

308909



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

3
2ej..

FACULTAD DE DERECHO

LA ANTIJURIDICIDAD

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ALBERTO BENGUIAT PEREZ

DIRECTOR DE TESIS: DR. RAFAEL MARQUEZ PIRERO

MEXICO, D. F.,

MAYO DE 1992



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	Página
INTRODUCCION	1
CAPITULO I - CUESTIONES VARIAS	
a) Antecedentes	1
b) Terminología	4
c) Noción	7
CAPITULO II - LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO	
a) Corriente unitaria	13
b) Corriente analítica	15
CAPITULO III - TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD	
a) El tipo penal	21
b) Doble valoración	25
c) Fase de Independencia	29
d) Fase de la ratio essendi	31
e) Fase de la ratio cognossendi	33
f) Nuestra opinión	34
CAPITULO IV - NATURALEZA DE LA ANTIJURIDICIDAD	
a) Introducción	37
b) Concepción pluralista	38
c) Concepción unitaria	42
CAPITULO V - CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD	
a) Comentarios al margen	49
b) Antijuridicidad objetiva	51

	Página
c) Antijuridicidad subjetiva	58
d) Elementos subjetivos del injusto	62
CAPITULO VI - ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL	
a) Planteamiento de la cuestión	65
b) Crítica a la pretendida división	67
c) Verdadero alcance de la división	70
CAPITULO VII - CONCEPTO DE LA ANTIJURIDICIDAD	
a) Notas introductorias	79
b) Concepto de antijuridicidad para la legislación ..	80
c) En búsqueda del verdadero significado	82
d) Lesión o puesta en peligro	85
e) Ofensa	89
CAPITULO VIII - CONDUCTAS TIPICAS CONFORMES A DERECHO	
a) Terminología	97
b) Método empleado por la legislación penal	100
c) Fundamento	101
d) Justificación suprallegal	104
e) Consentimiento del ofendido	106
CONCLUSIONES	119
BIBLIOGRAFIA	124

INTRODUCCION

Fue en el segundo semestre de mi carrera, cuando al estar cursando la materia de Derecho Penal, parte general, y más específicamente al encontrarme estudiando el tema de la antijuridicidad, surgió dentro de mí una profunda inquietud al percatarme que debido a la redacción que la ley posee, la conducta del delincuente no contradice a la misma, sino que muy por el contrario se adecúa a su enunciación, y si el delito no viola la ley, entonces ¿Qué es lo que viola?

De tal suerte, que esta interrogante fue la causa que me impulsó a adentrarme en el estudio de la antijuridicidad, debiendo confesar que al principio de tal empresa, ignoraba el rico contenido que la misma ofrece a aquel que penetra en su estudio; el cual debe rigurosamente comenzar por la distinción entre la ley y la norma, o lo que es lo mismo, norma lato sensu (conjunto de leyes y disposiciones legiferantes) y norma stricto sensu (conjunto de disposiciones prohibitivas o imperativas, que se encuentran por detrás y por encima de la ley), en tal virtud que no es válido afirmar que el concepto de norma stricto sensu sea metajurídico, aunque sí supralegal.

Para estas alturas mi cuestionamiento motor, se iba aclarando en el sentido que el delincuente con su conducta, viola la norma, misma que está por detrás y por encima de la ley

que la reconoce ya que la norma crea lo antijurídico; la ley, el delito.

Superada mi interrogante inicial, se dejaron venir indiscriminadamente una y otra a la vez, y para resolverlas, esta vez las dividí y las ordené de tal forma que pudiera tratarlas en un trabajo que constara de ocho capítulos, mismos que dedico en su gran mayoría (siete de ellos) a la antijuridicidad en su aspecto positivo, con el propósito de determinar, que es en sí la antijuridicidad, así como su interrelación y distinción con los demás elementos del delito; sin embargo, he tenido que dedicar un capítulo al aspecto negativo de la antijuridicidad, en virtud de ser éste el método que emplea la legislación para determinar cuando no hay antijuridicidad.

Los capítulos se encuentran estructurados con las ideas fundamentales de los juristas más reconocidos en la materia; dichas ideas, se confrontan con tesis opuestas sostenidas también por autoridades del Derecho Penal, para concluir generalmente con una modesta opinión propia, con el único propósito de exponer mi criterio, sin desconocer la kilométrica distancia que existe entre las opiniones emitidas por los juristas que cito a lo largo de la presente tesis, y las propias.

Es preciso señalar que el objeto del presente trabajo, es aportar elementos para una mejor comprensión de la antijuridicidad, mismos que por mucho no se agotan a lo largo de la

presente investigación; sin embargo constituye un esfuerzo de buena voluntad, en aras de buscar una más justa aplicación de la ley.

CAPITULO I

CUESTIONES VARIAS

- a) Antecedentes.
- b) Terminología.
- c) Noción.

a) Antecedentes

La idea de la antijuridicidad ha acompañado al hombre desde los tiempos más remotos de su historia, en donde se concebía tal concepto desde una perspectiva comparativa y contradictoria con lo que entonces se consideraba justo de acuerdo a cada cultura, de tal suerte Von Liszt nos señala "Que en todos los tiempos se ha reconocido si bien con diferente amplitud, que la legítima defensa no es sólo un acto no punible, sino además un acto conforme a derecho, en este sentido tiene razón Cicerón cuando dice que la legítima defensa no tiene historia". (1)

De tal forma que la idea de antijuridicidad ha sido entendida a lo largo de miles de años como algo negativo, como algo que no es, y ya será materia de los subsecuentes capítulos del presente trabajo encontrarle un contenido propio y positivo.

Pero continuando con el desarrollo de este tema cabe señalar que "No es posible que pretendamos encontrar en el Derecho

1. Vela Treviño, Sergio. Antijuridicidad y Justificación, Edit. Trillas, México, D.F., 1986, pág. 25

Romano una doctrina sobre la antijuridicidad en su aspecto afirmativo, pero sí hallamos (conforme a un sistema que perdura hasta nuestros días), la enunciación de los casos en que lo injusto está ausente.

En el Derecho Romano se encontraban una serie de casos como la legítima defensa, estado de necesidad, el derecho de matar al ladrón nocturno y adúltero sorprendido en flagrante delito". (2) Durante el Medievo, la situación no varió sustancialmente, pero se amplió el número de casos incluidos como formas de legítima defensa y estado de necesidad.

La idea de antijuridicidad como se puede observar se encontraba ya latente, pero carecía de un significado propio y mucho menos era considerado como elemento del delito. No es, sino hasta el año de 1859, cuando Francisco Carrara, en su programa de Derecho Criminal en el párrafo 35, publicó lo siguiente:

"La idea del delito no es sino una idea de relación, es, a saber, LA RELACION DE CONTRADICCION ENTRE EL HECHO DEL HOMBRE Y LA LEY. Sólo en esto consiste el ente jurídico al cual se da el nombre de delito u otro sinónimo. Es un ente jurídico que para existir tiene necesidad de ciertos elementos morales, cuyo conjunto constituye su unidad, PERO LO QUE COMPLETA SU SER ES LA CONTRADICCION DE ESOS ANTECEDENTES CON LA LEY JURIDICA". (3)

2. Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Edit. Losada, Buenos Aires, 1958, pág. 963

Como se puede apreciar, si bien Carrara nos dice que la contradicción entre el hecho del hombre y la ley constituye el delito y, por tanto, considera a la contradicción como la esencia misma del delito y no como un elemento del mismo, no podemos hacer a un lado este significativo avance en busca del concepto de antijuridicidad.

Es a Ernesto Beling, a quien se le atribuye la creación de la teoría del delito a la luz del tipo penal. Sin embargo van a sucederse dos momentos en su concepción del tipo penal; en 1906 al tipo lo va a concebir como un conjunto de elementos materiales que permitan establecer la esencia de un delito; y no es sino hasta el año de 1930 cuando Beling, según palabras de Jiménez Huerta, espiritualiza al tipo y con ello nace su concepto de especie delictiva que la divide en dos elementos: Unos de naturaleza externa y objetiva (por ejemplo, los que caracterizan a la ANTIJURIDICIDAD), y otros de naturaleza subjetiva (por ejemplo, los que caracterizan a la CULPABILIDAD).

No va a ser sino hasta el año siguiente de que Beling hubiera espiritualizado al tipo, cuando en el año de 1931, Mezger le va a dar la bienvenida a un concepto de antijuridicidad y a considerarla como un elemento, al decir "Actúa ANTIJURIDICAMENTE EL QUE CONTRADICE LAS NORMAS OBJETIVAS DE DERECHO, la acción sólo es punible si es antijurídica, con ello se

establece un juicio respecto a la acción, en el que se afirma la CONTRADICCIÓN DE LA MISMA CON LAS NORMAS DEL DERECHO". (4).

Lo anterior ha sido una muestra panorámica de la evolución que ha sufrido el concepto que nos ocupa, siendo Carlos Binding con su teoría de las normas, quien consolidó definitivamente el fenómeno de la antijuridicidad en la estructura del delito. Con la definición que lo habría hecho inmortal al considerar a la antijuridicidad como LO CONTRARIO A LA NORMA.

b) Terminología

Cuestión de vital importancia, resulta el esclarecer los distintos términos que se han empleado por la doctrina para denominar "Lo contrario a derecho", ya que términos tales como antijuridicidad, injusto, ilícito, ilegítimo y anormal, han sido usados indistintamente, siendo necesario en este momento matizar dichos términos.

Para el ilustre penalista Jiménez Huerta, antijuridicidad e injusto son sinónimos, ya que en su obra "La Antijuridicidad página 14", utiliza ambos términos indiscriminadamente; a esta concepción se une Biagio Petrocelli quien va más allá, afirmando que antijuridicidad, ilicitud, injusto y entuerto, son términos iguales. (5)

4. Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Edit. Revista Aires, Buenos Aires, 1958, pág. 325

El jurista alemán Helmuth Mayer, establece ya una diferencia entre antijuridicidad e injusto, atribuyendo al primer término carácter penal, ya que para el autor dicho término representa una violación voluntaria del derecho, estando en contra de la voluntad popular, lo cual carecería de importancia para el Derecho Civil, ya que si bien es una conducta contraria al derecho, nos afectaría la voluntad popular.

A este respecto, nos unimos a la crítica que realiza Jiménez Huerta al establecer que es insostenible tal distinción ya que en ocasiones frente a violaciones de derecho privado, la voluntad popular se ve afectada. (Vgr. incumplimiento doloso de un contrato). (6)

Por su parte, Carlos Binding nos señala que injusto significa "No derecho", y anti, es ya un "Contrario a derecho"; y aún va más allá diferenciando ilícito, antijuridicidad y violación al derecho, que los considera sinónimos en la medida en que todos ellos significan "Conductas que se oponen a un derecho subjetivo" de ilegalidad, que es la conducta contraria a derecho en la medida en que dicha contradicción se encuentra tutelada por el derecho objetivo.

A este respecto el propio autor reconoce la intrascendencia de tal distinción, ya que para que exista un derecho subjetivo,

5. Petrocelli, Biagio. La Antijuridicidad, Edit. UNAM, México, 1963, pág. 3

6. Jiménez de Asúa. Op. Cit., pág. 966

debe estar previamente reconocido por el derecho objetivo.
(7).

Atinadamente el maestro Jiménez de Asúa nos señala que "Lo ilícito es lo opuesto a la moral (y también al derecho), y puesto que el círculo ético es de mayor radio que el jurídico, al decir acto ilícito en vez de acto antijurídico, lejos de aproximarnos a un lenguaje exacto propio del jurista, nos desviamos de él y caemos en la imprecisión del hablar corriente". (8)

Lo anterior me parece una distinción por demás afortunada, ya que además de encontrar un sólido sustento legal como lo es el artículo 1830 del código civil vigente, nos adelanta ya la idea de que el tipo realiza la función de concreción de la antijuridicidad (no profundizaré en esta última idea, ya que será ampliamente tratada en su oportunidad).

No estaría por demás hacer alusión al pensamiento de Hans Kelsen, quien afirmó que "En estricto sentido el concepto de lo justo y lo injusto es anterior y más amplio que el de lo jurídico y antijurídico; en efecto, los hechos del hombre en sociedad fueron calificados de justos o injustos en la medida en que estaban orientados o no al bien común y al logro de felicidad". (9)

7. Kaufman, Armín. Teoría de las Normas, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1977, pág. 29
8. Jiménez de Asúa. Op. Cit., págs. 961 y 962

Como se habrá podido fácilmente apreciar, hasta el momento existen tantas opiniones como doctrinarios hay para designar lo contrario a derecho, por tanto, es necesario, desde este instante, acoger la terminología que habrá de utilizarse en el transcurso del presente trabajo, por lo cual considero conveniente adherirme a la postura de Hans Welzen, quien afirma que "La antijuridicidad es una pura relación (una contradicción entre dos miembros de una relación), lo injusto es, en cambio, algo sustancial, la conducta antijurídica misma, la antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo, lo injusto es una conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico". (10)

De tal suerte, la antijuridicidad será referida para señalar la disconformidad entre la conducta y el orden jurídico en general, siendo éste un elemento del delito y lo injusto o antijurídico será el contenido del continente antijuridicidad.

c) N o c i ó n

De lo expuesto hasta este momento, resulta inaplazable

-
9. Kelsen, Hans. La Idea de Derecho Natural y Otros Ensayos, - Edit. Losada, Argentina, 1946, pág. 210
10. Welzen, Hans. Derecho Penal Alemán, Edit. Jurica de Chile, Santiago, 1974, pág. 78

la necesidad de establecer no ya el concepto y contenido mismo de antijuridicidad, pues carecemos de los elementos suficientes pero sí podemos establecer una definición y los problemas inherentes que acarrea la misma.

Como es fácil de advertir, la palabra antijuridicidad es una expresión planteada en forma negativa, lo cual acarrea una enorme dificultad para ser definida si decimos que antijuridicidad es lo contrario a derecho, esto no nos expresa nada, pues inevitablemente entraríamos en un círculo vicioso, ya que podríamos válidamente sostener que juridicidad es lo no contrario a derecho y que negro es lo que no es blanco, y blanco lo que no es negro.

Hecha la aclaración anterior, es necesario indicar que la antijuridicidad es lo contrario a derecho en la medida en que la conducta misma contradiga la norma de cultura reconocida por el Estado, pues es ésta a quien se viola con la conducta del agente ya que en ningún momento se vulnera la ley; lo anterior resulta evidente con la simple consulta del Código Penal vigente, hecha la excepción que confirma la regla del artículo 202. Dicho código, en su artículo 302 no prohíbe matar, y en su artículo 367 no prohíbe robar, y finalmente, en su artículo 386 no prohíbe engañar, ya que por su propia naturaleza los tipos penales contenidos en las distintas legislaciones no les corresponde la función de valorar conductas, sino describir las mismas.

A este respecto, el Dr. Vela Treviño nos indica "El acto es antijurídico cuando no está conforme con el derecho, como ocurre cuando se viola el principio de no robar, y se torna en jurídico, es decir, en hecho regulado por el derecho, cuando esa inconformidad de origen reclama una sanción como aparece en el mismo caso del principio anterior, al decirse que quien robe será castigado". (11)

Es también válida la observación que hace el jurista Francesco Carrara, al concebir al delito "Como una 'DISONANCIA ARMONICA'. Hay en el delito ARMONIA, en tanto implica identidad de la conducta del hombre con el hecho que describe el tipo penal; pero esta armonía es DISONANTE en cuanto representa una contradicción con las normas de valoración que el propio tipo tutela y protege". (12)

Por lo antes expuesto, sería válido, sin temor a equivocarme sostener que "ANTI JURIDICIDAD ES LA CONDUCTA CONTRARIA A DERECHO Y CONFORME A LA LEY". Al mencionar (conforme a la ley), no quisiera que se interpretara desde un punto de vista meramente formal, ya que se divorciaría totalmente de los ideales y valores sobre los que descansa la vida social, por ello he recalcado que la antijuridicidad es primeramente contraria

11. Vela Treviño, Sergio. Op. Cit., pág. 28

12. Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal, Vol. I, Edit. Temis, Bogotá, 1956, pág. 51

a derecho, ya que el delincuente con su conducta lesiona u ofende las raíces más profundas del mismo, pues preceden conceptual y regularmente a la ley que impone la condena, esto es a lo que Carlos Binding llamara las normas de cultura, y, al respecto, el gran jurista alemán no señala, "En la época de la codificación del Derecho Penal uno podría tender a buscar estas normas (las leyes que viola el delincuente) realmente en el derecho legislado, por oposición al derecho no legislado. Sin embargo, si se acepta esta estricta interpretación de la palabra 'ley', la búsqueda en la mayoría de los casos no arrojaría resultado alguno; la norma, por lo general, no está codificada. Es verdad que hay numerosas normas, es decir, imperativos que sirven como modelo de conducta humana, que están formuladas positivamente en las leyes de nuestro ordenamiento jurídico. Pero, precisamente las normas más importantes para la construcción del delito no se encuentran en derecho escrito". (13)

En este sentido, son elogiadas las elegantes palabras con las que Jiménez de Asúa nos señala que las normas de cultura integran el derecho al decir que "En el árbol, la raíz no se ve y sólo contemplamos el tronco, las ramas y las hojas; pero aquellas hundidas en la tierra, forman parte de la especie herbórea y le nutren de las sustancias terrestres. Así, la ley no es todo el derecho; no es el derecho a secas, sino

13. Kaufman, Armín. Delito Teoría, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1981, pág. 4

que las normas no nutren también". (14)

Dicho lo anterior, junto con las ideas expuestas con respecto a los antecedentes y terminología del concepto que nos ocupa, nos permitirán tener ya una visión previa y necesaria para proceder al estudio de la antijuridicidad como elemento del delito, su interacción con los demás elementos del mismo, para concluir finalmente con la esencia misma de la antijuridicidad.

14. Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. Edit. Hermes, S.A., México, 1986, pág. 95

CAPITULO II

LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO

- a) Corriente unitaria.
- b) Corriente analítica.

La polémica sobre la existencia de la antijuridicidad como parte del delito ha sido una cuestión ya superada desde el siglo pasado, y hoy en día no hay jurista que ponga siquiera en tela de juicio la existencia del concepto que nos ocupa.

Sin embargo el lugar que ocupa la antijuridicidad dentro de la teoría del delito ha sido motivo de múltiples discusiones encontrándose, al respecto, la doctrina dividida; ya que por un lado algunos juristas principalmente italianos, lejos de negar la existencia de la antijuridicidad, la sobreestiman al grado de considerarla la esencia misma del delito; y, por el otro, la gran mayoría de los estudiosos del derecho le conceden un lugar como un elemento más dentro de los otros tantos que configuran la figura jurídica que conocemos como delito.

Como se puede apreciar, es un problema de raíz mucho más complejo de lo que aparenta ser, ya que una u otra opinión se fundan desde la óptica que se tenga del delito mismo, lo cual nos conduciría inevitablemente a introducirnos en el resbaladizo terreno de la dogmática del delito, es decir, a la concepción que se ha tenido del mismo en los distintos tiempos y lugares, y como se sabe, en torno a ella han habido

un sinnfin de problemas y se han suscitado discusiones de altura que han puesto de relieve la complejidad de este fenómeno tan rico como lo es el delito, mismo que ha evolucionado a la par que el pensamiento del hombre, desde una contraposición a las leyes divinas, al mandato personal de los monarcas y de los detentadores del poder, hasta la concepción moderna (tratada en el capítulo anterior), que la finca a la infracción de las normas de cultura.

