

TOMAS HERNANDEZ FRANCO

**LOS ELEMENTOS
SUBJETIVOS DEL INJUSTO**

MEXICO

1967



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis padres:

Sr. TOMAS HERNANDEZ ISLAS

Dra. AMPARO FRANCO DE HERNANDEZ

*con el gran cariño
de quien todo a ellos debe.*

Nec mortale sonans...

VIRGILIO.

A mi padrino:

LIC. Y GRAL. ALFONSO CORONA DEL ROSAL.

INTRODUCCION

Uno de los problemas que en los últimos tiempos ha sido motivo de inquietud y de apasionadas discusiones entre los estudiosos del Derecho penal es el de los elementos subjetivos del injusto, objeto central de la presente tesis.

Como tendremos oportunidad de afirmarlo con mayor profundidad, más adelante, estos elementos subjetivos nacen y se desarrollan dentro de la concepción objetiva de la antijuridicidad, la cual considera que el juicio de valor que recae sobre la conducta incide sólo sobre el lado externo de la misma, prescindiendo, en todo caso, de cualquier aspecto de carácter subjetivo.

Este modo de ver las cosas no es aceptado por los que sostienen el carácter subjetivo de la antijuridicidad, quienes afirman que, siendo el Derecho un conjunto de mandatos que dirigen y gobiernan la voluntad humana, el juicio de valor se debe efectuar no sólo sobre el aspecto objetivo, sino sobre el subjetivo.

Los objetivistas (que tenían como principio rector: "todo lo objetivo a la antijuridicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad"), al darse cuenta de que su doctrina no funcionaba en algunos casos de excepción, en los que la mera exterioridad de la conducta era insuficiente para emitir el juicio de antijuridicidad, no tuvieron más remedio

que aceptar este hecho evidente y reconocieron la necesidad de acudir a elementos de carácter psíquico para fundamentar el injusto y así resolver tan delicadas excepciones.

Pero, si para los objetivistas la presencia de estos elementos fue motivo de revisión y rectificación de su doctrina, para los subjetivistas fue causa de gran júbilo. Pudieron, estos autores, clavar con mayor envidia los dardos de su crítica. Dijeron que era una prueba contundente de que la teoría objetiva estaba fundada sobre bases falsas y que, en cambio, se ponía en evidencia que en todo caso, y no sólo en casos excepcionales, la antijuridicidad debía apoyarse en elementos enclavados en el alma del sujeto.

De la lucha entre tales concepciones, pero especialmente de la cuestión de los elementos subjetivos del injusto, habremos de ocuparnos en el curso del presente trabajo. Sin embargo, consideramos pertinente, antes de entrar en materia, examinar, aunque sea de soslayo, el problema del delito y de sus elementos, uno de los cuales es la antijuridicidad.

Más adelante, resuelto ya el problema de la naturaleza de la antijuridicidad y de los elementos subjetivos de ésta, nos ocuparemos de la cuestión relativa al deslinde entre los elementos subjetivos que pertenecen a la antijuridicidad y aquellos que tienen su sede en el campo de la culpabilidad. Asimismo, nos ocuparemos de los problemas de la legítima defensa y de la tentativa a la luz de la teoría de los citados elementos.

Más tarde, pasaremos revista a las diversas soluciones que la doctrina ha dado al problema de los elementos subjetivos del injusto.

Finalmente, se examinarán las figuras legales que, en nuestra legislación, reclaman la presencia de tales ele-

mentos subjetivos, así como la postura de nuestra Suprema Corte de Justicia sobre el particular.

Entremos pues en materia, siguiendo el plan que nos hemos trazado.

mentos subjetivos, así como la postura de nuestra Suprema Corte de Justicia sobre el particular.

Entremos pues en materia, siguiendo el plan que nos hemos trazado.

CAPITULO PRIMERO

EL DELITO Y SUS ELEMENTOS

CAPITULO PRIMERO

SUMARIO: 1. Algunas consideraciones previas acerca del delito. 2. El delito. 3. Sus elementos: a) La conducta; b) La tipicidad; c) La antijuridicidad; d) La culpabilidad.

1. Para hacer un estudio del delito, por somero que sea, debemos partir de la base de que éste sólo puede darse en el mundo de lo normativo y, específicamente, en el campo del Derecho. Todos los intentos, loables por cierto, de considerar el delito partiendo de otros criterios, han fracasado, quedando relegados al museo de las cosas bellas, y nada más. (1) Por eso, necesariamente, debemos tomar, como punto de arranque, nuestras disposiciones legales, y así ilustrarnos acerca de cuáles son los requisitos que una determinada conducta debe satisfacer para considerarse delictuosa.

(1) Así, por ejemplo, R. GAROFALO (*Criminologia*, seconda edizione, Torino, 1891, pág. 36) edificó su noción de *delito natural* sobre la base de los sentimientos altruistas de piedad y probidad. CESARE LOMBROSO dedica todo el primer capítulo de su obra *L'uomo delinquente* (volumen primo, quinta edizione, Torino, 1896), a la llamada "Embriología del Delito", según la cual, en los animales y en los vegetales hay manifestaciones delictuosas. CONSTANCIO BERNALDO DE QUIROS (*Criminologia*, segunda edición, Editorial José M. Cajica Jr., S. A. Puebla, Pue., México, 1955, pág. 38), menciona que dos físicos franceses (ONANOFF y BLOCQ), definieron el delito como "todo acto humano que disminuye la potencialidad de las fuerzas vivas terrestres".

2. El artículo 7 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". En otras palabras, el delito es la conducta punible. Pero, y se antoja la siguiente pregunta: ¿por qué es punible tal o cual conducta? ¿por qué se la conmina con una pena?

Pues bien, tratando de dar debida solución al interrogante que antecede, diremos que la conducta que el legislador eleva a la categoría de delito es punible porque es típica, antijurídica y culpable. (2) De esto se colige que para que el delito cobre vida es necesario que reúna los siguientes cuatro elementos: *conducta*, *tipicidad*, *antijuridicidad* y *culpabilidad*. Concurriendo todos hay delito; faltando uno sólo, no puede integrarse.

(2) Los autores no han unificado su criterio en cuanto a cuáles y cuántos son los elementos del delito. Para una información más completa sobre el tema, véase: CELESTINO PORTE PETIT, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, tercera edición, 1964, tomo I, pág. 214 y ss.; RICARDO FRANCO GUZMAN, *Delito e injusto* (Formación del concepto de antijuridicidad), México, 1950, pág. 29; RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, *Derecho Penal Mexicano*, parte general, tomo I, quinta edición, México, 1958, pág. 174; EUGENIO CUELLO CALON, *Derecho Penal*, tomo I (parte general), novena edición, Editora Nacional, S. A. México, 1963, pág. 257; FRANCESCO CARRARA, *Programa del curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, parte general, volumen I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, págs. 66-67 (traducción del *Programa del Corso di Diritto Criminale*, 11a. edición italiana, por el Dr. Sebastián Soler y colaboración del Dr. Ernesto R. Gavier y del Dr. Ricardo C. Núñez); GIULIO BATTAGLINI, *Diritto Penale*, parte generale, terza edizione, Padova, 1949, pág. 123; FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, tercera edición, Editorial Reus, Madrid, parágrafo 26, pág. 262 (traducción de la 20a., edición alemana por Luis Jiménez de Asúa); ERNESTO VON BELING, *Esquema de Derecho Penal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, pág. 123 (traducción del Grundzüge Des Strafrechts, 11a., edición, 1930, por el Dr. Sebastián Soler); EDMUNDO MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid,

3. Enunciados ya los elementos del delito comencemos con el primero de ellos, o sea la conducta:

a) Este requisito lo deducimos directamente de la definición legal transcrita en la parte que dice "... acto u omisión..."

Efectivamente, la conducta (es obvio decir humana) puede consistir en un hacer o en un omitir. Pero no todo hacer u omitir es conducta, sino solamente aquél que proviene de la voluntad. (3) Luego entonces, conducta es la *manifestación de voluntad*: acción u omisión con origen en la voluntad. O bien, dicho en otros términos, la conducta es el proceso causal exterior originado por la voluntad.

Para poder entender estos conceptos necesario es que ahondemos un poco nuestra investigación.

El hombre es un ente compuesto de cuerpo y de alma, de materia y de espíritu, por lo que es natural y lógico que cualquier comportamiento que de él provenga, deba compartir su naturaleza humana para poder recibir tal predicado. De aquí que la conducta humana, para ser tal, debe compartir la naturaleza del hombre; en otras palabras, debe componerse de dos aspectos, elementos o coeficientes: el psíquico o interior y el físico o externo. El

1955, tomo I, págs. 155 y 156 (traducción del alemán por el Dr. José Arturo Rodríguez Muñóz).

(3) Es interesante la crónica, que de la evolución de la teoría de la voluntad, hace FRANCESCO ANTOLISEI (*La acción y el resultado en el delito*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959, traducción del italiano por José Luis Pérez Hernández, págs. 54 a 61), quien divide esta teoría en tres etapas: la primera representada por las concepciones de HEGLER; la segunda encabezada por LUCCHINI, STOPPATO, ALIMENA y MANZINI, y; la tercera con las posturas de RADBRUCH, BELING y VANNINI.

primero de ellos se forma con la voluntad, el otro, con la acción u omisión y el resultado (unidos por una relación de causalidad).

Este punto amerita una importante advertencia, a fin de evitar, de una vez por todas, un mal entendido. Si bien consideramos que el concurso de la voluntad es necesario para integrar la conducta, esto no implica que el contenido de dicha voluntad sea estudiado en el campo de la conducta, sino que ese contenido tiene su mejor sitio de estudio en el ámbito de la culpabilidad. (4)

De lo que se ha expuesto se concluye que no es dable hablar de conducta en presencia de una voluntad pura, es decir, de una voluntad que no se externa; así como tampoco el mero movimiento corporal o la mera inacción pueden ser denominados conducta.

(4) En fecha reciente hizo su aparición la espectacular "Teoría de la acción finalista" de HANS WELZEL (*Derecho Penal*, parte general, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, traducción del alemán por el Dr. Carlos Fontán Balestra), que estudia el contenido de la voluntad en la acción. Esta corriente considera que "el dolo es en toda su extensión, un elemento finalista de la acción" (pág. 73); que "... el dolo pertenece a la acción, porque distingue la estructura finalista de las acciones típicas dolosas, de la estructura solamente causal de producción de las acciones típicas culposas" (pág. 74); y repite con insistencia que "... el dolo es elemento final de la acción..." (pág. 77) Pero aún más, para mejor entendimiento, su autor (HANS WELZEL) afirma que "la teoría de la acción finalista asigna al dolo... su lugar adecuado en la acción típica. La teoría de lo injusto se llena así cada vez más, de elementos psíquicos, que en su origen fueron asignados erróneamente a la teoría de la culpabilidad... En cambio, la teoría de la culpabilidad elimina los elementos subjetivos-psíquicos y retiene solamente el elemento normativo de la reprochabilidad". (pág. 151) Como se ve, las especies tradicionales de la culpabilidad, como lo son el dolo y la culpa, son eliminados de su ámbito para ubicarlas en la acción, quedando, como contenido de la culpabilidad, solamente "... el elemento normativo de la reprochabilidad". (pág. 151)

b) Otro de los elementos del delito es la tipicidad. Hasta antes de la obra de ERNEST VON BELING, la existencia de este elemento permaneció ignorada, correspondiendo al maestro alemán el mérito de haberlo incorporado a la estructura del delito. (5)

La tipicidad no es otra cosa que la adecuación de la conducta al tipo. Esto es indiscutible, pero ¿qué se entiende por tipo? Si atendemos exclusivamente a nuestro Derecho positivo (incluyendo la jurisprudencia), nos encontramos con que, por tipo se entiende: la descripción objetiva que en la ley se hace de una conducta. En principio este es el concepto que se deduce de los artículos 19 constitucional, 122 y 168 de los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales y Federal, respectivamente.

El artículo 19 de nuestra Carta Magna establece que sólo cuando esté comprobado el cuerpo del delito puede dictarse un auto de formal prisión. Los artículos de los ordenamientos procesales mencionados dan el concepto de cuerpo del delito, considerándolo como "... los elementos materiales de la infracción"; "los elementos materiales que constituyan el hecho delictuoso..." En otras palabras, relacionando todos estos preceptos, sólo la conducta típica puede ser base de un proceso. Luego, si identificamos el "corpus delicti" con el tipo, (6) como la propia ley lo hace, vemos que por éste se entiende, como lo hemos hecho constar, la descripción objetiva de una con-

(5) ERNEST VON BELING, *Die Lehre Vom Verbrechen*, 1906. Sobre las distintas concepciones acerca de la tipicidad, consúltese: LUIS JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, segunda edición, tomo III, 1958, págs. 750 a 769.

(6) En este punto seguimos a MARIANO JIMENEZ HUERTA (*La tipicidad*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1955, págs. 35 ss.), por considerar claros y convincentes los argumentos que aduce.

ducta, sin valoración o, si se quiere, con una valoración de primer grado al ser inserta en el Derecho. Pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha atemperado este concepto tan estrecho, diciendo que el cuerpo del delito no es solamente el conjunto de elementos materiales del delito, sino que, en algunos casos, es necesario introducir elementos inmateriales, mejor dicho, subjetivos, (7) que según nuestra opinión, no por tener tal carácter son elementos de la culpabilidad, sino que pertenecen a la anti-juridicidad. Y así, como consecuencia de la identificación del concepto de cuerpo del delito con el de tipo, vemos que también éste requiere, en ocasiones, de elementos subjetivos para la descripción de la conducta.

A lo aquí expuesto, se podría objetar que, del artículo 14 constitucional. v en general de casi todo el articulado del Código punitivo, se deriva el concepto de tipo, entendido como la descripción de los presupuestos del delito (8), a la que se le articula una pena. Pero entonces la adecuación de la conducta a esta clase de tipo (o sea, la tipicidad) no podría estimarse como elemento del delito, puesto que se identifica con el mismo. (9)

(7) "Tesis 732.—DIFAMACION, DELITO DE.—Para la comprobación del cuerpo de este delito, el dolo no se presume, sino que es necesario justificar su existencia". Apéndice al tomo XCVII del Semanario Judicial, pág. 685.

(8) En cualquier descripción de un delito, por lo general, no se hace mención de la anti-juridicidad, ni de la culpabilidad, pero tales elementos se encuentran implícitos en ella, puesto que de otro modo no habría delito, así como tampoco sanción.

(9) A esta clase de tipo, y para evitar confusiones, preferimos llamarlo "especie legal" o "figura delictiva". De esta manera lo diferenciamos claramente del tipo, al que debe adecuarse la conducta para dar nacimiento a la tipicidad, elemento del delito.

Hemos dicho, y repetido, que el tipo describe, pero no cualquier conducta, sino solamente aquellas que, a los ojos del legislador, aparecen como antijurídicas en un momento dado. Podría, entonces, parecer que el comportamiento que se adecúa al tipo es antijurídico, pero nada más ilusorio.

Unas cuantas palabras pondrán mucho más en claro nuestros pensamientos. El legislador, como órgano del Estado, ante la ineludible tarea de proveer a la realización de los fines del Derecho, toma aquellas conductas que aparecen contrarias a la consecución de dichos fines, y las prohíbe, así como selecciona aquellas otras que deben realizarse para evitar que algunos intereses sufran menoscabo, y las impone.

Pues bien, esa prohibición o imposición de conductas es plasmada en la ley. Pero sucede que el legislador, ante la imposibilidad de formular catálogos exhaustivos y casuistas, se conforma con actuar en un plano de franca generalidad, resultando que, aparentemente, toda conducta que encaja en el tipo es injusta. Pero ese actuar, esa conducta, vista en el terreno de lo particular y en forma finalista, puede aparecer como totalmente inocua para el orden jurídico. Así, por ejemplo, no negamos que privar de la vida sea una conducta injusta en la gran mayoría de los casos y, por ello, objetivada en la ley; pero ya en el caso concreto puede ocurrir que esa supresión de la vida se haga en defensa propia o en estado de necesidad, y entonces ya no presenta ese cariz de ilicitud.

De esta manera podemos afirmar que la tipicidad es el medio más seguro para conocer la antijuridicidad, es su fundamento de cognición; porque la conducta que encaja en el tipo sólo se presume antijurídica, hasta en tanto no se diga la última palabra al realizarse, en un momento posterior, su valoración.

c) Por lo que se refiere a la antijuridicidad, podemos decir que este tercer elemento del delito es, quizá, el más importante de todos, pues, aunque parezca contradictorio, es el que le da el más amplio relieve jurídico a la conducta. Consiste en un predicado de valor que se aplica a la conducta cuando resulta en contradicción con el Derecho, lo cual ocurre cuando lesiona o pone en peligro un bien jurídico. (10) No es inútil aclarar, dicho sea de paso, que no se trata de cualquier antijuridicidad, sino de una ilicitud concretada y delimitada en el tipo.

d) Por cuanto hace a la culpabilidad, decimos que es el *reproche* que se hace al autor de una conducta antijurídica por haberla realizado con intención o con imprudencia, pudiendo haber obrado conforme a las normas subjetivas de deber. (11)

Estas normas de deber o de determinación se dirigen al concreto súbdito, no a cualquier persona; se dirigen a individuos de los cuales puede esperarse su cumplimiento. En una palabra, los destinatarios de estas normas no son todos los hombres, sino solamente los *imputables*. Siendo la imputabilidad la "capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente", (12) se deduce que, previamente al juicio de cul-

(10) Es necesario dejar constancia de nuestra oposición al método puramente negativo-formal, que ve la antijuridicidad como la simple ausencia de causas de justificación, siendo, naturalmente, típica la conducta. Naturalmente que no negamos que para hacer dogmática es necesario partir de nuestro ordenamiento positivo, y en el caso, de las causas de justificación (art. 15, fracciones III, IV, V y VII) contenidas en el mismo; pero es menester, también, acudir a un criterio finalista, teleológico, para determinar el concepto de la antijuridicidad.

