

005353

330

2es



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

97 JUL 11 1997

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ACATLAN"

"ANALISIS DE LA PROBLEMÁTICA DE LA AUSENCIA DEL ELEMENTO INTERNO EN UNA CAUSA DE JUSTIFICACION EN LA TEORIA DEL DELITO"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RICARDO EDUARDO ROSALES VILLORDO

ASESOR: LIC. AIDA MIRELES RANGEL



ACATLAN, EDO. DE MEX.

1997

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**El presente trabajo lo dedico a todos
y cada uno de los miembros de mi familia
y en forma especial . . .**

**A mi mamá Marcelina Rosales Villordo,
a mi abuelita Agustina Villordo Guarneros y
a mi tía María de Lourdes Jacobo Villordo.**

A mis seis tíos:

**Marcelo, Humberto, Felipe, Javier, José
y de manera muy particular,
a con el mayor afecto a Francisco,
quien ha orientado la dirección de mi vida.**

A mis hermanos:

Isaac Jacobo Villordo y a Elvira Rosales Villordo.

Y por supuesto a Myriam Gabriel Soto.

**Esperando que vean el presente
trabajo como el resultado
de su apoyo.**

**Un agradecimiento particular a la
Licenciada Aida Mireles Rangel,
que con sus valiosas sugerencias
contribuyó a la conclusión
del presente trabajo.**

INDICE

	Página
Introducción	1
Capítulo I.- Teoría del Delito.	
1.- Causalismo natural.	6
2.- Causalismo valorativo	18
3.- Finalismo	27
Capítulo II.- La Antijuricidad.	
1.- Determinaciones previas.	42
2.- Concepto y naturaleza.	47
3.- Determinación de la antijuricidad.	86
4.- Los elementos subjetivos del injusto.	108
5.- Elementos de la antijuricidad.	115
Capítulo III.- Causas de justificación como excluyentes de la antijuricidad.	
1.- Concepto y naturaleza de las causas de justificación.	119
2.- Reglas para la procedencia de las causas de justificación.	126
3.- Los elementos subjetivos como presupuesto de las causas de justificación.	133
4.- Las causas de justificación.	138
a) Legítima defensa.	139
b) Estado de necesidad.	153
c) Cumplimiento de un deber.	166
d) Ejercicio de un derecho.	169

Capítulo IV.- Problemática de la ausencia del elemento subjetivo o interno en las causas de justificación.	
1.- Criterios para la determinación de la procedencia de las causas de justificación.	184
2.- Problemática de falta de algunos de los elementos de las causas de justificación.	190
3.- Opinión de los tratadistas en relación a la forma de resolver la ausencia del elemento interno en una causa de justificación.	200
a) Causalistas naturales.	201
b) Causalistas valorativos	205
c) Finalistas	218
d) Otros tratadistas.	227
e) Comentario personal.	230
Conclusiones.	244
Bibliografía.	250

INTRODUCCIÓN.

La Jurisprudencia Técnica ha evolucionado en cuanto al estudio del Derecho Penal, surgiendo diversas teorías o posiciones intelectuales en relación al tratamiento y enfoque de la Teoría del Delito.

El Derecho Penal tiene como principal objeto de estudio al Delito, motivo por el cual la Teoría General del Delito se ocupa de estudiar los presupuestos jurídicos generales de la punibilidad, es decir, de los elementos integrantes de la estructura del ilícito penal.

A nivel teórico y doctrinario, se han distinguido tres concepciones diferentes de los presupuestos de la punibilidad, creando como consecuencia sistemáticas diferentes. Las aludidas concepciones del delito ubican su discrepancia en la concepción de los elementos integrantes, ubicación y especies de las partes integrantes del delito.

Las tres concepciones son:

- a) La teoría clásica o causal.**
- b) La teoría neoclásica o neocausal.**
- c) La teoría finalista.**

El punto de unión de las teorías del delito mencionadas es la estructura del delito.

Tal distinción de teorías no es una cuestión caprichosa o arbitraria para designar corrientes doctrinarias, sino que la división de concepciones es el resultado de la aplicación metodológica en la ciencia jurídica penal.

