sujeto que se ha manifestado propenso a incurrir en ellos". (69)

De lo cual se desprende que mientras en aquella recaen en su carácter intimidatorio y ejemplar, la naturaleza de éstas estriba en su finalidad eminentemente preventiva. - Siendo tal distinción acertada, si partimos del punto de vista de la finalidad de ambas consecuencias jurídicas, la pena tiene como fines últimos, la justicia y la defensa social y debe ser intimidatoria y ejemplar, correlativa, eliminatoria y justa; las medidas de seguridad recaen sobre una persona -

(68) Villalobos Ignacio. Ob. Cit. pág. 528.

(69) Villalobos Ignacio. Ob. Cit. pág. 534.

especialmente determinada en un caso concreto, la cual por la infracción cometida hace suponer una particular temibilidad que requiere de cierto tratamiento para su reincorporación a la sociedad; la medida de seguridad a diferencia de la pena que tiende a prevenir el delito desde antes que se cometa, por medio de la intimidación y que se aplica por la responsabilidad de un delincuente, ve sólo la peligrosidad del sujeto; éstas sin carácter aflictivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de la reincidencia. Con arreglo a tal criterio, consideramos que tanto la pena como la medida de seguridad pueden caracterizarse como sanciones, es decir, que tanto los conceptos jurídicos llamados fundamentales como el que convive al de aquéllas dos formas de la consecuencia típicamente penal, es el de sanción, pues es la forma en que el Estado asocia en el Derecho Penal una consecuencia jurídica por el delito perpetrado; en unos casos como pena (prisión, sanción pecuniaria, decomiso) o bien, como una medida asegurada (reclusión de sordomudos, toxicómanos, prohibición de ir a un lugar determinado, etc.).

La asimilación que aquí se hace de penas y medidas de seguridad, no significa que no se admitan todas las distinciones de grado que entre ambas formula la doctrina, sino sólo que desde el punto de vista conceptual estrictamente jurídico, ambas consecuencias participan de la misma esencia a saber, son sanciones.

Esta afirmación resulta particularmente exacta si -

la aplicamos a nuestro Derecho Positivo, pues sólo por referencia al artículo 24 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, nos percatamos que las medidas ahí enunciadas difícilmente pueden distinguirse; en algunos casos para saber si son penas o medidas de seguridad.

En relación con el tema de esta tesis, resulta importante establecer la naturaleza de la pena y de las medidas de seguridad; en efecto, si con arreglo al punto de vista adoptado, es acto antijurídico aquel que colma el supuesto normativo y al cual el Derecho Positivo asocia una consecuencia coactiva, resulta así que tal consecuencia es netamente característica del acto antijurídico en el Derecho Penal.

Ahora bien, tal correlación coactiva entre el delito y la sanción es lo que integra la responsabilidad criminal; de donde se desprende que el delito, la sanción y la responsabilidad penal son conceptos que se implican correlativamente.

Esta característica de la responsabilidad en el derecho criminal, consideramos que, responde a la estructura de nuestras leyes penales, no solo por la configuración del delito hecha por el legislador en el artículo 80. del Código Penal para el Distrito Federal, sino por la configuración Constitucional de todas y cada una de las garantías establecidas en nuestro Derecho, en favor del inculpaado.

Para tratar de explicar lo anterior, resulta de suma importancia llamar la atención respecto al hecho de que - tales principios constitucionales que desarrollan las leyes- orgánicas y reglamentarias, no son declaraciones estáticas y puramente formales; por el contrario, todas y cada una de tales garantías se encuentran primordialmente dirigidas a regular el procedimiento penal, con lo cual en realidad son en primer lugar principios reguladores del proceso penal y por ello tienen un carácter funcional o dinámico.

Esta última afirmación resulta de exactitud ostensible, con sólo leer por ejemplo los artículos 14 párrafo tercero, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de nuestra Carta Magna en la que claramente se fijan los límites a la competencia - de los tribunales, por lo que respecta a la configuración -- del delito, de la pena y de la responsabilidad criminal.