(11) El elemento subjetivo de la culpabilidad lo encontramos plasmado, principalmente, en el artículo 8 del Código Penal.

(12) LUIS JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, tomo IV (1961), pág. 86.

pabilidad, al reproche personal, y como su presupuesto, debe constatarse en la persona la capacidad de culpabilidad, o sea la imputabilidad.

Para finalizar con el tema de los elementos del delito, sólo nos resta agregar aquí una importante aclaración. Como se ve, no hemos hecho referencia a la punibilidad, por considerar que no es un elemento del delito.

La punibilidad puede ser entendida de dos maneras: en su *forma estática*, como la amenaza de una pena, establecida en la figura legal, para quien incurra en delito, y; en su *forma dinámica*, como la aplicación de la pena a quien cometió un delito.

Considerada la punibilidad en su aspecto estático, se comprende claro su función. Toda prohibición para ser observada debe tener una sanción, ya que de otra manera, ¿quién la respetaría? Si los miembros de una comunidad se abstienen de delinquir, lo hacen por temor a sufrir la pena, y en muy contadas ocasiones por convicción de la maldad de su acción. Vista así la punibilidad, no puede ser elemento del delito; no puede ser elemento de aquello que se trata de impedir.

Por otro lado, si atendemos a la punibilidad en su aspecto dinámico, no es más que la *consecuencia necesaria* del delito. A la comisión de un hecho delictuoso debe seguir, siempre, la aplicación de la pena. Es cierto que hay delitos que no son castigados y que, por tanto, no se podría hablar de tal consecuencia. Pero esto no es objeción

El insigne maestro español, refiriéndose a su definición, anotada en el texto, la aclara de la siguiente manera: "Lo primero indica madurez y salud mentales; lo segundo, libre determinación, o sea posibilidad de inhibir los impulsos delictivos (el paranoico, el psicópata afectado de ciertas formas compulsivas, conocen el deber de no atacar las normas de cultura, pero no pueden evitar el impulso de quebrantarlas)". (pág. 86)

ya que en el campo de la lógica, a la realización del delito (del supuesto) siempre se liga su punibilidad (su consecuencia).

CAPITULO SEGUNDO
LA ANTIJURIDICIDAD

CAPITULO SEGUNDO

SUMARIO: 1. Nuestra posición como partidarios de la teoría objetiva de la antijuridicidad. 2. Teoría subjetiva de la antijuridicidad. 3. Objeciones al subjetivismo. 4. Postura que ve en la antijuridicidad la esencia del delito.

1. Ante todo debemos anotar que lo antijurídico no es lo que el delincuente estima contrario al Derecho, sino, precisamente, lo que el propio Derecho reputa como lesivo a los valores que reconoce y tutela.

Con esta observación sentamos nuestra posición de confesados partidarios de la concepción objetiva de la antijuridicidad, (13) que a continuación pasamos a desarro-

(13) Podemos citar como partidarios de la teoría objetiva de la antijuridicidad a: RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, *op. cit.*, tomo I, pág. 212; RICARDO FRANCO GUZMAN, *op. cit.*, págs. 77 a 87; del mismo autor, *La subjetividad en la ilicitud*, primera edición, 1959, Editorial José M. Cajica Jr., S. A., Puebla, Pue., págs. 24 a 44; IGNACIO VILLALOBOS, *Noción jurídica del delito*, Editorial Jus, México, 1952, págs. 92 y ss.; SEBASTIAN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, tercera reimpression, Buenos Aires, 1956, tomo I, págs. 344 y 345; CARLOS FONTAN BALESTRA, *Derecho Penal*, parte general, segunda edición, Buenos Aires, 1953, págs. 259 a 261; RICARDO C. NUÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, parte general, tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires (prologado en 1959), págs. 294 a 297; LUIS JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*,

llar, y que pugna porque en el juicio de valor, que sobre la conducta se realiza, no intervengan notas subjetivas, las cuales, en cambio, son de importancia para el *reproche personal*, o sea, para la culpabilidad.

Objetivamente considerada, la antijuridicidad es *la relación de contradicción entre la conducta y las normas de valoración*. Más importante aún que dar un concepto del injusto, es aclarar su naturaleza, lo cual se logra esclareciendo los términos de la relación de contradicción, que no deben ser considerados aislados, sino en relación entre sí.

Entremos, pues, al estudio del primero de ellos, o sea, de las *normas de valoración*. El Derecho no es solamente imperativo, ni solamente valorativo, sino que es, a la vez, valorativo e imperativo. Todo depende de la lógica y del tiempo: lógicamente, no podemos imaginar un mandato del Derecho que no esté apoyado en una estimación sobre la conducta que se prohíbe y la que se ordena; temporalmente, el Derecho, antes de mandar, valora el contenido del imperativo.

Luego entonces, en el seno de la norma encontramos estas dos funciones. De la función imperativa, y como su

tomo III, págs. 957 a 984; EUGENIO CUELLO CALON, *op. cit.*, tomo I, pág. 338; GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto Penale* (parte generale), terza edizione riveduta e aggiornata, G. Priulla Editore, Palermo, 1955, págs. 217 y ss.; EDMUNDO MEZGER, *op. cit.*, tomo I, págs. 339 a 345. BIAGIO PETROCELLI (*La antijuridicidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963, traducción del italiano por José L. Pérez Hernández, notas 49 y 50 en pág. 40), menciona, entre otros, a los siguientes objetivistas: NAGLER, *Der heutige der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, en *Festgabe für Bindig*, 336; VON HIPPEL, *Strafrecht*, II, 187; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, III, 13, 14; HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente* en *Festgabe für Frank*, 302-303; FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, 134.

expresión, se derivan las llamadas normas de deber o de determinación; de la función valorativa, las normas de valoración. (14)

Sentimos vernos obligados a insistir mucho más sobre este punto, pero a ello nos obliga el deseo de alejar todo asomo de obscuridad. Para esto vamos a servirnos de las palabras de EDMUNDO MEZGER, por la gran autoridad que presta su nombre.

"El Derecho —dice MEZGER— existe para garantizar una convivencia *externa* ordenada de los sometidos a él. Objeto de la voluntad jurídica ordenadora es la determinación de lo que es conforme al orden jurídico y de lo que le contradice. Esta determinación tiene lugar en virtud de las normas del Derecho, que por ello aparecen como *normas objetivas de valoración*, como juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del Derecho". (15) "De las normas objetivas de valoración —continúa el que fue profesor de Munich— se deducen las *normas subjetivas de determinación*, que se dirigen al concreto súbdito del Derecho. La lesión de estas normas es de importancia decisiva, no para la determinación del injusto, pero sí ciertamente para la de la culpabilidad". (16)

Visto así el Derecho y precisando en qué consisten sus funciones, nos parece oportuno y acertado afirmar, co-

(14) Reconocen estas dos funciones del Derecho: IGNACIO VILLALOBOS, *op. cit.*, pág. 92 y ss.; GIUSEPPE BETTIOL, *op. cit.*, pág. 223; EDMUNDO MEZGER, *op. cit.*, tomo I, pág. 340; REINHART MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, pág. 357 (traducción del *Deutsches Strafrecht ein Lehrbuch. Allgemeiner Teil*, por Juan Córdoba Roda).

(15) MEZGER, *op. cit.*, tomo I, pág. 340.

(16) MEZGER, *op. cit.*, tomo I, pág. 343.

mo antes se ha hecho, que lo que se pone en comparación con la conducta, para los efectos del juicio de antijuridicidad, no es el Derecho a secas, sino las *normas objetivas de valoración*, cuyos destinatarios son todos los hombres.

Pasemos ahora al examen de la conducta. Si las normas de valoración se dirigen a todos, consecuencia necesaria es el considerar la conducta, que a ellas se opone, en su objetividad, en su aspecto físico, abstracción hecha de todo lo que de anímico contiene.

Fijemos más nuestra atención en estas ideas. Ya que las normas de valoración aparecen como *juicios desde el punto de vista del Derecho*, válido es aceptar que el objeto (la conducta) sobre el que recae aquel juicio, debe ser tomado en su coeficiente externo, sin que, por el momento, al Derecho le interese lo que el individuo piense o deje de pensar con respecto a su comportamiento, sin que el juicio que realice el delincuente tenga relevancia alguna. De lo cual se deduce un importante principio: la totalidad de los humanos son aptos, para, con su conducta, contrariar las normas a que nos hemos venido refiriendo. Bien dice FRANCO GUZMAN que "el Derecho como ordenamiento regulador de las actividades humanas a través de la ley, tiene un carácter absoluto de valor y se dirige no solamente a los sujetos con capacidad de entender y de querer, sino también a los llamados no imputables". (17)

2. En otro orden de ideas vienen los *subjetivistas* (18) que contemplan de modo muy diferente los extremos

(17) FRANCO GUZMAN, *La subjetividad*, etc., cit., pág. 34.

(18) Son subjetivistas: BIAGIO PETROCELLI, *op. cit.*, págs. 38 a 78; CARLOS BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, I, Leipzig, 1922, parágrafo 45, I, 1, págs. 295 y 299; parágrafo 46, III, pág. 303 (citado por RICARDO C. NUÑEZ, en *op. cit.*, pág. 295); ADOLFO MERKEL, *Zur Lehre von den Grundeinteilungen des Unrechts und Seiner*

de la relación de contradicción, y por ende, la antijuridicidad.

Para estos autores, el Derecho no es más que una voluntad ordenadora, que por medio de imperativos, de mandatos, impone obligaciones a la voluntad de sus súbditos. "El Derecho —explica BIAGIO PETROCELLI— se reduce en su esencia a un sistema de fuerzas que impone vínculos, es decir obligaciones a las voluntades de los hombres asociados: es por ende, un sistema de imperativos y de medios para asegurar su observancia". (19)

Estos mandatos van dirigidos, no a todos los ciudadanos, sino, solamente, a aquellos de los cuales, por su madurez y su salud mentales, puede esperarse obediencia. El incapaz no es destinatario del mandato, así como no lo pueden ser los hechos naturales. Ambos se equiparan. (20)

En consecuencia, como el *sistema de fuerzas*, en que consiste el Derecho, actúa sobre la voluntad humana y sólo de ella depende el respeto y la insubordinación al Derecho, el objeto que se valora como disconforme es precisamente esa voluntad; ésta, a la zaga de la doctrina que exponemos, cobra un papel descollante, y su manifestación (la acción u omisión) queda relegada a un simple punto de referencia, que en cuanto permite hurgar el alma del sujeto, es apenas tomada en consideración. Así, se invade el campo propio de la moral y de la religión, y entonces el

Rechtsfolger, en *Kriminalistische Abhandlungen*, Vol. I, págs. 42 y ss. (citado por MARIANO JIMENEZ HUERTA, en *La antijuridicidad*, Imprenta Universitaria, México, 1952, pág. 37); VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, Vol. I, págs. 266 y ss. y 355 y ss. (citado por ALDO MORO, en *La antijuridicidad penal*, Editorial Atalaya, La fuente 138, Buenos Aires, 1949, pág.26. Traducción directa del italiano por Diego A. Santillán).

(19) PETROCELLI, *op. cit.*, pág. 38.

(20) PETROCELLI, *op. cit.*, págs. 46 y 49.

legislador usurpa el puesto de Dios para hacer el papel de diablo.

Congruente con este modo de ver las cosas, la anti-juridicidad es el incumplimiento culpable de la obligación; (21) es la lucha de dos fuerzas psicológicas, en la que la voluntad imperativa del Derecho es derrotada por la voluntad contumaz del individuo.

3. El subjetivismo, expuesto anteriormente a grandes rasgos, se presta a las siguientes objeciones:

A) Tomar en consideración solamente la función imperativa del Derecho implica desconocer su fundamento que no es otro que la valoración, que la protección de aquellos intereses necesarios para la estructuración y conservación de la vida social.

B) El fundamentar el injusto sobre bases puramente subjetivas borra los límites entre el deber ser jurídico y la moral; nos conduce a la etización del Derecho. "El Derecho sólo puede pretender conseguir el mejoramiento interno de los ciudadanos en tanto en cuanto que sea necesario para el cumplimiento de su misión específica, esto es, de una legalidad mantenida externamente". (22)

C) El hecho de colocar a los inimputables fuera del mandato, trae aparejadas las siguientes consecuencias:
a) Como éstos no pueden cometer actos antijurídicos, in-

(21) CARLOS BINDING, *Normen*, I, parágrafo 38, considera que "una acción contraria a la norma debe ser dolosa o culposa; sólo hay ilicitudes culpables; ilicitudes inculpables no existen". (Citado por SEBASTIAN SOLER, en *op. cit.*, pág. 345, nota 6) HOLD VON FERNECK, *op. cit.*, págs. 266 y ss. y 355 y ss., estima que la *NORMWIDRIGKEIT* (contrariedad a la norma) se identifica con la *PFLICHTWIDRIGKEIT* (contrariedad a la obligación) (citado por ALDO MORO, en *op. cit.*, pág. 26).

(22) EDMUNDO MEZGER, *op. cit.*, tomo I, pág. 351.

justos, contra un ataque suyo no cabe la legítima defensa, ya que como es sabido, uno de los presupuestos para que pueda entrar en juego es la existencia de una *agresión sin derecho*, esto es, injusta; b) Las medidas de seguridad que se aplican a los no imputables tienen como base la comisión, por parte de ellos, de infracciones dañosas, vale decir, de acciones antijurídicas. Conforme a la doctrina que se pretende objetar, ¿cuál sería el fundamento para la aplicación de las medidas de seguridad?

D) Respecto a la institución de la *participación*, ¿cómo justificar el castigo de los partícipes cuando el hecho principal es realizado *motu proprio* por un inimputable? Sólo podemos entender la participación cuando el acto del autor principal es objetivamente antijurídico. (23)

E) La razón más esgrimida en contra del subjetivismo consiste en imputarle la identificación de la antijuridicidad con la culpabilidad que, como exigencia metodológica, deben diferenciarse con claridad.

Estos argumentos, aunados a que nuestra ley prevé, como se expondrá a seguida, la aplicación de medidas de seguridad a los inimputables, constituyen la más sólida defensa en pro del carácter objetivo de la antijuridicidad.

En efecto, el Código Penal, en su artículo 67, establece que habrá *reclusión* en escuela o establecimiento necesario para su educación, para "los sordomudos que *contravengan* los preceptos de una ley penal". El artículo 68 también prevé la *reclusión* para los enfermos mentales que "hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos". Y por último, el artículo 119 dispone el *internamiento* por el tiempo necesario para su corrección educativa, para "los menores de dieciocho años que *cometan infracciones* a las leyes penales".

(23) FRANCO GUZMAN, *La subjetividad*, etc., cit., pág. 41.

Todos estos preceptos son por demás elocuentes para demostrar: a) Que los inimputables también son destinatarios de la ley, y; b) Que la aplicación de las medidas de seguridad se subordinan a *cometer infracciones* a las leyes penales (art. 119) o a *contravenir* los preceptos de una ley penal (art. 67). Esto es, a realizar actos que en su objetividad son antijurídicos.

4. La paternidad de la postura que considera que la ilicitud es la esencia del delito, puede atribuirse con justicia al *Sommo Maestro di Pisa*, FRANCESCO CARRARA. El gran CARRARA, en su teoría de las fuerzas del delito, afirma que éste requiere del concurso de dos: la *fuerza física* y la *fuerza moral*; y que lo que completa su ser es "la contradicción de esos antecedentes con la ley jurídica". (24) Esta contradicción con la ley del Estado es la que caracteriza el delito como "ente jurídico" y la que permite distinguirlo del pecado y del vicio.

Pues bien, siguiendo los magistrales pasos del Jefe de la Escuela Toscana, varios penalistas italianos dividen el delito en dos elementos: el objetivo y el subjetivo. Ambos elementos deben concurrir en la oposición con el *Deo* más íntima", (25) puesto que lo "penetra en su total recho para que se complete el delito. Esta oposición es la antijuridicidad, que no es elemento del delito, sino "su esencia, en todos los factores que lo constituyen". (26)

(24) CARRARA, *op. cit.*, volumen I, págs. 48 y 61.

(25) "L'essenza piú íntima". FILIPPO GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, volume secondo, seconda edizione, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1950, pág. 13. Así también, *mutatis mutandis*: FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal*, parte general, Editorial Uteha, Argentina, Buenos Aires, 1960, traducción del italiano por Juan del Rosal y Angel Torino, pág. 142; ALDO MORO, *op. cit.*, pág. 22.