Para el estudio y comprensión del delito se desarrolló el método analítico con la finalidad de cumplir los principios de legalidad, certeza y seguridad jurídica, aportando a la dogmática jurídica la necesidad de particularizar los elementos constitutivos del tipo legal, sin que implicara la formación de elementos autónomos, y así possibilitó el estudio de los presupuestos de la punibilidad de manera específica. El Derecho es ciencia indudablemente, (a pesar de la opinión de J. H. Hirschmann en 1847), y como tal permite sistematizar y ordenar su objeto de estudio. En particular, el Derecho Penal, utilizando el método analítico se logra sistematizar y ordenar los elementos constitutivos del delito, deslindado a cada uno de los presupuestos de la punibilidad. Consecuentemente, se formaron las diversas concepciones del delito, dividiendo a éste en categorías tales como acción u omisión, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, que a su vez se subdividieron en subconceptos, esto es en elementos objetivos y subjetivos del tipo, presupuestos objetivos y subjetivos de la

antijuricidad y de las causas de justificación, elementos positivos y negativos de la culpabilidad. Todo se centra en el delito y, por lo tanto, las concepciones del delito giran alrededor de éste y de sus partes integrantes.

El objeto del presente trabajo es partir de la división que brinda los presupuestos de la punibilidad en las diferentes concepciones del delito, que son la acción u omisión, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; en base al mismo analizar el elemento específico de la *antijuridicidad* y sus causas excluyentes, en virtud de las diversas posiciones doctrinales que se suscitan cuando al tratar de resolver el caso concreto en que el autor de una acción u omisión conoce y quiere realizar la parte externa de un hecho típico prohibido por la ley, sin embargo, al momento de efectuarla, paralelamente en la ejecución del hecho, existe objetiva o externamente un hecho que constituye una causa de justificación, misma que desconoce subjetivamente el autor del hecho típico, por lo que al carecer de conocimiento de la existencia de la causa de licitud, luego entonces, se gesta la controversia de determinar si o, por el contrario, no es aplicable la concurrencia en beneficio del autor del hecho de la licitud objetivamente acontecida.

Ejemplos del caso planteado lo son:

a) El hijastro que estando en su cuarto, decide matar a su padrastro dolosamente, por lo que toma una pistola y se dirige al otro

cuarto en donde se encuentra su futura víctima con su madre; abre la puerta abruptamente y dispara contra el padrastro, que es lo primero a quien ve, pero después de dispararle a éste y, en consecuencia, matándolo con su acción dolosa, descubre que simultáneamente al desarrollo de su acción, la víctima se encontraba ahorcando a su madre, siendo un hecho real y objetivo que desconoce el autor del homicidio, pero que con su acción impidió la culminación de la acción de su padrastro dirigida para cometer el homicidio de su madre. En este caso el autor conoce y quiere realizar la parte externa del tipo sistemático de homicidio doloso por acción previsto en el artículo 302 en relación con el artículo 9º, fracción I, del Código Penal. Pero, el autor con su acción imposibilita que concluyera la ejecución de la acción de su víctima que buscaba el homicidio de la señora y con ello hizo que la misma sólo quedara en tentativa de homicidio en relación con su víctima, aunque esta circunstancia en la mente del autor le era desconocido al momento de desarrollarse el hecho, por lo que sin estar en alguna especie de error, el autor desconocía en su hecho que le concurría una causa de justificación que establece el artículo 15, fracción IV, del Código Penal para el Distrito Federal.

b) El médico que practica un aborto consentido, realizando la acción necesaria para consumar el delito, pero ignora que el producto de la preñez pone en peligro de muerte a la mujer embarazada. En este ejemplo, el autor directo, que es el galeno, tiene dolo de cometer el tipo de aborto que establece el artículo 329 y 330 en relación con el

artículo 9º, fracción I, del Código Penal. No obstante, el autor del delito ignora, sin estar en una situación de error de tipo o de prohibición, que su actuar se encuentra justificado por el Derecho en los términos del artículo 334 en relación con el 15, fracción V, del Código Penal para el Distrito Federal.

Las soluciones que se dan son diversas, pero todas se originan como consecuencia de la teoría del delito en que se ubica cada autor.