La estructuración por otra parte, del Código Penal, las Leyes Orgánicas del Ministerio Público y de los Códigos- Procesales, responde a tal sistema constitucional de regulación de los principios rectores del proceso penal.

En este sentido, vale decir que la responsabilidad- criminal es sólo por virtud de una sentencia firme y si --- aquel concepto se encuentra íntimamente vinculado con el de- antijuricidad, podemos afirmar que el de éste, o sea, el del acto antijurídico debe obtenerse por referencia a la dinámi- ca procesal que concluye con la sentencia.

Véase la reglamentación que el Código Penal para el Estado de Puebla, hace en las excluyentes de responsabilidad en su artículo 15, en que en cada una de sus fracciones alude al acusado, o circunstancias en que se desarrolla la conducta, que necesariamente debe probarse y esto sólo en un -- procedimiento jurisdiccional, para que surta la exclusión de responsabilidad; lo que significa que en cada caso que se -- acrediten tales extremos, la conducta no será antijurídica y por ello mismo no merecerá pena el inculpado y por la misma razón, no es responsable del delito.

c) IDENTIDAD ENTRE SUPUESTO JURIDICO  
Y ANTIJURIDICO.

Con arreglo a los razonamientos expuestos con anterioridad, se sigue la consecuencia de que puede asimilarse -- el supuesto normativo con la antijuricidad, pues realizan -- una función de equiparación para efectos del delito, siendo -- relevante para el Derecho Penal sólo aquella antijuricidad -- valorada en una conducta que de acuerdo a nuestra legisla -- ción sería el tipo.

Mediante los supuestos jurídicos se salvaguarda la -- máxima seguridad ciudadana ante el poder público, en virtud -- de que, la existencia del Derecho se basa en la idea de que -- hay conductas que son dañinas para el conjunto social y que --

por ello deben ser motivo para imponer una sanción, dándose para tal efecto una valoración legislativa como lo contrario al Derecho.

Es muy cierto que el Derecho es precisamente la negación de lo injusto y que no existe derecho sino en antítesis a una posible injusticia; pues descartada la posibilidad de una violación, el Derecho no tendría ninguna función real y lógica y no podría siquiera concebirse, y así como el Derecho nace, gracias a su violabilidad, la presencia de la antijuricidad es un estímulo permanente.

La vida del Derecho se reduce a una lucha continua contra lo injusto, siendo el índice de la resistencia que se encuentra al aplicar éste en la realidad social. Pero también debemos considerar que el injusto, en sí mismo, sólo se concibe colocándolo en oposición a un Derecho; por lo tanto las dos nociones son interdependientes y complementarias en razón de que supone un fundamento común, que es precisamente el criterio jurídico. Si es verdad que el Derecho es puramente la negación de lo injusto, no lo es menos que éste, a su vez es la negación de aquél.

Establecido de este modo que la noción del Derecho (supuesto jurídico) es inseparable de la antijuricidad, o sea, de su violabilidad del Derecho, se desprende que el Derecho positivo también puede ser sometido a un criterio jurídico, por consiguiente las normas vigentes no son necesariamente justas.

En efecto, si se parte de la hipótesis de que el su puesto está constituido por el conjunto de condiciones de cu ya realización depende del nacimiento de la consecuencia -- coactiva y si aceptamos que ésta sólo tiene lugar por virtud de que se ha realizado un acto antijurídico, podemos afirmar aquella identidad. Pero debemos aceptar asimismo, que la -- realización del supuesto al encontrarse constituido por un - conjunto de condiciones más o menos complejas, importa nece sariamente la verificación que sólo es factible si nos perca tamos del carácter eminentemente procesal del Derecho Penal.