(26) ANTOLISEI, *Manual, etc., cit.*, pág. 146.

No obstante ser considerada así la antijuridicidad, estos autores hablan de *aspectos* objetivo y subjetivo del ilícito. (26 bis)

Lo que se advierte en esta teoría es que el problema no es más que de terminología. Así, los sostenedores de esta postura hablan de *aspecto objetivo* de la antijuridicidad, nosotros decimos simplemente antijuridicidad; ellos denominan *aspecto subjetivo* de la antijuridicidad a lo que nosotros llamamos culpabilidad.

Antes de dar vuelta de hoja, permítasenos unas cuantas palabras a fin de afinar mejor nuestra posición. El hecho de afiliarnos a la corriente que concibe la antijuridicidad en forma objetiva no es obstáculo para que, excepcionalmente, el juicio de ilicitud se realice sobre bases objetivas y subjetivas a la vez. Dicho en otros términos, reconocemos y aceptamos la existencia de los llamados *elementos subjetivos del injusto*.

(26 bis) Ejemplo de ello lo encontramos en GRISPIGNI, quien escribe: "debe reconocerse que para la construcción sistemática de la teoría del delito, y especialmente para la recta solución de muchas cuestiones controvertidas, el admitir una antijuridicidad objetiva se presenta como muy útil. Y entonces quizá es posible conciliar las dos exigencias dando a la expresión 'antijuridicidad objetiva' el significado de *aspecto objetivo de la antijuridicidad*... donde ésta existe, no existe todavía toda la antijuridicidad, sino sólo una parte de la misma... pero para que el hecho pueda dar lugar a sanciones jurídico-penales falta comprobar si es antijurídico también en su aspecto subjetivo..." (*Op. cit.*, págs. 13-14).

CAPITULO TERCERO

LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO

CAPITULO TERCERO

SUMARIO: 1. Origen, concepto y naturaleza. 2. Elementos subjetivos del injusto y elementos de la culpabilidad. 3. El caso de la tentativa. 4. El caso de la legítima defensa.

1. Se ha llegado por fin al tema de los elementos subjetivos del injusto, objeto principal de nuestro trabajo; pero antes de entrar propiamente en materia debemos remontarnos a sus orígenes.

En primer lugar debemos afirmar que los elementos subjetivos del injusto sólo pueden surgir dentro de la teoría objetiva de la antijuridicidad. En efecto, fue un objetivista, HAROLD A. FISCHER, quien en 1911, en Alemania, descubre la existencia de elementos psíquicos en la antijuridicidad, al reconocer que, con frecuencia, intervienen momentos subjetivos en la determinación de los límites entre Derecho e injusto. (27) Desde ese instante la suerte de tales elementos está sellada. El camino está abierto; son varios los autores, de cuyas opiniones nos ocuparemos más tarde, que lo transitan. Unámonos a esa pléyade, demos los primeros pasos y, siguiendo sus huellas,

(27) Están de acuerdo en señalar a FISCHER como iniciador de la teoría de los elementos subjetivos del injusto: JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.* tomo III, pág. 820; MEZGER, *op. cit.*, tomo I, págs. 346-347, y FRANCO GUZMAN, *La subjetividad*, etc., cit., pág. 48.

principiemos a desarrollar la cuestión de tales elementos subjetivos de la antijuridicidad.

En el capítulo que antecede hemos aceptado y demostrado que la antijuridicidad se fundamenta sobre bases objetivas y que, en consecuencia, se deben excluir de su ámbito todos aquellos elementos de índole subjetiva. Mas este principio no debe entenderse en forma absoluta, y querer siempre, y en todo caso, valorar la conducta atendiendo únicamente a su coeficiente físico, pues éste, en ocasiones, aparece como indiferente al valor, y únicamente recurriendo a elementos anímicos es posible determinar su ilicitud.

Lo multiforme de las acciones humanas nos confirma tal aserto. Un mismo acto físico puede ser apto para concretar un fin pravo o para obtener un objetivo virtuoso. Sólo en función del fin que el agente se propone alcanzar es posible comprender el significado de su comportamiento externo. La propia ley así lo reconoce al exigir, en ciertas figuras legales, que el sujeto actúe para lograr una finalidad especial. Sirva de ejemplo el artículo 267 del Código Penal, según el cual no cualquier apoderamiento de una mujer, sino solamente el que se realiza "para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse", constituye el delito de raptó. En este caso es indiferente que el delincuente logre o no alcanzar esa finalidad, lo importante es que haya procedido con miras a ella.

Pues bien, no podemos cerrar los ojos ante tales realidades, ni desatender el llamado de la ley, y sostener la simetría de un sistema basado en el rígido principio: *todo lo objetivo a la antijuridicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad*; tal pretensión nos haría encontrar barreras infranqueables. Es necesario reconocer la clara insuficiencia de una concepción *meramente* objetiva de la antijuridicidad y, por ende, atemperar este criterio recurriendo a determinados correctivos, constituidos por los elementos subjetivos

del injusto, para dar fiel solución a los casos cuestionados.

Naturalmente que no es congruente desandar lo andado y convertir las excepciones en regla: será válido recurrir a elementos subjetivos, para fundamentar el injusto sólo cuando la figura legal los exija. Tampoco vaya a creerse que la antijuridicidad depende, en estos casos, sólo de los elementos subjetivos mencionados, sino que es obvio que también concurre, en la oposición con el Derecho, el coeficiente externo de la conducta.

El estudio de estos datos de carácter subjetivo debe hacerse, como su nombre lo sugiere, en el tema de la antijuridicidad, aunque, en honor a la verdad, hay que aceptar que también son elementos del tipo; sólo que aquí operan como un medio del que se vale el legislador para describir la conducta. En cambio, en la antijuridicidad funcionan plenamente; aparecen activamente contrariando al Derecho; son lo que tiñe de ilicitud a la conducta.

Esto se comprende mejor si tenemos en cuenta que una cosa es que se constate la existencia de una finalidad específica, y otra cosa, muy distinta, que se diga que ese fin especial es contrario a la norma. Lo primero implica una actividad cognoscitiva; lo segundo requiere una labor estimativa, una función valorativa.

Por otra parte, y dado que los elementos subjetivos del injusto, concebidos sintéticamente, son voliciones dirigidas hacia un resultado excedente, podría dudarse de su verdadera naturaleza y caer en el error de considerarlos vinculados o identificados con la culpabilidad. Pero tal punto de vista no tendría otro apoyo que el sistema, ya criticado, que descansa en el contraste, sin excepciones, "objetivo-subjetivo". Más adelante tendremos ocasión de distinguir los elementos subjetivos de la antijuridicidad, de los elementos de la culpabilidad, baste por ahora dejar

asentado que los primeros pueden existir con independencia del reproche personal.

Por lo dicho, estamos en condiciones de precisar los rasgos que dan relieve a los elementos subjetivos del injusto:

A) Tienen *carácter subjetivo*. Puesto que son "voliciones dirigidas hacia un resultado que está fuera de los hechos externos de ejecución del delito", (28) no puede ponerse en tela de duda su naturaleza anímica. A su vez, estas voliciones, como se ve, se caracterizan por el *resultado calificado* al que tienden, ya que no se trata de una tendencia del querer hacia cualquier resultado, sino hacia un objetivo que excede de los hechos externos de ejecución del delito y, por lo mismo, como se ha asentado en referencia al delito de rapto, no es necesario que el fin, el resultado, al que tiende de acción, se obtenga; basta que se haya querido.

Es en atención a esta finalidad específica, a la que se reduce el contenido de las referidas voliciones, que podemos afirmar que los delitos cuya antijuridicidad se condiciona a elementos subjetivos, no pueden ser nunca culposos.

B) *Fundamentan o refuerzan* el juicio de ilicitud, porque concurren, junto con el aspecto externo de la conducta, a ponerse en parangón con el Derecho. Sin estos elementos psíquicos no sería posible emitir el juicio de antijuridicidad.

Así, los elementos subjetivos mencionados pertenecen al injusto, y de este hecho se deduce la siguiente conse-

(28) Esta definición aparece como subtítulo de la obra de MARCELO FINZI *El llamado "dolo específico" en el Derecho penal argentino y comparado*. Buenos Aires, 1943 (citado por FRANCO GUZMAN en *La subjetividad*, etc., cit., pág. 143).

cuencia: como la imputabilidad es capacidad de culpabilidad y no de antijuridicidad, también los no imputables están en aptitud de ejecutar conductas cuya valoración depende de momentos anímicos; ellos también pueden dirigir sus actos a una finalidad.

C) Se caracterizan, además, por ser el signo que pone de manifiesto el carácter unitario del delito. Este es un todo que, para su mejor estudio y comprensión, se divide en elementos. Pues bien, los datos psíquicos que nos ocupan muestran la estrecha conexión que existe entre la tipicidad, el injusto y la culpabilidad.

2. Con el propósito de no caer en el subjetivismo, tuvimos buen cuidado en advertir que sólo se justifican los elementos psíquicos en la antijuridicidad cuando la figura legal los requiera. Pero si la figura legal contiene notas subjetivas, ¿cómo saber si pertenecen al injusto o a la culpabilidad? Hay que diferenciar los elementos subjetivos de la antijuridicidad, de los elementos de la culpabilidad.

El problema no parece de difícil solución, puesto que cuando la ley menciona un *fin* específico, no hace otra cosa que referirse a datos de la antijuridicidad, concretamente, a los elementos subjetivos del injusto; por exclusión, tenemos que todas aquellas notas subjetivas que no aludan la finalidad, pertenecen a la culpabilidad. Así, el Código Penal, en la fracción VI del artículo 225, habla de *motivos inmorales*, y en el artículo 33, emplea el término *voluntariamente*. En el primer caso, indica el elemento motivador de la culpabilidad; en el segundo, se trata de un sinónimo de dolo.

Ahora bien, el dolo, que indudablemente representa una de las formas clásicas de la culpabilidad (no es elemento de ella), no se confunde con los elementos subjetivos del injusto; los separan profundas diferencias. Veamos cuáles son.

El dolo, como especie de la culpabilidad que es, requiere de una previa capacidad en el sujeto. Los elementos subjetivos de la antijuridicidad no la necesitan.

Comúnmente se señalan dos elementos en la estructura del dolo:

A) Un *elemento intelectual* que comprende:

a) el conocimiento de los elementos objetivos que integran el delito;

b) la conciencia de que se quebranta el deber, y;

c) el conocimiento o representación del resultado.

B) Un *elemento volitivo* que abarca:

a) la acción u omisión, y;

b) el resultado. Este puede no ser querido, sino solamente consentido. (29)

En cuanto toca a los elementos subjetivos del injusto, su estructura, como ya hemos visto, no es tan compleja. Comparándola con la del dolo, podemos admitir que, como presupuesto lógico, tiene un elemento intelectual, el cual se reduce al conocimiento del fin específico; pues únicamente se puede querer aquello que se conoce. Por lo que se refiere al contenido de la volición en los elementos subjetivos de la antijuridicidad, repetimos aquí que abarca tan sólo el resultado excedente, el cual debe ser siempre querido; no aceptamos que sea consentido.

Más clara es aún la diferencia entre el fin, que pertenece a la antijuridicidad, y el motivo, que corresponde a la culpabilidad.

El *fin* es el resultado u objetivo al que tiende la acción humana que, en última instancia está constituido por

(29) En este punto seguimos, con algunas modificaciones, a CUELLO CALON. *op. cit.*, tomo I, págs. 371 a 375.

la satisfacción de una necesidad. El *motivo*, en cambio, es la causa, el resorte que impulsa al sujeto a actuar; es la razón determinante de la acción; se define, según WUNDT, como "la combinación de representaciones y sentimientos que en nuestro aprender subjetivo preparan inmediatamente la acción". (30)

3. Fijemos, en este lugar, nuestra atención sobre la cuestión concerniente a si en el instituto de la tentativa intervienen o no los elementos subjetivos del injusto.

Previamente, para poder entender bien el problema planteado y así llegar a una solución satisfactoria, diremos unas cuantas palabras acerca del delito tentado.

Ubicase la tentativa en el área de los actos ejecutivos; después de su preparación y antes de su consumación. Es la ejecutividad de los actos lo que caracteriza el delito tentado, y tan importante es su concepto, que ROMAGNOSI escribe que "la idea de *ejecución* del delito no sólo entra esencialmente en la noción de tentativa, sino que debe ser

(30) GUILLERMO WUNDT, *Compendio de Psicología*, Madrid, La España Moderna, traducción por J. González Alores, pág. 254; así también: GREGORIO FINGERMAN, *Lecciones de Psicología*, 24a., edición, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1964, pág. 262. Es por demás interesante la diferenciación que hace SILVIO RANIERI entre intención, fin y motivo: "*Intención, fin y motivo*... son vocablos que indican momentos diversos del elemento psicológico y tienen, en el derecho positivo, una valoración diversa. Mientras la *intención* no supera el resultado del cual la ley hace depender la existencia del delito, el *fin* está más lejos de tal resultado y el *motivo* es la causa que ha dado impulso al querer. Por lo tanto, mientras la intención tiene relieve para la existencia de todos los delitos dolosos, y el fin ulterior para la existencia de aquellos delitos que particularmente lo requieren, el motivo tiene relieve como razón agravante de la pena en su medida y cualidad". (*Diritto Penale*, parte generale, Casa Editrice Ambrosiana, Corso Buenos Aires 14, Milano 1945, págs. 228 y 229).

su *única característica fundamental*". (31) Es, precisamente, en función de esa idea que el mencionado autor define la tentativa como "la ejecución *incompleta* de un delito". (32)

Si la principal característica del delito tentado radica en los actos ejecutivos, que no llegan a la etapa de consumación, se antoja oportuno proceder a indagar su concepto.

Estimamos que los actos de ejecución son aquellos que ponen en peligro un bien jurídicamente protegido; en otras palabras, son actos antijurídicos. Por eso, determinar el carácter ejecutivo de los actos de tentativa, implica resolver su antijuridicidad.

Aquí es donde se localiza el problema que planteamos: en la determinación de la naturaleza ejecutiva de los actos que forman el delito tentado, ¿intervienen notas subjetivas?

Nuestra posición al respecto es afirmativa. Consideramos que no hay actos ejecutivos en forma absoluta, sino que tal índole depende, en gran parte, de la finalidad perseguida por el agente; interesa que esos actos se dirijan (subjetivamente) al delito que no llega a consumarse por causas ajenas a su voluntad. Si no se demuestra cuál es el fin que pretende el sujeto, es imposible decir que sus actos fueron *ejecutados* para lograrlo, ni que dichos actos representen la tentativa de aquel delito.

(31) GIANDOMENICO ROMAGNOSI, *Génesis del Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1956, parágrafo 662, pág. 255 (traducción del italiano por Carmelo González Cortina y Jorge Guerrero).

(32) ROMAGNOSI, *op. cit.*, parágrafo 667, pág. 257. Para una información más completa sobre la tentativa, véanse las monografías de: J. RAMON PALACIOS, *La tentativa* (El mínimo de ilicitud penal), México, Imprenta Universitaria, 1951; LUIGI SCARANO, *La tentativa*, Editorial Temis, Bogotá, 1960 (traducción del italiano por Luis E. Romero Soto).

Esto nos parece tan claro que apenas amerita explicación. Sin la referencia al fin que se propone el autor, y que no obtiene, no puede hablarse de actos ejecutivos; es imposible indagación alguna sobre la tentativa. (33) Un ejemplo ilustrará mejor nuestras ideas. Si Tizio apostado con un rifle apunta sobre Caio, y cuando se dispone a disparar interviene Sempronio, ¿cómo podremos decir que la acción de Tizio es ejecutiva de homicidio, de lesiones o simplemente una broma? Pero en cambio, si el fin que se propuso alcanzar Tizio fue matar, tendremos una tentativa de homicidio; si fue lesionar, una tentativa de lesiones; si pretendió jugarle una broma a Caio, habrá una acción inocua. Otro ejemplo disipará toda duda. Si Tizio abraza a Caio con fuerza, ¿se trata de un gesto amistoso o de actos ejecutivos de lesiones? Si el abrazo se hizo con el fin de mostrar amistad, no es congruente opinar que hay actos de ejecución, actos que ponen en peligro un bien jurídico; pero la cosa cambia si la finalidad era lesionar, ya que entonces tendremos una tentativa.

Abona nuestro punto de vista lo dispuesto por el artículo 12 del Código Penal, el cual al establecer que en la tentativa los actos deben estar "dirigidos... a la realización de un delito", no hace más que aludir a los elementos subjetivos del injusto, representados por el fin de realizar un delito, fin que no debe objetivarse por "causas ajenas a la voluntad del agente".

Sintetizando, no es lógico pensar seriamente en actos de ejecución, en actos de tentativa, si no se toman en consideración los elementos subjetivos del injusto.

(33) LUIGI SCARANO (*op. cit.*) considera de tanta importancia el requisito del fin, que su monografía se orienta a demostrar que es el núcleo del delito tentado; en especial dedica todo el Capítulo III (págs. 75 a 98), al tema que hemos mencionado.