Dentro de esta concepción moderna podemos distinguir dos corrientes fundamentales, a saber, la unitaria y la analítica, las cuales serán motivo de una muy breve explicación ya que de lo contrario, nos desviaríamos del tema central de la presente tesis.

a) Corriente unitaria

Los partidarios de la corriente unitaria, sostienen que es un error fragmentar al delito para estudiarlo en forma analítica, ya que se olvida que es un TODO UNITARIO, al estudiar separadamente sus elementos y, al respecto, el jurista italiano Francesco Antolisei citado por Franco y Guzmán, nos dice "Antes se hacía una distinción entre el elemento objetivo y subjetivo del delito, que era la llamada dicotomía (CARRARA fundamentalmente, y con ANTOLISEI, MANZINI, FLORIAN y PAOLI).

Esta posición bipartita ha perdido terreno en Italia por obra de las ideas alemanas, haciendo que surja una tripartición

o tricotomía completamente innecesaria, y precisamente la siguiente: hecho, antijuridicidad y culpabilidad. Considera que con esto se cometió un error imperdonable, pues se elevó a la categoría de elemento del delito a la antijuridicidad; negándole el carácter de elemento, le concede el de característica del delito, considerando que la antijuridicidad circula en torno al delito, es el propio delito y no uno de sus elementos. Utiliza la frase de Rocco de "LA ANTIJURIDICIDAD ES LA ESENCIA MISMA, LA NATURALEZA INTRINSECA, EL 'EN SI' DEL DELITO afirmando además que constituye el carácter esencial del delito mismo". Concluye en su estudio, que el delito no es una suma de elementos separados, sino un todo orgánico homogéneo.

El profesor Arturo Rocco, en contra del método analítico, se pronuncia más o menos en el mismo sentido, criticando principalmente la teoría de Beling, calificándola de nórdicamente nebulosa, llena de sutilezas inaprensibles y prácticamente confusa". (15)

El jurista argentino, Landaberu, opina lo siguiente, "Así como el examen del oxígeno y del agua, por separado, no suministrará ningún saber sobre las propiedades del agua, así también se admitió que el método analítico, lejos de facilitar y favorecer el conocimiento de ese objeto, practica un escamo-

15. Franco Guzmán, Ricardo. Delito e Injusto, México, 1950, pág. 8

teo y suplantación del mismo... El delito no es una suma de elementos independientes, sino una estructura en la cual las partes se encuentran íntimamente ligadas entre sí y con respecto a un todo, reconociendo el conjunto una única fundamentación de sentido". (16)

A este respecto, Valletta opina lo siguiente, "La antijuridicidad no es un elemento del delito, sino uno de sus caracteres, el cual permanece unitario y no fraccionable. Sólo por abstracción y por comodidad de estudio, se puede aislar la antijuridicidad de la acción y de la culpabilidad. El delito no constituye acción más antijuridicidad y culpabilidad, sino que todo es acción, todo antijuridicidad, y todo culpabilidad". (17).

b) Corriente analítica

A los anteriores juristas se podría agregar una interminable lista de ellos, en su gran mayoría italianos, que sostienen todos la unidad del delito; sin embargo la pujante fuerza mental de los juristas alemanes y el afán de minuciosa investigación a partir de fines del siglo pasado y en los albores del presente, hicieron variar esta concepción bipartita y dieron la bienvenida a nuevos elementos, entre los que figuraron principalmente la antijuridicidad, la tipicidad y la

16. Franco y Guzmán, Ricardo. Op. Cit., pág. 9

17. Valletta, Alfonso. La Antijuridicidad, Casa Editrice, Nápoles 1951, pág. 19

punibilidad, y con ello el método analítico para estudiar al delito.

Atinadamente, Mezger nos dice, "La antijuridicidad es un presupuesto necesario de la pena y por lo tanto una característica misma del delito". (18)

A su vez, el maestro Jiménez de Asúa, criticando la postura italiana, señala "Nos parece errónea la posición de algunos recientes penalistas italianos que, insistiendo en la esencia del delito, que, en consecuencia, no es otra cosa que la propia infracción y que por ende no puede ser un carácter de ella. Si para argumentar en tal sentido se dice que es esencial para el delito que éste sea contrario al derecho, es obvio que el mismo valor esencial tiene en la infracción punible, el ser culpable, y si la culpabilidad es una de sus características, con el mismo título ha de asumir igual naturaleza la nota de antijuridicidad". (19)

Jiménez Huerta, nos comenta que "Preciso es comprobar que es contraria a una norma, ya que una misma conducta puede ser tanto lícita como ilícita. Se da así vida a un nuevo elemento que, lejos de estar implícito en el concepto de conducta, constituye una identidad ideológicamente diversa y autónoma". (20)

18. Mezger, Edmundo. Op. Cit., pág. 373

19. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado, Vol.III, pág.1032

20. Jiménez Huerta, Mariano. La Antijuridicidad, Imprenta Universitaria, México, 1952, pág. 9

Desde este momento me confieso partidario de la corriente analítica en el estudio del delito, lo cual resulta evidente a la simple lectura del título de la presente tesis, mismo que considero como uno de los tantos elementos que componen el delito, de los cuales no se puede desvincular, ya que todos en su conjunto forman al mismo, y basta la ausencia de uno solo de ellos para que nos encontremos por ejemplo con una conducta , típica, antijurídica, culpable y no punible; pero nunca con un delito. Por tanto, si deseamos encontrar la existencia de un delito, previo al estudio de la antijuridicidad se deberá analizar si nos encontramos en presencia de un acto voluntario con su respectivo nexo causal a lo cual se denomina conducta, posteriormente se deberá determinar si esa conducta es relevante para el derecho penal, esto es, si está tipificada y no es sino hasta este momento cuando podríamos proceder al estudio de la antijuridicidad.

Como se puede apreciar, la antijuridicidad constituye un elemento autónomo del delito, pero esto no significa que se pueda desvincular de los demás elementos, ya que se perdería toda coherencia lógica y armónica en el estudio del delito. De tal suerte, la presencia de todos los elementos del delito son necesarios e indispensables para poder estar en presencia del mismo, y a este respecto, con toda humildad y respeto, me manifiesto en contra de las ideas expuestas por el Lic. Ricardo Franco y Guzmán en la página 75 de su obra "Delito e Injusto", en la cual manifiesta lo siguiente:

"Consideramos que la antijuridicidad es un elemento del delito que, junto con la tipicidad, constituye el más importante de todos... En nuestra definición del delito, colocamos a la antijuridicidad en el primero y más importante peldaño de los restantes elementos del delito..."

A este respecto, yo me pregunto, que importancia tendría la antijuridicidad si se encontrara ausente la culpabilidad, la tipicidad o en su caso, la conducta. En todos estos casos no habría delito aunque la antijuridicidad estuviese por demás manifiesta, por ello, es necesario recalcar, que todos los elementos tienen la misma jerarquía dentro de la teoría del delito.

Como antes menciono, previo al estudio de la antijuridicidad se tuvo que haber analizado con anterioridad lo relativo a la conducta y a la tipicidad, esto es, nos debemos encontrar ante una conducta típica, lo cual no significa que dicha conducta típica sea necesariamente antijurídica. Claro ejemplo de lo anterior tiene lugar cuando una persona priva de la vida a otra actuando en defensa legítima (he omitido intencionalmente emplear el término de homicidio, ya que el mismo nunca existió por faltar un elemento constitutivo que es precisamente la antijuridicidad).

De tal suerte, una conducta tipificada, nada nos dice, a la descripción general y abstracta de la conducta realizada por el legislador en los tipos penales, es necesario, además,

añadir un juicio de tipo valorativo por parte del juzgador, y con ello se le da color a las líneas trazadas con motivo de la conducta tipificada, para posteriormente enmarcar el cuadro que es el delito, con el juicio de reproche (culpabilidad) y la imposición de una pena.

De la propia definición de delito que nos proporciona el código penal vigente, en su artículo 7, al decir "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", podemos afirmar que al sustantivo (conducta) se le van a agregar los calificativos de ser (típica, antijurídica, culpable y punible). De tal suerte que la conducta típica puede ser lícita o ilícita según el juicio de valor que se le de a la misma, en relación a la contradicción con las normas del derecho en general.

Como se puede advertir, en relación a la antijuridicidad existe una doble valoración realizada en tiempos distintos y por órganos también distintos. En efecto, en un primer momento el legislador, al crear los tipos penales, valora y protege los bienes jurídicos mediante una descripción general y abstracta; por tanto, podemos decir que todo tipo penal tiene un contenido antijurídico, de tal suerte que los tipos no nacen por generación espontánea. En un segundo momento, corresponde al juzgador determinar si una conducta específica viola precisamente el contenido antijurídico que el tipo mismo contiene.

Como vemos, la interrelación que existe entre tipicidad

y antijuridicidad, es muy estrecha, por lo cual requiere ser estudiada más a fondo, y es por ello que precisamente en el siguiente capítulo me avocaré a dicha tarea, no sin antes, y a manera de corolario del presente capítulo, recalcar que:

- a) El delito debe ser estudiado en forma analítica, analizando en forma particular cada uno de los elementos que lo componen.
- b) La antijuridicidad es un elemento más del delito.
- c) Todos los elementos tienen la misma importancia en torno a la existencia del delito.
- d) Existe una prelación lógica, pero no jerárquica, en cuanto al estudio de los elementos del delito.

CAPITULO III

TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

- a) El tipo penal.
- b) Doble valoración.
- c) Fase de independencia.
- d) Fase de la ratio essendi.
- e) Fase de la ratio cognosendi.
- f) Nuestra opinión.

a) El tipo penal

Numerosos son los hechos antijurídicos que ocurren a diario, por lo cual el Estado, por medio de sus legisladores, se encuentra en la necesidad de valorar dichos hechos y prevenir con una pena aquellos que sean intolerables para una armónica convivencia social. Para esta complicada tarea, el Estado se ha servido de un instrumento justo, útil y eficaz, denominado TIPO PENAL; el cual es brillantemente definido por el maestro Jiménez Huerta, como "La descripción de conducta que, a virtud del acto legislativo, queda plasmado en la ley como garantía de libertad y seguridad, y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible". (21)

Asimismo, el jurista Jiménez de Asúa, nos lo define como "La abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho, que se cataloga en la ley como delito". (22)

21. Jiménez Huerta, M. Op. Cit., pág. 15

22. Jiménez de Asúa, L. Op. Cit., pág. 747

El hecho de encuadrar la conducta humana en un tipo penal, o mejor dicho, la necesidad de que la antijuridicidad esté determinada de una manera previa, precisa e inequívoca, es una condición de libertad y seguridad propia de los regímenes liberales convertidos en Estados de Derecho. De tal forma el maestro Sebastián Soler, citado por Franco y Guzmán, nos afirma que: "La común práctica jurídico-penal había extendido de tal modo el poder judicial, que el juez podía castigar toda ilicitud culpable. Toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción punible. Contra esto dirigió sus ataques el liberalismo naciente del Siglo XVIII, afirmando la inseguridad jurídica que tal sistema importaba: A falta de una firme limitación de las acciones que pudieran considerarse punibles, el juez podía someter toda acción que le desagradara, pretendiéndola antijurídica y podía imponer arbitrariamente una pena grave o leve, para toda acción estimada punible. Siguiendo este movimiento liberal, la legislación posterior estrechó el concepto de acción antijurídica. Del común dominio de la ilicitud culpable, fueron recortados y extraídos determinados tipos delictivos. Para cada uno de tales tipos delictivos se previó una pena concreta y precisamente determinada para él; y así, quedaron como no punibles ciertas formas de obrar antijurídicas, que no correspondían a ninguno de estos tipos enumerados.

Así, logró expresión un valioso pensamiento: El de que, sólo ciertos modos de conducta antijurídica (los típicos)

son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública y que, además, deben todos ser colocados en una firme escala de valores". (23)

Por tanto, sólo podrá sancionarse un hecho cuando su punibilidad está legalmente determinada y justificada antes de la comisión de él. Todo gobernado debe, por tanto, tener la posibilidad de conocer antes de realizar el hecho, si su acción será punible o no. A este respecto, el gran jurista alemán E. Mezger, nos señala que "El delito es acción antijurídica, pero si no fuere más que esto, podría cualquier precepto del sistema jurídico ejercer influjo decisivo en esta fundamental característica del hecho punible.

El Derecho Penal se hallaría entonces en una situación extremadamente desagradable y peligrosa: El más importante presupuesto de la pena (la antijuridicidad) sería dependiente de manera inmediata, de la multitud inabarcable con la vista y en contraste cambio de las normas jurídicas en el total ámbito del derecho.

El Derecho Penal que lleva en sí, por definición, los ataques más sensibles y profundos en el patrimonio, en la libertad, en el honor, e incluso en la vida de los ciudadanos, caería en un estado insufrible de incertidumbre, de falta de seguridad. Por ello, resulta imprescindible que el mismo se procure el

adecuado remedio y la claridad indispensable para que, en su ámbito de antijuridicidad, por lo menos en lo que concierne a la fundamentación del delito, aparezca determinada de manera precisa e inequívoca. El Derecho Penal ha creado esta necesaria claridad mediante un medio extraordinariamente ingenioso: Mediante el TIPO". (24)

De tal forma, que "La tipicidad es una expresión propia del Derecho Punitivo, equivalente técnico del apotegma político "nullum crimen sine lege"; bien como el nombre con que ahora técnicamente se le designa, bien como garantía de libertad consagrada en la parte dogmática de las constituciones políticas, la tipicidad ha sido, desde el inicio de los regímenes de derecho, un requisito o carácter del crimen. Las legislaciones de la casi totalidad de los países modernos proclaman expresamente este principio. Así, por lo que respecta a México el artículo 14 de la Constitución Federal dispone que:

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por la ley exactamente aplicable al delito de que se trata"; y el artículo 7 del Código Penal estatuye que "El delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". (25)

Para entender la relación que existe entre tipo y la antiju-

24. Mezger, E. *Tratado*, Tomo I, pág. 300
25. Jiménez Huerta. *Op. Cit.*, pág. 13

ridicidad, no puede haber ejemplo más ilustrativo como el que nos presenta el jurista Claus Roxin, citando a Lehrbuch, al decir "EL TIPO GUARDA, RESPECTO DE LA ANTIJURIDICIDAD, LA MISMA RELACIÓN QUE EL HUMO CON EL FUEGO: EL HUMO NO ES FUEGO NI CONTIENE FUEGO, PERO MIENTRAS NO SE PRUEBE LO CONTRARIO INDICA LA EXISTENCIA DE FUEGO". (26)

De lo expuesto hasta el momento, podemos ya vislumbrar la función de concreción o indiciaria que cumple la tipicidad con respecto a la antijuridicidad, ya que el hecho de que una conducta se adecúe a la descripción de un tipo penal, es un fuerte indicio de antijuridicidad, sin embargo puede existir alguna causa que vuelva jurídica esa conducta típica.

b) Doble valoración

Es conveniente traer a colación lo ya expuesto en el capítulo anterior con respecto a la doble valoración, realizadas por el legislador y juzgador respectivamente, ya que, como vemos, en un primer momento el legislador con el fin de hacer posible la vida en comunidad, se le encomienda la tarea de jerarquizar los valores culturales de una sociedad en un momento determinado, con el objeto de proteger aquellos que sean esenciales para el fin propuesto, elevándolos a la categoría de bien jurídico (concreto interés individual o colectivo, de orden social protegido en el tipo penal), y es así como

26. Claus Roxin. Teoría del Tipo Penal, Edit. De Palma, Buenos Aires, 1979, pág. 61

los valores culturales (entiéndase los pilares sobre los que descansa la sociedad), quedan debidamente protegidos mediante las descripciones generales plasmadas en los tipos penales, con un contenido eminentemente antijurídico.

En este sentido, el Dr. Rafael Márquez Piñero citando a la Dra. Olga Islas, nos señala "El legislador no sólo describe, en los tipos, eventos antisociales, sino que (además) los valora. Por ello, los tipos legales son tanto descriptivos como valorativos". (27)

Es así como por ejemplo, la vida humana (valor cultural relevante para la inmensa mayoría de los pueblos en todos los tiempos) queda amparada bajo la creación del tipo de homicidio, y el patrimonio de la persona mediante el tipo de robo, fraude, abuso de confianza, y así sucesivamente. Pero a este respecto, cabe recordar que el legislador debe, ante todo, jerarquizar los valores culturales, ya que la ley no puede ni debe ser un código de ética o de moral (pues de serlo, me atrevo a pensar que las cárceles estarían saturadas a su máxima capacidad), se debe limitar a sancionar conductas intolerables, reprochables y atentatorias a grado máximo, del orden social.

De esta forma, del universo de conductas antijurídicas, el tipo las concreta y, por ello, el jurista Edmundo Mezger

27. Márquez Piñero, Rafael. El Tipo Penal. Algunas consideraciones en torno al mismo, Edit. UNAM, México, 1986, pág.202

nos afirma que "La decisión respecto a si una determinada conducta cae en la esfera del derecho punitivo resulta de la consideración de que, como fundamento de la exigencia penal del Estado, no es suficiente cualquier acción antijurídica, sino que es preciso una antijuridicidad especial, tipificada, típica. No toda acción antijurídica es punible; para que esto ocurra es preciso que el derecho penal mismo la haya descrito previamente en un tipo especial". (28)

De esta forma, sólo será relevante para el Derecho Penal, la antijuridicidad tipificada y es aquí cuando llegamos a un segundo momento en que el juzgador va a determinar si una conducta viola el contenido antijurídico que el tipo mismo contiene. Lo anterior encuentra su fundamento legal en la fracción I del artículo 1 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que establece que "Corresponde exclusivamente a los tribunales del Distrito Federal declarar en la forma y términos que esta ley establece, cuando un hecho ejecutado en las entidades mencionadas es o no delito".

Como podemos observar, en un primer momento lo antijurídico va a preceder al tipo, ya que el legislador debe llenar los moldes del mismo con contenido antijurídico, y en un segundo momento lo antijurídico se va a subordinar ante lo típico, ya que el juzgador gracias al principio de legalidad deberá

28. Reyes Echandía, Alfonso. La Antijuridicidad, Colombia, 1964, pág. 44

hacer caso omiso de lo antijurídico que no esté tipificado, esto es, sólo podrá resolver sobre lo antijurídico que haya sido previamente concretado por un tipo legal.

A manera de ejemplo, cabría señalar que, desde tiempos inmemorables la usura ha sido una conducta reprochable desde el punto de vista moral, pero mientras que en el código penal no se había tipificado, como ocurrió durante muchos años, nos encontrábamos ante una conducta antijurídica irrelevante para el Derecho Penal, y no es sino hasta que se hace la desafortunada inclusión de la usura en el código penal encuadrándola como fraude específico en la fracción VII del artículo 387, cuando dicha conducta se vuelve típicamente antijurídica al haber el tipo, concretado a la antijuridicidad y por ello relevante para el Derecho Penal; por tanto, se puede concluir que todo lo típico tiene o debe tener un contenido antijurídico y no todo lo antijurídico es típico.

Como conclusión de lo expuesto hasta el momento, me parecen brillantes las palabras del Dr. Vela Treviño, al decir "EL TIPO TIENE LA MATERIA DE LA PROHIBICION Y LA TIPICIDAD EL INDICIO DE LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA TIPICA". (29)

Una vez concluido el estudio sobre la relación que existe entre la antijuridicidad y los tipos penales, es necesario

29. Vela Treviño, Sergio. Op. Cit., pág. 49

analizar lo que sucede cuando se cumple la hipótesis normativa contenida en los tipos; dicho en otra forma, cuando hay adecuación de una conducta al tipo, o sea, tipicidad.

A este respecto la doctrina ha estado dividida, por lo cual es importante destacar los aspectos principales de cada corriente para después emitir una opinión propia.

c) Fase de independencia

Es Ernesto Beling, quien en el año de 1906, con su teoría del tipo atribuye a la tipicidad una función "Eminentemente descriptiva", y con ello las separa tajantemente de los demás elementos del delito; decía que el hecho de "privar de la vida a otro (tipo de homicidio) es una mera descripción carente de contenido antijurídico, por lo cual se quiere saber acerca de la antijuridicidad de tal privación, habría que establecer si fué contraria a la norma que prohíbe matar o si se realizó en legítima defensa por medio de una valoración, y ya posteriormente habrá que atribuirle la conducta a un ser imputable y reprochárselo a título de dolo o culpa." Para ejemplificar lo antes señalado, podría decir que la muerte de un hombre, en sí no es una conducta antijurídica, pero sí lo será la muerte antijurídica de un hombre.