Esta última aseveración se comprende cabalmente con la estructura de nuestro Derecho Positivo Penal. Este argu- mento ya quedó en cierta forma evidenciado en el apartado -- precedente, sobre todo por lo que respecta a las principales gar rantías individuales que nuestra Carta Magna otorga en re lación con el procedimiento en materia criminal y muy espe- cialmente con la exacta aplicación de la ley.

En este sentido cabe afirmar que la antijuricidad - es el concepto jurídico penal que define al delito, dado que éste, según esta concepción constituye precisamente el su -- puesto jurídico.

Este punto de vista, aunque se aparta de las concep- ciones actualmente dominantes en la explicación del delito, - tiene sin embargo su origen en la doctrina italiana, según - la cual el acto antijurídico constituye el en sí del delito, Procuraré desarrollar esta opinión.

Según la dogmática más extendida, el injusto penal puede descomponerse en ciertos elementos y sus respectivos aspectos negativos, punto de partida éste, de clásico corte Aristotélico, que el penalista germano Guillermo Sauer im - plantó en el Derecho Criminal.

Se afirma, con arreglo a esta postura analítica que existen ciertos elementos esenciales y aunque no existe unáni - minente un criterio, citaremos aquí la corriente que admi - te siete de tales elementos, por considerarla exhaustiva.

- |   |                                      |
|---|--------------------------------------|
| 1.- Conducta  | Ausencia de conducta                 |
| 2.- Tipicidad   | Causas de atipicidad                 |
| 3.- Antijuricidad   | Causas de justificación              |
| 4.- Imputabilidad   | Causas de inimputabilidad            |
| 5.- Culpabilidad  | Exculpantes                          |
| 6.- Condiciones <u>Obje</u> - <u>tivas</u> de Punibi <u>li</u> - <u>dad</u> | Ausencia de condicionalidad objetiva |
| 7.- Punibilidad   | Excusas absolutorias.                |

Si analizamos las teorías respectivas, nos percata - remos que al definir cada uno de los elementos del delito, - así como sus aspectos negativos, nos damos cuenta que el in - tento es dar un concepto más o menos acabado de cada extremo, considerando a cada uno como si existiera cierta indepen - dencia entre ellos. La corriente doctrinaria al analizar di - chos elementos, los considera como algo estático, es decir, - que trata de delimitar cada uno de sus conceptos con entera - indepen - dencia de funciones jurídicas, en este caso la funun - ción jurisdiccional.



Esto da lugar a contradicciones más o menos insolubles, por una parte y a que no llegue a delimitarse el concepto del delito; pues como se apuntó no hay acuerdo entre el número de elementos del delito, ni la más completa de dichas enunciaciones, logrará dar un concepto diferenciado del mismo.

Señalaremos algunas contradicciones, por ejemplo, - la que resulta de afirmar que la conducta es una manifestación de voluntad humana, un cierto propósito respecto a la noción de imputabilidad y culpabilidad, en las que la voluntad humana juega un papel también definitivo, supuesto que - aquélla se conceptúa como capacidad de entender y de querer - en el ámbito penal y ésta como nexo intelectual y volitivo - entre el agente y el resultado de su conducta.

Si se acepta por una parte, la primacía de la norma constitucional y con ella el principio de estricta legalidad según el cual no existe pena ni delito que no se encuentre - expresamente consagrado por la ley, creo que resulta contradictorio aceptar, por otra parte, la existencia de excluyentes supraleales de responsabilidad criminal, pues ello significa que al margen de la ley (Constitución) se pueden constituir condiciones (por quien) que determinen la exclusión - del delito y la pena.

Estos escollos de carácter lógico, pueden ser salvados, si partiendo del supuesto de la jerarquía de la Constitución, consideramos al Derecho como un orden normativo y en

el caso del penal, nos percatamos de la importancia capital que tiene el proceso jurisdiccional, pues no existe en el -- sentido jurídico, ni delito, ni pena, ni responsabilidad al margen de la sentencia judicial, que es el acto y norma jurídica que crea aquéllos.