4. De lo hasta aquí discurrido se nota de inmediato que nosotros hemos tratado los elementos subjetivos, referidos exclusivamente a la determinación de la ilicitud de la conducta, o sea, que nos hemos valido de ellos, excepcionalmente, para llegar a pronunciar el juicio de antijuridicidad.

Ahora, aunque siempre moviéndonos en el campo de la valoración, estamos en presencia del problema inverso, que consiste en resolver si en la adjetivación de una conducta como *licita*, como adecuada a Derecho, entran o no en juego elementos anímicos. Concretamente, la cuestión estriba en saber si la licitud de la repulsa, en la legítima defensa, depende de momentos psíquicos.

Es sabido que la legítima defensa precisa de dos condiciones para cobrar vida: una *agresión* y una *defensa* o *repulsa*.

De la primera de ellas no nos ocuparemos, pues excede en mucho los límites de nuestro estudio, habremos de partir del supuesto de que reúne (la agresión) todos los requisitos necesarios para motivar la reacción.

Por cuanto respecta a la repulsa, que es el tema que nos incumbe, sostenemos que el *fin de defensa* es uno de los caracteres que le dan licitud. (34)

Apoyamos nuestra posición en lo preceptuado por el Código punitivo. El artículo 15, fracción III, establece como una de las circunstancias excluyentes de responsabilidad: "Obrar el acusado *en defensa* de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, *repeliendo* una agresión. . ."

(34) Exigen elementos subjetivos en la legítima defensa: CUELLO CALON, *op. cit.*, pág. 332; JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, tomo IV 1961, págs. 196 a 202; WELZEL, *op. cit.*, págs. 92-93.

4. De lo hasta aquí discurrido se nota de inmediato que nosotros hemos tratado los elementos subjetivos, referidos exclusivamente a la determinación de la ilicitud de la conducta, o sea, que nos hemos valido de ellos, excepcionalmente, para llegar a pronunciar el juicio de antijuridicidad.

Ahora, aunque siempre moviéndonos en el campo de la valoración, estamos en presencia del problema inverso, que consiste en resolver si en la adjetivación de una conducta como *licita*, como adecuada a Derecho, entran o no en juego elementos anímicos. Concretamente, la cuestión estriba en saber si la licitud de la repulsa, en la legítima defensa, depende de momentos psíquicos.

Es sabido que la legítima defensa precisa de dos condiciones para cobrar vida: una *agresión* y una *defensa* o *repulsa*.

De la primera de ellas no nos ocuparemos, pues excede en mucho los límites de nuestro estudio, habremos de partir del supuesto de que reúne (la agresión) todos los requisitos necesarios para motivar la reacción.

Por cuanto respecta a la repulsa, que es el tema que nos incumbe, sostenemos que el *fin de defensa* es uno de los caracteres que le dan licitud. (34)

Apoyamos nuestra posición en lo preceptuado por el Código punitivo. El artículo 15, fracción III, establece como una de las circunstancias excluyentes de responsabilidad: "Obrar el acusado *en defensa* de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, *repeliendo* una agresión. . ."

(34) Exigen elementos subjetivos en la legítima defensa: CUELLO CALON, *op. cit.*, pág. 332; JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, tomo IV 1961, págs. 196 a 202; WELZEL, *op. cit.*, págs. 92-93.

Nótese las palabras que emplea la ley: *repeliendo* y *en defensa*. La repulsa está tomada en sentido naturalístico, como soporte de una valoración posterior. A su vez, los términos *en defensa*, que indudablemente denotan la dirección (ánimica) hacia el fin de defensa, califican a la repulsa. En consecuencia, no cualquier repulsa es lícita, sino solamente aquella que se efectúa *en defensa* o con el *fin de defensa*.

De no requerirse, por el Código Penal, tal finalidad, la fracción mencionada estaría redactada de la siguiente manera: "Obrar el acusado *repeliendo* una agresión actual, violenta, sin derecho, y de la cual resulte un peligro inminente para su persona, su honor o sus bienes, o para la persona, honor o bienes de otro. . ." ¿Para qué hacer uso de las palabras *en defensa*?

Naturalmente que, como JIMENEZ DE ASUA expone, "no se trata de exigir *exclusivamente* un fin o móvil de defensa, sino de invalidar ésta cuando *exclusivamente* se opera por un motivo ajeno a la protección de un bien en peligro". (35)

Ahora bien, suponiendo que los términos *en defensa* nada significasen, que fuesen un simple ornamento en el texto de la fracción citada, ¿cómo diferenciar la legítima defensa de la riña? ¿Qué objetivamente no son iguales? La diferencia se encuentra en la psique del que actúa: en la legítima defensa el sujeto obra con el *fin de defender* un bien jurídico propio o ajeno; en la riña, acciona con

(35) *Op. cit.*, tomo IV, pág. 201. Más adelante, JIMENEZ DE ASUA, insiste sobre el requisito del *ánimo de defensa*: "lo que más nos importa es denunciar la falsa concepción que exige *exclusivamente el impulso de defensa*, cuando lo que debe demandarse. . . es que *concurra ese ánimo*, aunque existan también otros, y que sólo se invalida la naturaleza legítima de la reacción, cuando se procede *exclusivamente por un impulso ilegítimo*". (Pág. 202).

animus rigendi, o ánimo de reñir. (36)

Acaso pudiéramos aceptar, como opinión contraria, que el requisito subjetivo no es tan necesario en la defensa propia, puesto que es difícil imaginar que alguien, que repele una agresión, lo haga sin tener en mente el fin de defensa. En cambio, tratándose de la defensa de un tercero (pariente o extraño), no vemos la razón, después de lo que hemos argumentado en pro del fin de defensa, para no admitirlo y exigirlo. Solamente merced al *animus defendendi* es posible evitar que, bajo el pretexto de defensa, se encubran actividades completamente injustas. Piénsese un momento en la hipótesis siguiente: *A*, por viejas rencillas, quiere matar a *B*; cumple su propósito criminal y lo priva de la vida; pero casualmente *A* defendió (objetivamente) a *C*, que estaba siendo agredido injustamente por *B*. *A* no tenía conocimiento de tal agresión, sino que su único objetivo fue matar a *B* para vengarse de él.

Para nosotros, que requerimos el fin de defensa, la conducta de *A* no puede ser amparada por la legítima defensa. Para quienes consideran el instituto en cuestión en forma absolutamente objetiva, *A* obró en defensa (?) de *C* y, en consecuencia, su conducta es perfectamente lícita.

Antes de terminar, una cuestión sobre terminología. Proponemos que a estos elementos, en cuanto intervienen en el juicio de estimación, que respecto a la repulsa se pronuncia, se les denomine: *elementos subjetivos de exclusión*

(36) La Suprema Corte de Justicia ha declarado reiteradamente que en la riña se requiere *animus rigendi, ánimo de ofender, o impetu lesivo*. Ver. Semanario Judicial de la Federación, amparos directos: 2304/50 vol. XXIV, pág. 58); 5615/57 (vol. XXIV, págs. 272-273); 1234/60 (vol. XXXVII, pág. 165); 2511/60 (vol., XXXVII, págs. 165-166); 1966/60 (vol. XXXVIII, pág. 82).

del injusto (37); toda vez de que con tal término se expresa con claridad el papel que desempeñan.

(37) Creímos haber sido originales con la terminología propuesta, pero queremos aclarar que, con posterioridad a haber escrito el texto, nos dimos cuenta de que MEZGER hace uso de ella mucho tiempo antes que nosotros (*op. cit.*, tomo I, pág. 358).

CAPITULO CUARTO
SOLUCIONES QUE SE HAN DADO
SOBRE EL PARTICULAR

CAPITULO CUARTO

SUMARIO: 1. Las diversas soluciones. 2. Estudiados en el tipo. 3. Como elementos del injusto y de la culpabilidad. 4. Como elementos de la culpabilidad. 5. Punto de vista de la teoría de la acción finalista. 5. Teoría tradicional.

1. Son varias las soluciones con que los estudiosos del Derecho penal pretenden resolver la cuestión de los elementos subjetivos del injusto. En este capítulo vamos a hacernos cargo de ellas.

Un primer grupo de autores examina los elementos subjetivos del ilícito dentro del tema de la tipicidad, refiriéndolos al injusto.

Otros penalistas estiman los mencionados elementos, no sólo pertenecientes a la antijuridicidad, sino también a la culpabilidad. De esta postura nos ocuparemos en segundo término.

Una tercera corriente ubica los datos subjetivos mencionados, en la culpabilidad, considerándolos elementos de ella o dolo específico, negándoles rotundamente el carácter de factores del injusto.

Como penúltima opinión, veremos la teoría de la acción finalista, la cual ha dado una solución hartamente discutida a nuestro tema.

Para terminar, en abono a nuestra postura, explicada en páginas anteriores, expondremos la doctrina que podemos llamar clásica, o sea la tradicional.

2. Entre los autores que estudian los elementos subjetivos del injusto dentro del tipo, encontramos a LUIS JIMENEZ DE ASUA y a CARLOS FONTAN BALESTRA.

El famoso penalista español JIMENEZ DE ASUA, al abordar el tema de la tipicidad, hace una división de los tipos en:

A) *Normales*, que son los que contienen una mera descripción objetiva, y;

B) *Anormales*, los cuales por la imperfección de la técnica legislativa, además de la descripción objetiva, contienen elementos subjetivos y normativos. (38)

Entre los elementos subjetivos incrustados en los tipos del segundo grupo, localiza los elementos subjetivos del injusto.

Para el maestro español, "aunque estos elementos tengan importancia descolante para determinar la naturaleza de la conducta y hasta la separación de un delito de otro —el 'ánimo de lucro' distingue el robo con fuerza en las cosas del simple daño— no debe separarse su estudio de la tipicidad y radicarlo en la antijuricidad". (39) Ahora bien, no obstante que los mencionados elementos lo sean del tipo y, por ende, deban estudiarse en la tipicidad, JIMENEZ DE ASUA asegura que entroncan más con el injusto que con la culpabilidad, pues el hecho de que la antijuricidad tenga carácter objetivo, no es obs-

(38) JIMENEZ DE ASUA, *Tratado*, etc., cit., tomo III, págs. 793 y 817.

(39) *Op. cit.*, tomo III, pág. 819.

táculo "para que existan en el tipo y en relación a ella, elementos subjetivos". (40)

Posteriormente el tratadista español se plantea un problema de gran interés para el intérprete judicial, consistente en determinar cuál es la función del juez de instrucción cuando el tipo contiene elementos subjetivos: ¿su función es de simple conocimiento o debe hacer un juicio valorativo?

La respuesta no se hace esperar. Cuando el juez de instrucción se encuentra ante un tipo normal, su labor será rigurosamente cognoscitiva. Y cuando esté ante elementos subjetivos del tipo "la *función objetiva* (del juez) debe ser superada y, sin quebrantar su *papel cognoscitivo*, penetrar en el *ánimo del agente*". (41)

Para terminar JIMENEZ DE ASUA clasifica los elementos subjetivos del tipo, deslindando los que pertenecen a la antijuridicidad, de los que no lo son, de la siguiente manera:

a) Elementos subjetivos que de modo indudable se refieren a la culpabilidad, como cuando la ley habla de *voluntariedad*, como equivalente a dolo.

b) Elementos subjetivos que aparecen con ambivalencia, referidos fundamentalmente a la culpabilidad pero que refluyen en el injusto.

c) Elementos subjetivos que se vinculan al fin y que, en puridad, constituyen los delitos de *tendencia interna trascendente*, que suelen verse como representantes de los elementos subjetivos de la antijuridicidad.

d) Elementos subjetivos que expresan el móvil, y, por ende, se refieren a la culpabilidad.

(40) *Op. cit.*, tomo III, pág. 820.

(41) *Op. cit.* tomo III, págs. 834 y 929.

e) Elementos subjetivos de franca referencia al injusto, como el *animus lucrandi* en el robo, y el *animus iniuriandi*, en los delitos contra el honor. (42)

En este mismo orden de ideas se mueve el jurista argentino CARLOS FONTAN BALESTRA. Este autor, haciendo una verdadera teoría general de la Parte Especial, aprecia los elementos subjetivos del injusto como integrantes del tipo.

Se ocupa primero en clasificar los elementos del tipo en tres categorías: *elementos subjetivos, elementos objetivos y elementos normativos*. (43)

A su vez, los elementos subjetivos son separados en tres grupos: "Un primer grupo está formado —dice FONTAN BALESTRA— por aquellas referencias con las cuales se hace recalcar el elemento subjetivo del delito: la culpabilidad. En otros casos, la ley requiere una determinada intención o propósito: cuando dice, por ejemplo, con 'ánimo de lucro' (art. 125, Cód. Pen. Arg.), con 'miras deshonestas' (art. 10, Cód. Pen. Arg.) . . . En una tercera separación de estos elementos subjetivos, podemos reunir los casos en que se hace referencia a ciertos conocimientos o situaciones o condiciones personales". (44)

Para FONTAN BALESTRA los elementos del primer grupo, o sea, aquellos con los que se recalca la culpabilidad, no son elementos del tipo; los del segundo y tercero, son propiamente los elementos subjetivos del tipo. (45)

(42) *Op. cit.*, tomo III, págs. 835-836.

(43) FONTAN BALESTRA, *Manual de Derecho Penal, parte especial*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, pág. 4.

(44) *Op. cit.*, anteriormente, pág. 5.

(45) *Op. cit.*, pág. 5

Hecho el deslinde anterior, observamos que los elementos del segundo grupo son los que nosotros hemos denominado elementos subjetivos del injusto. En relación a ellos, el penalista argentino hace notar que han sido confundidos con el elemento subjetivo del delito (la culpabilidad), y denominados impropriamente, dolo específico. Esto no lo acepta, ni nosotros tampoco, y hace oír su voz de protesta. "Ese criterio no es conveniente ni adecuado: baste recordar la circunstancia de que es posible la presencia del elemento subjetivo del tipo, con ausencia del elemento subjetivo del delito, para comprender que uno y otro no se confunden. Si ese elemento fuese una especie del dolo, sería necesario la concurrencia del género para aceptar la de la especie". (46)

Precisando más la naturaleza de tales elementos, FONTAN BALESTRA afirma que, como "el tipo penal contiene el juicio de valor realizado por el legislador en el momento de seleccionar las acciones típicamente antijurídicas, hemos de aceptar que aparezcan en él... referencias a una determinada variante del injusto, necesaria para la adecuación a esa figura". (47)

Anotadas las opiniones de estos autores, a manera de observación, sólo diremos lo siguiente. Como JIMENEZ DE ASUA y FONTAN BALESTRA estudian los elementos subjetivos del injusto dentro del tema de la tipicidad, pero los refieren a la antijuridicidad, diferimos de ellos únicamente en lo que respecta al primer punto. Es cierto, y ya ha quedado constancia de ello, que los mencionados elementos subjetivos pueden ser examinados en el tipo, pero en ese lugar no desempeñan la función que los caracteriza: reforzar o fundamentar el juicio de valor.

(46) *Op. cit.*, pág. 6.

(47) *Op. cit.* pág. 7.

Por esta sencilla razón, nosotros preferimos tratarlos en el momento de la antijuridicidad.

3. Entre los penalistas que consideran los elementos tantas veces mencionados con ambivalencia, es decir, no sólo como caracteres del injusto, sino también como elementos de la culpabilidad, destacan EDMUNDO MEZGER y GIUSEPPE BETTIOL.

Comienza el penalista tudesco por afirmar el carácter objetivo de la antijuridicidad; mas esto no empece para que reconozca que en la delimitación entre Derecho e injusto "puedan ser determinantes en algunos casos ciertas características anímicas de la persona del agente (Teoría de los elementos subjetivos del injusto)". (48)

Posteriormente el fallecido Profesor de Munich expone su particular punto de vista al respecto. Repite que la antijuridicidad es contradicción objetiva con las normas del Derecho (afirmación necesaria como punto de partida para el desarrollo de la teoría), y que las referencias anímicas del infractor respecto al injusto cometido por él, y en general todas aquellas notas de carácter subjetivo, son de importancia para la teoría de la culpabilidad. (49) Esto es la normal. "Pero —continúa MEZGER— sería erróneo querer afirmar este principio sin excepción alguna, y referir en consecuencia todo lo *objetivo* al injusto y todo lo *subjetivo* a la culpabilidad". (50) En la determinación de lo injusto, "las excepciones a la regla general nos indican que dicha determinación puede depender, en ciertos casos, de determinados momentos subjetivos. Una conducta que exteriormente es siempre la misma puede *una vez*

(48) MEZGER, *Tratado*, etc., cit., tomo I, pág. 346.

(49) *Op. cit.*, tomo I, pág. 349.

(50) *Op. loc. cit.*

ser conforme al Derecho y otra antijurídica, según el sentido que el autor atribuya a su acto . . . El sutil y complicado juego de los intereses de los hombres no se desarrolla tan tosca y exteriormente que pueda decirse que en la delimitación entre injusto y Derecho no importen en absoluto aquellos factores anímicos". (51)

MEZGER subraya que esos elementos o factores no sólo son del injusto, sino también de la culpabilidad, pues de otro modo les faltaría "la posibilidad de ser imputados personalmente". (52)

Aclarada su postura, el jurista germano explica que el Derecho positivo conoce los siguientes grupos de delitos con elementos subjetivos del injusto:

1) *Los delitos de intención en la forma de los llamados delitos mutilados de dos actos*, en los que el hecho es querido por el agente como medio subjetivo de un actuar posterior del mismo sujeto.