"De tal suerte que tipicidad y antijuridicidad son conceptos totalmente divorciados. El tipo es un elemento de la Ley Penal. ésta castiga toda acción típica (o lo que es lo encaja-

ble en alguno de los tipos descritos en el articulado de la parte especial del código), antijurídica (es decir, contraria a la norma) y que reúne el resto de los requisitos expuestos por Beling. El tipo y la norma son, pues, las dos piezas fundamentales en que se apoya la construcción entera del delito, ya que el tipo describe y la norma valora. Empero ya que lo injusto y lo antijurídico, no son divisibles por ramos jurídicos, sino unitario y, dado que no hay un injusto penal, la acción típica y la antijurídica no son lo mismo, sino dos elementos independientes. De tal manera una acción puede ser típica (por encajar en la descripción de un articulado del código penal) y no ser antijurídica (por existir causas de justificació) o viceversa, ya que pueden existir hechos (por ejemplo, la estafa) que no se sancionen por no circunscribirse al tipo descrito en la ley. Hay que separar pues, estas dos características del delito, o sea la antijuridicidad y la tipicidad". (30)

A este respecto, Hans Welzel citado por Reyes Echandia, nos dice que "La antijuridicidad es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico. No el tipo (como figura conceptual), sino la realización del tipo, puede ser antijurídico. No hay tipos antijurídicos, sino sólo realizaciones antijurídicas del tipo, o lo que es lo mismo, el tipo penal no es de suyo antijurídico en cuanto

30. Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General, Edit. Trillas, México, D.F., 1986, pág. 211

se limita a describir modelos de comportamiento humano y desde este punto es un concepto jurídico; lo que ha de calificarse como antijurídico es aquel comportamiento humano que, acomodándose a la descripción típica, lesiona o pone en peligro sin causa que lo justifique el interés jurídico que el Estado quiso proteger". (31)

d) Fase de la ratio essendi

A la concepción de Ernesto Beling se opone radicalmente Edmundo Mezger, al decir "EL QUE ACTUA TÍPICAMENTE, ACTUA TAMBIÉN ANTIJURÍDICAMENTE". (32)

Lo anterior resulta evidente, al conocer la concepción que el autor en cuestión tenía del delito, el cual era entendido como: La conducta, típicamente antijurídica y culpable, llegando a ser tal la identificación que hace Mezger acerca de la antijuridicidad con la tipicidad, que llegó a afirmar que, ésta crea a aquella, en el momento en que el legislador da vida a los tipos penales.

Por lo tanto (según Mezger) antes de la creación del tipo lo antijurídico no existe. Esta postura, como nos dice el maestro Jiménez de Asúa, es insostenible, ya que nos llevaría inevitablemente a crear una antijuridicidad penal, frente a la antijuridicidad general, absolutamente reprochable en

31. Reyes Echandía, Alfonso. Op. Cit., pág. 42

32. Franco y Guzmán, Ricardo. Op. Cit., pág. 45

las concepciones actuales. (33)

Del pensamiento de Mezger, se podría decir que todo lo típico es antijurídico, lo cual es una afirmación por demás absurda, y es por ello que Mezger se vio obligado a matizar al tenor de las siguientes palabras: "El que actúa típicamente, actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto". Lo cual en mi opinión, es también desafortunado, ya que al realizarse el hecho típico, lo que está surgiendo es como veremos más adelante, una presunción, un indicio de ser antijurídico, pero en forma alguna podemos decir que es antijurídico mientras no aparezca una causa de exclusión de lo injusto, pues en todo caso el injusto no desaparece, sino que nunca existe, al haber precisamente una causa que le impida manifestarse como tal.

En mi opinión, la crítica más ilustrativa en cuanto a considerar la antijuridicidad incluida dentro de la tipicidad la hace el jurista Merkel, el cual citado por Franco y Guzmán, nos señala que "NO PUEDE SER COLOCADA COMO CARACTERISTICA DE IGUAL RANGO, EN LA MISMA LINEA QUE EN LA TIPICIDAD, DEL MISMO MODO QUE NO ES POSIBLE SITUAR UN SINTOMA DE UNA ENFERMEDAD AL LADO DE LA ENFERMEDAD MISMA". (34)

33. Jiménez de Asúa. Op. Cit., pág. 759

34. Franco y Guzmán. Op. Cit., pág. 50

e) Fase de la ratio cognossendi

En un punto intermedio entre las ideas de Beling y Mezger, se encuentra el jurista alemán Max Ernesto Mayer ya que para él, todo tipo tiene una valoración con respecto a la acción, sin llegar a confundir esa valoración con el tipo mismo, y al respecto nos comenta que "La tipicidad no se reduce a una mera descripción, puesto que se le atribuye un valor indiciario de otras características del delito, sobre todo en orden a la antijuridicidad". (35)

Como vemos, a la tipicidad se le coloca en el lugar que le corresponde, de tal suerte que Jiménez de Asúa considera que "La tipicidad está dotada de una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal, y tiene además FUNCIONAMIENTO INDICIARIO DE SU EXISTENCIA". (36)

De lo expuesto hasta el momento, podemos decir, que el hecho de realizarse una conducta típica, no implica necesariamente que la misma sea antijurídica, pero sí nos dará un muy fuerte indicio, una presunción juris tantum en orden a la antijuridicidad, pero por las características propias del Derecho Penal, un fuerte indicio no es suficiente para determinar la existencia de un delito, se requiere en todo caso certe-

35. Jiménez de Asúa. Op. Cit., pág. 756

36. Franco y Guzmán. Op. Cit., pág. 44

za absoluta, o sea que se excluya cualquier duda razonable ya que en todo caso podríamos encontrarnos ante alguna causa de justificación que eliminara a la antijuridicidad, que para ser más propios en el lenguaje, eliminaría el indicio de la antijuridicidad de la conducta típica, pues como antes se dijo, la antijuridicidad en ningún momento llega a nacer.

Asimismo, se puede afirmar que la tipicidad es la ratio cognossendi de lo antijurídico, ya que como ha quedado debidamente asentado, la antijuridicidad, es la conducta contraria a las normas de cultura reconocidas por el Estado por medio de los tipos penales; que entre otras funciones tiene la de concretar a la antijuridicidad, siendo precisamente por medio de estos tipos y de la tipicidad, como se puede conocer acerca de que normas de cultura han encontrado reconocimiento y en que extensión se han violado las mismas con la conducta del agente.

f) Nuestra opinión

Es insostenible, por una parte (como pretendía Beling), afirmar una independencia pura de la tipicidad con respecto a la antijuridicidad, ya que lo anterior es resultado de su afán de considerar al tipo como pura y meramente descriptivo, desvinculado de cualquier aspecto valorativo, olvidándosele que todo tipo tiene y debe tener un sustento firme, una base sólida en que apoyarse, siendo esa base los valores de cultura que requieren ser tutelados, entendiéndose normas de cultura

que son reconocidas y protegidas por los tipos, los cuales no son más que un medio justo y eficaz del cual se sirve el Estado para lograr una armonía social protegiendo sus fibras más sensibles, de un modo general, abstracto e impersonal.

Por otra parte, sostener un polo radicalmente opuesto como lo es el pensamiento de Mezger, al grado de considerar que "Quien actúa típicamente, también lo hace antijurídicamente", sería otro error, ya que el hecho de que lo antijurídico se encuentre concretado en los tipos, no autoriza a afirmar lo antes enunciado, pues numerosos son los casos en que no obstante haber una conducta típica, la antijuridicidad no se manifiesta, por existir una causa de justificación que no hace que desaparezca la antijuridicidad como pretende esta corriente, sino que simplemente evita que nazca a la vida jurídica un elemento del delito indispensable como todos ellos, para estar en presencia del mismo.

A mi modo de ver, la imprecisión en que incurren las doctrinas antes señaladas, radica en que no se toman en cuenta los procesos lógicos de interrelación, primero entre lo antijurídico y lo típico, y después entre la antijuridicidad y la tipicidad. En efecto, como es señalado al comienzo del presente capítulo, en un primer momento el legislador al crear los tipos, valora y protege los bienes jurídicos mediante una descripción general y abstracta, siendo precisamente aquí donde la fase de la independencia encuentra su mayor obstáculo,

ya que el contenido antijurídico de los tipos es inminente e indiscutible, siendo algo por demás superado sostener lo contrario. Posteriormente corresponderá al juzgador valorar sobre si una conducta típica puede llegar a ser considerada como antijurídica por no existir alguna causa de justificación que avale a la misma y que impida el nacimiento de la antijuridicidad, o lo que es lo mismo, desaparezca el indicio correspondiente y es aquí precisamente donde radica el mayor tropiezo para la fase de la ratio essendi, ya que si el que actúa típicamente lo hace también antijurídicamente, la labor del juzgador saldría sobrando en este rubro, lo cual es una cuestión por demás irreal.

Como una síntesis de las corrientes previamente señaladas, se encuentra la fase indiciaria, ya que ésta respeta plenamente el proceso de interrelación lógico que antes mencionamos, al sostener que todo tipo tiene un contenido antijurídico reconociendo con ello la labor que desempeña el legislador, y por otra parte, considera a la tipicidad como un fuerte indicio de la antijuridicidad, correspondiéndole al juzgador esta vez, valorar la conducta a la luz de dicho indicio. Es por ello, que atribuyo a Ernesto Mayer el mérito de haber esclarecido tan nebulosa cuestión.

CAPITULO IV

NATURALEZA DE LA ANTIJURIDICIDAD

- a) Introducción.
- b) Concepción pluralista.
- c) Concepción unitaria.

a) Introducción

Una vez estudiada la relación que existe entre la antijuridicidad y la tipicidad, y habiendo dejado en claro la función de concreción que realiza ésta con respecto a aquella, a tal grado que lo antijurídico no concretado por los tipos será simplemente irrelevante para el Derecho Penal, esto no significa que frente a lo antijurídico tipificado, haya otro no tipificado (antijuridicidad civil, mercantil, laboral, administrativa, etc.), sino que la antijuridicidad es una sola a saber, la conducta contraria a la norma de cultura reconocida por el Estado.

Lo que he afirmado en líneas anteriores, no es algo generalmente aceptado y al respecto, la doctrina se encuentra dividida, ya que hay juristas que sostienen la existencia de tantas antijuridicidades como ramas del derecho hay, por lo que en el presente capítulo se expondrán las ideas principales de cada corriente para finalizar con una opinión propia.

Antes de abordar propiamente el tema sobre la unidad o diversidad de la antijuridicidad, preciso es recalcar que el derecho es un fenómeno cultural y como tal, evoluciona

según las necesidades de cada cultura dando solución a los conflictos que surjan de la vida en comunidad en un momento determinado. Es por ello que al lado del Derecho Civil (el derecho por excelencia durante varios siglos) naciera en la Europa Medieval el Derecho Mercantil como resultado de la complejidad de la vida y de las nuevas relaciones que se establecían entre los comerciantes, y es así como el derecho comenzó a diversificarse en tantas ramas como fuesen necesarias amén de satisfacer las distintas necesidades de una sociedad en un momento determinado, lo cual no significa que conforme surjan nuevas ramas del derecho a su lado aparezcan nuevas antijuridicidades, máxime si se está consciente de que el derecho regula conductas, y que la conducta es una sola, independientemente del enfoque que se le dé a la misma.

Pero no siendo mi intención comenzar el presente capítulo dando mis conclusiones, y en beneficio del orden comenzaré por exponer el criterio de la:

b) Concepción pluralista

Como un claro expositor de las ideas de la presente corriente nos encontramos con Hegler, quien citado por Jiménez de Asúa, nos indica que "El derecho penal considera lo injusto, en la imposición de la pena pública, desde el punto de vista de una lesión de los intereses vitales del Estado, el Derecho Privado, al establecer el cumplimiento coactivo o la reparación material o pecuniaria en favor del particular, lo contempla

desde un punto de vista de un ataque o intromisión en la esfera jurídicamente protegida de un individuo. El ángulo visual es diverso aunque el hecho sea el mismo". (37)

Por su parte, el autor italiano Guarneri, citado por el Dr. Vela Treviño, nos afirma que "El delito como acto ilícito, es una lesión del interés de la conservación del orden social y violación al deber de los súbditos a obedecer los preceptos estatales, porque todo delito produce un daño social mediato, los actos ilícitos, o sea los no penales, igualmente causan ese daño mediato, por lo que hay necesidad de encontrar la diferencia específica, la cual se ubica en el permanente interés del Estado en cuanto a las consecuencias jurídicas de la ilicitud. Así por ejemplo, el caso de que las deudas deben pagarse y el no hacerlos implica una violación a la norma que el Estado determina al conminar al deudor al pago, para luego el propio Estado desinteresarse de las deudas mismas y su origen, lo cual no ocurre tratándose de la ilicitud penal, pues el Estado, además de preocuparse por la específica violación a la norma que acarrea el delito, permanece interesado en las otras consecuencias o concretamente, en la punición del autor de la violación de la norma.

Además (sigue afirmando) el Estado toma una posición clara ante el sujeto autor de la conducta que es ilícita penalmente, en cuanto se refiere a sus personalísimas e individuales carac-

37. Jiménez de Asúa. Op. Cit., pág. 972

terísticas, para conocer las causas interiores de su especial comportamiento y reaccionar en la punición en consideración a la peligrosidad del sujeto, lo cual no ocurre en otros campos del derecho". (38)

En este sentido, me uno a la crítica del Dr. Vela Treviño, al afirmar que Guarneri está confundiendo dos elementos del delito como son, la antijuridicidad y la culpabilidad, los cuales tienen contenido propio e inconfundible.

Las ideas de Edmundo Mezger expuestas con motivo de la ratio essendi de la antijuridicidad, autorizan a atribuirle a dicho autor la idea de una antijuridicidad propia y exclusiva del Derecho Penal, ya que si todo lo típico es antijurídico, luego entonces lo que no es típico no es antijurídico penal, pero sí podrá ser antijurídico civil, administrativo, etc. estas ideas son compartidas principalmente por Ricardo Franco y Guzmán así como Jiménez de Asúa.

No ha faltado quienes hayan intentado establecer diferencias concretas, entre lo ilícito penal y el civil, y a este respecto, el Maestro Pavón Vasconcelos quien citado por el Dr. Marquez Piñero, nos enumera las siguientes:

"1. El delito es atentado a bienes públicos, cuya salvaguarda interesa a la colectividad, mientras que en el ilícito civil hay deterioro a bienes privados, sin alteración de la

38. Vela Treviño. Op. Cit., pág. 74

tranquilidad pública. Empero, hay casos en los que el ilícito civil también afecta al interés general, y éste precisamente justifica la sanción. La distinción entre ambos ilícitos, en función de un daño a bienes públicos y privados, es una argumentación escasamente sólida.

2. El delito es un injusto positivo y violatorio de una prohibición, mientras que el injusto civil es la oposición a un mandato. Este criterio es asaz endeble si el delito es injusto positivo, entrañando siempre la violación de una norma prohibitiva. No resulta factible una explicación de los delitos de simple omisión, en los que no hay norma prohibitiva violada.

En tales delitos, el incumplimiento del deber, de obrar, implica una omisión del mandato preceptuador contenido en la norma, acreditando ello, sin lugar a dudas, lo precario de la distinción entre ambos ilícitos". (39)

En este sentido, Carrara y Merkel, ambos citados por González de la Vega, respectivamente opinan que "Para la existencia de la noción del delito, en sentido penal, se exige que el daño producido sea social, esto es, de tal naturaleza que, para proveer a la defensa del orden externo, no haya otro medio como no sea el desometerlo a la represión de la ley y no reparable; si el daño es puramente personal o reparable

39. Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal, Op. Cit., pág. 199

por un medio directo, el legislador se excedería en el ejercicio de sus poderes considerando como delito el acto que lo ha causado". "Tanto la coacción puramente civil como la coacción penal, tienen por objeto el interés general y son formas de reacción contra los hechos antijurídicos, establecidos con el fin de hacer desaparecer el desacuerdo de entre la voluntad general y la voluntad individual; la reacción penal tiene un carácter subsidiario, es un medio más enérgico al que se acude cuando el otro es insuficiente". (40)

A los anteriores juristas, podríamos agregar a otros tantos que pugnan por la idea de una diversa antijuridicidad, señalando todos ellos ciertas notas distintivas que no son contundentes y mucho menos definitivas sobre la base principal de, la naturaleza de las consecuencias para enfocar la antijuridicidad en uno u otro campo del derecho lo cual no es prueba de la existencia de varias ilicitudes.

c) Concepción unitaria

Contra las ideas expuesta con motivo de la diversidad de la antijuridicidad, se levantan un gran número de juristas que sostienen la unidad de la misma, siendo de admirar la sencillez con la que el maestro Reyes Echandia nos señala que "Si nos remontamos a la génesis del Derecho Positivo encon-

40. González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, México, D.F., 1988, pág. 160

traremos que el legislador al estudiar el comportamiento del hombre en sociedad encuentra que algunas modalidades del mismo ofenden condiciones de vida que deben ser legalmente protegidas; en esos casos toma patrones comportamentales y los traslada al ámbito del derecho, los regula en el ordenamiento jurídico y señala sanciones en caso de que se viole la regulación. La descripción de esos modelos de conducta se hará en aquella área del derecho en la que el legislador considera adecuadamente protegido el bien jurídico en cuya conservación está interesado (civil, laboral, administrativo, penal) puede ocurrir entonces que una de tales descripciones comportamentales vaya primero al Derecho Civil y posteriormente pase al ordenamiento penal, cuando la sanción puramente patrimonial prevista en aquel, resultó insuficiente; o que la conducta que se pretende describir pase directamente del mundo de los fenómenos naturales al del Derecho Penal porque se quiere de una vez fijar sanción de notable drasticidad.

Bien puede decirse que cuando el legislador realiza tal operación es porque considera que la conducta que va a tipificar constituye hecho socialmente inadecuado, acto de oposición social, injusto digno de reproche. Producida la concreción legal del hecho humano, pasa a ser teóricamente antijurídico cualquiera que sea el ordenamiento legal en donde haya sido ubicado". (41)

41. Reyes Echandia. Op. Cit., págs. 46 y 47

Como podemos ver, el hecho de que el legislador encuadre a la ilicitud en tal o cual campo del derecho se debe a la distinta necesidad de protección que tienen los bienes jurídicos tutelados, ya que en orden a las consecuencias, habrá ramas de derecho que protejan tales bienes jurídicos de una manera más eficaz con sanciones más severas que otras. Tal es el caso de algún bien jurídico considerado como vital para alguna sociedad en un momento determinado, éste, por su trascendencia tendría que estar protegido por una pena, para lo cual, el legislador deberá crear un tipo para dicha empresa.