En este orden de ideas se eliminan una serie de distinciones y contradicciones que como las señaladas vienen a romper el sistema explicativo a que debe aspirar todo conocimiento, supuesto que la contradicción rompe la unidad en las explicaciones.

## CONCLUSIONES:

I.- La determinación del concepto de la antijuricidad, es indudablemente una de las cuestiones capitales de la Teoría General del Derecho; por la misma razón, en la Teoría del Derecho Penal ocupa un lugar muy destacado el concepto de la Antijuricidad que desempeña un papel esencial en la teoría del delito.

II.- La moderna Teoría del Derecho Penal generalmente se inclina por analizar el delito a partir de sus elementos. En esta postura, el elemento denominado antijuricidad ocupa posición preponderante en la definición de aquél; tanto es así, que se emplea como expresión sinónima a la de delito, las voces de acto ilícito ó acto injusto, en las que recae el acento en el carácter antijurídico de la conducta delictuosa. Ello pone de manifiesto la aseveración de que la Antijuricidad es el concepto total del delito.

III.- Generalmente la doctrina distingue entre antijuricidad formal y material, por aquélla entiende la violación a un deber establecido como norma de Derecho positivo o ley, por ésta el quebrantamiento de un deber derivado de ciertas normas no legisladas que se denominan de la cultura y sirvan de fundamento al Derecho creado por el Estado. Resulta insostenible una postura ambivalente de tal naturaleza pues la antijuricidad necesariamente responde a un solo cri-

terio a saber: El que tomando como dogma a la ley positiva construye aquél a partir de las normas del Derecho Positivo.

IV.- La doctrina del insigne maestro Francesco Carrara no resuelve satisfactoriamente todas las cuestiones -- que pueden plantearse en torno al concepto de la antijuricidad. Ello se debe a que no ofrece un criterio universalmente válido que conteste las múltiples cuestiones que la doctrina del Derecho Penal formula con referencia al acto ilícito.

V.- El concepto de la antijuricidad pertenece al -- campo de la teoría del delito y se actualiza sólo en aquellos casos en los cuales el titular del juicio relativo a -- ella, tiene que resolver un caso concreto, siendo el motivo del enjuiciamiento una conducta típica; razón por la cual, -- si ella es contradictoria con el orden jurídico general, el calificativo que le corresponderá será el de antijurídica o injusta; en consecuencia será un injusto concreto, que así -- se convierte en el contenido de la antijuricidad, pero ésta -- no es un juicio sino el resultado de un juicio que determina la contradicción entre la conducta típica y la norma jurídica. Sin embargo, ajustándose cada vez más a un criterio sistemáticamente dogmático, por cuanto parte de las normas legisladas para encontrar aquel concepto que se busca, opera -- con criterios estáticos al considerar que el acto antijurídico se determina exclusivamente por referencia a las normas -- sustantivas, cuando aquél es un criterio funcional.

VI.- La correlación entre Antijuricidad y Tipicidad es a tal punto íntima que no se cohibe la una con la otra. - Según a mi juicio la esencia de la tipicidad estriba en la - instauración del principio de legalidad que expresan funda - mentalmente en nuestro Derecho Positivo los artículos 14, 16 18 y 19 de nuestra Carta Fundamental; lo importante en estos casos de determinación de la antijuricidad de una conducta - típica se encuentra en que para los efectos del delito debe- recordarse siempre que la antijuricidad relevante es la tipi - ficada, lo cual lleva a la obligación de vincular en forma - ineludible a la antijuricidad con la tipicidad. Por consi - guiente puede decirse que la antijuricidad del hecho típico- resulta de que el tipo lleva consigo indicios de antijurici - dad, ya que al ser creado se considera que afecta un interés jurídicamente tutelado, de donde resulta que el juicio en -- orden a la plenitud de la antijuricidad tiene que realizarse vinculando una conducta típica con el orden jurídico general para determinar la contradicción o la conformidad con el de - recho.