2) *Los delitos de tendencia*, en la forma de los llamados delitos de resultado cortado, en los que el agente hace algo al objeto de que se produzca un resultado ulterior.

3) *Los delitos de expresión*, en los que la acción aparece como manifestación de un proceder anímico del agente. (53)

Hasta aquí con MEZGER, procedamos a examinar el parecer de BETTIOL.

El Profesor de Padua anota que cuando se habla de elementos subjetivos de la antijuridicidad no se debe hacer referencia al coeficiente interno de la acción. Ahora bien, para entender la naturaleza de tales elementos, BET-

(51) *Op. cit.*, págs. 349 y 350.

(52) *Op. cit.*, págs. 354-355.

(53) *Op. cit.*, págs. 357 y 358.

TIOL, dice que se debe tener presente que ciertas acciones presentan una "*marcada tendencia subjetiva*", una actitud psicológica del agente dirigida hacia un determinado fin. Como ejemplo de esta clase de acciones, señala la del delito de robo, y afirma que sólo tiene relieve si el sujeto obra con el fin de sacar provecho. De acuerdo con esto, BETTIOL destaca "la imposibilidad de proceder a una valoración del hecho objetivo (en su coeficiente físico y psicológico) sin tomar contemporáneamente en examen la tendencia psicológica del agente". (54)

Pero estos elementos subjetivos del injusto tienen, también, "la tarea y función de condicionar el carácter antijurídico del hecho al carácter culpable del mismo". (55) En otros términos, los elementos subjetivos en cuestión, son también elementos de la culpabilidad.

Son de gran peso las opiniones de MEZGER y de BETTIOL. (56) Tienen razón cuando afirman que los

(54) BETTIOL, *Diritto Penale*, etc. cit., pág. 226.

(55) *Op. loc. cit.*

(56) *Mutatis mutandis*, así opina GUILLERMO SAUER. Considera que en los elementos subjetivos del injusto "la más moderna doctrina jurídico-penal creyó realizar un descubrimiento y vió en la naturalidad con que se empleaba, por ejemplo, en el tipo del hurto el carácter del ánimo de apropiación, un problema especial que debía haber conmovido la separación, hasta ahora mantenida, entre el injusto y la culpabilidad, las características objetivas y subjetivas. Demasiado sencilla y natural aparecía la explicación técnico-legal de que para el hurto no se requería la apropiación real sino que bastaba solamente el apresamiento con intención de apropiación y por eso la consumación ya se verificaba antes. La intención de apropiación, pertenece por eso, con respecto a la apropiación, al tipo, como injusto objeto tipificado; pero pertenece a la culpabilidad en cuanto que no basta el dolo sencillo de apropiación sino que se exige una intención que sobrepasa el dolo y está dirigida a la utilización. Aquella diferenciación fundamental de lo subjetivo y objetivo, intacta también a través de esta situación jurídica,

elementos subjetivos de la antijuridicidad son fundamentales en el juicio de valor. Pero no estamos de acuerdo con ellos cuando consideran que son, *al mismo tiempo*, elementos de la culpabilidad. Allí no tienen nada que hacer; el juicio de reproche para ninguna función los reclama. Además, tal aserto tiene una grave consecuencia: se hace difícil, por no decir imposible, la distinción entre ilicitud y reproche personal.

4. Como un intento de conservar una antijuridicidad rigurosamente objetiva y una culpabilidad meramente subjetiva, tenemos la postura que concibe los momentos anímicos del injusto como dolo específico, o como elementos de la culpabilidad.

En primer término está EUSEBIO GOMEZ, quien sostiene la existencia de un dolo *genérico* y un dolo *específico*. El primero está representado por la coincidencia entre el efecto de la acción y la intención que se tuvo al ejecutarlo; es la intención de cometer un delito. (57)

En cambio como se verá en seguida, el dolo específico es identificado por GOMEZ con los elementos subjetivos del injusto. "Dolo específico es el que la ley tiene en cuenta, en relación a ciertos delitos, para caracterizarlos o para hacer de él una circunstancia calificativa. Así, una debe ser distribuida justamente: injusto y culpabilidad se diferencian ciertamente en la medida valorativa, pero injusto y culpabilidad no se diferencian en el objeto pues el querer y el obrar penetran dentro de uno y otra. Así se explica que el juicio del injusto pueda referirse también a elementos subjetivos como la intención, el fin, el motivo; y por eso se incluyen también en la tipicidad objetiva elementos subjetivos que se reproducen aún en el juicio de culpabilidad". (*Derecho Penal, parte general*, traducción directa del alemán por Juan Del Rosal y José Cerezo, Casa editorial Urgel, Barcelona, 1956, págs. 118 y 119)

(57) GOMEZ, *Tratado de Derecho Penal*, Compañía Argentina de Editores, Tucumán 826, Buenos Aires, 1939, tomo I, pág. 441.

de las formas del delito de extorsión contemplada en el artículo 70 del código penal, consistente en detener en rehenes a una persona para sacar rescate. Esta finalidad representa el dolo específico". (58)

Tal modo de ver las cosas es compartido en Italia por FRANCESCO ANTOLISEI. El Profesor de Turín acepta al lado del dolo genérico, la presencia de un dolo específico, y al igual que GOMEZ, confunde los elementos subjetivos de la antijuridicidad con esta categoría de dolo. El dolo específico, subraya ANTOLISEI, tiene tal índole "cuando la ley exige que el sujeto haya obrado por un fin particular, cuya realización no es necesaria para la existen-

(58) GOMEZ, *op. loc. cit.* RICARDO C. NUÑEZ sigue esta postura: "Por regla, los elementos constitutivos de la figura delictiva sólo sirven para la función descriptiva que ella desempeña. Esto ocurre siempre que esos elementos no hacen mención, directa o inmediatamente, a situaciones o estados psíquicos del delincuente.

"Entran en la excepción los llamados elementos *subjetivos* o dolo específico..." Ejemplificando, NUÑEZ hace mención del *animus injuriandi*, y continúa diciendo que los elementos subjetivos "sólo tienen un *significado especial*, distinto del puramente descriptivo del resto de los elementos del hecho, cuando, por representar intelecciones o voliciones especiales exigen en el delincuente un *dolo específico*, el cual excluye, si no se transforma su esencia de hecho, la imputación del delito a título de culpa o de dolo eventual". (*Derecho Penal Argentino*, parte general, etc., cit., tomo I, págs. 227 y 228) GIUSEPPE MAGGIORE se inclina también por esta corriente, y dice que "El dolo es *genérico* cuando la voluntad se dirige a causar un resultado jurídicamente prohibido. *Específico*, cuando la voluntad tiende a conseguir un fin *especial*, requerido por la ley para distinguir de otro un título de delito. Así el fin de sacar provecho distingue el hurto (art. 624) de los demás delitos contra la propiedad (daño en la cosa ajena) el fin de lujuria y de matrimonio distingue el rapto (arts. 522 y 523) de los demás delitos de secuestro o de retención de menores". (*Derecho Penal*, Editorial Temis, traducción del italiano por José J. Ortega Torres, Bogotá, 1954, Volumen I, pág. 585).

cia del delito, o sea un *fin que está más allá y, por tanto, fuera del hecho que constituye el delito*". (59)

La distinción que GOMEZ y ANTOLISEI hacen del dolo, en genérico y específico, no tiene ninguna base. No vemos nosotros la relación de género a especie, lógicamente necesaria, entre las mencionadas categorías de dolo.

Además, de aceptar que los elementos subjetivos del injusto sean dolo específico, llegaríamos a la temeraria afirmación de que, quien se apodera de una cosa ajena mueble con la finalidad de admirar sus cualidades, realiza una conducta antijurídica, pero no culpable porque le falta el "dolo específico" (*animus lucrandi*).

Por otro lado encontramos a JAMES GOLDSCHMIDT, cuya opinión presenta un rasgo común con la de los dos penalistas anteriores. Al igual que ellos, concibe los elementos subjetivos del injusto ligados a la culpabilidad; pero difiere de ellos en que no los considera dolo específico.

El jurista Alemán rechaza de plano la concepción de los elementos subjetivos de la antijuridicidad. Según él, ZIMMERL excluye del ámbito de tales elementos, "los delitos de intención", y eso que son los que han dado origen a la teoría. (60) Considera además que tampoco las acciones impúdicas y los delitos de expresión pueden salvar las características subjetivas del injusto, y arremete contra esta clase de delitos, y con ello contra MAYER, de la siguiente manera. "Según la opinión de M. E. MAYER: si el joven médico, siguiendo la sugestión de Mefistófeles, toma a la muchacha con la intención que Mefis-

(59) ANTOLISEI, *Manual, etc., cit.*, pág. 263.

(60) JAMES GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943, traducción del alemán por Margarethe De Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, pág. 46.

tófeles aparenta tener (para ver si se ha fajado demasiado fuerte, entonces él, obraría conforme al Derecho, pero si lo hace con la intención que verdaderamente tiene el diablo, lo haría de manera antijurídica. Pero esto no es exacto. Si un médico practica a una mujer, con su permiso, un reconocimiento médicamente indicado y apto para lograr el fin terapéutico, obra de manera conforme al derecho sin que interese lo que él sienta haciéndolo. Si, por lo contrario, alguien ejecuta sobre una mujer una acción que viola la decencia sexual, sin que se den los presupuestos objetivos mencionados, entonces, él obra antijurídicamente, aún cuando sólo tenga la intención de satisfacer de este modo su afán de instruirse en el campo de la medicina". (61) Porque, según GOLDSCHMITH, lo que interesa no es "el 'motivo' del autor, sino cuál es la 'finalidad' para cuyo logro la acción aparece objetivamente apta". (62)

Después de estas consideraciones el docto profesor alemán fija su posición. Para él, los elementos subjetivos del injusto "constituyen características especiales del tipo (como la intención, aun la impúdica, el egoísmo, o la codicia como móviles de la comisión, la maldad o la malicia), ellas son *características especiales de la culpabilidad*". (63) Debemos aclarar que para este autor el tipo es el conjunto de presupuestos del delito, por eso es natural que capte la culpabilidad.

Por último, el penalista cuya opinión estamos exponiendo, precisa la función de las que él llama características tipificadas de culpabilidad: "contienen exigencias especiales puestas a la situación de motivación, cuyo cumplimiento tiene significación, ya sea para fundamentar, ya

(61) GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, págs. 48 y 49.

(62) *Op. cit.*, pág. 49.

(63) *Op. cit.*, pág. 50.

sea para agravar, ya sea para atenuar la pena". (64)

Según advertimos, GOLDSCHMIDT confunde el fin, que pertenece a la antijuridicidad, con el motivo, que pertenece a la culpabilidad. Por eso, al considerar los elementos subjetivos del injusto como *exigencias especiales puestas a la situación de motivación*, los identifica, sin más, con el motivo y, en consecuencia, siguen la suerte de éste.

5. Toca en turno el examen de la discutida teoría de la acción finalista. Para tener una clara visión de la actitud que esta corriente adopta frente al problema de los elementos subjetivos del injusto, se nos ha de permitir destacar sus principios fundamentales.

HANS WELZEL, quien tiene el mérito de haber dado actualidad al finalismo, piensa que la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. Ésta tiene su apoyo "en que el hombre sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos". (65) Por ello, hay que distinguir lo que es finalidad, de lo que es causalidad. Mientras la primera "es un actuar dirigido concientemente desde el objetivo. . . la causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes". (66) De aquí se deduce el dogma del finalismo: la finalidad es "vidente"; la causalidad es "ciega".

Hecha la diferencia entre causalidad y actividad finalista, WELZEL observa que ésta comprende: 1) el objetivo que se quiere alcanzar; 2) los medios que se emplean

(64) *Op. cit.*, pág. 51.

(65) HANS WELZEL, *op. cit.*, pág. 39.

(66) WELZEL, *op. loc. cit.*

para ello; y 3) las consecuencias que se vinculan con el empleo de los medios. (67) Así, una acción es finalista solamente en lo referente a los resultados que la voluntad se propone; en cuanto toca a otros resultados no queridos por la voluntad, es sólo causal. (68) Para aclarar esto último, el Profesor de Bonn acude al siguiente ejemplo: "La enfermera que, sin pensar en nada, inyecta una dosis de morfina demasiado fuerte, de efecto letal, realiza ciertamente una inyección finalista, pero no una acción finalista de homicidio". (69)

Posteriormente WELZEL abandona la sede ontológica de la acción para pasar al campo normativo de los tipos del Derecho penal. Aquí distingue las acciones en dolosas y culposas. Respecto a las primeras, dice que son aquellas acciones finalistas cuya voluntad de concreción se dirige a la realización de objetivos socialmente negativos. (70) Considerando que el dolo, "como concepto jurídico, es aquella voluntad finalista de acción que está dirigida hacia la concreción de las características objetivas de un tipo de injusto". (71)

Por cuanto toca a las acciones culposas, son explicadas de la manera siguiente: "el derecho no se conforma con prohibir solamente acciones dolosas antijurídicas, sino que establece, también para acciones que no tienen ningún dolo antijurídico, determinadas exigencias en su dirección finalista, para tutelar los bienes jurídicos". (72) Nótese cómo WELZEL habla de dolo en su sentido de *concepto jurídico*, de *dolo antijurídico*, y de *acciones que no tienen*

(67) *Op. cit.*, pág. 40.

(68) *Op. cit.*, pág. 41.

(69) *Op. loc. cit.*

(70) *Op. cit.*, págs. 42 y 43.

(71) *Op. cit.*, pág. 43.

(72) *Op. loc. cit.*

ningún dolo antijurídico, o sea, según entendemos, para el penalista alemán hay un *dolo de hecho*.

En las acciones dolosas lo relevante para el Derecho penal son sus consecuencias finalistas; en cambio, éstas, en las acciones culposas son irrelevantes, y se las mira en sus consecuencias puramente causales. (73)

Por último WELZEL dice que el dolo pertenece a la acción (74) y también a la antijuridicidad. (75)

Habiendo expuesto los puntos sobresalientes del finalismo welzeliano, estamos en condiciones de realizar su apreciación crítica.

Observamos que, al ser la finalidad el factor que conforma la acción, WELZEL logra un concepto unitario de ella. La finalidad vale, tanto para las acciones dolosas, como para las culposas; en el momento de la acción no se distinguen.

Ahora bien, cuando WELZEL afirma que el dolo pertenece a la acción, se refiere a un dolo que no es antijurídico, vale decir, a un dolo de hecho, pues sólo así puede encajar en el ámbito de la acción, que es ontológico.

En el terreno de lo normativo es donde el penalista tedesco rompe con los conceptos tradicionales. Ahí es donde los delitos dolosos y los culposos aparecen frente a frente, como dos entidades completamente distintas. En consecuencia, hay dos clases de injusto, regidos por principios diferentes: una antijuridicidad para las acciones dolosas, las que son contempladas en sus consecuencias finalistas; otra parte para las acciones culposas, que se aprecian en otra para las acciones culposas, que se aprecian en sus consecuencias puramente causales.

(73) *Op. loc. cit.*

(74) *Op. cit.*, págs. 73, 74, 77 y 151.

(75) *Op. cit.*, págs. 69 y 70.

Así, rompe de plano con la unidad del injusto e imposible, naturalmente, su teoría general.

Debemos recordar que WELZEL considera el dolo como elemento del injusto. Se refiere al dolo antijurídico, puesto que el dolo no antijurídico (de hecho) pertenece a la acción. Esto es lo que más se le reprocha al finalismo: despojar a la culpabilidad de sus especies tradicionales (pues también la culpa pasa a formar parte de la antijuridicidad), para encajarlas en un lugar inadecuado. Pero esto no es todo, sino que al subjetivizar la antijuridicidad, todos los problemas atinentes a la culpabilidad se encuadran en aquélla.

Por otra parte, mucho nos preocupan los conceptos de dolo antijurídico y dolo de hecho, que hemos encontrado en WELZEL. Se nos dirá que son nociones inventadas por nosotros. Pero no es así. Si el dolo, como concepto jurídico, fuera trasladado a la acción, las actividades cuyo objetivo no fuera socialmente negativo como las culposas, no serían acciones; y recuérdese que para WELZEL también la enfermera que, no queriendo hacerlo, mata a quien le aplica voluntariamente una inyección, realiza una acción finalista.

Habiendo cumplido nuestro propósito, debemos examinar la solución del finalismo al problema de los elementos subjetivos del injusto, la que no es más que consecuencia de las premisas de que parte.