Hecho que sea lo anterior estaremos sumergidos por completo en el mundo del Derecho Penal con todas las implicaciones que esto significa, pero ello no autoriza sostener que la lesión al bien jurídico tutelado será una lesión penal, la misma que acarrea consecuencias penales, cosa muy distinta a atribuirle el calificativo de penal al sustantivo que es la ilicitud. Ya que como nos dice el jurista Franz Von Liszt, "El concepto del injusto desarrollado hasta aquí, considerado como acto contrario a derecho, encuentra aplicación en todas las ramas del derecho, entre todas las especies de lo injusto se destaca claramente lo injusto penal, el delito, por su CONSECUENCIA jurídica particular: la pena". (42)

42. Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Edit. Reus, Madrid, 1927, pág. 252

Mis consideraciones encuentran un sólido sustento en la persona del maestro Franco y Guzmán, al sostener que "La anti-juridicidad es una sola e indivisible, y que no puede hablarse seriamente de una antijuridicidad propia y exclusiva de lo penal, aunque puede y de hecho así se hace, limitarse a un campo determinado. Por eso cuando se habla de una ilicitud penal en el delito se quiere decir que éste es un acto antijurídico como los demás que atacan el derecho, y sin aceptar una antijuridicidad penal especial, se admite que la ilicitud del hecho en el delito, es una ilicitud distinta a la de los demás actos antijurídicos precisamente en virtud de la tipicidad y de la punibilidad: Tiene que ser una ilicitud que se encuentra tipificada, precisamente en una ley penal; además, la pena que asocia al hecho antijurídicamente típico y culpable, es una pena "penal", por así decirlo, es una sanción que sólo se encuentra en la ley penal". (43)

No obstante Jiménez de Asúa nos indica que "Los italianos, parecen esforzarse, mediante el cuidadoso examen de las doctrinas que pretenden distinguir lo 'ilícito penal', lo 'ilícito civil', lo 'ilícito administrativo', etc. En hallar diferencias capaces de caracterizar el injusto punible. Más como no lo logran acaban confesando que tal separación es imposible, con más muestras de desaliento que de convicción. INCLUSO

43. Franco y Guzmán. Op. Cit., págs. 69 y 70

EL PRETENDIDO DISTINGO POR LAS SANCIONES (RESARCIMIENTO EN UN CASO Y PENA EN OTRO)". (44)

Como vemos, hay argumentos por demás convincentes para sostener sin temor alguno la unidad de la antijuridicidad y a este respecto, es conveniente traer a colación lo que ya he dicho al principio del presente capítulo en el sentido de que el derecho se encarga de regular conductas, por consiguiente la conducta es una sola independientemente del enfoque que se le dé, así, por ejemplo:

A la conducta de amenazar con una arma, para llevar a cabo la celebración de un contrato, es una conducta antijurídica, toda vez que viola la norma que consagra la libertad que tiene toda persona para obligarse, y en virtud de violar dicha norma es antijurídica tal conducta ya que las circunstancias o calidad de los agentes son algo secundario, pues si tal contrato es una compraventa, el amagado podrá solicitar civilmente la inexistencia de la misma, por faltar un requisito de existencia del contrato, o sea el consentimiento. Pero si no se tratara de una compraventa y se estuviese en presencia de un trabajador amagado, el mismo tendrá expedita la vía laboral para sostener la inexistencia del contrato en cuestión; todo lo anterior sin perjuicio de invocar el artículo 282 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, que es el tipo que sanciona con

44. Jiménez de Asúa. Op. Cit., pág. 972

una pena dicha conducta.

Lo anterior autoriza a afirmar, que una conducta puede tener un sinnfn de consecuencias dependiendo del enfoque que se le dé, y es por ello, que no debemos distinguir a la ilicitud por estas consecuencias ya que las mismas son accidentes y no la nota distintiva. En apoyo a las ideas que se están manejando, el maestro Alimena citado por Jiménez de Asúa, nos señala que "Como desde lo inmoral se pasa insensiblemente a lo que es ilegal, así se pasa de lo que es ilegal ante el Derecho Civil, a lo que es ilegal ante el Derecho Penal. Realmente la ley puede y debe, mediante un tajo neto y preciso, separar, aun cuando sólo sea artificiosamente, ambas clases de ilegalidad, pero esto no significa que la diferencia deba existir en sí misma y fuera de la ley. Más bien todo induce a creer en la realidad, 'EN AQUELLA REALIDAD DE LA QUE SURGE EL DERECHO, NO EXISTE TAL DIFERENCIA'". (45)

Como se podrá observar, la concepción unitaria ha sido acogida por sus sólidos argumentos, no sólo por la mayoría de los estudiosos del derecho, sino que también, por nuestro máximo tribunal según se aprecia en la siguiente resolución:

"ILICITO CIVIL E ILICITO PENAL. Aunque normalmente se habla de ilícito civil e ilícito penal, lo cierto es que la antijuridicidad de un hecho se precisa cuando, a través de un juicio de apreciación objetiva, se concluye teniéndolo

45. Ibidem, pág. 973

como contrario a las normas o lesivo a los bienes tutelados por el derecho. De ahí que se afirme que EL CAMPO DE LA ANTI-JURIDICIDAD ES SOLO UNO Y QUE ES IMPROPIO HABLAR DE ILICITUD CIVIL E ILICITUD PENAL, YA QUE UN ACTO TRAERA CONSECUENCIAS DE UNO U OTRO ORDEN SEGUN LAS CONSECUENCIAS QUE LA LEY ASOCIE AL MANDATO DE OBRAR O DE ABSTENERSE".

A.D. 469/959/12. Luis Martínez Velasco. Resuelto el 7 de julio de 1959, por unanimidad de 5 votos. Ponente el ministro Juan José González Bustamante. Primera Sala. Informe 1959, pág. 42.

De lo anterior se puede apreciar que el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es claro y no amerita mayor comentario, y por ser aún más claro y contundente me gustaría terminar el presente capítulo con una frase de elocuencia manifiesta, atribuida al maestro Ernesto Beling que nos dice: "SOLO EL REFERIR LO INJUSTO DEL HECHO PUNIBLE A LA VIOLACION DE LA NORMA HACE POSIBLE LA CONCEPCION UNITARIA DEL DERECHO PENAL, PUES SI SE PRESCINDE DEL CARACTER DE LO CONTRARIO A LA NORMA, EL CARACTER DE INJUSTO SE DESMEMBRA EN TANTOS INJUSTOS COMO DISCIPLINAS JURIDICAS HAY: EN INJUSTO CIVIL, CANONICO, ADMINISTRATIVO, PENAL, ETC." (46)

CAPITULO V

CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD

- a) Comentarios al margen.
- b) Antijuridicidad objetiva.
- c) Antijuridicidad subjetiva.
- d) Elementos subjetivos del injusto.

a) Comentarios al margen

Habiendo previamente estudiado la naturaleza de la antijuridicidad, resulta indispensable para los fines del presente trabajo adentrarnos en el contenido mismo del concepto que nos ocupa, resultando imprescindibles las palabras de Hans Welzen al decir "La antijuridicidad es una pura relación (una contradicción entre dos miembros de una relación) lo injusto es, en cambio, algo sustancial, la conducta antijurídica misma" (47).

Como se puede observar, el contenido propio de la antijuridicidad es una CONDUCTA antijurídica, pero esta cuestión no es tan sencilla como aparenta, ya que la conducta entendida como la manifestación de voluntad que mediante un movimiento corporal consciente y espontáneo, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se esperaba deja sin modificación ese mundo externo cuya mutación se esperaba y es por ello que algunos autores han rebasado la frontera de la antijuridicidad, invadiendo terrenos de la culpabilidad, al sostener que en orden a realizar un juicio de tipo valorati-

vo, como lo es el concerniente a la antijuridicidad, el juzgador deberá tener en cuenta la situación o disposición anímica del agente. al manifestar la voluntad, ya que sólo de esta forma, la conducta estaría analizada a la luz de los elementos que la componen (psicológicos, externos y finalísticos) entre otros, y de lo contrario se atendería a un simple movimiento corporal carente de contenido volitivo y por tanto intrascendente para el Derecho Penal, por lo que para estos autores, el contenido subjetivo de la antijuridicidad es manifiesto.

A este grupo de juristas, se oponen quienes afirman que para realizar el juicio de valor se debe atender a la objetiva contradicción entre el hecho del hombre y la norma protegida por el ordenamiento jurídico, independientemente de las condiciones psíquicas del sujeto, ya que esto último sería tarea de la culpabilidad, por lo tanto la antijuridicidad tendrá contenido objetivo.

No es poco frecuente que ante discusiones doctrinales en que se sostienen posturas diametralmente opuestas, surja aquella opinión moderada y matizada que toma el nombre de ecléctica, y no siendo este tema la excepción, Edmundo Mezger nos adelanta que comparte la idea objetiva de la antijuridicidad pero reconoce que en determinadas ocasiones y a manera de excepción, deben tomarse en cuenta elementos subjetivos, en aras de realizar un juicio valorativo.

Como vemos, en lo concerniente a esta cuestión, la doctrina

está por demás dividida, por lo que a continuación procederé a exponer las ideas fundamentales de la tesis objetiva, para continuar con la tesis subjetiva y finalizar haciendo alusión a los elementos subjetivos del injusto.

b) Antijuridicidad objetiva

Para adentrarnos en la postura de la presente corriente me parecen por demás claras e ilustrativas, las palabras de Hippel quien citado por Jiménez Huerta nos dice que "La determinación de lo antijurídico debe hacerse con base exclusiva en la objetiva conducta enjuiciada, toda vez que lo antijurídico no es otra cosa que ofensa a las normas de valoración recogidas en el ordenamiento jurídico, o, dicho de otra forma, con el Derecho Objetivo en su función de valoración de los hechos". (48)

Es necesario en este punto recordar que conforme al método analítico en el estudio del delito, el mismo se descompone en distintos elementos indispensables, sucediéndose unos a otros en forma ordenada, ya que para encontrarnos por ejemplo ante el delito de homicidio, lo primero será analizar la mutación en el mundo exterior, con independencia del valor (privar de la vida a otro). Posteriormente habrá que analizar aún sin valorar, si dicho acto encuentra descripción objetiva en algún ordenamiento legal y con ello el consecuente nacimien-

48. Jiménez Huerta. Op. Cit., pág. 33

to del indicio de la antijuridicidad (tipicidad, en el artículo 302 del Código Penal) no es sino hasta este momento, cuando el juzgador realiza una valoración objetiva con la norma, resolviendo sobre la contradicción de ésta con la conducta típica del agente y al no haber alguna causa que justifique la acción por medio del método excepción-regla el indicio de la antijuridicidad, se volverá certeza absoluta (conducta típica antijurídica), y para este momento restará únicamente reprochar subjetivamente tal conducta a título de dolo o culpa. Por tanto la muerte antijurídica de un hombre, es independiente del dolo con que se cometa, pues se trata de una valoración objetiva de la acción, que sólo podrá ser dolosa hasta que no se reproche a un sujeto capaz de querer y entender; pero si en su defecto, este sujeto obra en virtud de miedo grave, de tal suerte que su actuar se encontrase justificado por la fracción VI del artículo 15 del Código Penal, el supuesto delito se desvanecería, estaríamos más bien en presencia de una inimputabilidad (elemento de la culpabilidad) toda vez que el sujeto quedaría momentáneamente perturbado en sus facultades de juicio y decisión. Por tanto dicha conducta típica y antijurídica, es irreprochable, o lo que es lo mismo sería una antijuridicidad inculpable.

Es innegable que en la antijuridicidad de las conductas típicas se establece un ligamen en cuyos extremos aparecen la conducta, y en el opuesto el conjunto de valores culturales que han dado su fundamento a la norma que es contradicha por

la materilización de la conducta. La zona intermedia es lo ilícito de la conducta, que se determina por medio del juicio del que es titular el juzgador y por el cual resuelve sin valorizaciones subjetivas, la contradicción hecho-norma.

A este respecto Edmundo Mezger nos señala que "Una acción es anti-jurídica cuando contradice las normas objetivas de derecho. Esto se concibe como una ordenación objetiva de vida y lo injusto, por tanto, como la lesión de dicho ordenamiento. El derecho existe para garantizar una convivencia externa ordenada de los que están 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 VALORACION, como juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del derecho... A esta concepción del derecho corresponde la de la anti-juridicidad, la de lo injusto, como una contradicción objetiva con los preceptos jurídicos, COMO UNA LESION OBJETIVA DE LAS NORMAS JURIDICAS DE VALORACION". (49)

Es sólo mediante el enfoque objetivo de la anti-juridicidad como se puede resolver uno de los grandes problemas del Derecho Penal, me refiero a las consecuencias jurídicas que surgen con motivo de las infracciones cometidas por los inimputables;

en efecto, es sabido que los inimputables no pueden cometer delitos, ya que faltaría el elemento de la culpabilidad para estar en presencia de él, y sin embargo la ley atribuye ciertas consecuencias de derecho a las faltas cometidas por ellos, lo cual nos lleva a pensar en que dichas conductas típicas son también antijurídicas, sin embargo irreprochables y es por ello que no son delitos, lo cual no significa que no tengan relevancia en el mundo jurídico ya que la antijuridicidad como tal ha nacido, y con ello se ha lesionado o puesto en peligro algún bien jurídico naciendo paralelamente la obligación de reparar el daño.

En este sentido el maestro Guiseppe Bettiol nos indica que "La antijuridicidad se manifiesta en un juicio de desaprobación del hecho perpetrado, sin que en principio este juicio dependa de la desaprobación que mira al elemento psicológico del delito; es decir, a la culpabilidad. INCLUSO EN EL HOMICIDIO COMETIDO POR UN LOCO O UN MENOR, ES UN HECHO JUZGADO DEL BIEN DE LA VIDA EN CUANTO ES UN HECHO QUE CIERTAMENTE NO SE ADECUA A LAS EXIGENCIAS DE LA NORMA PENAL COMO TUTELA DE VALORES SOCIALES. LA ANTIJURIDICIDAD TIENE, POR TANTO, CARACTER OBJETIVO". (50)

Siendo congruente con lo antes expuesto, nuestra legislación sostiene en las tres primeras fracciones del artículo 32 del

Código Penal vigente lo siguiente:

Art. 32.- Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29:

I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;

II. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

III. Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquellos. (51)

No obstante lo anterior, este criterio carece de aceptación general y es curioso que utilicemos los argumentos de Betiol para rebatirlo, pues el mismo autor que sostuvo la objetividad de la antijuridicidad para explicar la situación de los inimpuntables, ahora nos dice que "El juicio de desaprobación en el cual la antijuridicidad se sustancia, incide siempre sobre una acción humana, y acción no se da fuera de la voluntariedad de la misma.

Así, si un loco o un menor han cometido un homicidio porque estaban físicamente constreñidos, no se podrá ya hablar de una antijuridicidad objetiva del hecho..., puesto que aquellos no han obrado. Un movimiento corporal determinado por una

51. Como se puede apreciar, es desafortunado el término de "delito" que emplean estas fracciones. (N. del A.)

fuerza física ajena, no es una acción que pueda ser valorada como disconforme o conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. Es, desde el punto de vista normativo, una 'nada'". (52).

Esta idea es por demás inexacta ya que suponiendo, sin conceder, que lo que impidiera el nacimiento del delito fuese la falta de voluntariedad de un menor de edad por ejemplo, entonces no podría hablarse propiamente de una conducta y al estar ausente el primer supuesto de todo delito, el hablar de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad, sería simplemente ocioso. Con lo que los hechos realizados por los inimputables serían entonces sí como nos dice Betiol una "nada jurídica", y con ello no sólo no se explica la razón de ser del artículo 32 antes transcrito así como del artículo 1911 del Capítulo V del Título I del Código Civil, el cual se denomina "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", sino lo que es peor, se llegan a conclusiones tan absurdas como la que sigue:

Si el inimputable es incapaz de actuar antijurídicamente, entonces no se podría dar el supuesto de una legítima defensa en contra de un ataque real, actual o inminente, cometido por él, ya que al sostenerse la imposibilidad de un actuar antijurídico por parte de los incapaces, cualquier acto de los mismos, a contrario sensu, sería jurídico o en su defecto,

52. Jiménez de Asúa. Op. Cit., pág. 978

sería la nada jurídica, situación esta última un tanto más denigrante, ya que se estarían equiparando los hechos realizados por un joven de 17 años con los de un animal, por ejemplo; con lo que quedaría demostrado lo absurdo del criterio anterior.

En este sentido se pronuncia el jurista argentino Sebastián Soler al subrayar que "El dar muerte a un hombre es un hecho antijurídico tanto en el caso de que lo realice una persona normal como en el caso de que sea ejecutado por un anormal, aun cuando a éste no se le imponga una pena sino una medida de seguridad. Lo que falta en este último caso para llegar a la pena no es un hecho ilícito, sino un sujeto punible. En cambio, cuando el hecho no sea ilícito por mediar una causa de justificación (como en la legítima defensa) no diremos que la pena no se impone porque el sujeto no quería o no era capaz de querer, sino porque el hecho no era ilícito objetivamente considerado". (53)

Para concluir con la exposición del pensamiento de los juristas que sostienen la objetividad de la antijuridicidad, me parecen por demás ejemplares, por su claridad las palabras de José Antón al sostener que "La disputa tiene mucho de terminología y podría zanjarse así: descomponiéndose el hecho, que es base real del delito en un acto externo y otro interno,

53. Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, pág. 346

ambos son objeto de valoración por el orden jurídico. Al resultado de la valoración del elemento externo se acostumbra llamar antijuridicidad sin más apelativos, aunque sería más propio hablar de antijuridicidad de la acción o antijuridicidad objetiva. Al resultado de la valoración del acto psicológico o interno llamamos culpabilidad, y no habría inconveniente en designarlo antijuridicidad subjetiva si el uso no hubiera impuesto otro nombre. Ahora bien de estos dos juicios, el primero tiene prioridad ya que el derecho, a diferencia de la moral, impone un orden externo de conducta y sólo le interesa la actividad psicológica del sujeto en cuanto se revele a través de la acción. Por esto la antijuridicidad de la acción es supuesto de la culpabilidad y no a la inversa: puede haber acciones antijurídicas no culpables (en los casos de incapaces) y no puede haber culpabilidad sin acción externamente antijurídica". (54)

c) Antijuridicidad subjetiva

Los partidarios de la presente corriente, poseen una visión completamente diferente a la expuesta con motivo de la objetividad de la antijuridicidad, y que si bien ambas, coinciden en que la antijuridicidad es la contradicción del hecho del hombre con la norma de cultura reconocida por el Estado, la tesis subjetiva, vincula el hecho contradictorio con su autor,

54. Jiménez de Asúa. Op. Cit., pág. 990

ya que (según ellos) es sólo tomando en consideración las especiales características internas y volitivas del agente, como se puede emitir un juicio valorativo, ya que de omitir tales consideraciones dicho juicio sería parcial, por no apreciar el hecho contradictorio en su totalidad.

Esta tesis, por extraño que nos parezca es particularmente sostenida por Carlos Binding ya que el mismo estima que "La acción contradictoria a la norma debe ser dolosa o culposa: sólo hay ilicitudes culpables; la inculpables no tienen existencia... La base de cualquier intervención punitiva del Estado se encuentra en el hecho de que la conducta infringe el derecho subjetivo del Estado derivado del precepto objetivo o norma (mandato o prohibición). Correlativo a este derecho subjetivo del Estado, existe un deber de obediencia por parte del súbdito. Una conducta humana es antijurídica, cuando existiendo una norma (mandato o prohibición) el súbdito, que reúne las condiciones que la norma exige no cumple con el deber que para él se deduce de la existencia de la norma y viola, por tanto, su deber de obediencia". (55)

En apoyo a las ideas de Carlos Binding, se pronuncia Adolfo Merkel al sostener que "El derecho se puede definir como el conjunto de mandatos y prohibiciones de carácter jurídico y, por lo tanto, el injusto se puede definir como la violación

55. Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit., págs. 52 y 53

de tales mandatos y prohibiciones. Estos mandatos se dirigen a la voluntad del hombre imputable. Por consiguiente sólo en referencia a esa voluntad se puede hablar de la violación de tales mandatos; es decir, del injusto. No es posible hacerlo en referencia a fenómenos naturales ni a consecuencias de una actividad humana que no pueden ser atribuidas a la voluntad de un imputable". (56)

Como se puede apreciar, ambos comentarios carecen de realidad fáctica, al no dar una respuesta satisfactoria, a la obligación que impone la ley de reparar el daño cometido por los incapaces a los representantes de los mismos.