Por ello, el presente trabajo pretende abarcar el estudio de la antijuridicidad y sus causas excluyentes, de lo cual se podrá desprender si es o no necesario el elemento subjetivo de las causas de justificación y cuales son los argumentos que podrían darse al juzgador para aplicarlos al caso concreto. No obstante lo anterior, el Derecho Penal tiene la estricta obligación de cumplir sus principios fundamentales que contienen certeza, legalidad, racionalidad y seguridad jurídica, mediante los elementos que hacen que esta rama se convierta en un Derecho Penal Democrático.

CAPITULO I.

TEORIA DEL DELITO .

1.- Causalismo Natural.

La aportación más importante de la corriente clásica en la concepción de la estructura del delito es que concibió como presupuestos de la punibilidad a los siguientes elementos: acción (*latu sensu*), tipicidad, antijuricidad, imputabilidad y, por último, la culpabilidad.

La concepción clásica del delito tuvo su sustento filosófico en el positivismo científico, que estuvo vigente en el pensamiento dominante de la doctrina jurídica del Derecho Penal de hace cien años, específicamente a mediados del siglo pasado.

La dogmática jurídica común de aquella época partió para la construcción de su propia sistemática del concepto consistente en la *Imputación*. Este elemento a su vez fue dividido en: imputación objetiva y subjetiva, esto es, *imputatio facti e imputatio iuris*.¹

¹ Joachest, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. p. 272.

A pesar de que en el año de 1876 se configuró el concepto de *antijuricidad objetiva* para el Derecho Civil por *Ihering*, que fue el primero en desarrollarlo, el mismo constituyó un elemento esencial que repercutió en la formación de la sistemática jurídica penal, pues fue particularmente adaptado en la estructura del delito a través de *Liszt* y *Beling*, iniciando, al utilizarse a la antijuricidad objetiva en la sistemática jurídica, que el Derecho Penal se alejara de la antigua *teoría de la imputación*. Con la aportación de *Binding* se estableció que el concepto de antijuricidad se concibiera como un significado autónomo, retirándolo del Derecho Penal mediante la *teoría de las normas*, precisando que la acción punible no contraviene la ley penal, sino las normas prohibitivas o preceptivas que en aquellas subyacen, por lo que la *teoría del injusto* puede entenderse *per se* a partir del contenido de las normas. *A. Merkel* le correspondió la tarea de establecer los primeros indicios de un concepto particular de *culpabilidad* al reunir tanto al dolo y a la imprudencia en el elemento superior de determinación de la voluntad, es decir, voluntad de decisión, contraria al deber. Por conducto de *Berner* se precisó que el concepto de *acción* es parte base integrante de la estructura del delito, por lo cual los demás elementos únicamente son "predicados" ante la figura de la acción. ²

² *Ibidem*, p. 273.

Uno de los últimos elementos que se configuraron para formar la estructura del delito fue la *tipicidad*. *Beling* concibió al tipo como el conjunto de elementos que permiten determinar cuál es *tipicamente* el delito que se trata. Por lo que al tratar de desentrañar la naturaleza de la tipicidad formula el siguiente comentario:

“La tipicidad o adecuación al supuesto de hecho, como característica de la acción, se convierte así en elemento conceptual del delito”.³

Con los elementos consistentes en el tipo, la antijuricidad y la culpabilidad se firieron las bases para el desarrollo de las partes integrantes de la estructura del delito, basados en el principio de garantía de la ley penal. Por lo que contando con la integración de los diversos elementos mencionados hizo que *Beling* definiera a el delito en los siguientes términos:

“Delito es la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una conminación penal adecuada y ajustada a las condiciones de dicha penalidad”.⁴

Una característica distintiva de la teoría del delito clásica o causal es la de concebir al delito y su estructura de manera sencilla,

³ Citado por Jeschick, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. p. 273.

⁴ Citado por Jeschick, Hans-Heinrich. Ob. cit. p. 274.

clara y sin formalismos abstractos. La teoría clásica tuvo su origen en Alemania en el siglo pasado. Sus precursores son fundamentalmente *Von Liszt* y *Beling*, quienes dieron la pauta esencial de su formulación. Se le conoce con el nombre de *teoría causal* debido a que se basa en principios naturalísticos, en esquemas objetivos y formales en la concepción de la estructura del delito, tal como lo señala Jescheck y que Salas Cantero lo resume en los siguientes términos:

"... La primera etapa -la concepción clásica del delito- se caracteriza por la sencillez de su construcción. Sus más destacados representantes son VON LISZT y BELING. Su presupuesto ideológico se encuentra en el positivismo científico, que es doctrina dominante en la segunda mitad del siglo XIX."