WELZEL expone que junto "al dolo, como elemento genérico personal-subjetivo . . . aparecen en el tipo, frecuentemente, elementos especiales personales-subjetivos, que colorean el contenido ético-social de la acción en un sentido determinado. Según la posición y enfoque subjetivo con que el autor realiza la acción, se determina muchas veces decisivamente el sentido ético-social especial de la acción . . . Un tacto corporal puede ser una revisión

médica o una acción lasciva, según la dirección de voluntad del autor". (76)

Los elementos subjetivos del injusto o, como WELZEL los llama, *elementos subjetivos de autoría*, son clasificados por él en tres grupos:

a) *La intención como tendencia hacia un fin ulterior*. En ella el propósito de concretar el tipo objetivo es solamente el medio para un fin más amplio.

b) *La tendencia especial de la acción*. Como la *tendencia voluptuosa* en los delitos de lascivia.

c) *Los elementos especiales de ánimo*. Estos elementos sobrepasan el dolo, y caracterizan el contenido particular ético-social de disvalor del hecho. Por ejemplo: "brutal", "malicioso", "egoísta". En determinados tipos, algunos de estos elementos de ánimo son, simultáneamente, elementos de culpa; es decir, pueden ser realizados solamente por un sujeto capaz de culpa; por ejemplo: "de mala fe". (77)

Estamos perfectamente de acuerdo con WELZEL en lo referente a considerar los elementos subjetivos mencionados, como elementos del injusto. Pero en lo que no podemos estarlo es en identificarlos con el dolo, y menos considerar al dolo como elemento genérico de la antijuridicidad, ya que para nosotros es, y será siempre, una de las especies de la culpabilidad.

Como podemos notar, el profesor germano se inclina por ver un dolo genérico y un dolo especial, éste último identificado con los elementos subjetivos del injusto. Así piensan también GOMEZ y ANTOLISEI, según ha quedado expuesto, salvo que ellos remiten el dolo y su espe-

(76). *Op. cit.*, pág. 83.

(77) *Op. cit.*, págs. 84-85.

cie, a su verdadero ámbito: la culpabilidad; en cambio WELZEL hace su remisión al capítulo de la acción y de la antijuridicidad, lo que es ya una profunda diferencia.

REINHART MAURACH, uno de los finalistas más allegados a WELZEL, resuelve el problema que estamos tratando, en forma similar.

Se plantea la cuestión de cómo es posible hablar de una antijuridicidad objetiva, si es la dirección de la voluntad del autor (presencia de especiales intenciones y tendencias) que caracteriza la acción, la que hace aparecer esa acción como adecuada o contraria al Derecho. (78)

A esto se debe contestar, dice MAURACH, en primer lugar, "que el reconocimiento de los llamados elementos subjetivos del injusto o del tipo se concilia perfectamente con la teoría del injusto libre de culpabilidad; no hallamos reparo alguno en asignar, a las intenciones (trascendentes al dolo) y a las tendencias del autor un efecto constitutivo del tipo; esto es: objetivo. Lo mismo cabe decir de la teoría del tipo que considera al dolo del agente. . . como factor configurador, libre de valor, del suceso real, objetivo". (79)

Mutatis mutandis, hacemos la misma crítica que a WELZEL, por lo cual nos remitimos a ella.

6. Primero son las opiniones ajenas y luego las propias. En contra de esta regla de cortesía, en el capítulo que antecede, hemos expuesto nuestro punto de vista. Esto tiene una explicación. Por razones de sistema, preferimos desarrollar el tema de los elementos subjetivos del injusto, tal como lo entendemos nosotros, porque es imposible abordar las soluciones de la doctrina sin saber, previamente, en qué consisten los mencionados elementos. Tenga esto

(78) MAURACH, *op. cit.*, tomo I, págs. 357-358.

(79) *Op. cit.*, pág. 358.

el carácter de excusa.

Pues bien, en este lugar vamos a tratar las opiniones de los autores en quienes hemos encontrado apoyo.

Ya se ha dicho, y no es inútil repetir, que fue H. A. FISCHER, en 1911, el autor que inició la teoría de los elementos subjetivos del injusto. Para FISCHER el Derecho no debe ejercer una función de policía de las intenciones y pensamientos del individuo, los fines accesorios no deben intervenir en la determinación de la antijuridicidad; "incluso cuando el fin es relevante, no debe ser identificado, sin más trámites con el motivo del autor". (80) Pero hay que reconocer que en ciertos casos "momentos subjetivos cooperan en la determinación de los límites entre Derecho e injusto". (81) FISCHER examina luego, las manifestaciones del Derecho positivo de las que resulta que la ley prohíbe o permite un acontecimiento, según la intención o propósito que guía al sujeto a realizar su conducta. (82)

Tres años después, en 1914, AUGUSTO HEGLER investiga en torno al mismo asunto. El punto de arranque de este autor, como el de FISCHER, es el área de la antijuridicidad objetiva. Dice que el daño social *objetivo* de la conducta puede depender, en el caso concreto, de momentos *subjetivos*. Uno de dichos momentos lo encuentra en la "tendencia interna trascendente" en los delitos de intención. Así, lo que lesiona los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal, en esta clase de delitos, "no es cualquier sustracción de una cosa mueble ajena, sino sólo

(80) HAROLD A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, págs. 289, 294-295 (citado por EDMUNDO MEZGER, *op. cit.*, pág. 347).

(81) FISCHER, *op. cit.*, pág. 28. Cfr. MEZGER, *op. loc. cit.*

(82) FISCHER, *op. loc. cit.* Cfr. MEZGER, *op. loc. cit.*

el carácter de excusa.

Pues bien, en este lugar vamos a tratar las opiniones de los autores en quienes hemos encontrado apoyo.

Ya se ha dicho, y no es inútil repetir, que fue H. A. FISCHER, en 1911, el autor que inició la teoría de los elementos subjetivos del injusto. Para FISCHER el Derecho no debe ejercer una función de policía de las intenciones y pensamientos del individuo, los fines accesorios no deben intervenir en la determinación de la antijuridicidad; "incluso cuando el fin es relevante, no debe ser identificado, sin más trámites con el motivo del autor". (80) Pero hay que reconocer que en ciertos casos "momentos subjetivos cooperan en la determinación de los límites entre Derecho e injusto". (81) FISCHER examina luego, las manifestaciones del Derecho positivo de las que resulta que la ley prohíbe o permite un acontecimiento, según la intención o propósito que guía al sujeto a realizar su conducta. (82)

Tres años después, en 1914, AUGUSTO HEGLER investiga en torno al mismo asunto. El punto de arranque de este autor, como el de FISCHER, es el área de la antijuridicidad objetiva. Dice que el daño social *objetivo* de la conducta puede depender, en el caso concreto, de momentos *subjetivos*. Uno de dichos momentos lo encuentra en la "tendencia interna trascendente" en los delitos de intención. Así, lo que lesiona los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal, en esta clase de delitos, "no es cualquier sustracción de una cosa mueble ajena, sino sólo

(80) HAROLD A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, págs. 289, 294-295 (citado por EDMUNDO MEZGER, *op. cit.*, pág. 347).

(81) FISCHER, *op. cit.*, pág. 28. Cfr. MEZGER, *op. loc. cit.*

(82) FISCHER, *op. loc. cit.* Cfr. MEZGER, *op. loc. cit.*

la sustracción de una cosa mueble con la intención de apropiársela antijurídicamente". (83)

De esto, HEGLER sienta el siguiente principio: "no todo lo *subjetivo* pertenece a la *culpabilidad*, ni a la antijuricidad lo sólo *objetivo*". (84)

Después, en 1915, MAX ERNEST MAYER aborda el tema de los elementos subjetivos del injusto, precisamente en el capítulo de la antijuricidad. Como exigencia metódica, concibe ésta en forma objetiva. Pero dice que hay casos en que para afirmar el carácter injusto de un acto hay que tener en cuenta "los elementos subjetivos de la antijuricidad", que "no coinciden con los elementos de la culpabilidad". (85) Para probar su aserto MAYER escribe el ejemplo tan famoso en la literatura penal, nos referimos al caso sacado de las páginas del FAUSTO del inmortal GOETHE. "No es indiferente que el joven médico siga las excitaciones de Mefistófeles y coja (a la mujer) 'en torno a la esbelta cadera para ver cuán firmemente apretada es', con la intención que el demonio supone o con la que él afirma tener; lo uno está prohibido, lo otro permitido. Pero nosotros, con la consideración del fin, no logramos la comprobación de la antijuricidad, pues pueden inferirse del ejemplo toda suerte de complementos: si el joven médico estaba fuertemente embriagado o había prestado su consentimiento en un error excusable, ha obrado antijurídicamente y sin embargo no es culpable. Los procesos subjetivos son los que hacen una acción injusta

(83) AUGUSTO HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechen. ZstW.*, XXXVI, 1914, págs. 19 y sigs. Cfr. MEZGER, *op. cit.*, pág. 347.

(84) HEGLER, *op. loc. cit.* Cfr. MEZGER, *op. loc. cit.*

(85) MAX ERNEST MAYER, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1923, pág. 185. Cfr. JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, tomo III, pág. 821.

y no son absolutamente idénticos a los que imprimen el sello de la culpabilidad. La doctrina de aquel ejemplo admite una generalización: Los elementos subjetivos de la antijuricidad son *propias* características de lo antijurídico, pero no son características de la culpabilidad, ni *propias* ni *impropias*. . ." (86)

Por último, MAYER añade la distinción entre el motivo y el fin, que como hemos visto son confundidos por GOLDSCHMIDT. "Del mismo modo —sostiene MAYER— que no se identifica el fin con el motivo y que no coincide una consideración teleológica con una causal, tampoco es el elemento subjetivo de la antijuricidad una característica de la culpabilidad". (87)

Dejemos a los penalistas alemanes para pasar a exponer las palabras de EUGENIO CUELLO CALON, IGNACIO VILLALOBOS y RICARDO FRANCO GUZMAN. El primero escribiendo en España, los restantes en México.

CUELLO CALON comienza por subrayar la importancia de la antijuridicidad, que para él, es el aspecto más relevante del delito. Ahora bien, aún reconociéndole un carácter predominantemente objetivo, "se ha observado, particularmente por penalistas alemanes, que determinados hechos delictivos presentan un marcado carácter subjetivo, muestran una específica actitud psicológica del agente dirigida a un determinado fin. Una misma conducta exterior, se ha dicho, puede ser conforme al derecho o antijurídica, según el sentido que el agente atribuya a su acto, según la disposición anímica con que lo ejecute. Estos

(86) M. E. MAYER, *op. cit.*, págs. 185-186. Cfr. JIMENEZ DE ASUA, *op. loc. cit.*

(87) MAYER, *op. cit.*, pág. 187. Cfr. JIMENEZ DE ASUA, *op. loc. cit.*

elementos de índole subjetiva son denominados 'elementos subjetivos del injusto' ". (88)

Dichos elementos los encuentra en los delitos "de intención" o "de tendencia", como el robo, las lesiones con intención de injuriar. (89)

IGNACIO VILLALOBOS también ubica los elementos subjetivos citados, en el tema de la antijuridicidad. Como todos los autores de este grupo, recalca el carácter objetivo del injusto, y piensa que esto no impide el reconocimiento de "algunos elementos subjetivos que, no obstante serlo, constituyen excepcionalmente la antijuridicidad en determinadas conductas, por necesitarse incluirlos en la valoración objetiva del acto que con ellos resulta antisocial o contrario al orden jurídico". (90) Por este camino, VILLALOBOS requiere para la antijuridicidad de las injurias, "el propósito de ofender" para el fraude "la intención de engañar y obtener un lucro indebido". (91)

Estos datos subjetivos del injusto pertenecen sólo al juicio de valor y no a la culpabilidad. Para demostrarlo VILLALOBOS expresa lo siguiente: "Un demente puede proferir frases *con propósito* de ofender a otra persona y con ello ejecutará un acto *antijurídico*, inconveniente; pero por su anormalidad que le hace vivir en un mundo irreal y tomar sus determinaciones por una motivación que no le es imputable psicológicamente, el acto no es culpable de su parte; *no es reprochable al sujeto*". (92)

(88) CUELLO CALON, *op. cit.*, pág. 338.

(89) CUELLO CALON, *op. cit.*, pág. 339.

(90) VILLALOBOS, *op. cit.*, pág. 92.

(91) VILLALOBOS, *op. loc. cit.*

(92) *Op. loc. cit.*

Para finalizar nuestro recorrido vamos a resumir el parecer de RICARDO FRANCO GUZMAN, quien también refuerza nuestro punto de vista.

FRANCO GUZMAN se inclina por aceptar elementos subjetivos en el tipo legal objetivo. Estos elementos operan, según su naturaleza, en la comprobación de diversos juicios. "Así —continúa el maestro— se encuentran en los tipos legales no solamente elementos subjetivos que llevan en sí una de las formas de culpabilidad, cuya comprobación se utiliza con el fin de reprobar el autor, sino que se encuentran con una cierta frecuencia tipos de delitos que requieren una especial intención, un fin particular, un objeto determinado que es esencial para poder emitir un juicio de antijuridicidad". (93)

Para entender con claridad lo anterior, el penalista mexicano explica la división entre el *motivo* y el *fin* de la voluntad del autor del delito, precisando la noción de ambos conceptos. "El *motivo* en el delito es la causa viciada que impulsa al sujeto a realizar una determinada acción, el cual tiene importancia sobre todo para el juicio de culpabilidad; el *fin*, en cambio, es aquella intención dirigida hacia un determinado objeto; este fin último, este objeto final es el que da coloración de ilicitud a la acción". (94)

Más adelante FRANCO GUZMAN dice que, en ocasiones, los tipos legales contienen elementos subjetivos que sirven al mismo tiempo a la antijuridicidad y a la culpabilidad. "Pero, aun admitiendo la existencia de estos casos, es difícil llegar a la afirmación, del todo errónea,

(93) FRANCO GUZMAN, *La subjetividad, etc., cit.*, págs. 137-138.

(94) FRANCO GUZMAN, *op. cit.*, anteriormente, pág. 139.

consistente en la identificación entre las dos funciones en todos los tipos legales que presentan elementos subjetivos; afirmar que los mencionados elementos pertenecen a la ilicitud y a la culpabilidad al mismo tiempo, como quisiera MEZGER, es una aseveración que nos parece necesario rechazar enérgicamente. Cuando se habla de elementos subjetivos del tipo, que contribuyen a la integración del juicio de antijuridicidad, no se debe hacer referencia a la culpabilidad". (95)

Luego de exponer y examinar las diversas denominaciones empleadas, principalmente por autores alemanes, para definir los elementos subjetivos del injusto, FRANCO GUZMAN se inclina por aceptar la de MARCELO FINZI, que a continuación transcribimos: "*voliciones dirigidas hacia un resultado que está fuera de los hechos externos de ejecución del delito*". (96)

Antes de pasar al examen de los casos en que se encuentran elementos subjetivos del tipo, expresa su desacuerdo con la concepción del dolo específico, la que "no es más que el resultado de un desesperado intento de unir todo elemento subjetivo a la culpabilidad, que de este modo comprende no sólo las formas tradicionales de dolo, culpa y preterintención, sino también un dolo distinto que se llama 'específico' o 'especial'.

"Además debe notarse que usando el término 'dolo específico' se hace referencia a elementos que sirven para describir la conducta externa antijurídica, por lo tanto este término comprende nociones que no se expresan en el concepto usado". (97)

Con arreglo al Derecho Positivo Italiano y para fi-

(95) *Op. cit.*, pág. 141.

(96) *Op. cit.*, págs. 142-143.

(97) *Op. cit.*, pág. 144.

nalizar, FRANCO GUZMAN divide los tipos con elementos subjetivos, en tres grupos:

a) Tipos con elementos subjetivos de interés absoluto para la culpabilidad, por referirse al motivo que ha impulsado al sujeto.

b) Tipos que contienen elementos con doble referencia a la ilicitud y a la culpabilidad, porque el fin tiene también el carácter de motivo.

c) Tipos con elementos subjetivos de la antijuridicidad. Principalmente los casos caracterizados por el *animus lucrandi* y el *animus iniuriandi*. (98)

Para cerrar este capítulo, vamos a sintetizar nuestras ideas sobre el tema, aunque ello implique repetir lo escrito por nosotros en otro lugar.

Por regla general, el juicio de antijuridicidad tiene carácter objetivo, ya que al realizarlo se atiende sólo al coeficiente externo de la conducta, dejando para la culpabilidad el contenido de la voluntad. Mas este principio no es absoluto. En ocasiones, aparecen casos patológicos, por llamarlos así, que representan la excepción a la regla. En ellos es imposible la estimación de la conducta (en su aspecto objetivo), sin tomar en consideración, contemporáneamente, algunos datos de índole anímica.

Pues bien, tales datos son denominados *elementos subjetivos del injusto*, y tienen la función de reforzar o fundamentar el juicio de valor.

Lo anterior se comprende si observamos como la ley hace depender la ilicitud del hecho, de la presencia en el sujeto de una intención dirigida hacia un fin específico; de un ánimo especial en el agente. En pocas palabras, estos son los elementos subjetivos del injusto.

(98) *Op. cit.*, págs. 145 a 151.

Como es la ley, y sólo ella, la fuente donde se deben buscar dichos elementos, pasemos al examen de los delitos que, según nuestro Derecho positivo, los requieren.

CAPITULO QUINTO
LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO
EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

BIBLIOTECA CENTRAL
E. N. A. M.