El autor argentino Aldo Moro, parece inclinarse en definitiva por la subjetividad de la antijuridicidad al comentar que "No se puede hablar de ilícito hasta en tanto resulte empeñada la espiritualidad del sujeto en la realización de un hecho que persigue fines ilícitos, aquella voluntad que puede, ella y sólo ella, ajustarse u oponerse al derecho que es precisamente voluntad". (57)

Como se ve, el intento por fusionar a la antijuridicidad y la culpabilidad es constante, y contra esto atinadamente el Dr. Vela Treviño nos expresa que "Las especiales motivaciones que hayan dado origen a la conducta que se opone a la

56. Merkel, Adolfo. Tratado de Derecho Penal, Edit. La España Moderna, Madrid, 1889, pág. 121

57. Moro, Aldo. La Antijuridicidad Penal, Edit. Atalay, Buenos Aires, 1949, pág. 13

norma dada su naturaleza puramente subjetiva, corresponden a la culpabilidad más no a la antijuridicidad, sin que en forma alguna pueda justificarse que por ser la conducta atribuible a un ser humano se tenga que incluir en el campo de lo subjetivo a la antijuridicidad, pues en ese orden de ideas, igualmente la tipicidad sería toda ella subjetiva, puesto que no es concebible tipicidad sin conducta ni conducta sin autor, lo cual nos parece definitivamente absurdo y prueba de la inaceptabilidad del subjetivismo en materia de antijuridicidad". (58)

De tal suerte que lo que se califica como antijurídico es el comportamiento humano y no el comportamiento culpable de un hombre, así como no tiene sentido indagar la antijuridicidad de un hecho atípico, carece de trascendencia investigar la culpabilidad de una conducta lícita y por ser de sobrada contundencia las palabras de Roberto Von Hippel serán las que utilizaré para concluir con la crítica del subjetivismo al decir "LA ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA CONSTITUYE EL JUICIO DE REPROCHE SOBRE EL ACTO; LA CULPABILIDAD, EL ULTERIOR JUICIO DE REPROCHE SOBRE EL AUTOR". (59)

58. Vela Treviño. Op. Cit., pág. 99

59. Ibidem, pág. 98

d) Elementos Subjetivos del Injusto

Como antes comentaba, esta teoría se va ubicar en un punto intermedio entre la objetividad del injusto y la subjetividad del mismo, aunque en sus orígenes posee una tendencia muy marcada hacia la objetiva consideración de la antijuridicidad, se ven (según ellos) obligados a reconocer a manera de excepción, que en algunos supuestos, es de vital importancia en orden a la determinación del injusto, considerar las cualidades internas del agente, así como la intención del mismo a lograr.

Es Edmundo Mezger quien sostiene lo anterior al decir que "La teoría de los elementos subjetivos del injusto, relevante tanto en orden a la fundamentación física del injusto como en el área de las causas que lo excluyen, expresa lo siguiente: el injusto es contradicción objetiva con las normas del derecho. Las referencias subjetivas del infractor respecto del injusto cometido por él, el saber que infringe el ordenamiento jurídico y el conocimiento de los fundamentos fácticos de dicha infracción, la intención de actuar contra el derecho, son sólo de importancia en lo que concierne a la imputación personal del injusto, por tanto en la teoría de la culpabilidad, por lo menos normalmente. Pero 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, concibiendo al primero sólo objetivamente y sólo subjetivamente a la segunda. En lo que concierne a

la determinación del injusto, las excepciones a la regla general nos indican que dicha determinación de lo antijurídico puede depender, en ciertos casos, de determinados momentos subjetivos. Una conducta que exteriormente es la misma puede una vez ser conforme al derecho y otra antijurídica, según el sentido que el actor atribuya a su acto, según la situación o disposición anímica en que se ejecute la acción". (60)

De lo anterior, salta a la vista una imprecisión absoluta, ya que no niego que en algunos supuestos determinados tipos penales, contengan elementos eminentemente subjetivos, en donde la calidad e intención del agente sean de vital importancia, para determinar la TIPICIDAD y no la antijuridicidad de la conducta, siendo aquella un elemento previo a ésta, y del cual depende precisamente que nazca el indicio de la misma, por lo que resulta totalmente erróneo sostener que los elementos subjetivos jueguen un papel importante en la determinación del injusto, ya que si en todo caso nos encontramos (por ejemplo) ante una mujer que no es casta y mucho menos honesta, no se podría llegar a configurar el delito de estupro, previsto en el artículo 261 del código penal, por faltar un elemento del mismo, o sea la tipicidad, ya que no existe adecuación de la conducta al tipo, y al no haber tal adecuación, mucho menos podríamos hablar de antijuridicidad, culpabilidad, o en su caso punibilidad, toda vez que como afirma Sergio

60. Reyes Echandia. Op. Cit., pág. 66

Polito "Los elementos subjetivos del tipo son ingredientes subjetivos del mismo, enraizados de tal manera al hecho punible que su no comprobación compromete la existencia misma del tipo, ingredientes, por ende, del determinado mal en que el tipo de injusto consiste, que deben ser referidos a la acción típica y que finalmente cumplen la función que Grispigni asigna a los elementos de todo tipo legal, esto es, de ser necesarios y suficientes para individualizar y distinguir entre sí los tipos singulares de conducta". (61)

61. Briones Espinosa, Ramón. El Procesamiento en Relación con la Antijuridicidad y la Culpabilidad, Edit. Jurica de Chile, Santiago, 1972, pág. 80

CAPITULO VI

ANTI JURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL

- a) Planteamiento de la Cuestión.
- b) Crítica a la pretendida división.
- c) Verdadero alcance de la división.

a) Planteamiento de la Cuestión

Se atribuye al profesor de la Universidad de Berlín, el maestro Franz Von Liszt, el hecho de haber estudiado por primera vez a la anti juridicidad desde un doble punto de vista, esto es, el formal y el material, siendo el primero de ellos constituido por la conducta contraria a la norma que ha sido reconocida por el Estado; y el segundo, consistente en la efectiva lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, ya que como nos dice el jurista antes mencionado "El delito es, un acto contrario a Derecho. Esta reprobación jurídica que recae sobre el acto es doble: Primero, el acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. Segundo, el acto es materialmente anti jurídico en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad.

El acto contrario al Derecho es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas; por tanto, una lesión o riesgo de un bien jurídico. La protección de los intereses vitales es el primer deber de las normas jurídicas, pero, por muy

cuidadosa que sea la delimitación de los intereses vitales -que son elevados a bienes jurídicos por la protección que el Derecho les otorga- no pueden ser totalmente impedidos los conflictos de los intereses y las colisiones de los bienes jurídicos. El fin de la convivencia humana -garantizar la consecución de la cual es el último y principal deber del orden jurídico- exige que en un conflicto semejante sea sacrificado el interés de menor importancia, cuando sólo puede conservarse a este precio el interés superior. De aquí resulta que la lesión o riesgo de un bien jurídico sólo será materialmente contrario al Derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida en común; esta lesión o riesgo será materialmente legítimo, a pesar de ir dirigido contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responden a esos fines del orden jurídico, y, por consiguiente, a la misma convivencia humana. Este contenido material de la infracción es independiente de su exacta apreciación por el legislador. La norma jurídica se encuentra ante él ella no lo crea. La antijuridicidad formal y material puede coincidir, pero también pueden discrepar. No es presumible una contradicción semejante entre el contenido material del acto y su apreciación jurídica positiva; pero no es imposible. Caso que exista el juez está ligado por la ley; la rectificación del Derecho está más allá de los límites de su misión." (62)

Como podemos ver, Von Liszt no se conforma con una visión

formal de la antijuridicidad y trata de ir más allá, de profundizar en el concepto adentrándose en el contenido material del mismo, partiendo de la noción del fin del derecho o dicho en otra forma, del justo equilibrio entre los intereses de la colectividad y los intereses particulares, estableciendo una supremacía del contenido material del injusto a la norma que lo reconoce, más no que lo crea. A su vez, nos afirma con claridad que LA ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL PUEDEN COINCIDIR, PERO TAMBIEN PUEDEN DISCREPAR. (He aquí, en mi opinión, el punto medular de la cuestión y sobre el cual abundaré en su momento). Para concluir con un fino tacto de jurista al decir, que en caso de haber alguna fractura entre la antijuridicidad formal y material, esto es, la discrepancia a que el autor se refería, el juez está ligado por la ley ya que la rectificación del derecho está por encima de los límites de su función.

b) Crítica a la pretendida división

Esta tesis no ha pasado por desapercibida para muchos juristas, entre los que destacan principalmente los maestros Reyes Echandía, Maurach y Jiménez de Asúa, entre otros, al sostener que el error del ilustre Von Liszt, radica en confundir a la antijuridicidad formal con la tipicidad ya que la antijuridicidad material es propiamente la antijuridicidad.

62. Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Edit. Reus, Madrid, 1927, págs. 323 y 324.

A mi modo de ver esta crítica es errónea, ya que en ningún momento podemos asimilar a la antijuridicidad formal con la tipicidad, puesto que por su naturaleza a aquella le corresponde una relación de contradicción entre el hecho y la norma, mientras que ésta se encarga precisamente de una adecuación de conducta con el tipo. Como vemos son dos conceptos completamente diferentes que en modo alguno pueden ser confundidos.

Por su parte Giuseppe Bettiol, aunque partidario de considerar a la antijuridicidad formal como única, apoya las últimas ideas expuestas por Von Liszt al decirnos que "La neta demarcación entre lo lícito y lo ilícito postula necesariamente una limitación de los poderes del juez y por consiguiente su imposibilidad de tener en consideración el aspecto sustancial de los fenómenos jurídicos. Todo lo que está más allá del concepto y de la regla jurídica depurada es propio de la metafísica jurídica, es política, moral o sociología, pero no es derecho, mientras la función del juez sea únicamente la de interpretar y aplicar el derecho. Y esto es formal por naturaleza. Por consiguiente, la antijuridicidad no puede ser sino formal, es decir, la contradicción del hecho con la norma". (63)

Lo anterior es compartido por el Dr. Vela Treviño al comentarnos que "Si se deja al juez la facultad para ir más allá

63. Reyes Echandia, Op. Cit., pág. 55

de la norma, se tiene que admitir una excepción a la infalibilidad del legislador y con ello se rompe el esquema que es eje del pensamiento jurídico liberal, al aceptar que el ordenamiento jurídico tiene fracturas, lagunas o contradicciones, que obligan al juzgador a llenar el papel que en realidad corresponde al legislador. Se dice, igualmente, que de permitirse esta labor al juzgador entran al campo de las ilicitudes elementos ajenos al derecho, como son los políticos, sociológicos o morales". (64)

Como se puede apreciar, innumerables son los juristas que han reaccionado con la pretendida diferenciación entre lo formal y material de la antijuridicidad; lo que en mi opinión se debe a que el problema no se ha enfocado ni tampoco interpretado como se debe. Es innegable que la antijuridicidad como concepto que es, tiene una sustancia, un contenido, que como en capítulos precedentes quedó asentado, es una conducta objetivamente considerada que entra en contradicción con una norma de cultura reconocida por el Estado. Ahora bien, la misión de reconocer y plasmar el contenido de esa norma de cultura o lo que es lo mismo (del conjunto de mandatos y prohibiciones que, derivadas de la moral, la religión o la costumbre, crean un modo de sentir y de pensar, de tal suerte que regulan la vida en sociedad) en la legislación, es labor única y exclusiva del legislador, con lo que quedarían debida-

64. Vela Treviño. Op. Cit., pág. 104

mente protegidos determinados bienes jurídicos de cualquier lesión o puesta en peligro, y ya posteriormente, al juzgador le corresponde valorar si una conducta objetivamente considerada lesiona o pone en peligro algún bien jurídico previamente reconocido por el legislador, de esta forma se limita de un modo correcto la función del juzgador. En apoyo a lo anterior se pronuncia el maestro Francesco Antolisei al sostener que "La antijuridicidad resulta del contraste entre el acto y las normas del ordenamiento jurídico positivo... Con esto, sin embargo, no queremos decir que la antijuridicidad tenga solamente un carácter formal. Por el contrario, no está privada de contenido y por consiguiente, tiene carácter sustancial. El contenido de la antijuridicidad consiste en la ofensa de los intereses protegidos por el derecho, y más precisamente, en la lesión o puesta en peligro del bien que la norma jurídica protege". (65)

Para concluir podríamos decir que AL LEGISLADOR CORRESPONDE PREGUNTARSE SI UNA CONDUCTA ES O NO SOCIAL Y AL JUZGADOR SI ES O NO JURIDICA.

c) Verdadero alcance de la división

Con lo hasta aquí expuesto pareciera ser que no hay problema alguno y que la distinción de formal y material que hace Von Liszt, obedece más a fines didácticos que científicos, pero

65. Franco y Guzmán. Op. Cit., pág. 119

a mi modo de ver la cuestión es más delicada de lo que aparenta, ya que pareciera ser que a Von Liszt le preocupa el hecho de que el legislador (por los motivos que fuesen) puede engañarse y permitir lo que es materialmente ilícito ya sea por afectar a la moral, a la religión, a las costumbres, a los sentimientos o al pensamiento de una comunidad en un momento determinado, o por el contrario, prohibir lo que no es, con lo que se configuraría una antijuridicidad formal carente de sustento, por lo que no podríamos hablar de una antijuridicidad material, existiendo a todas luces una ruptura, una divergencia entre la antijuridicidad formal y la material, entre los intereses de la colectividad y los intereses particulares, ante lo cual (según el pensamiento de Franz Von Liszt) el juez se encuentra ligado por la ley. Pero la cuestión no termina aquí, ya que la sociedad creadora de la norma de cultura que debe ser reconocida y protegida, sanciona tarde o temprano de una manera severa esta esquisofrenia, lo cual trae consigo un elevado costo social con sus correspondientes repercusiones económicas, políticas, culturales, etc. Todo ello en franco detrimento de un orden social y una convivencia armónica que vienen siendo precisamente los fines del derecho.

De tal suerte que el jurista Enrique Cury reconoce que "La ley positiva puede situarse en un auténtico contraste con los valores culturales vigentes, sin que sea admisible síntesis alguna. La situación precitada por el nacimiento del nacional-socialismo así lo probó de una manera trágica.

Los pueblos de Asia, del Africa y de la propia América o de Europa podrían suministrar, por su parte, valiosos testimonios en el mismo sentido". (66)

Sin embargo, las consideraciones anteriores, no encuentran apoyo unánime en la doctrina ya que en especial, Biagio Petrocelli, trata con relativa frivolidad la cuestión anterior al decir que "En verdad, la gravedad mayor o menor de una ofensa, no es aquella que proviene de la valoración social, extrajurídica, sino aquella, y solamente aquella, que el legislador reconoce y establece, con respecto a sus fines. Que pueda haber, en la mayoría de los casos, cierta coincidencia entre una y otra de nada vale, si en definitiva la gravedad reconocida por el legislador es la que cuenta esencialmente desde el punto de vista jurídico. La valoración ético-social puede, por ejemplo, considerar con cierta indulgencia el hecho del padre de familia que en tiempo de restricciones alimenticias a causa de guerra procura clandestinamente víveres para sus hijos; sin embargo, el legislador castiga la infracción en forma más grave. Igualmente, en sentido inverso, puede haber un hecho, como el adulterio, capaz de determinar, especialmente en algunas regiones y en algunas capas sociales, reacciones privadas inclusive mortales; no obstante, el legislador se limita a establecer una penalidad relativamente muy leve. Ahora bien, si es indudable que la gravedad de la in-

66. Reyes Echandia. Op. Cit., pág. 57

fracción en sentido jurídico es la establecida por el legislador, no obstante de ser divergente su juicio del modo de pensar común". (67)

Sin embargo, esta es una visión parcial en todos los sentidos ya que por un lado, no analiza las consecuencias que traería consigo lo que él menciona, y por otro lado, el ejemplo que nos muestra con referencia a las reacciones mortales que provocaría el adulterio EN ALGUNAS CAPAS SOCIALES, más no en toda la sociedad, es insostenible por obvias razones; lo anterior equivaldría a afirmar que no obstante que el legislador mexicano ha considerado una penalidad de 8 a 20 años de prisión al culpable de homicidio simple, lo que en mi muy personal opinión merecería la pena de muerte en el caso de ser cometido en contra de alguno de mis familiares, lo cual no amerita mayor comentario.

Como conclusión, quisiera hacer hincapié que en aras de vivir en un Estado de Derecho, es necesaria la coincidencia entre la antijuridicidad formal y la material, ya que así y sólo así se vería reflejada por la ley, hecha por los representantes del pueblo, la esencia del mismo y en consecuencia, la convivencia pacífica de los integrantes de la comunidad al amparo de sus costumbres y tradiciones.

También es preciso recalcar que, condición de libertad

es el hecho de que la antijuridicidad se encuentre previamente a la comisión del acto, concretada en un tipo penal elaborado por los legisladores y es por ello que Von Liszt, atinadamente sostiene que en caso de discrepar ambas antijuridicidades, el juez se encuentra ligado por la ley, con lo cual pone de relieve la supremacía de la antijuridicidad formal sobre la material, en orden de la seguridad de los ciudadanos, ya que como bien nos dice Finger, que si el delito es ofensa de intereses, no lo es en el sentido que mediante el mismo sea ofendido un interés efectivamente existente, sino en el sentido de que es ofendido un interés que el legislador supone existente en el momento de la formación de la ley, con lo que la antijuridicidad quedaría previamente concretada.

La historia nos ha enseñado mucho a este respecto, ya que pensamientos como el de Sauer al decir "Antijurídica es por ende, una conducta que según su tendencia general daña en vez de favorecer al Estado y a sus miembros"; o el de Mezger "La determinación del contenido del ilícito se establece en base al sano sentimiento del pueblo y, en consecuencia, la antijuridicidad material ha de encontrarse en toda acción contraria a la concepción nacionalista del mundo" (68); o el del Conde Graf Zu Dohna "En sentido de nuestra legislación del Reich, una conducta antijurídica es ante todo una conducta injusta, es decir, una conducta que no puede ser reconocida

68. *Ibidem.*, pág. 98

como medio justo para el fin justo" (69); o el de Hans Frank "La transgresión de las normas de vida establecidas por el partido Nacional Socialista -raza, suelo, trabajo, imperio y honor- que encarnan la sana conciencia popular y que la ley penal secunda y protege" (70). Han dado pie, al episodio más triste, doloroso y vergonzoso que la humanidad recuerde, me refiero por supuesto al régimen de la Alemania Nazi, ya que los autores antes mencionados, no tenían por objeto defender el derecho producto de una determinada situación política, ya que para dictar normas de obediencia a tal o cual corriente política, se encontraba mucha gente trabajando, sino que su misión consistía más bien, en desligar lo más posible la valoración de cada caso concreto de la incómoda subordinación a normas preestablecidas y a conceptos generales; he aquí la razón de su rechazo total a la determinación formal de la antijuridicidad y su tendencia hacia la idea de un ilícito material que ha de basarse en cada caso concreto en el sano sentimiento del pueblo.

Como podemos apreciar, no es difícil advertir a las consecuencias que nos conduciría el sostener que la antijuridicidad debe basarse únicamente en los mandatos y prohibiciones derivados de las costumbres, moral, religión, etc. de un pueblo en un momento determinado; cosa completamente distinta

69. Franco y Guzmán. Op. Cit., pág. 116
70. Jiménez de Asúa. Op. Cit., pág. 1022

a afirmar que la antijuridicidad debe basarse únicamente en los mandatos y prohibiciones derivados de las costumbres, moral, religión, etc. de un pueblo, concretados por sus legisladores en el momento oportuno; cuestión sutil que encierra un mundo de diferencia.