"Supone una concepción objetivo-formal del delito que propicia un gran margen de seguridad jurídica y, por ello, se corresponde muy bien con la concepción y las exigencias del estado de Derecho. Su predominio ocupa aproximadamente los últimos 20 años del pasado siglo y los 30 del siglo XX."⁵

En la teoría clásica o causal la base de su sistemática se centra en el concepto de *acción*, concebido en su aspecto puramente

⁵ Salas Cantero, José A. *Lecciones de Derecho Penal*, p. 466.

naturalístico. De este concepto parten los demás elementos integrantes de la estructura del delito.

Es por lo anterior, que tanto *Beling* como *Liszt* concibieron la *acción* como un comportamiento corporal voluntario producido por el dominio sobre el cuerpo, consistente, ya sea en hacer (*acción strictu sensu*) o en un no hacer (*omisión*), lo cual produce una modificación en el mundo exterior, estando unidos ambos extremos por elementos que componen el nexo causal. Al respecto se afirma que la teoría clásica establece que la *acción* se integra con los siguientes elementos:

“ . . . se compone de un movimiento corporal (conducta) que produce una modificación del mundo externo (resultado). La conducta y el resultado deben estar unidos por una relación de causalidad (nexo causal) de modo que pueda afirmarse que la conducta es la causa del determinado efecto que constituye el resultado”.⁶

Por lo anterior, la teoría clásica del delito define a la *acción* en los siguientes términos:

“ . . . acción es la conducta humana dominada por la voluntad que produce en el mundo exterior un cambio determinado, que es consecuencia causal de la acción. Esta

⁶ *Ibidem*, p. 466 y 467.

consecuencia puede consistir en un simple movimiento corporal (en lo delictos de simple actividad) o en un movimiento corporal que produce un resultado externo (en los delitos materiales o de resultado). Se le llama concepción causal porque la voluntad humana, que debe dominar la acción, se contempla solamente en su dimensión causal, no en su función conductora del curso causal.⁷

El concepto causal de acción, elaborado por *Liszt y Bebing*, fue reforzado por Radbruch, y se fraccionaba en dos partes distintas:

“ . . . el proceso causal externo (objetivo), por un lado, y el contenido de la voluntad, ‘simplesmente’ subjetivo, por otro. De acuerdo con ello, la ‘acción’ sería el mero proceso causal que desencadena la voluntad (‘el impulso voluntario’, o la ‘inervación’) en el mundo exterior (efecto de la voluntad), sin tomar en consideración si el autor lo ha querido o si sólo lo podía prever (contenido de la voluntad)⁸”

Liszt y Bebing coincidieron en atribuir a la acción el impulso de la voluntad, es decir, la voluntad sólo se le concibe como puro impulso de la voluntad, pues el contenido de la voluntad sólo tiene relevancia para el problema de la culpabilidad, por lo que se puede afirmar válidamente que los elementos querer y finalidad que forman parte del dolo, se

⁷ *Ibidem*, p. 491.

⁸ Welton, *Hom. Derecho Penal Aleman*, p. 46.

extraen de la *acción* para formar parte de la *culpabilidad*, dado que ésta tiene el carácter subjetivo y la acción se le entiende en su aspecto puramente naturalístico.

Por lo tanto, la teoría clásica entiende a la *acción* dentro de un proceso ciego causal, pues sólo para determinar que existe una *acción* basta saber que el sujeto ha actuado o ha permanecido inactivo, volitivamente, sin importar el querer y la finalidad de la acción, que son el contenido de la voluntad y cuyo tratamiento lo resuelve la *culpabilidad* .

Se afirma lo anterior, en el entendido de que a la *acción* se integra con el *impulso volitivo*, por lo que el *querer* y la *finalidad*, que son contenido del dolo se trasladan a la *culpabilidad*, que abarca a aquella, como más adelante se mencionará, lo que origina que a la *acción* se conciba como un proceso ciego y sujeto a las reglas de causalidad.