VII.- En el cuerpo de este ensayo se adopta la pos - tura que podríamos llamar intermedia entre las dos corrien - tes del pensamiento en que el derecho penal trata la culpabi - lidad: psicologismo y normativismo. En tal postura la culpa - bilidad implica necesariamente una cierta posición psíquica- del sujeto con relación al acto manifestado, pero tal posi - ción de deliberación en el dolo o de la falta de atención en la culpa, sola y exclusivamente se determina por virtud del-

proceso jurisdiccional cuyo fin esencial es el establecimiento del acto antijurídico. Con ello queda patente que la culpabilidad es solamente una de las condiciones del acto antijurídico.

VIII.- Dentro de la Teoría General del Derecho, la Antijuricidad constituye uno de los llamados conceptos jurídicos fundamentales, o sea que el acto jurídico es una no -- ción consustancial al Derecho, siendo así, la consecuencia -- de que en el Derecho Penal la Antijuricidad sea un concepto -- esencial, tiene que ser necesariamente cierta. Por lo que -- el acto antijurídico no es sólo uno de los elementos esencia -- les del delito, sino justamente el total y el que subsume a -- todos los demás.

IX.- La estructura esquemática de toda norma jurídi -- ca se puede representar como la consecuencia coactiva surgi -- da de la realización de un supuesto ó hipótesis. Este su -- puesto contiene una multiplicidad de condiciones, cuya reali -- zación es sumamente compleja y depende en la materia penal -- necesariamente de la verificación procesal de la misma. Ello por disposición constitucional y por la propia estructura de las Leyes Penales en el Derecho Mexicano.

X.- Verificando tal cúmulo de condiciones, como an -- tes se afirma, nace la consecuencia jurídica. Tal consecuen -- cia se relaciona con el supuesto de modo necesario y bajo la coactividad que caracteriza a toda norma del Derecho y que --

recibe el nombre de sanción.

XI.- Según este orden de ideas existe una identidad entre supuestos, delito y acto antijurídico, en el Derecho Penal; de aquí surge la consecuencia que el elemento esen -- cial del delito es la Antijuricidad.

## B I B L I O G R A F I A

1. ALVA MUÑOZ JAVIER; "APUNTES DEL PRIMER CURSO DE DERECHO-PENAL"; Facultad de Derecho; U.N.A. de México.
2. "ANALES JUDICIALES"; Tomo XIX.
3. ANTOLISEI FRANCESCO; "MANUALE DI DIRITTO PENALE"; Editorial Milano; 3a. Edición; 1955.
4. CARRANCA Y RIVAS RAUL; "EL DRAMA DEL DERECHO PENAL"; Editorial Porrúa, S.A.; México D.F. 1982.
5. CARRANCA Y TRUJILLO RAUL; "DERECHO PENAL MEXICANO"; Parte General; 24a. Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México D.F. 1982.
6. CARRARA FRANCESCO; "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL"; Parte General; Volumen I; Editorial Temis; Bogotá 1971.
7. CASTELLANOS TENA FERNANDO; "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL"; 13a. Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México 1982.
8. CUELLO CALON EUGENIO; "DERECHO PENAL"; Tomo I; Parte General; 14a. Edición; Editorial Bochs; Barcelona 1964.
9. DE P. MORENO ANTONIO; "CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO"; Parte Especial de los Delitos en Particular; Tomo I; Editorial Porrúa, S.A.; México 1968.
10. FERNANDEZ DOBLADO LUIS; "CULPABILIDAD Y ERROR"; Ensayo de la Dogmática Penal; Editorial Porrúa, S.A.; México D. F. 1950.
11. FRANCO GUZMAN RICARDO; "LA SUBJETIVIDAD EN LA ILICITUD"; Editorial José M. Cajica Jr. S.A.; México 1959.
12. GRAP ZU DHONA ALEXANDER; "LA ILICITUD"; Edición Jurídica



Mexicana; México 1959.