De tal suerte que como corolario del presente capítulo, he desostener que efectivamente, existe una diferencia entre antijuridicidad formal y material y que tal distinción es loable, sobre todo en aras de luchar en cualquier tiempo por su coincidencia. Sin embargo, y como de hecho sucede, en el supuesto de una contradicción entre ambas mi posición sería la formal. O sea, limitar entre comillas al juzgador a valorar la conducta a la luz de la supuesta antijuridicidad previamente concretada.

Para terminar con la exposición del presente tema, me parecen por demás ilustrativas, las palabras del maestro Biagio Petrocelli al sostener que él "Niega que la concepción formal de la antijuridicidad no permita una 'visión introspectiva de la realidad de las cosas'. Hemos advertido ya, y conviene repetirlo, que, en relación a la esencia formal del ilícito, es menester no pensar en una mera forma vacía, carente de toda referencia a la realidad de los intereses humanos. Concebir la antijuridicidad en sentido formal no significa otra cosa, en el fondo, sino reafirmar la exigencia de fidelidad a la norma jurídica, esencial no sólo para la seriedad y posi-

tividad de la investigación jurídica, sino también para el orden y la paz de la vida social contra la cual, no menos peligrosamente que otras fuerzas, puede atentar una directriz caprichosa e infiel de la interpretación jurídica. Pero la fidelidad a la norma jurídica no sólo no excluye la visión introspectiva de la realidad de las cosas, sino que la impone como una exigencia suya fundamental, ya que no se puede ser fiel a la norma sino conociéndola, y no se la conoce sino a través de una completa reconstrucción de los motivos humanos de toda clase que han inspirado su formación. Realidad, sí, pero cual ha sido vista y como ha sido vista por el legislador, y no de otra manera; lo que, como es obvio, no excluye en la valoración concreta de cada una de las acciones humanas el intérprete, aún permaneciendo fiel a ella, inspire su oficio en una moderna y ágil visión de los nuevos hechos y de las nuevas experiencias de la vida, no perdiendo nunca de vista el criterio de que son los hechos los que deben adaptarse a la norma, si es posible, y no ésta a aquellos. Incluso delimitada en tales rigurosos confines, la labor del intérprete se encuentra bien lejos de ser una tarea árida e incolora; por el contrario, sea en la reconstrucción mental del camino del legislador, remontándose a los motivos y a los fines humanos que inspiraron la conciencia e infundieron fuerza en el querer de éste, sea en la visión de la realidad concreta y viviente del hoy para confrontarla a los esquemas de aquella voluntad, una alta misión vital es realizada por el intérprete.

y los límites de la norma la hacen más austera y reflexiva sin vaciarla de su contenido y substancia". (71)

71. Petrocelli Biagio. Op. Cit., págs. 89 y 101.

CAPITULO VII

CONCEPTO DE LA ANTIJURIDICIDAD

- a) Notas Introdutorias.
- b) Concepto de antijuridicidad para la legislación.
- c) En búsqueda del verdadero significado.
- d) Lesión o puesta en peligro.
- e) Ofensa.

a) Notas Introdutorias

Llegados hasta este punto en la presente exposición, no podríamos estar conformes con la noción que se dio en el primer capítulo del concepto que nos ocupa, ya que resulta indispensable adentrarnos en la substancia y esencia del mismo.

Hasta el momento, nos hemos apegado lo más posible a la visión Mayeriana al considerar que "Las normas de derecho son emanación de las normas de cultura, esto es, de aquel plexo de mandatos o prohibiciones impuestos a los individuos como imperativos de la moral, de la religión o de la costumbre, sobre los que se funda la vida de relación y que crean el modo de pensar y sentir -la cultura- de una determinada sociedad. El legislador no crea la norma jurídica caprichosa o extravagantemente, sino la extrae de la norma de cultura. En el ámbito del Derecho Penal las acciones jurídicamente prohibidas son acciones que ya precedentemente encuentran su prohibición en las normas de cultura. El delito, por tanto, es una acción que no solamente debe estar en contradicción con la norma jurídica, sino también con la norma de cultura reconocida por el Estado". (72)

Lo cual constituye uno de los cimientos más estables y confiables, para aproximarnos a la esencia misma de la antijuridicidad, y digo aproximarnos, ya que en ocasiones pese a la flagrante violación de la norma de cultura que ha sido reconocida por el Estado, podría llegar a ser jurídica si existiese por ejemplo, alguna causa de justificación que impidiera el nacimiento del calificativo de injusta, para la conducta que ha violado la norma de cultura. Es por ello, que surge la necesidad de seguir indagando en relación a lo que constituye en sí la antijuridicidad.

b) Concepto de antijuridicidad para la legislación

Ante este problema parte de la doctrina y muy especialmente Mezger, han reaccionado al sostener que "El que actúa típicamente actúa también antijurídicamente en tanto no existe una causa de exclusión del injusto". Esta concepción ha tenido un extraordinario eco en la legislación, la cual, aunada a la complejidad que trae consigo el determinar el verdadero significado y delimitación de la antijuridicidad, ha optado por considerar su existencia al realizarse un hecho descrito en una ley penal, sin que encuentre el mismo, amparo por alguna causa de justificación; como se puede apreciar, esto conduce a tener una visión negativa de la antijuridicidad ya que bastará, la no inclusión de la conducta típica, dentro de las causas de justificación (que no son más que un catálogo más o menos

imperfecto que contiene en forma limitativa causales que impiden el nacimiento de la antijuridicidad) para encontrarnos ante una conducta típica conforme a derecho. Atinada por demás, es la crítica que hace el maestro Jiménez de Asúa sobre el método de excepción-regla al sostener que "Se ha defendido, incluso dogmáticamente, este sistema en que lo injusto queda sobreentendido por exclusión, alegando su carácter práctico; pero ni en este terreno resulta satisfactorio; ocurre con el como con los tipos legales casuísticos, en los que la fantasía del delincuente supera a la del legislador. La vida nos presenta casos que la ley no previó y pueden y deben quedar excluidos de toda pena. Los que creen que deben contentarse con el sistema de excepción-regla que supone el catálogo de las causas justificantes, no reparan, por otra parte en que la antijuridicidad es un concepto positivo que así se desconoce, pues se centra el eje del problema en averiguar cuando no existe lo antijurídico". (73)

En este sentido, se pronuncia el Dr. Vela Treviño al decir que "Consideramos y creemos que no puede ni debe constreñirse al juzgador a emplear el sistema cerrado bajo el principio de la excepción-regla para la realización de un juicio trascendente en que se resuelva acerca de la antijuridicidad; sino que es preferible, por razones científicas y sobre todo por la fundamentalísima de la idea de justicia que se busca, que

73. Jiménez de Asúa. Op. Cit., pág. 975

el titular del juicio valorativo goce de los amplios y mejores elementos para la fundamentación de sus conclusiones". (74)

Pero no siendo mi propósito ahondar demasiado sobre esta cuestión ya que la misma será debatida en su momento oportuno, sí me interesa recalcar que el método de excepción-regla adoptado por la mayoría de las legislaciones no ayuda en forma alguna a conocer el verdadero significado de la antijuridicidad ya que la misma, es entendida en forma negativa despojándola por tanto de un contenido positivo; lo cual no es de gran utilidad para los fines propuestos.

c) En búsqueda del verdadero significado

Incesante la doctrina como siempre, e inconforme con las ideas hasta ahora planteadas, siguió profundizando en aras de hallar una respuesta satisfactoria a la pregunta; ¿Qué es la antijuridicidad? y fue así como comenzaron a surgir respuestas satisfactorias a tal interrogante, ya que juristas como Franz Von Liszt nos señalan que el acto contrario al derecho "es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas; por tanto, una lesión o riesgo de un bien jurídico. La protección de los intereses vitales es el primer deber de las normas jurídicas, pero, por muy cuidadosa que sea la delimitación de los intereses vitales, no pueden ser totalmente impedidos

los conflictos de los intereses y las colisiones de los bienes jurídicos. El fin de la convivencia humana exige que en un conflicto semejante sea sacrificado el interés de menor importancia, cuando sólo puede conservarse a este precio el interés superior. De aquí resulta que la lesión o riesgo de un bien jurídico sólo será materialmente contrario al derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida en común; esta lesión o riesgo será materialmente legítimo, a pesar de ir dirigido contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responden a esos fines del orden jurídico y, por consiguiente, a la misma convivencia humana". (75)

Birnbaum, quien por primera vez subrayó que "Según su propia esencia debía considerarse delictiva toda LESION O PUESTA EN PELIGRO de un bien garantizado por el poder estatal, siempre que no fuese posible garantizarlo de otra manera que mediante la amenaza penal ...", más adelante Antolisei hace consistir la esencia de lo antijurídico en la OFENSA al interés protegido por el derecho, y más precisamente en la lesión o puesta en peligro del bien que la norma jurídica protege". (76)

Como se puede apreciar, notas distintivas como "lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, ofensa al mismo,

75. Cfr. cita 62.

76. Jiménez Huerta. Op. Cit., págs. 64 y 66

violación al interés jurídicamente protegido" empiezan a relucir, aclarando con ello el turbio panorama que se tenía al inicio, y con objeto de despejarlo por completo, me permitiré citar al maestro Jiménez Huerta quien en forma brillante nos comenta que "La comunidad estatal -representada por el legislador en el acto de la creación de la ley y por el juzgador en el de su aplicación- estima antijurídico todo lo que le implica una lesión para los intereses protegidos y tutelados por sus normas de derecho, cuando dicha lesión, culturalmente valorada, representa en el caso concreto, UNA OFENSA para sus aspiraciones valorativas. Así, por ejemplo, quien lesiona el bien jurídico de la vida de otro, ofende también la aspiración que la comunidad tiene de que el bien jurídico de la vida humana sea respetado en forma abstracta y general. No basta, empero, para concretizar la esencia propia de lo antijurídico, la sola idea de la lesión de un bien jurídico, pues la vida de consuno nos muestra casos en que existe una lesión de un bien protegido por el derecho sin que dicha lesión revista antijurídico carácter. Privar de la vida a otro para despojarlo de su patrimonio, implica una lesión del bien jurídico de la vida; matar en legítima defensa a quien nos ataca injustamente, representa también una lesión para el bien jurídico de la vida. La conducta; empero, es antijurídica en el primer caso y no lo es en el segundo, pues en tanto aquella encierra una ofensa para las aspiraciones valorativas de la comunidad estatal, no existe en ésta la mencionada ofensa, ya que implica

algo que condice con las aspiraciones valorativas del grupo social. En ambos supuestos existe, sin embargo, la privación de una vida humana y una lesión para este bien jurídico. Esto nos demuestra que es insuficiente el concepto de lesión de un bien tutelado para integrar la esencia íntima de lo antijurídico. Lo que perfila la idea y forja su cúspide, es el juicio de valor sobre el carácter ofensivo que para la comunidad estatal encierra dicha lesión; valoración que en forma abstracta y general formula el legislador como representante de la comunidad estatal en el momento del proceso formativo de la ley, y, en forma concreta y específica, el juzgador -representante también de la comunidad estatal- en el instante mismo de aplicarla. Es antijurídico lo que lesiona un bien tutelado y, al propio tiempo, ofende las aspiraciones valorativas de la comunidad estatal. LESION y OFENSA es, pues, el binomio que integra la esencia de lo antijurídico".

(77)

Como vemos, la esencia de la antijuridicidad está compuesta por este famoso binomio, cuyo primer componente es la:

d) Lesión o puesta en peligro

En el momento en que el legislador concreta a la antijuridicidad en un tipo, no está haciendo otra cosa que proteger el concreto interés individual o colectivo de orden social

77. Ibidem, pág. 70 y 71

de cualquier lesión o puesta en peligro, que afecte dicho interés. Cabe hacer mención, que la determinación de la lesión ha de ser valorativa, ya que la lesión en sí no existe, ontológicamente no podríamos hablar de lesión, por lo que el legislador en base a la supremacía del interés colectivo sobre el particular tendrá que determinar la lesividad de ciertas conductas. Hecho que sea lo anterior, una vez que la conducta del sujeto se adecúe al tipo penal el interés individual o colectivo de orden social estará invariablemente afectado, o bien, privado de la protección que la norma le ofrecía, y es precisamente aquí donde nace el indicio de la antijuridicidad de dicha conducta, ya que el sujeto se introdujo en una esfera que le estaba vedada.

De lo anterior, se puede apreciar que la lesión es independiente del daño que sufra el bien jurídico, ya que por la excelsa misión que tiene encomendada el legislador (proteger los valores más sensibles de una sociedad), el mismo no sólo atribuye una sanción a la conducta que dañe el bien, sino que va más allá, atribuyendo una pena a la conducta que deje desprotejido, sin tutela, desamparado, al bien jurídico de que se trate. De tal suerte que el maestro Camacho nos señala que "Conforme al contenido de la legislación penal mexicana, es indiscutible la aceptación de un concepto de lesión, fincado en la simple desprotección al interés jurídicamente tutelado, dejando a un lado la necesidad de que se altere materialmente el bien jurídico protegido por la norma. Hay casos en que

la lesión sólo es desprotección transitoria, como ocurre en todas las formas de tentativa punible y en todas las figuras típicas que son consideradas como de 'peligro'. Ello no quiere decir, desde luego, que ésta sea la forma única de presentación de la lesión para efectos de la antijuridicidad, pues ciertamente la más característica será aquella en que se altere materialmente el interés protegido, pero también es cierto que al ser tan grande el número de casos en los que no hay modificación en el orden material, se tiene que recurrir a un concepto que permita abarcar todas las posibles situaciones, y éste es precisamente el de alteración del orden jurídico pre-existente, en el cual quedan inmersas las diferentes formas de presentación de la lesión". (78)

En nuestro código penal podemos encontrar varios ejemplos de delitos en que se pone en peligro un bien jurídico, sin que sea necesario el daño del mismo, me refiero entre otros, a la fracción I del artículo 306 y al 335, que respectivamente nos señalan que:

Artículo 306.- Se aplicará sanción de tres días a tres años de prisión y multa de cinco a mil pesos:

1. Al que dispare a una persona o grupo de personas, un arma de fuego.

78. Malo Camacho. Tentativa del Delito, Edit. UNAM, México, 1971, pág. 68.

Artículo 335.- El que abandone a un niño incapáz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicará de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.

En resumen, podríamos decir que "Lesiona sustancialmente un bien o interés jurídico, la conducta que destruye o disminuye su esencia, esto es, que extingue o en forma perjudicial altera el estado o situación en que el bien o interés se hallaba, antes de la conducta. En el homicidio, el bien jurídico de la vida humana es destruido; en el robo es abolida la posición que, sobre la cosa recae el apoderamiento; en el rapto, es disminuido el bien jurídico de la libertad. Lesiona potencialmente un bien o interés jurídico, la conducta que le pone en peligro por llevar en sí la probabilidad de destruirle o disminuirle". (79)

Como se podrá recordar, el hecho de que un bien jurídico sea lesionado implica que estaremos en presencia de una conducta típica presuntivamente antijurídica, ya que el sólo hecho lesivo para el bien no es suficiente para integrar en su plenitud a la antijuridicidad, puesto que en el supuesto hipotético de una legítima defensa en donde el agresor ilegíti-

mo fuese muerto, el bien jurídico de la vida humana quedaría destruido, sin embargo dicha conducta carecería de matiz anti-jurídico. Es por tanto necesario estudiar la otra parte faltante del binomio, la cual, junto con la lesión, nos dará la clave para entender en plenitud el concepto que es materia de la presente tesis, así pues, pasaremos a estudiar a la:

e) Ofensa

"Yo me inclino frente al trono sobre el que se asienta la autoridad social, reverencio la diadema que esplende sobre su frente y el cetro que mantiene amenazante en su mano; pero cuando orgullosamente llega a declararme delincuente por un hecho que 'no ofende' en absoluto los derechos ajenos, mi conciencia me da el coraje necesario para decirle que abusa ilegítimamente de su misión". (80)

Habiendo puesto de manifiesto la insuficiencia de la existencia de una lesión a un bien jurídico, para determinar la antijuridicidad de la conducta, preciso es en este momento añadir que, con objeto de que el indicio de antijuridicidad que ha nacido, se convierta en certeza absoluta, es necesario que la conducta típica, además de lesionar un bien jurídico OFENDA a los ideales valorativos de la comunidad. Para determinar la ofensa de los mismos, hay que tener presente la idea

80. Soler, Sebastián. Antropología del Derecho Criminal y Penal, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 15

del fin del derecho, misma que según el maestro Von Liszt se encuentra en la convivencia humana. En efecto, la pacífica convivencia entre los hombres se antoja imposible mediante constantes acciones lesivas o peligrosas a bienes o intereses de la persona en particular o en su defecto, de toda la colectividad, y es por ello que ante estas acciones lesivas, la sociedad tiene que reaccionar con el elemental y primordial fin, de hacer posible la vida entre nuestros semejantes, para lo cual sancionará toda aquella acción dañina que choque contra la idea del fin elemental antes expuesto, ya que complicaría a grado máximo la convivencia humana y con ello ofendería los ideales de la sociedad entera.

En este sentido se pronuncia Carrara al sostener que "El delito tiene su origen en la naturaleza de la sociedad civil y acarrea la tesis de la llamada necesidad política, que debe entenderse como la necesidad de prohibir al hombre ciertos actos capaces de perturbar el orden externo, con la consecuencia de que la violación de la prohibición traiga consigo la existencia del delito. Ello en razón de que el fin mismo del Derecho Penal es la conservación de la seguridad, el progreso intelectual y el perfeccionamiento moral, que sólo puede obtenerse mediante las limitaciones a la libertad del hombre con base en las normas jurídicas". (81)

81. Carrara Francesco. Programa de Derecho Criminal, Vol. I, Edit. Temis, Bogotá, 1956, pág. 50

Quizá convendría matizar un poco en cuanto a los fines del Derecho Penal, que en mi opinión los sobreestima un poco, por lo demás sería válido adelantar que antijurídico es todo lo que lesiona un bien jurídico y a la vez ofende las aspiraciones valorativas de la comunidad.

A este respecto, el Dr. Vela Treviño nos señala que "La tipicidad aporta el elemento indiciario de la antijuridicidad, el cual se ve robustecido cuando aparece la lesión a un interés jurídicamente tutelado; sin embargo, para la plenitud de la antijuridicidad se requiere, además de la la lesión, la ofensa y ésta sólo surge en aquellos casos en que la conducta típica es contraria a los valores culturales que el orden jurídico general ha reconocido. Así, la lesión precede a la ofensa y ambas unidas integran la antijuridicidad. El caso más evidente de esta verdad lo da el derecho al ejercicio de la legítima defensa, que al actualizarse en interés de un injusto agresor satisface el aspecto relativo a la lesión; pero por no vulnerar los valores culturalmente reconocidos, no constituye, a pesar de ser lesiva, una conducta típica y antijurídica, sino una conducta típica conforme a derecho". (82)

Es aquí precisamente donde se aprecia la relevancia de tener en consideración al fin del derecho, ya que como certeramente nos apunta el Dr. Vela Treviño, en la legítima defensa

pese a ser lesionado un bien jurídico como lo es la vida, dicha lesión será jurídica en virtud de no contrariar los fines del derecho.

Esto nos conduce a una realidad fáctica en los supuestos en que son inevitables los confrontamientos entre diversos intereses amparados y tutelados por el derecho, surgiendo con ello situaciones de suyo complicadas, al entrar en juego aspectos de tipo valorativo, sin embargo, ante esta cotidiana realidad el derecho no puede ni debe quedarse al margen y es por lo que se ve precisado a sacrificar el interés de menor importancia, cuando sólo pueda conservarse a este precio el interés superior, y es por ello que aún en el supuesto de ser lesionado un bien jurídico, si la lesión tuvo como finalidad conservar un interés superior, la lesión será legítima, por no haber ofendido a los fines de derecho.