CAPITULO QUINTO

SUMARIO: 1. Clasificación de los elementos subjetivos. 2. Figuras legales que los contienen. 3. Los elementos subjetivos del injusto y la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 4. El dudoso caso del delito de robo.

1. Los principios e ideas desarrollados a través de este trabajo quedarían en un simple bizantinismo jurídico, si omitiéramos su aplicación a nuestro Derecho positivo.

A fin de no incurrir en tan imperdonable abandono, dedicaremos esta última parte de nuestra tesis al examen de las figuras legales que requieren, expresa o tácitamente, elementos subjetivos de la antijuridicidad.

Basta una mirada al Código Penal para darse cuenta de cómo algunas figuras legales, además de las notas objetivas siempre concurrentes, contienen elementos subjetivos de diversa índole. Tales elementos, aunque tienen por común denominador lo anímico, no siempre desempeñan idéntica función. Con algunos de ellos se recalca la culpabilidad. En otros casos están referidos principalmente, al reproche personal, pero repercuten en el juicio de valor. Y, por fin, encontramos los datos psíquicos ya conocidos por nosotros que, reforzando la ilicitud de la conducta, constituyen, en puridad, los elementos subjetivos del injusto.

Por tanto, ensayando un panóptico (99), comprensivo de toda clase de elementos subjetivos exigidos por la ley, formularemos la siguiente clasificación.

A) *Elementos subjetivos de la culpabilidad*, por referirse:

a) *Al dolo*.

b) *Al elemento motivador (motivo)*

B) *Elementos subjetivos ambivalentes*, referidos, principalmente, a la culpabilidad, pero con repercusión en el injusto.

C) *Elementos subjetivos del injusto (delitos de intención lato sensu)*:

a) *Delitos de intención (sensu stricto)*. En ellos la voluntad se dirige a un fin que está más allá de los hechos externos de ejecución del delito. Subdivididos en dos grupos:

aa) *Delitos en los que, para la obtención del objetivo propuesto por la voluntad, se necesita un nuevo actuar del agente.*

bb) *Delitos en los cuales, para la concreción del fin del sujeto, no es indispensable otro actuar suyo.*

b) *Delitos de tendencia*. También en esta especie el fin se encuentra más allá de lo objetivo-externo del delito, pero se distingue de los delitos de intención (*sensu stricto*), por la *dirección subjetiva* o *animus*. Estos ilícitos los subdividimos en:

aa) *Delitos de lucro (animus lucrandi)*.

bb) *Delitos de perjuicio (animus nocendi)*.

(99) Tomamos esta clasificación, con algunas modificaciones, de la de JIMENEZ DE ASUA (*Op. cit.*, tomo III, págs. 835-836 y 920-921).

cc) *Delitos de lascivia o tendencia sexual (ánimo libidinoso)*.

dd) *Delitos de ofensa o menosprecio (animus iniuriandi)*.

2. Aplicando el esquema anterior a las disposiciones de nuestro Código Penal, encontramos los siguientes casos con exigencias subjetivas.

A) *Elementos subjetivos de la culpabilidad.*

a) *Equivalentes a dolo.* El legislador, para indicar que un delito no admite comisión culposa, recalca la especie más grave de culpabilidad con el término "dolosamente" o con un sinónimo.

Así, según el artículo 124, fracción X, el proporcionar *al enemigo* hombres para el servicio militar, dinero, armas, etc., debe ser "voluntariamente". En el mismo caso está la fracción II del artículo 134, en el que la conducta, consistente en proporcionar *a los rebeldes*, hombres para el servicio de las armas, municiones, dinero, etc., sólo es culpable cuando se realiza "voluntariamente". También los preceptos 135, fracción IV, y 332, hablan de actuar "voluntariamente".

En otros casos se dice "intencional" (art. 307), "intencionalmente" (art. 368, frac. I) o "maliciosamente" (arts. 225, frac. VIII y 247, frac. II).

Por fin, en el delito de difamación, se emplea directamente el adverbio "dolosamente" (art. 350).

Todos estos artículos permiten una generalización. Cuando la ley recurre al término "dolosamente" o a un equivalente, alude a una forma de actuar dolosa, que naturalmente, excluye a su contraria: la especie culposa.

b) *Referidos al elemento motivador.* (motivo). Con

estos entes anímicos se menciona el elemento motivador de la culpabilidad.

Como sabemos, dentro de una concepción normativa, el motivo es de relevancia decisiva para el reproche personal. De la calidad de aquél depende la medida de éste y, por consiguiente, la intensidad de la pena. No es lo mismo matar por envidia que matar por honor; lo primero merece mayor reproche, más pena; lo segundo, menos reproche, sanción atenuada.

La ley mexicana reconoce esta importancia y, con encomiable sapiencia, recomienda al juzgador, al individualizar la sanción, tener presentes "Las circunstancias peculiares del delincuente" (art. 51), destacando "los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir" (art. 52).

En otras ocasiones se exige un motivo especial. Así, los artículos 225, fracción VI, y 226, fracción I, disponen que el sujeto obre por "motivos inmorales".

Asimismo, en los delitos de infanticidio y aborto *honoris causa* (arts. 327 y 332) aparece, aunque no expresamente, la exigencia del *motivo de honor*, como razón de atenuación de la pena. Por obligada alternativa, si tal motivo (de honor) está ausente de la psique del agente, la pena no se atenúa. Trátase pues, de figuras privilegiadas por razón del motivo específico.

B) *Elementos subjetivos ambivalentes*, referidos, fundamentalmente, a la culpabilidad, pero con repercusión en el injusto.

Ejemplo de estos elementos bifrontes, se halla en los artículos 124, fracción VII, 135, fracción II, y 199 bis. En ellos leemos la palabra "sabiendo". Los preceptos 231, fracción I, 235, fracción III y 258, fracción I, contienen los términos "a sabiendas".

El conocimiento ("sabiendo" o "a sabiendas") de ciertas circunstancias por parte del sujeto, pertenece a la culpabilidad, al dolo, pero también le es necesario al juicio de valor.

C) *Elementos subjetivos del injusto (delitos de intención lato sensu)*:

a) *Delitos de intención (sensu stricto)*:

aa) Delitos que para la obtención del objetivo propuesto por la voluntad, necesitan un nuevo actuar del agente.

Paradigma de ellos lo encontramos en el artículo 133, según el cual, cometen el delito de rebelión, aquellas personas no militares en ejercicio, que se alcen en armas contra el Gobierno de la República, para: "I. Abolir o reformar la Constitución Política de ésta, o las instituciones que de ella emanan; II. Impedir la integración de éstas o su libre ejercicio, y III. Separar de sus cargos a algunos de los altos funcionarios de la Federación, mencionados en el artículo 108 de la Constitución Federal".

Pues bien, todos los objetivos taxativamente señalados por las fracciones transcritas del artículo mencionado, deben ser tenidos en mente por los rebeldes, para que su conducta sea declarada antijurídica. Sin embargo, con el simple hecho de alzarse en armas, no se obtienen esos fines; para tal efecto es menester otro actuar suyo.

Para JIMENEZ DE ASUA, la rebelión es el clásico ejemplo de los, por él llamados, delitos "de resultado anticipado" o, como los denomina BINDING, "delitos con resultado cortado", "a los que 'la impaciencia del legislador' hace que la consumación se anticipe, considerando como tal actividades que de otro modo deberían entenderse como meramente preparatorias". (100)

(100) JIMENEZ DE ASUA, *op. cit.*, tomo III, págs. 474 y 918.

También se hace imprescindible un acto posterior del sujeto activo para alcanzar el fin que desea, en la hipótesis del artículo 217, fracción I.

Por último, dentro de este mismo grupo, tenemos el caso del artículo 235, fracción V. Conforme a este precepto, comete el delito de falsificación de moneda, entre otras varias formas, el "que mande construir, compre o construya máquinas, instrumentos o útiles *para la fabricación de moneda*, si únicamente pudieren servir para ese objeto".

bb) Delitos en que, para la concreción del fin tenido en mente por el delincuente, no es indispensable una conducta posterior suya.

Como representantes de este grupo, citamos los delitos consignados en los artículos 124, fracciones VI y XI; 129; 141; 181; 217, fracción II; 249, fracción II; 253, fracciones I y III; 277, fracciones III y V; y 365, fracción II.

De la lectura de esos preceptos, deducimos que no es necesario un actuar posterior para alcanzar el objetivo propuesto. Esto no significa obtención de la meta; puede no lograrse, sin que por ello el delito desmerezca.

b) *Delitos de tendencia*, caracterizados por la *dirección subjetiva* o *animus*:

aa) *Delitos de lucro (animus lucrandi)*. Son dominados por el ánimo de lucro, los siguientes delitos: la falsificación de documentos, cuando el falsario se "proponga sacar algún provecho para sí o para otro" (art. 245, frac. I); la usurpación de profesión, puesto que el sujeto se une a profesionales legalmente autorizados con fines de ejercicio profesional, "con objeto de lucrar" (art. 250, frac. II, inciso e); el asalto, en cuanto el delincuente obra

con "el propósito de . . . obtener un lucro" (art. 286). En igual sentido están las formas de comisión de fraude, captadas por las fracciones IX ("para obtener un lucro") y X ("para obtener cualquier beneficio") del artículo 387.

bb) *Delitos de perjuicio (animus nocendi)*. Aunque parezca paradójico, el daño en propiedad ajena (art. 399), clásico delito de perjuicio, no demanda elementos subjetivos del injusto. En cambio, la falsificación de documentos, en tanto en cuanto el falsario se proponga "causar perjuicio" (art. 245, frac. I), se fundamenta en el ánimo de dañar.

El plagio o secuestro podemos contemplarlo como delito de lucro o de perjuicio, según "se trate de obtener rescate, o de causar daños o perjuicios" (art. 366, frac. I). Es, precisamente el *animus lucrandi* o el *animus nocendi*, lo que distingue el plagio o secuestro, de la genérica privación ilegal de la libertad; es lo que le da el carácter de figura agravada.

cc) *Delitos de libidine o lascivia (ánimo libidinoso)*. En esta especie de infracciones el carácter lascivo del ánimo es de subida importancia para la antijuridicidad del hecho.

El propósito lascivo es patente en el artículo 260, cuyo texto anotamos en seguida. Comete el delito de atentados al pudor, el "que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con el consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto erótico-sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula. . ."

Observando atentamente esta figura legal, notamos de inmediato el empleo de la expresión "ejecutar. . . un acto erótico-sexual". En ella está la exigencia subjetiva. Sin el *ánimo libidinoso* no es posible la calificación del acto como "erótico-sexual" (valga la redundancia). Dicho

ánimo tiene por contenido cualquier objetivo sexual, excepción hecha de la cópula, expresamente excluida por la ley al decir: "sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula"; si este propósito se presenta, tendremos una tentativa de violación (arts. 12, 265 y 266).

También el delito de raptó (art. 267) está estructurado sobre la base del *ánimo libidinoso*. No cualquier apoderamiento de una mujer lo integra; solamente el realizado "para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse".

dd) *Delitos de ofensa o menosprecio (animus iniuriandi)*. La esencia de tales entuertos radica en el *animus iniuriandi*, que significa el propósito de ofender, deshonestar o menospreciar.

Es indiscutible la presencia del elemento subjetivo del injusto, en el artículo 344. Este precepto expresa, en la fracción II: "Al que azotare a otro *por injuriarle*"; y pocas palabras después consigna que: "Son simples los golpes y violencias físicas que no causen lesión alguna y sólo se castigarán cuando se infieran *con intención de ofender*..."

Otro artículo, el 348, define la injuria como "toda expresión proferida o toda acción ejecutada para manifestar desprecio a otro, o con el fin de hacerle una ofensa". Con los términos "para manifestar desprecio", "con el fin de hacerle una ofensa", se indica el *animus iniuriandi*. Toda vez que con el concepto anterior se capta cualquier forma de injuria, no vemos la utilidad del artículo 344, que, como se ha visto, comprende actos injuriosos por medio de golpes.

De factura dudosa en cuanto al dato subjetivo, es el delito de difamación. En el texto del artículo 350, que lo conceptúa, no se encuentra el elemento anímico de la antijuridicidad. Mas toda duda se disipa con los siguientes razonamientos.

Cuando una cosa elimina a otra, lógicamente existió la cosa eliminada. Así, si al *animus iniuriandi* lo eliminan, lo destruyen: el *animus consulendi* (aconsejar), el *animus corrigendi* (corregir), el *animus criticandi* (criticar), el *animus iocandi* (jugar) y el *animus narrandi* (narrar); es porque previamente existió el *animus iniuriandi*.

Consultando el artículo 352, vemos que excluye a las injurias y a la misma difamación. Pero, ¿cuál es la *ratio* de esta exclusión? Pensamos que la razón no es otra que la presencia en la conducta, del *animus criticandi* (frac. I, II y III) o del *animus corrigendi* (frac. III). Luego entonces, el ánimo de injuriar existe en la difamación, pues de otro modo el artículo 352 no le sería aplicable.

3. Toda vez que la máxima autoridad en materia de interpretación a la ley es la Suprema Corte de Justicia, no podemos pasar por alto la fórmula por ella adoptada, en relación a los elementos subjetivos del injusto.

Si bien es cierto que, atendiendo al contenido de varios amparos (101), la Corte encuentra factores anímicos

(101) "2921.—RAPTO. NO ES PRECISO QUE EL AGENTE ALCANCE LA FINALIDAD PERSEGUIDA CON EL DELITO. Como elemento constitutivo de la figura, el legislador establece que el apoderamiento sea 'para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse', pero si el agente no alcanza una u otra finalidad, no por ello queda impune su conducta..." (Amparo directo 326/1959, interpuesto por José Justo Damián, resuelto el 29 de abril de 1959); "1997.—INJURIAS CONTRA AGENTES DE LA AUTORIDAD. Una de las más graves expresiones ofensivas, es la relativa a la madre, que si bien en nuestro medio, en algunas regiones y entre determinadas personas suele emplearse despojándola de su sentido injurioso, sin embargo lo readquiere cuando esas mismas personas cambian la entonación y la aplican con ánimo injuriente..." (Amparo directo 6288/1958, interpuesto por Elionay Montalvo Tamay, resuelto el 21 de febrero de 1963); "3324.—ROBO DE USO. Confesando un velador que se llevó un vehículo del establecimiento que vigilaba, para ir a un asunto particular,

en los delitos de rapto ("finalidad erótico-sexual o de matrimonio"), injurias ("ánimo injuriante"), y robo ("propósito de apropiarse la cosa"); se comprende que esto no resuelve la cuestión de su naturaleza.

El texto de otras ejecutorias es la clave para afirmar que la Suprema Corte confunde los elementos subjetivos del injusto con el pretendido *dolo específico*. (102)

Resumiendo: nuestro máximo tribunal reconoce elementos subjetivos en algunos delitos; mas no los enmarca en el injusto; los aprecia como *dolo específico*.

En otro lugar hemos expresado nuestra divergencia de tan respetable opinión, por lo que no vamos a insistir sobre su inconsistencia.

4. Quien haga dogmática (103) en nuestro Derecho

con el propósito de en seguida devolverlo, técnicamente realizó apoderamiento de cosa ajena mueble en ausencia del consentimiento del titular, no siendo sancionable su conducta por robo genérico, al no tener el propósito de apropiarse la cosa, sino tan sólo es punible por haberla disfrutado temporalmente, o sea robo de uso". (Amparo directo 3950/1957, interpuesto por José Sandoval Ríos, resuelto el 16 de julio de 1962).

(102) "1264.—DIFAMACION. Existe este ilícito si la imputación dañosa para la ofendida, no fue comunicada directamente a un tercero, sino a través de 'un amigo', pues con ello se advierte la propalación o difusión perjudicial; máxime cuando ni siquiera aparece que el acusado haya hecho la comunicación al tercero, sino porque éste era muy viejo y no le convenía como esposo a la ofendida (de quien dijo fue su amante); radicando aquí el dolo específico exigido por la ley... (Amparo directo 2673/1959, interpuesto por David Durán, resuelto el 3 de septiembre de 1959); "1265.—DIFAMACION, DOLO ESPECIFICO. Además de los elementos materiales del tipo, se requiere la demostración del dolo específico... (Amparo directo 4278/1962, interpuesto por Jorge Toala Nuricumbo, resuelto el 15 de marzo de 1963).

(103) PORTE PETIT define la dogmática como "el descubrimiento, construcción y sistematización de los principios rectores del ordenamiento pe-

positivo, y se enfrente con los artículos 367 y 380 del Código Penal, no podrá menos que compartir con nosotros las inquietudes del problema del robo, a la luz de los elementos subjetivos del injusto.

Para resolver tal cuestión, preciso es plantearla desde un principio.

El artículo 367 establece que "comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley".

De este precepto no es válido deducir la exigencia subjetiva. Está redactado en tal forma que es suficiente el hecho objetivo del apoderamiento de la cosa, sin importar la tendencia subjetiva; sin que los fines del agente jueguen papel alguno.

Empero, el artículo 380, en lo conducente, preceptúa: "Al que se le imputare el hecho de haber tomado una cosa ajena sin el consentimiento del dueño o legítimo poseedor y acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión, siempre que justifique no haberse negado a devolverla, si se le requirió a ello. . ."