Es necesario destacar que la *acción* entendida en su sentido amplio, comprende dos vertientes: la acción *strictu sensu* y a la omisión. Por lo tanto, a la acción se concibe como un concepto superior (movimiento corporal voluntario), mismos que abarca a dos especies consistentes en: por un lado, un hacer (acción positiva), y, por otro lado, en un no hacer (distensión de los músculos).

Debido a que la *omisión* la ubican dentro de un concepto superior de *acción*, es por lo que hace que la teoría causal sea insostenible, debido a la tajante diferencia de ambos conceptos, independientemente de que a la acción se le asigna un sentido estrictamente causal y no como acción humana. Al respecto se formula el siguiente comentario:

“Uno de sus mayores inconvenientes lo encuentran en incorporar a un concepto unitario de acción el hacer activo y la omisión -a lo que se opone la esencia de esta última que no es puramente naturalista...”⁹

El primero en descubrir que la esencia de la *omisión* no se encuentra una forma de comportamiento corporal voluntario (*acción *in situ sensu**), fue *Listz*, en virtud de que entendió a ésta como concepto social, esto es, la no realización de la acción esperada. Motivo por el que a la *omisión* la entendió del siguiente modo:

“... en el terreno del espíritu, en el sentido social del suceder y, en concreto, en el hecho de que el ordenamiento jurídico espera una determinada acción”.¹⁰

Con el anterior concepto de *omisión* se dio un paso cualitativo en la dogmática jurídica penal, en virtud de con tal idea de la

⁹ Selva Castro, Jess A. Ob. cit. p. 467.

¹⁰ Jeschek, Hans-Heinrich. Ob. cit. p. 274.

naturaleza de la omisión se abandonó el concepto naturalístico de acción.

Dentro del concepto clásico de la acción no se incorporaban predicados de valor ni elementos subjetivos, pues los mismo formaban parte de otros presupuestos de la punibilidad, como la antijuricidad y la culpabilidad.

Por lo que, la teoría causal trazó la línea entre los componentes objetivos y los subjetivos de la estructura del delito. La parte objetiva la formaban con la tipicidad y la antijuricidad. En tanto, el lado subjetivo de la estructura del delito lo constituye la culpabilidad.

El tipo se entendió en los siguientes términos:

“ . . . como descripción puramente externa de la acción, desprovisto de todo predicado de valor (por ej., la muerte de una persona, que al someterse a prueba la antijuricidad puede resultar justificada como acción de guerra de un soldado). La valoración jurídica de este suceso no podía tener lugar hasta el momento de la antijuricidad, y ello, en todo caso, desde una perspectiva puramente objetiva. La relación entre tipicidad y antijuricidad se agotaba en ser un indicio ‘de la presencia de una norma prohibitiva’.”¹¹

¹¹ *Ibidem*, p. 273.

Es decir, a la *tipicidad* se le asignó el sentido de ser una descripción externa de la acción, sin predicados de valor, ni elementos subjetivos, es decir, en un plano meramente objetivo.

El puente existente entre la *tipicidad* y la *antijuricidad* es que aquella sólo es una presunción de ésta, pero ambas se guardan como elementos independientes dentro de la estructura del delito.

La *antijuricidad* se le entendía como un juicio de valor que califica la acción típica. Tenía un carácter objetivo. Siendo irrelevante para la *antijuricidad* cualquier elemento subjetivo.

Es importante destacar que en la *teoría clásica* del delito a la *imputabilidad* se le atribuyó la relevancia de ser considerado como presupuesto de la *culpabilidad*. Por lo que originalmente se definió al delito como la acción (que abarca tanto a la acción en *strictu sensu* como a la omisión), típica, antijurídica, imputable y culpable.