13. JIMENEZ DE ASUA LUIS; "TRATADO DE DERECHO PENAL"; Tomo - III; 2a. Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México 1979.
14. JIMENEZ HUERTA MARIANO; "DERECHO PENAL MEXICANO"; Tomo I 5a. Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México 1980.
15. MAGGIORE GIUSEPPE; "DERECHO PENAL"; Volumen I; 5a. Edición; Editorial Temis; Bogotá 1954.
16. MARQUEZ PIÑERO RAFAEL; "DERECHO PENAL"; Parte General; - 1a. Edición; Editorial Trillas; México 1986.
17. MEZGER EDMUNDO; "DERECHO PENAL"; Parte General; Libro de Estudio; Editorial Cárdenas; México 1985.
18. PAVON VASCONCELOS FRANCISCO; "IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD"; Editorial Porrúa, S.A.; México 1983.
19. PORTE PETIT CELESTINO; "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL"; Tomo I; Editorial Porrúa, S.A.; - México 1978.
20. "SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION"; Tomo XXXIV.
21. SOLER SEBASTIAN; "DERECHO PENAL ARGENTINO"; Tomo I; 3a.- Edición; Buenos Aires Argentina 1956.
22. VELA TREVIÑO SERGIO; "ANTI JURIDICIDAD Y JUSTIFICACION"; - 1a. Edición; Editorial Trillas, S.A.; México 1986.
23. VILLALOBOS IGNACIO; "DERECHO PENAL MEXICANO"; Parte General; 2a. Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México 1960.
24. VON LISZT FRANZ; "TRATADO DE DERECHO PENAL"; Traducción de la 2a. Edición Alemana por Juan Jiménez de Acuña; Tomo II; 2a. Edición; Editorial Rous, S.A.
25. WELZEL HANS; "DERECHO PENAL"; Parte General; Editorial - Roque de Palma; Buenos Aires Argentina 1956.

## LEGISLACION COMENTADA.

1. CODIGO DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE PUEBLA; 4a. Edición; Editorial Cajica, S.A. Puebla, - Puebla; México 1984.
2. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE PUEBLA; 4a. Edición; -- Editorial Cajica, S.A. Puebla, Puebla; México 1984.
3. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA DE FUERO FEDERAL; Editorial Ediciones Andrade, S.A.; México 1986.
4. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; - Editorial Porrúa, S.A.; México 1986.

## REVISTAS CONSULTADAS.

1. REVISTA DE DERECHO PENAL CONTEMPORANEO; Número 23; Algunas Garantías Constitucionales en Materia Penal; Seminario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho; México, - Noviembre y Diciembre; 1967.

## I N D I C E

### "LA ANTIJURICIDAD EN EL DERECHO PENAL MEXICANO"

#### INTRODUCCION.

#### CAPITULO PRIMERO

##### LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL.

	Pág.
a) Los Elementos del Delito.....	1
b) Papel que Desempeña la Antijuricidad en la Teoría del Delito.....	35
c) Antijuricidad Formal y Material.....	47
d) Antijuricidad Subjetiva y Objetiva.....	59
e) Antijuricidad General o Penal.....	67
f) Antijuricidad Especial.....	73

#### CAPITULO SEGUNDO

##### LA DOCTRINA MAS CONOCIDA SOBRE LA ANTIJURICIDAD.

a) Las Ideas de Carrara, Carlos Binding y Max Ernesto Mayer Mayer.....	78
b) Antijuricidad y Tipicidad.....	94
c) Antijuricidad y Culpabilidad.....	97

## CAPITULO TERCERO

### LA ANTIJURICIDAD COMO CONCEPTO FUNDAMENTAL DEL DERECHO PENAL.

	Pág.
a) El Supuesto Jurídico.....	103
b) La Consecuencia Jurídica como Pena o Medida de Seguridad.....	108
c) Identidad entre Supuesto Jurídico y Antijuricidad.....	112
CONCLUSIONES.....	118
BIBLIOGRAFIA.....	123