Según se infiere de este artículo, relacionándolo con el anterior, el delito de robo se puede cometer en dos formas. Una de ellas, tomando la cosa ajena "con carácter temporal y no para apropiársela o venderla". La otra, por obligada alternativa, tomando la cosa con carácter no temporal, sino "para apropiársela o venderla". En la primera hipótesis habrá el llamado *robo de uso*; en la segunda, el *robo simple*.

nal positivo". (*Importancia de la dogmática jurídico penal* —Conferencia dictada en la Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales el día 13 de octubre de 1953—, primera edición, México, 1954, pág. 22)

Asociando ambos artículos (367 y 380) sucede que por robo simple se entiende: el apoderamiento de una cosa ajena mueble, etc., "para apropiársela o venderla".

Esta noción comprende al elemento subjetivo del injusto, encarnado en el *fin de apropiación o venta*.

En síntesis, la dificultad consiste en tomar partido ante la disyuntiva siguiente: o interpretamos el artículo 367 en forma aislada, y excluimos todo dato anímico de la configuración del robo; o, lo relacionamos con el artículo 380, y entonces exigimos en la estructura de ese delito, el *fin de apropiación o venta*. (104)

Nos inclinamos por la última alternativa. Estamos convencidos de que el artículo 367 debe relacionarse y completarse con el artículo 380; y en consecuencia, condicionamos la antijuridicidad del robo al momento subjetivo, expresado por el *fin de apropiación o venta*.

He aquí el porqué de nuestra solución. En primer lugar, nos basamos en la relación tan estrecha que existe en-

(104) Nótese la exigencia subjetiva en las siguientes ejecutorias de la Corte: "ROBO Y ABUSO DE CONFIANZA (ENCARGADO DE UNA FINCA).—En tanto que el robo implica apoderamiento injusto con ánimo de apropiación, sin la voluntad del ofendido..." (Amparo directo 6679/58, *Semanario Judicial de la Federación*, Vol. XXVIII, octubre de 1959, pág. 107); "ROBO Y DAÑO EN PROPIEDAD AJENA.—Si el robo realizado por los procesados es el genérico y no el de uso, existió en ellos el animus domini, ánimo de apropiación y de dominio". (Amparo directo 4944/59, *Semanario, etc., cit.*, Vol. XXX, diciembre de 1959, pág. 19); "ROBO.—El apoderamiento, con ánimo de apropiación, es lo que caracteriza al delito de robo". (Amparo directo 7091/59, *Semanario, etc., cit.*, Vol. XXXII, febrero de 1960, pág. 95); "ROBO DE USO.—El acusado por el delito llamado robo de uso, según la doctrina que ya se sabe se caracteriza porque hay ausencia de ánimo de apropiación en el sujeto del delito, debe justificar su aserto". (Amparo directo 6948/60, *Semanario, etc., cit.*, Vol. XLIII, enero de 1961, pág. 92).

tre los preceptos invocados (arts. 367 y 380), puesto que, además de encontrarse en el mismo Título, ambos se refieren al delito de robo.

En el segundo término, aceptando que el delito de robo es dudoso en cuanto a la exigencia subjetiva, hemos de aplicar el principio "*in dubio pro reo*", dado que lo mismo vale para el Derecho procesal que para el Derecho material. Y lo que en el caso beneficia al reo es la interpretación restrictiva: *odiosa sunt restringenda*.

No estamos solos en este camino, nos acompaña la autorizada voz de MARIANO JIMENEZ HUERTA, o mejor dicho, nos basamos en sus razonamientos.

El conocido penalista argumenta que al fijarse los caracteres o elementos del *robo de uso* (art. 380), "se subraya la necesidad de que la cosa hubiere sido tomada por el sujeto activo 'con carácter temporal y *no para apropiársela o venderla*', como, sin duda alguna, se exige por exclusión, según la propia voluntad de la ley exteriorizada expresamente en este artículo, en la configuración típica del robo descrito en el artículo 367". (105)

Más adelante, JIMENEZ HUERTA insiste sobre el tema. "Sólo existe el delito de robo si el apoderamiento de la cosa que menciona el artículo 367 se efectúa por el sujeto activo 'para apropiársela o venderla', como inequívocante precisa el 380. En este último artículo se perfila, delimita y recorta específicamente el elemento subjetivo de la antijuricidad. . . Por tanto, en la integración del tipo básico del delito de robo, el apoderamiento de la cosa ha de efectuarse por el agente 'para apropiársela o venderla'. Si el apoderamiento se hace para destruirla, dañarla o de-

(105) JIMENEZ HUERTA, *Derecho Penal Mexicano*, tomo IV, *La tutela penal del patrimonio*, primera edición, México, 1963, Antigua librería Robredo, pág. 40.

teriorarla, se configura el delito de daños (art. 399); si para usarla temporalmente, el especial de robo de uso (art. 380); y si para donarla o repartirla gratuitamente entre terceras personas, el hecho es atípico por estar ausente el elemento subjetivo de la antijuricidad preciso y necesario para la configuración del delito de robo". (106)

Con tales asertos se da solución al problema que nos ocupa. Empero, si convinimos con ellos, justo es reconocer y aceptar sus consecuencias adversas: el que se apodera de una cosa ajena con el fin de donarla, tiene asegurada la impunidad de su conducta; en cambio, la víctima queda en el desamparo.

El remedio a esta situación está en manos del legislador, quien reformando el artículo 380 puede optar por dos fórmulas. Suprimir del mencionado precepto los términos "para apropiársela o venderla"; en cuyo caso basta el hecho objetivo del apoderamiento de la cosa para integrar el delito de robo. O, si se desea conservar el elemento subjetivo del injusto, consignar, en lugar de la mencionada frase, otra más amplia comprensiva del fin de donación: *para apropiársela o enajenarla.*

CONCLUSIONES

PRIMERA. De acuerdo con nuestro Código Penal, afirmamos la concurrencia de cuatro elementos en la integración del delito: 1) la conducta; 2) la tipicidad; 3) la antijuridicidad, y; 4) la culpabilidad. En este orden deben estudiarse, y no existiendo el elemento anterior, no puede, lógicamente, existir el posterior.

SEGUNDA. La antijuridicidad, tercer elemento del delito, tiene carácter objetivo. Consiste en un predicado de valor que expresa la relación de contradicción entre el hecho o conducta y el Derecho. Para los efectos del juicio de valor, la conducta se toma en su coeficiente externo, haciendo caso omiso de lo anímico; y el Derecho se concibe en su *función valorativa*, fundamento de la *función imperativa*.

TERCERA. Una teoría objetiva de la antijuridicidad permite la clara diferencia entre ella y la culpabilidad. Este cuarto y último elemento del delito consiste en el reproche que se hace al sujeto por haber realizado una conducta antijurídica, pudiendo y debiendo obrar conforme a las *normas de deber* (expresión de la función imperativa del Derecho).

CUARTA. A la concepción objetiva de la antijuridicidad se opone la corriente subjetivista. Ella estima que el Derecho es esencialmente imperativo; es un conjunto de mandatos dirigidos a la voluntad humana. De ésta y sólo de ella depende el respeto y violación del orden jurí-

dico. Por consiguiente, sólo hay ilicitudes culpables.

QUINTA. No comulgamos con el subjetivismo, porque confunde la antijuridicidad con la culpabilidad, fundiéndolos en un solo elemento, y además, porque conduce a la etización del Derecho.

SEXTA. El principio de la antijuridicidad objetiva no es absoluto. Se ha demostrado que no siempre puede determinarse objetivamente la ilicitud de una conducta. Algunas veces, las menos, datos psíquicos intervienen en la delimitación entre Derecho e injusto.

SEPTIMA. Tales momentos anímicos, por intervenir y reforzar el juicio de valor, son denominados "elementos subjetivos del injusto", y su esfera de estudio es, precisamente, la antijuridicidad. Se los define, sintéticamente, como voliciones dirigidas hacia un resultado excedente.

OCTAVA. Es bastante claro que el problema de los elementos subjetivos del injusto sólo puede plantearse dentro de una concepción objetiva de la antijuridicidad, pues para el subjetivismo no existen especiales momentos anímicos en el juicio de valor, sino que la antijuridicidad, siempre y en todo caso, se fundamenta sobre bases subjetivas.

NOVENA. Los mencionados elementos subjetivos del injusto, objeto central de nuestra tesis, se distinguen del motivo que impulsa al agente a delinquir, el cual, a la luz de la teoría normativa de la culpabilidad, pertenece al elemento motivador del juicio de reproche. También se distinguen del dolo, cuya estructura es más compleja.

DECIMA. El instituto de la tentativa se fundamenta en elementos anímicos; sin la concurrencia de ellos, sería imposible determinar la índole ejecutiva (antijurídica) de los actos que la constituyen.

DECIMA PRIMERA. La licitud de la repulsa, en la legítima defensa, depende del *animus defendendi*; tal

aserto está corroborado por el texto de la fracción III del artículo 15 del Código Penal. El ánimo de defensa permite diferenciar la riña y el instituto en cuestión. El cual se desvirtuaría de no exigirse ese *animus defendendi*.

DECIMA SEGUNDA. En nuestro Derecho positivo existen manifestaciones de los elementos subjetivos de la antijuridicidad, entre otros, en algunos delitos contra el honor, el rapto, el plagio o secuestro, la rebelión.

DECIMA TERCERA. La Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce exigencias subjetivas en los delitos de rapto, injurias y robo; y resuelve la cuestión de su naturaleza, inclinándose por la inconsistente concepción del dolo específico.

DECIMA CUARTA. El caso del delito de robo, en principio dudoso, lo resolvemos en el sentido de exigir, en su configuración, el *fin de apropiación o venta*, por virtud de lo dispuesto en los artículos 367 y 380 del Código Penal.

DECIMA QUINTA. Es necesaria una reforma al artículo 380, ya mencionado, puesto que de acuerdo con su texto, el apoderamiento de una cosa ajena mueble con el fin de donarla, queda fuera de la represión penal, y el sujeto pasivo del atentado no tiene la mínima protección.

BIBLIOGRAFIA

ANTOLISEI, Francesco.

La acción y el resultado en el delito, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959 (traducción del italiano por José Luis Pérez Hernández).

Manual de Derecho Penal, parte general, Editorial Uteha, Argentina, Buenos Aires, 1960 (traducción del italiano por Juan del Rosal y Angel Torino).

BATTAGLINI, Giulio.

Diritto Penale, parte generale, terza edizione, Padova, 1949.

BERNALDO DE QUIROS, Constancio.

Criminologia, segunda edición, Editorial José M. Cajica Jr., S. A. Puebla, Pue., México, 1955.

BETTIOL, Giuseppe.

Diritto Penale (parte generale), terza edizione riveduta e aggiornata, G. Priulla Editore, Palermo, 1955.

C. NUÑEZ, Ricardo.

Derecho Penal Argentino, parte general, tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, s. f.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl.

Derecho Penal Mexicano, parte general, tomo I, quinta edición, México, 1958.

CUELLO CALON, Eugenio.

Derecho Penal, tomo I (parte general), novena edición, Editora Nacional, S. A. México, 1963.

CARRARA, Francesco.

Programa del curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa, parte general, volumen I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944 (traducción del *Programma del Corso di Diritto Criminale*, 11a. edición italiana, por el Dr. Ernesto R. Gavier y el Dr. Ricardo C. Núñez).

FINGERMAN, Gregorio.

Lecciones de Psicología, 24a. edición, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1964.

FONTAN BALESTRA, Carlos.

Derecho Penal, parte general, segunda edición, Buenos Aires, 1953.

Manual de Derecho Penal, parte especial, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951.

FRANCO GUZMAN, Ricardo.

Delito e injusto (Formación del concepto de antijuridicidad), México, 1950.

La subjetividad en la ilicitud, primera edición, 1959, Editorial José M. Cajica Jr., S. A., Puebla, Pue.

GAROFALO, Raffaello.

Criminologia, seconda edizione, Torino, 1891.

GOLDSCHMIDT, James.

La concepción normativa de la culpabilidad, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943 (traducción del alemán por Margarethe De Goldschmidt y Ricardo C. Núñez).

GOMEZ, Eusebio.

Tratado de Derecho Penal, Compañía Argentina de Editores, Tucumán 826, Buenos Aires, 1939.

GRISPIGNI, Filippo.

Diritto Penale Italiano, volume secondo, seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1950.

JIMENEZ DE ASUA, Luis.

Tratado de Derecho Penal, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires: tomo III, segunda edición, 1958; tomo IV, 1961; tomo V, 1956.

JIMENEZ HUERTA, Mariano.

Derecho Penal Mexicano, tomo IV, *La tutela penal del patrimonio*, primera edición, Antigua Librería Robredo, México, 1963.

La antijuricidad, Imprenta Universitaria, México, 1952.

La tipicidad, Editorial Porrúa, S. A., México, 1955.

LOMBROSO, Cesare.

L'uomo delinquente, volume primo, quinta edizione, Torino, 1896.

MAGGIORE, Giuseppe.

Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1954 (traducción del italiano por José J. Ortega Torres).

MAURACH, Reinhart.

Tratado de Derecho Penal, tomo I, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962 (traducción del *Deutsches Strafrecht ein Lehrbuch. Allgemeiner Teil*, por Juan Córdoba Roda).

MEZGER, Edmundo.

Tratado de Derecho Penal, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955 (traducción del alemán por Arturo Rodríguez Muñoz).

MORO, Aldo.

La antijuridicidad penal, Editorial Atalaya, La fuente 138, Buenos Aires, 1949 (traducción directa del italiano por Diego A. Santillán).

PALACIOS, J. Ramón.

La tentativa (El mínimo de ilicitud penal), México, Imprenta Universitaria, 1951.

PETROCELLI, Biagio.

La antijuridicidad, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963 (traducción del italiano por José L. Pérez Hernández).

PORTE PETIT, Celestino.

Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, tomo I, tercera edición, 1964.

Importancia de la dogmática Jurídico penal (Conferencia dictada en la Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales el día 13 de octubre de 1963), primera edición, México, 1954.

RANIERI, Silvio.

Diritto Penale, parte generale, Casa editrice Ambrosiana, Corso Buenos Aires 14, Milano, 1945.

ROMAGNOSI, Giandomenico.

Génesis del Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1956 (traducción del italiano por Carmelo González Cortina y Jorge Guerrero).

SAUER, Guillermo.

Derecho Penal, parte general, Casa editorial Urgel, Barcelona, 1956 (traducción directa del alemán por Juan del Rosal y José Cerezo).

SCARANO, Luigi.

La tentativa, Editorial Temis, Bogotá, 1960 (traducción del italiano por Luis E. Romero Soto).

SOLER, Sebastián.

Derecho Penal Argentino, tomo I, tercera reimpresión, Buenos Aires, 1956.

VILLALOBOS, Ignacio.

Noción jurídica del delito. Editorial Jus, México, 1952.

VON BELING, Ernesto.

Esquema de Derecho Penal, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944 (traducción del *Grundzüge Des Strafrechts*, 11a. edición, 1930, por el Dr. Sebastián Soler).

VON LISZT, Franz.

Tratado de Derecho Penal, tomo II, tercera edición, Editorial Reus, Madrid (traducción de la 20a. edición alemana por Luis Jiménez de Asúa).

WELZEL, Hans.

Derecho Penal, parte general, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956 (traducción del alemán por el Dr. Carlos Fontán Balestra).

WUNDT, Guillermo.

Compendio de Psicología, Madrid, La España Moderna (traducción del alemán por González Alores).

INDICE

INTRODUCCION	7
--------------------	---

CAPITULO PRIMERO

EL DELITO Y SUS ELEMENTOS

SUMARIO: 1. Algunas consideraciones previas acerca del delito. 2. El delito. 3. Sus elementos: a) La conducta; b) La tipicidad; c) La antijuridicidad; d) La culpabilidad	11
---	----

CAPITULO SEGUNDO

LA ANTIJURIDICIDAD

SUMARIO: 1. Nuestra posición como partidarios de la teoría objetiva de la antijuridicidad. 2. Teoría subjetiva de la antijuridicidad. 3. Objeciones al subjetivismo. 4. Postura que ve en la antijuridicidad la esencia del delito	23
--	----

CAPITULO TERCERO

LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO

SUMARIO: 1. Origen, concepto y naturaleza. 2. Elementos subjetivos del injusto y elementos de la culpabilidad. 3. El caso de la tentativa. 4. El caso de la legítima defensa	35
--	----

CAPITULO CUARTO

SOLUCIONES QUE SE HAN DADO SOBRE EL PARTICULAR

SUMARIO: 1. Las diversas soluciones. 2. Estudiados en el tipo. 3. Como elementos del injusto y de la culpabilidad. 4. Como elementos de la culpabilidad. 5. Punto de vista de la teoría de la acción finalista. 6. Teoría tradicional	51
---	----

CAPITULO QUINTO

LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

SUMARIO: 1. Clasificación de los elementos subjetivos.
2. Figuras legales que los contienen. 3. Los elementos
subjetivos del injusto y la opinión de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación. 4. El dudoso caso del delito de

robo	79
CONCLUSIONES	95
BIBLIOGRAFIA	99

BIBLIOTECA CENTRAL
U. N. A. M.