El criterio para establecer la *imputabilidad* como presupuesto de la *culpabilidad* se basaba en el siguiente argumento:

“El concepto de culpabilidad de la estructura clásica del delito reunía, frente a esto, la totalidad de procesos

espirituales y psíquicos que en el hecho se desarrollan en el interior del autor."¹²

La naturaleza de la *culpabilidad* es completamente psicológica, dando nacimiento y fundamento a la *teoría subjetiva de la culpabilidad*. Tanto al dolo como a la imprudencia se le jerarquizaron como "formas" o "especies" de la culpabilidad. También surgió el concepto de estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad. Sin embargo, la conciencia de la antijuricidad por un sector de la doctrina la incorporó como elemento de la culpabilidad, mientras otro sector opinó lo contrario. A pesar de lo anterior, la culpabilidad no tenía un significado materialmente determinado, quedando sin resolver el problema de cómo sus elementos específicos podían unirse en un sentido y adquirir unidad de cohesión en relación a un concepto aún no definido.¹³

La concepción clásica de la estructura del delito se caracteriza por una visión estricta del Derecho positivo y a su interpretación pretendió encauzar su técnica auxiliándose de los conceptos jurídicos, separando de la jurisprudencia técnica las apreciaciones que impliquen valoraciones filosóficas, los conocimientos psicológicos y la realidad sociológica. Surgiendo las premisas iniciales de la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen, misma que constituyó después la

¹² *Ibidem.* p. 275.

¹³ *Ibidem.* p. 275.

ideología dominante en la dogmática jurídica de la época en que surgió la teoría clásica . . .

Con la teoría causal, al Derecho Penal, se le dio una visión formal del comportamiento humano, misma que tenía la idea de que la conducta humana se encontraba inmersa y regulada en la estructura del concepto del delito. En otros términos, la concepción clásica del delito basó su formalismo en:

“ . . . creer que el material crítico para la valoración jurídica de la conducta humana se encuentra totalmente y sin falta alguna en el orden jurídico en el sentido de los preceptos jurídicos técnicamente formados.”¹⁴

Astrismo, la teoría clásica delimitó entre la acción entendida naturalísticamente, el tipo concebido objetivo-descriptivamente, distinguiendo en su esfera objetivo-normativamente a la antijuricidad y, por último, la culpabilidad ubicándola como un presupuesto subjetivo-descriptivamente. La concepción objetivo y formal de la estructura del delito se haya en el fondo la idea de *Estado de Derecho*, que buscaba brindar seguridad jurídica y calculabilidad del derecho. La imagen de la dogmática jurídica penal clásica conjugaba su sistema con dos ideas esenciales:

¹⁴ Graf Zu Dohna, Alexander. *La Ilícitud*, p. 3.

" . . . por una parte, debía garantizar mediante el objetivismo y el formalismo de los presupuestos de la pena un máximo de seguridad jurídica; por otra parte, pretendía alcanzar, por la vía de un sistema sancionatorio orientado hacia el delincuente, un máximo de eficacia."¹⁵

2.- Causalismo Valorativo.

La dogmática jurídica que construyeron *Liszt* y *Beling*, fue sometida a una reformulación en algunos aspectos, lo que trajo la creación de la corriente conocida con el nombre de "neoclásico" o "neocausal", que propiamente no cambiaron la esencia del concepto de la estructura del delito elaborada por la teoría clásica o causal del delito, sino basada en sus principios fundamentales, trataron de darle otra perspectiva, aunque partieron de las bases conceptuales, formales y objetivas de los presupuestos del delito de la primera teoría. Se conoce con el nombre de *Teoría neoclásica* o *neocausal*, en virtud de que no propuso el abandono de los conceptos elaborados por la primera corriente penal, sino simplemente redujeron su labor en un reformismo de los conceptos fundamentales establecidos previamente por la corriente *clásica*.

El propósito de la concepción *neoclásica* o *neocausal* de la estructura del delito fue la de elaborar una sistemática del delito

¹⁵ Jescheck, Hans-Helmut. Op. cit. p. 276.