Esto que nos parece claro y sencillo, nos conduce inevitablemente al complejo y profundo problema de establecer bajo que criterio ha de hacerse la prelación de los intereses, quien, y en que momento debe hacerse. Como se puede advertir, el intentar realizar una graduación entre los distintos valores culturales protegidos por la norma jurídica, es un problema ontológico de elevadas dimensiones. Podría en un principio pensarse en la jerarquización de los mismos en base a la relevancia del bien jurídico superior que es la vida humana, seguida por ejemplo del honor de las personas, y después por

el patrimonio de las mismas y así sucesivamente. Sin embargo la vida diaria y la propia legislación nos enseñan que lo anterior no es exacto ya que por ejemplo; sin ánimos de entrar en consideraciones de tipo ético o religioso, el artículo 333 del código penal vigente, autoriza a sostener que el legislador le da mayor relevancia al honor de la mujer que a la vida del feto; la fracción III del artículo 15 del ordenamiento citado autoriza a deducir que el legislador le dio prioridad al patrimonio de las personas sobre la vida de las mismas, en el supuesto de la presencia furtiva de un sujeto en el hogar de otro.

No es mi propósito criticar lo anterior ya que debido a la complejidad que nos presentan las relaciones cotidianas entre las personas, el derecho se enfrenta a una titánica labor, que no se me ocurriría proponer mejor solución; más bien enuncié lo anterior con el propósito de resaltar la relevancia del problema y advertir que el mismo no se resolvería con una fórmula matemática, ni con un programa de avanzada computación, ya que se trata de un problema donde intervienen aspectos eminentemente culturales en donde el caso concreto y las circunstancias que lo envuelven serán siempre la guía.

En este sentido se pronuncia el maestro Jiménez Huerta al comentar que "Es el interés social más importante el que en caso de conflicto debe de prevalecer, y no el interés individual de mayor valor. En la balanza ideal de la justicia no

se pesan mercancías y signos de valor comercial, como acontece en la de los mercaderes, sino se balancean intereses sociales, esto es, las diversas síntesis o categorías que en cada caso concreto integran los valores de la vida social, y que lejos de constituir entidades rígidas e inmutables normalmente regidas por la importancia utilitaria de cada bien individual, adoptan variable importancia desde el punto de vista de los ideales valorativos de la comunidad.

La colisión de dos mismos bienes jurídicos no pueden resolverse apriorísticamente siempre en la misma forma, pues el DAÑO SOCIAL que implica la lesión de uno o de otro, varía en cada caso, según las circunstancias. Para demostrarlo, basta recordar que, si bien en una situación de conflicto motivada por una injusta agresión puede lícitamente prevalecer el del patrimonio. En estos diversos casos, la lesión a un mismo interés produce diverso daño social. Y este daño social es mayor o menor, según la entidad de la ofensa que para los ideales de seguridad y justicia de la colectividad implica la conducta que en el caso concreto se valora para juzgar de su licitud o antijuridicidad.

La sociedad por medio de su órgano adecuado -el juez- valora los hechos. El juicio sobre la antijuridicidad de una conducta es formulado y queda recogido implícita o explícitamente en los actos procesales -auto de formal prisión y sentencia- que el juez dicta para valorar los hechos provisional o definitivamente. Estas valoraciones han de ser hechas por el juez,

no en forma personal o caprichosa, sino aplicando y desarrollando los mismos principios que inspiran y norman las valoraciones hechas por el legislador y que han quedado recogidas en la letra y en el alma de la ley. 'La antijuridicidad de la acción debe ser establecida valorando el carácter y los fines de la acción misma en relación a la dirección general del ordenamiento jurídico, cual resulta del conjunto de sus normas armónicamente consideradas y del espíritu que le anima'" (83).

Con lo hasta aquí expuesto, habremos agotado en términos generales el estudio del elemento más polémico y más rico del delito; mismo que ha sido generalmente entendido en un aspecto negativo, concepción que ha empañado el rico contenido dogmático que el mismo posee, y es por ello que en la medida de lo posible a lo largo del presente trabajo he intentado hacer resaltar la trascendencia de la antijuridicidad en la configuración del delito, su interacción con los demás elementos y sobre todo, dilucidar el contenido positivo del mismo, contestando a la legendaria pregunta ¿Qué es la antijuridicidad?.

Esperando haber cumplido con este humilde propósito, no me quedaría más que proceder a realizar un breve análisis de la antijuridicidad en su aspecto negativo; no obstante

83. Jiménez Huerta. Op. Cit., págs. 109 y 111

no ser éste el objetivo de mi tesis, no podría hacer caso omiso del mismo, ya que la legislación actual ha optado por considerar que cuando no hay antijuridicidad no hay delito y por tanto, se ha limitado a enunciar los supuestos en que la misma está ausente, es por ello que me veo precisado a hacer aunque sea en forma breve y concisa, algunas consideraciones en torno a la antijuridicidad entendida en su aspecto negativo.

CAPITULO VIII

CONDUCTAS TIPICAS CONFORMES A DERECHO

- a) Terminología.
- b) Método empleado por la legislación penal.
- c) Fundamento.
- d) Justificación supralegal.
- e) Consentimiento del ofendido.

a) Terminología.

El hecho de estudiar al delito en forma analítica, implica la necesidad de dividir al mismo en varios elementos indispensables y necesarios para su constitución, a tal grado que la falta de uno de ellos afecta a la noción misma del delito. En este capítulo trataremos precisamente un aspecto negativo del delito, esto es, los supuestos en que uno de sus elementos (la antijuridicidad) se encuentra ausente y con ello ausente también se encontrará la figura delictiva.

La denominación que se ha empleado por la doctrina para referirse a las causas que provocan la inexistencia del delito por falta de antijuridicidad es la de "causas de justificación". Esta terminología sin embargo, no ha estado exenta de críticas y al respecto el maestro Jiménez Huerta nos indica que "Esta denominación no es, en puridad, ni precisa ni correcta. En efecto: Si el juicio valorativo que se pronuncia sobre la antijuridicidad de una conducta arroja un resultado negativo, obvio es que las circunstancias que han sido tomadas en cuenta para valorar la conducta como lícita operan como impeditivas del nacimiento de la antijuridicidad, ya que hacen imposible

su existencia y vida. La conducta que no es antijurídica no necesita justificarse; quien no lesiona ningún interés jurídico o quien lesiona algún interés al obrar conforme al derecho, no efectúa una conducta antijurídica que tenga que ser legitimada. La denominación de causas de justificación es oriunda de la época en que el concepto de antijuridicidad yacía sumergido en un profundo abismo cercado exteriormente por simples negaciones.

Es, pues, pleonástica la expresión de causa de justificación, y encierra una contraditio in terminis hablar, como lo hace Maggiore, de delito justificado, ya que 'ninguna justificación reclama la comisión de un hecho lícito'. (84)

A su vez otros juristas utilizan términos como los de "causas que excluyen la responsabilidad" (Mazini) "causas impeditivas de que surja el delito" (Rocco) "Requisitos negativos del delito" (Grispigni) "circunstancias negativas del delito" (Vannini); y "elementos esenciales negativos" (Gayo), entre otros. (85)

Siendo dignos de especial comentario las empleadas primero por el maestro Jiménez Huerta "CIRCUNSTANCIAS IMPEDITIVAS DEL NACIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD"; ya que esta denominación avala en forma plena la idea de concreción de la antijuridicidad y entra en contradicción con la ratio essendi de la misma,

84. Ibidem, pág. 119

85. Jiménez de Asúa. Op. Cit., pág. 1036

ya que como se recordará, los partidarios de esta teoría sostenían que toda conducta típica era antijurídica, a menos que sobreviniera alguna causa que hiciera desaparecer el carácter antijurídico de la misma. Lo cual como se manifestó en aquella ocasión es inaceptable, debido a que la antijuridicidad para desaparecer necesitó existir previamente, en todo caso no desaparece la antijuridicidad en sí sino el indicio creado con motivo de la tipicidad, o mejor dicho se impidió su nacimiento.

El segundo término merecedor de comentario especial es el utilizado por el Dr. Vela Treviño al llamarlas CONDUCTAS TIPICAS CONFORMES A DERECHO, ya que es una visión ortodoxa que respeta la prelación lógica que existe entre los diversos elementos del delito.

Para terminar, vale la pena señalar que el maestro Jiménez de Asúa encuentra a su parecer atinada la denominación de causas de justificación al decir que "Es correctísimo el título de causas de justificación, pues lo que en ella desaparece es lo injusto; es decir, no sólo el delito, sino la injuria, en su basto sentido no se elimina, pues, una simple característica del delito, sino la esencia de toda acción injusta". (86).

86. Ibidem., pág. 1037

A mi modo de ver, me parecen apropiadas las denominaciones empleadas por el maestro Jiménez Huerta y por el Dr. Vela Treviño, no obstante, por ser muy extensa la primera de ellas, acogeré la segunda para los efectos del presente trabajo.

b) Método empleado por la legislación penal

El método más usual en la gran mayoría de las legislaciones penales para determinar el carácter antijurídico de una conducta, es el de excepción-regla. Esto es, recurrir a un repertorio cerrado de causas que hacen que desaparezca el indicio antijurídico de la conducta (87); en este sentido no podemos encontrar código alguno que nos señale cuando el acto es injusto, (lo cual no sucede con la culpabilidad por ejemplo), sino que nos dicen cuando el mismo es justo.

En un principio las conductas típicas conformes a derecho eran incluidas en las partes especiales de las legislaciones penales, esto es, junto a la descripción del delito que afectaban; lo cual fue superándose paulatinamente al ir masificando a las eximientes, considerándolas aplicables a la generalidad de los delitos, y fue entonces cuando dichas eximientes se ubicaron en la parte general de los códigos penales. Nuestro Código Penal de 1931 no fue la excepción a este proceso y en su Título I, Capítulo IV, artículo 15, bajo el rubro de "Circunstancias excluyentes de responsabilidad", contiene

87. Cfr. Capítulo VII, inciso a).

cinco fracciones que describen conductas típicas conformes a derecho, mismas que se ejecutan en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho (fracción V), en defensa legítima (fracción III), en estado de necesidad (fracciones IV y VIII) en obediencia legítima (fracción VII).

Es de hacer notar, que junto a éstas se encuentran entremezclados motivos de inimputabilidad, ausencia del acto, y causas de inculpabilidad; lo cual no es criticable ya que los códigos penales no son tratados de derecho, por tanto no les correspondería hacer una clasificación científica de las eximentes, y es por ello que es preferible el método utilizado.

c) Fundamento

El fundamento de las conductas típicas conformes a derecho se basa en el INTERES PREPONDERANTE; en efecto, al encontrarse la antijuridicidad concretada en los tipos penales, realiza da que sea la conducta descrita en dicho tipo, estará siendo lesionado un bien jurídico, pero como se ha dicho, tal lesión impide emitir un juicio sobre la antijuridicidad, misma que se configurará una vez que la lesión haya ofendido los ideales valorativos de una sociedad, los cuales van a la par que el fin del derecho que es la convivencia humana, que sólo es posible mediante la jerarquización del interés colectivo sobre el particular, y es por todo ello que sostengo al interés preponderante, como fundamento de toda conducta típica conforme a derecho.

En este sentido Mezger nos afirma que "LA IDEA RACIONAL DEL DERECHO CONSISTE EN CREAR UN EQUILIBRIO JUSTO ENTRE LOS INTERESES DE LA COLECTIVIDAD Y LOS DEL INDIVIDUO". (88)

En este contexto el Dr. Vela Treviño nos comenta que "Las conductas típicas, al manifestarse, dañan o ponen en peligro al interés jurídicamente tutelado; de ahí su presunción de ser también antijurídicas. Cuando afectan al bien, provocan una lesión, sea por daño o peligro, al interés que la norma jurídica pretende preservar; sin embargo, su antijuridicidad quedará plenamente integrada hasta que se realice el juicio valorativo de contradicción que resuelva acerca de la oposición entre la conducta y la norma. Si, como se ha expuesto, el juicio puede resolverse igualmente en sentido negativo, o sea considerando inexistente la contradicción, ello se deberá a que en el juicio se estimó que la afectación al interés tutelado era conforme a derecho, por existir un interés superior en valor, que debía ser preservado". (89)

De conformidad con las ideas expuestas, Jiménez de Asúa nos analiza a las que llama causas de justificación en base a la colisión de intereses, reconociendo que no siempre hay dicha colisión, aunque suela existir con frecuencia, por ello "Comienza por las más importantes para el penalista; es decir, por aquellas en que no sólo hay colisión sino en que hay lucha

88. Mezger, E. Op. Cit., pág. 39

89. Vela Treviño. Op. Cit., pág. 164.

para que triunfe el interés más valioso (legítima defensa); luego siguen las que presentan un conflicto de intereses legítimos (estado de necesidad), para llegar a aquellas en que esa colisión se atenúa.

Esquemáticamente se pueden presentar así las causas justificantes:

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad.
- c) Ejercicio de un derecho, oficio o cargo.
- d) Cumplimiento de un deber.

No queremos decir, con esto, que no haya repartidas en la parte especial de los códigos y en orden a ciertos delitos, referencias a auténticas causas de justificación específicas". (90).

En nuestro código penal vigente nos encontramos, por ejemplo, con el aborto terapéutico regulado en el artículo 333 y en la fracción V del artículo 400, que regula el delito de encubrimiento.

Más adelante el profesor español nos afirma que el moderno concepto de antijuridicidad ha variado el alcance de las justificaciones que hoy no se agotan, como antes, en fórmulas taxativas y casuísticas, sino que puede existir aun cuando los códigos no las marquen; lo anterior es un fundamento claro

90. Jiménez de Asúa. Op. Cit., pág. 1059

de la doctrina conocida con el nombre de:

d) Justificación supralegal

Esta teoría encuentra su precursor en la persona de Edmundo Mezger al decir que "El principio de la valuación de los bienes jurídicos permite que cuando colisionan dos de ellos, y uno es superior al otro, aunque no esté expresamente formulado en la ley se puede justificar semejante conducta". (91) Continúa manifestando el jurista español que si concurre alguna circunstancia, no prevista en el artículo en que se enumeran las eximientes, donde la antijuridicidad no existe, el delito no puede nacer. Llegase a esta solución a virtud de una interpretación teleológica y sistemática con resultados progresivos pero de índole restrictiva del concepto del delito en que está basada toda la legislación penal. Por este sistema llegamos sin necesidad de acudir a la aplicación por analogía de causas justificantes, a excluir de penalidad toda conducta, conforme a la norma. Las formas de expresión de la ley no agotan la idea conceptual de delito. Fuera de la ley, por perfecta que sea su redacción, quedan pensamientos y esencias rectores que norman el concepto del delito; pensamientos y esencias que han de jugar un papel importantísimo a través de la función creadora de la interpretación (y agrega); que le preocupa como al que más el mantenimiento de las libertades

91. Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito, Edit. Hermes, México, D.F., 1986, pág. 320

individuales y la naturaleza democrática de nuestro derecho, pero no es medio de defender aquéllas y éstas encerrándonos en la cárcel de las disposiciones legales.

Como se puede advertir, Jiménez de Asúa utiliza argumentos de Mayer y Mezger para criticar el método de excepción-regla, proponiendo la determinación del contenido positivo de la antijuridicidad por parte del juez en el supuesto de no existir alguna causa de justificación expresa en el código y en caso que el juez considere que no hay antijuridicidad deberá absolver. Lo cual en mi opinión contrasta en forma severa con el principio de legalidad, aparte Jiménez de Asúa nos habla de una interpretación teleológica, misma que es inaceptable en el Derecho Penal, y lo peor, critica al método de excepción-regla sin proponer alguna solución viable y compatible con la legislación.

En este sentido el maestro Beling nos señala que "Las causas que excluyen lo injusto no son otra cosa que propias limitaciones de las normas, y siendo éstas precisamente el mismo orden jurídico en su función normativa del obrar humano, las causas que excluyen lo injusto sólo pueden caer en el terreno del Derecho Positivo y, por lo tanto, no tienen nada que ver con la prudencia de la acción, ni con la adaptación a las reglas del arte o la ciencia". (92)

92. Beling, Ernesto. Derecho Peneal. Parte General, Edit. Temis, Bogota, 1965, pág. 169

c) Consentimiento del ofendido

Como ha quedado debidamente asentado en el capítulo anterior el concepto de la antijuridicidad se compone de un binomio, que comprende por una parte la lesión de un bien jurídico y por la otra la ofensa que esa lesión provoque a los ideales valorativos de una comunidad, sería por tanto lógico afirmar que el fundamento de las conductas típicas en que la antijuridicidad está ausente, se encuentra ya en la falta de lesión, ya en la ausencia de ofensa; o en su defecto, en la carencia de ambas.

No obstante lo coherente que parece el razonamiento anterior, el mismo es inexacto, ya que como se ha estado reiterando, el tipo penal realiza entre otras funciones la de concretar a la antijuridicidad con la debida protección, de cualquier lesión que pueda sufrir un bien jurídico, por tanto en toda conducta típica, se estará invariablemente lesionando un bien jurídico, y es por ello que no se puede concebir una conducta típica que no lesione un bien jurídico, ya que, repito, toda conducta por el hecho de estar descrita en un tipo penal, estará lesionando un bien de tutela jurídica.

Lo antedicho no es aplicable a los casos en que no exista ofensa, ya que un bien jurídico puede ser lesionado e incluso destruido en forma inofensiva a los ideales valorativos de una comunidad (legítima defensa), esto es, reconociendo el "interés preponderante" como se ha manifestado es la base

y fundamento de las conductas típicas conformes a derecho.

Un gran número de juristas, ha sostenido que el interés preponderante (ausencia de ofensa) no es el único fundamento de las conductas típicas conformes a derecho, ya que reconocen a "el consentimiento del ofendido" (ausencia de lesión) el mismo carácter; por ser esto último motivo de polémica, pasaremos a estudiarlo con cierto detenimiento.

El maestro Jiménez Huerta, ve en el consentimiento del ofendido, una verdadera causa que excluye lo injusto, al sostener que "Frente a estas circunstancias expresamente detalladas en el código que impiden el nacimiento de la antijuridicidad, palpitan en su articulado -sub intelligenda- otras diversas, que, en orden a una concreta conducta, producen idénticos efectos. La ley penal las silencia; sin embargo, el dogmático no puede desconocerlas cuando pronuncia su juicio de valor sobre la conducta. EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO en aquellas acciones en que el titular del bien jurídico tiene libertad de disposición, y la existencia de un interés social preferente, desvalorizador de otros intereses de menor rango y alcances, hacen imposible que la conducta enjuiciada adquiera tonalidad antijurídica, pues en la primera hipótesis no hay lesión alguna de bienes e intereses jurídicos, y en la segunda, ofensa para los ideales de la comunidad que se sintetizan en la idea misma del derecho.

En el subsuelo de todo ordenamiento jurídico existen y

palpitan vivencias trascendentes en orden a la antijuridicidad. Entre las diversas circunstancias impositivas del nacimiento de la antijuridicidad que los códigos penales tipifican expresamente, circulan a modo de vasos comunicantes, los conceptos rectores -lesión y ofensa- que integran la idea de lo ilícito". (93).

En este sentido se pronuncia el Dr. Vela Treviño al decirnos que "La conducta que se realiza en afectación a un bien jurídicamente tutelado es en principio antijurídica por ser típica; pero si el titular del interés se ha desinteresado en esa tutela y el bien permite, dada su calidad, ese desinterés, la conducta matizada de antijuridicidad se torna, por ese sólo hecho, en conducta típica conforme a derecho y de ello que a pesar de su manifiesta tipicidad, no puede servir de base para el juicio relativo a la antijuridicidad se trata, claramente, de un caso de ausencia de antijuridicidad o de una conducta típica conforme a derecho". (94)

Así Franz Von Liszt creyó también que "El consentimiento del ofendido, sólo excluye la antijuridicidad de la lesión, en cuanto la regla jurídica ha concedido al titular del bien jurídico, la facultad de disponer de él, porque sólo se trata de su interés". (95)

93. Jiménez Huerta, Mariano. Op.Cit., págs. 122 y 123

94. Vela Treviño. Op.Cit., pág. 175

95. Jiménez de Asúa. Op.Cit., pág. 614

En Italia, Grispigni, se adhiere a este pensamiento al afirmar que "Los bienes protegidos por el derecho son diferentes desde el punto de vista de su importancia. Probada la existencia de una tal diferenciación no debe nadie maravillarse de que existan bienes jurídicos que, por su relativa poca importancia, son protegidos de un modo diferente a aquel en que son tutelados los otros bienes. Lo que caracteriza la tutela jurídica que aquéllos, es que el derecho prohíbe su lesión no de un modo absoluto, sino sólo mientras no se verifique una condición. Esta condición resolutive consiste en el hecho de que el titular del bien consienta en su lesión, pues entonces la prohibición no tiene ya razón jurídica de existir. De cuanto venimos exponiendo -concluye Grispigni- podemos afirmar legítimamente que existen bienes que son tutelados jurídicamente, en tanto que el titular de ellos no permite su lesión o puesta en peligro. Tales bienes, precisamente por la forma en que son tutelados, podemos llamarlos bienes jurídicos condicionados, esto es, que su tutela jurídica en relación a una o varias personas está condicionada a la ausencia de la voluntad del titular de permitir la lesión; mientras los otros bienes podemos llamarlos bienes jurídicos incondicionados, porque la tutela de ellos es actuada por el derecho incluso contra la voluntad del titular". (96)

Ahora bien, cabe hacer aquí una distinción de fondo; en determinados supuestos hay infracciones que para ser punibles requieren que las mismas se realicen sin el consentimiento del ofendido, ya que si el mismo está presente, no se podría configurar la figura delictiva en cuestión por la falta de un elemento indispensable para su manifestación, o sea la tipicidad. Ya que basta con analizar los artículos 367 (Robo), 285 (Allanamiento de morada), 269 (Abuso sexual), fracción III del artículo 245 (Falsificación de documentos), artículo 265 (Violación) y artículo 210 (Revelación de secretos) entre otros, para concluir que el consentimiento del supuesto ofendido o mejor dicho del interesado, trae aparejado la atipicidad de la conducta. De aquí nace ya la primera duda sobre la eficacia del consentimiento del ofendido para legitimar una conducta, ya que si el legislador ha considerado en algunos tipos como elemento esencial de su descripción al "consentimiento" para darle al mismo efectos trascendentales en la constitución del delito, no le estaría permitido al juzgador, atribuir al mismo efectos diversos, de los que el legislador previó, máxime que donde la ley no distingue, no cabe distinguir.

Pero sigamos adelante, en la exposición de este tema. Como se ha visto, el Derecho Penal lleva en sí por definición, los ataques más sensibles y profundos en el patrimonio, en la libertad, en el honor e incluso en la vida misma de los ciudadanos, y por tanto lógico es deducir, que los bienes

que el mismo protege son de interés público, lo cual nos trae inevitablemente a la mente, el contenido del artículo 6 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual en su parte conducente nos dice que "SOLO PUEDEN RENUNCIARSE LOS DERECHOS PRIVADOS QUE NO AFECTEN DIRECTAMENTE AL INTERES PUBLICO, CUANDO LA RENUNCIA NO PERJUDIQUE DERECHOS DE TERCEROS". Lo cual viene a poner más aún en tela de juicio la eficacia del consentimiento como medio de exclusión del injusto, es por ello que Merkel se ve obligado a reconocer, que el consentimiento no puede ser concebido como regla general y que más bien, se debería ubicar en caso de proceder, en la parte especial de los códigos.

Es común denominador de todos los autores mencionados, el hecho de reconocer que los efectos del consentimiento del ofendido en materia penal, son muy reducidos y restringidos, y en este contexto el maestro Jiménez Huerta, el Dr. Vela Treviño, y el jurista Franz Von Liszt, entre otros, condicionan dichos efectos a la FACULTAD DE DISPOSICION, QUE TENGA EL TITULAR DEL BIEN JURIDICO SOBRE EL MISMO.

En este sentido se pronuncia nuestro máximo tribunal de justicia, al sostener los siguientes criterios:

"Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurídico lesionado en virtud del proceder delictivo, siendo anterior o coetáneo a la acción, destruye la antijuridicidad o el tipo; es decir, si el pasivo de la conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice, no resulta dañado el

bien jurídico que se tutela, siempre que el consentimiento recaiga sobre bienes jurídicos DISPONIBLES..."

Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXXII, págs. 1348, 1349, Quinta Epoca.

"El consentimiento del titular del bien afectado por un delito es eficaz para destruir la figura delictiva, únicamente cuando recae sobre bienes jurídicamente DISPONIBLES y siempre que sea coetáneo a la acción".

Boletín de Información Judicial, Tomo XI, pág. 647

Como se ve, la Suprema Corte de Justicia también condiciona los efectos del consentimiento del ofendido a la disponibilidad del bien jurídico, por tanto es conveniente hacer caso al consejo que nos da Merkel y analizar título por título nuestro código penal, para de esta manera llegar a conclusiones concretas.

Pero antes de ello, convendría señalar que nuestro código penal vigente de alguna manera reconce al particular la disponibilidad que tiene sobre ciertos bienes jurídicos, ya que otorga al mismo en ciertos casos la disponibilidad de acusar o no la comisión de un delito, y aún más, le da la facultad de una vez delatados los mismos, manifestar su voluntad en el sentido de extinguir la acción penal; en este contexto el artículo 93 nos indica que :

El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal respecto de los delitos que solamente

pueden perseguirse por querrela, siempre que se conceda antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia y el reo no se oponga a su otorgamiento.

Como se puede apreciar dicho artículo impone una condicío- nante para que el perdón proceda, misma que consiste en que el delito en cuestión sea perseguible por querrela. De tal suerte el artículo 263 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal nos señala que:

Sólo podrán perseguirse a petición de la parte ofendida, los siguientes delitos:

- I. Rapto y estupro;
- II. Injurias, difamación, calumnia y golpes simples, y
- III. Los demás que determine el código penal.

A este respecto, es de notarse la proliferación reciente que han tenido estos delitos; y como ejemplo de ello nos encontramos con los artículos 226 (Ejercicio indebido del derecho), 259-Bis (Hostigamiento sexual), 273 (Adulterio), 282 (Amenazas) 289 (Lesiones que no pongan en peligro la vida), 337 (Abandono de cónyuge), 339-Bis (Abuso de confianza y daño en propiedad ajena), 341 (Abandono de persona) y, por reforma del 21 de diciembre de 1991, el Título 22 del Código Penal, con excepción del delito del robo con sus modalidades, la extorción y el despojo cometido por grupo de cinco o más personas o a quienes se dediquen a despojar en forma habitual.

Hecha la aclaración anterior, procederemos a realizar un

breve análisis, de los Títulos comprendidos en el Libro Segundo de nuestro Código Penal, en aras de determinar la disponibilidad o indisponibilidad que el titular del bien jurídico protegido tiene sobre el mismo.

LIBRO SEGUNDO

TITULO PRIMERO. Delitos contra la seguridad de la nación (indisponible).

TITULO SEGUNDO. Delitos contra el derecho internacional (indisponible).

TITULO TERCERO. Delitos contra la humanidad (indisponible).

TITULO CUARTO. Delitos contra la seguridad pública (indisponible).

TITULO QUINTO. Delitos en materia de vías de comunicación y de correspondencia (indisponible).

TITULO SEXTO. Delitos contra la autoridad (indisponible).

TITULO SEPTIMO. Delitos contra la salud (indisponible).

TITULO OCTAVO. Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres (indisponible).

TITULO NOVENO. Revelación de secretos (disponible).

TITULO DECIMO. Delitos cometidos por servidores público (indisponible).

TITULO DECIMO PRIMERO. Delitos cometidos contra la administración de justicia (indisponible).

TITULO DECIMO SEGUNDO. Responsabilidad profesional (indisponible).

TITULO DECIMO TERCERO. Falsedad (indisponible).

TITULO DECIMO CUARTO. Delitos contra la economía pública (indisponible.)

TITULO DECIMO QUINTO. Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

En el artículo 260 (Abuso sexual), el consentimiento es relevante en cuanto al tipo; en el 261 (Estupro), el consentimiento es inválido; en el 262 el consentimiento está viciado; en el artículo 265 (Violación), el consentimiento es relevante en cuanto al tipo; en el artículo 272 (Incesto), el consentimiento es irrelevante; y finalmente en el artículo 273 (Adulterio), el consentimiento es efectivo para justificar la conducta, esto es, el bien jurídico es disponible. No obstante lo anterior, nos hacen eco las palabras del maestro Jiménez de Asúa al comentarnos que "Nadie dirá que si el marido accedió a que la mujer tuviera un amante o si la esposa consintió en que su cónyuge se amancebara, se excluye la anti-juridicidad de la conducta. Si el adulterio se reputa delito, en estos casos el acto sigue siendo injusto". (97)

TITULO DECIMO SEXTO. Delitos contra el estado civil y bigamia (indisponible).

TITULO DECIMO SEPTIMO. Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones (indisponible).

TITULO DECIMO OCTAVO. Delitos contra la paz y seguridad de las personas (indisponible).

97. Jiménez de Asúa. Op. Cit., pág. 611

TITULO DECIMO NOVENO. Delitos contra la vida y la integridad corporal (indisponible).

TITULO VIGECIMO. Delitos contra el honor (indisponible).

TITULO VIGESIMO PRIMERO. Privación ilegal de la libertad y de otras garantías (indisponible).

TITULO VIGECIMO SEGUNDO. Delitos en contra de las personas en su patrimonio.

En este Título, la gran mayoría de los autores coinciden en considerar al patrimonio de las personas como un bien jurídico disponible, y como vimos nuestra legislación así lo avala. Pero comenzamos el estudio del mismo, evidenciando que en el primer artículo del Título o sea el 367, el consentimiento tiene valor cuanto al tipo, ya que de encontrarse presente estaríamos ante un fenómeno claro de atipicidad, pues quien consiente en que otro se apodere de un objeto de su propiedad, no estaría más que realizando un acto jurídico denominado donación

El delito de abuso de confianza tipificado en el artículo 382 operaría el consentimiento como causa legitimadora, lo mismo que en el delito de retención indebida consagrado en el artículo 385. En el delito de fraude, incluyendo todas sus modalidades, la cuestión no puede plantearse, pues debido al engaño sufrido por la víctima o el error en que esta se halla, el consentimiento es inválido.

En el delito de despojo el consentimiento es parte del

tipo.

En el Capítulo VI en donde se prevén las distintas modalidades del daño en propiedad ajena, el consentimiento tiene relevancia efectiva en torno al injusto.

TITULO VIGECIMO TERCERO. Encubrimiento (indisponible).

TITULO VIGECIMO CUARTO. Delitos electorales y en materia de registro nacional (indisponible).

Como se podrá apreciar después de este cuidadoso análisis que realizamos a los artículos del Código Penal, son muy pero muy contados, al grado de perderse entre la gran mayoría de ellos, los delitos en que el consentimiento es eficaz para establecer una conducta típica conforme a derecho, son más bien la excepción que confirma la regla, misma que nos sostiene al interés preponderante (ausencia de ofensa) como único y exclusivo fundamento de exclusión del injusto, en cualquiera de sus modalidades: cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, legítima defensa, estado de necesidad, obediencia jerárquica e impedimento legítimo.

De tal suerte que categóricamente el maestro Jiménez de Asúa para concluir nos expresa que "Sólo la preponderancia del interés que se actúa (ejercicio de un derecho), protege (estado de necesidad) o defiende (legítima defensa), o del deber que se cumple, fundamentan las causas de justificación. Rechazamos la ausencia de interés de que habla Mezger no sólo porque no aceptamos el consentimiento del titular del derecho,

como acabamos de decir, sino porque no puede haber esa ausencia de interés. En el supuesto de que la propia víctima no se juzgara tal, porque consciente o inconscientemente faltare en ella interés en un derecho o bien jurídico, quedaría como sujeto paciente el Estado, que como sabemos es en todos los delitos, sujeto pasivo indirecto o ulterior." (98)

CONCLUSIONES

A lo largo de la presente exposición, he podido confirmar la complejidad y riqueza del elemento del delito más profundo en cuanto a contenido y más polémico en su apreciación; el cual encuentra su nacimiento en las entrañas mismas de la sociedad, y cuya manifestación viene a poner de relieve la necesidad de acometer en contra de ella, en aras de conservar inamovibles los pilares sobre los que descansa la vida en comunidad y así permitir a los integrantes de la misma, un desenvolvimiento pleno en un ambiente de paz y prosperidad. En donde la idea del derecho cobije a sus destinatarios brindándoles la posibilidad de convivir armónicamente con sus semejantes protegidos de los embates que pudieran distorsionar dicha convivencia; es por todo ello que el hombre ha tenido la necesidad de crear y someterse al derecho y a sus nobles fines, mismos que pueden ser identificados con la eterna y perpetua superioridad de los intereses colectivos sobre los particulares, y cuya ofensa vendría a constituir precisamente la esencia de la antijuridicidad. La cual ha sido estudiada desde sus orígenes, hasta su determinación conceptual, por lo que como es fácil de advertir, no ha sido una tarea sencilla aunque sí enriquecedora, ya que en el transcurso de la misma tuvimos oportunidad de conocer diversas posturas de las autoridades más reconocidas en la materia y gracias a ello contamos con elementos suficientes para ir forjando un criterio propio

que nos permitiera llegar a diversas conclusiones, las cuales entre muchas otras son:

1. La antijuridicidad en su aspecto negativo ha acompañado al hombre desde los tiempos más remotos de su historia.
2. La antijuridicidad debe ser entendida como la conducta contraria a la norma de cultura reconocida por el Estado.
3. La persona que comete un delito no viola la ley, sino que muy por el contrario se adecúa a su hipótesis normativa.
4. La antijuridicidad es un elemento más del delito.
5. Lo antijurídico es el contenido del continente antijuridicidad.
6. Existe una prelación lógica pero no jerárquica en el estudio de los elementos del delito.
7. El tipo tiene, la materia de la prohibición y la tipicidad al indicio de la antijuridicidad de la conducta típica.
8. Es condición de libertad, el hecho de que la antijuridicidad esté perfectamente concretada en los tipos.
9. Primeramente lo antijurídico va a preceder al tipo, ya que el legislador debe llenar los moldes del mismo con contenido antijurídico, y posteriormente lo antijurídico se va a subordinar ante lo típico, ya que el juzgador deberá en aras de cumplir con el principio de legalidad, hacer caso

omiso a lo antijurídico que no esté previamente tipificado.

10. El tipo guarda con respecto de la antijuridicidad la misma relación que el humo con el fuego.

11. La antijuridicidad es una sola e indivisible, es impropio hablar de tantas ilicitudes como disciplinas jurídicas existan.

12. Sólo el hecho de referir lo injusto a la violación de la norma, hace posible la concepción unitaria de la antijuridicidad.

13. El contenido de la antijuridicidad, es algo sustancial, es a saber, la conducta antijurídica misma.

14. La conducta debe ser objetivamente considerada, haciendo a un lado los aspectos subjetivos de la misma.

15. El inimputable es capaz de obrar antijurídicamente, por tanto procede la legítima defensa en contra de una agresión cometida por éste.

16. La idea de concebir a la conducta antijurídica en forma subjetiva, nos llevaría irremediablemente a confundir a la antijuridicidad con la culpabilidad.

17. La teoría de los elementos subjetivos de la antijuridicidad va a ser relevante en cuanto a la determinación de la tipicidad y no de la antijuridicidad.

18. Es loable la distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material.

19. La antijuridicidad formal y la material pueden coincidir, pero también pueden discrepar, y el juez ante esta última situación estará siempre ligado por la ley.

20. En aras de vivir en un Estado de Derecho, es necesaria la coincidencia entre el aspecto formal y el material de la antijuridicidad, ya que así y sólo así, se verá reflejado en la ley hecha por los representantes del pueblo, el espíritu del mismo.

21. El concepto de lesión o puesta en peligro es insuficiente en orden a determinar el concepto positivo de la antijuridicidad.

22. El concepto de antijuridicidad está compuesto por un binomio, esto es, una conducta que lesione o ponga en peligro un bien jurídico, y que a su vez ofenda a los ideales valorativos de una sociedad.

23. El concepto de ofensa, estará íntimamente vinculado con la idea del fin del derecho; el cual radica en la convivencia humana, haciendo prevalecer el interés colectivo de mayor jerarquía sobre el particular.

24. Es criticable el término de causas de justificación, pues ninguna justificación reclama la comisión de un hecho

lícito.

25. El término adecuado para enunciar las causas que hacen desaparecer el indicio de la antijuridicidad es el de, conductas típicas conformes a derecho.

26. El fundamento de las conductas típicas conformes a derecho radica única y exclusivamente en el principio del interés preponderante.

27. El consentimiento del ofendido, o lo que es lo mismo, el fundamento de las conductas típicas conformes a derecho por el principio de ausencia de lesión es insostenible ya que:

a) En algunos supuestos el consentimiento está ligado a la tipicidad.

b) Es cuestionable la eficacia de la renuncia a la protección que haga el titular de un bien jurídicamente tutelado, por ser éste de interés público.

c) No lo encontramos expresamente indicado en la parte general del código penal.

d) Opera en muy reducidos casos, y sólo a manera de excepción.

BIBLIOGRAFIA

Briones Espinosa, Ramón. El Procesamiento en Relación con la Antijuridicidad y la Culpabilidad, Editorial Jurica de Chile, Santiago, 1972.

Beling, Ernesto. Derecho Penal. Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1965.

Carrara Francesco. Programa de Derecho Criminal, Vol. I, Editorial Temis, Bogotá, 1956.

Claus, Roxin. Teoría del Tipo Penal, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1976.

Franco y Guzman, Ricardo. Delito e Injusto, Editorial Porrúa, México, D.F., 1950.

González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, D.F., 1988.

Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Losada, Buenos Aires, 1958.

_____. La Ley y el Delito, Editorial Hermes, S.A., México, 1986.

- Jiménez Huerta, Mariano. La Antijuridicidad, Imprenta Universitaria, UNAM, México, 1952.
- Kaufman, Armin. Teoría de las Normas, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1977.
- _____. Delito Teoría, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1981.
- Kelsen, Hans. La Idea del Derecho Natural y otros Ensayos, Editorial Losada, Argentina, 1946.
- Malo Camacho, E. Tentativa del Delito, Editorial UNAM, México, 1971.
- Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General, Editorial Trillas, México, D.F., 1986.
- _____. El Tipo Penal. Algunas consideraciones en torno al mismo, Editorial UNAM, México, 1986.
- Merkel, Adolfo. Tratado de Derecho Penal, Editorial La España Moderna, Madrid, 1889.
- Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Editorial Revista Aires, Buenos Aires, 1958.

Moro, Aldo. La Antijuridicidad Penal, Editorial Atalá, Buenos Aires, 1949.

Petrocelli, Biagio. La Antijuridicidad, Editorial UNAM, México, D. F., 1963.

Reyes Echandia, Alfonso. La Antijuridicidad, Editorial Temis, Colombia, 1954.

Soler, Sebastián. Antropología del Derecho Criminal y Penal, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1949.

_____. Derecho Penal Argentino, Editora Argentina, Buenos Aires, 1956.

Valletela, Alfonso. La Antijuridicidad Penal, Casa Editrice Nápoles, 1951.

Vela Treviño, Sergio. Antijuridicidad y Justificación, Editorial Trillas, México, D.F., 1986.

Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Reus, Madrid, 1927.

Welzen, Hans. Derecho Penal Alemán, Editorial Jurica de Chile, Santiago, 1974.