concorde con los fines del Derecho Penal y el reconocimiento de perspectivas valorativas que constituyen su base, que implica la *teoría teleológica del delito*, es decir, los elementos integrantes de la estructura del delito se orientan a la idea de valor, excluyendo desde luego el formalismo del pensamiento jurídico hermético. La base filosófica de esta corriente se encuentra en la *teoría del conocimiento del neokantismo*, representada por la Escuela Sudoccidental alemana, cuyo precursores fueron: *Stammler, Rickert, Lask*, entre otros. La orientación del Derecho Penal al reconocimiento de valores e ideas se debió al método científico-naturalístico del observar y describir que la concepción neoclásica utilizó, cuya metodología propició la valoración y comprensión de los objetos de estudio, que es propia de las ciencias del espíritu. No obstante el método utilizado, la concepción neoclásica en lo relativo al contenido de la estructura del delito no pudo reconocer plenamente la orientación valorativa, toda vez que el *neokantismo* niega el conocimiento vinculante de criterios materiales de valor. Además, con la teoría neocausal la doctrina penal alemana alcanzó su difusión internacional.¹⁶

Su más destacado representante de la *teoría neocausal o neoclásica* lo constituye: *Edmundo Mezger*, coincidiendo dicha etapa con la aparición de su libro titulado *Lehrbuch*.¹⁷

¹⁶ *Ibidem*, p. 277 y 278.

¹⁷ *Salas Centeno, José A. Op. cit.* p. 468.

La teoría neoclásica del delito concibe la *acción* como un "comportamiento voluntario" o "comportamiento humano", que también es el concepto causal de *acción*. Se inició la idea de *concepto social de acción*, en virtud de que:

" . . . supone ya el paso a un momento de evolución posterior: la acción se concibió como 'fenómeno social en su sentido de actuación en la realidad social' ".¹⁸

Se estableció que los requisitos de la acción son: el acto interno de voluntad y la manifestación externa de esa voluntad. En tanto, en el concepto de acción se incluye el resultado como "la total realización típica exterior".¹⁹

Mezger señala, en el año de 1932, en relación a la *acción* lo siguiente:

"A la doctrina jurídico-penal de la acción sólo le interesa saber qué es lo que ha sido causado por el querer del autor, qué es lo que se ha producido como 'efecto' del querer. Todos estos efectos son partes integrantes de la acción. Si y hasta qué punto estos efectos han sido contenido de la conciencia y del querer del actor, carece aquí de relevancia; . . . este problema no entra en consideración respecto al

¹⁸ Jeschick, H.H. Ob. cit. p. 278.

¹⁹ Selms Cantero, José A. Ob. cit. p. 488.

concepto de acción . . . Para constatar la existencia de un acción basta la certeza de que el autor ha actuado voluntariamente. Lo que haya querido es aquí indiferente; el contenido de la voluntad es relevante sólo para el problema de la culpabilidad.”²⁰

Se presumió que se podía prescindir del concepto de *acción a fin* de iniciar con la *tipicidad* la estructura del delito. En la *tipicidad* se tuvo una revisión substancial, consistente en dejar la concepción formalista, descriptiva y ausente de valoración, aceptando el descubrimiento de tanto *elementos normativos* como *elementos subjetivos del tipo*. Los primeros necesitan la asignación de un contenido de valor para lograr un sentido capaz de aplicación. Los segundos son elementos que se encuentran en el ánimo del sujeto y que permiten diferenciar un tipo penal de otro. Su descubrimiento y aceptación en esta teoría hizo insostenible la concepción anterior en relación a la *tipicidad*. En otras palabras:

“La *tipicidad* dejar de ser considerada como indicio de antijuricidad para concebirse como su *ratio essendi*: su misión es fijar la antijuricidad. Se hablará así de ‘tipo del injusto’. En su condición de mera descripción, exenta(sic) de valoración, que propugnó la etapa anterior, se ve afectada en ésta por el descubrimiento de los llamados ‘elementos normativos del

²⁰ Citado por Welton, *Hans. Ob. cit.* p. 62.

tipo', y, en su condición de absolutamente objetiva, por la aceptación de los 'elementos subjetivos del injusto'. Se reconoce de este modo que, en determinados casos, la tipicidad de la conducta depende de ciertas valoraciones normativas o de determinados elementos subjetivos."²¹

Surgió en esta etapa la *teoría de antijuricidad*. Pues si sólo originariamente se había concebido como contravención formal a una norma jurídica, se dedujo que:

"... ahora la finalidad de los preceptos penales que era preciso concebir el injusto de forma *material*, como *dañosidad social*. El punto de vista material abrió la posibilidad de graduar el injusto según la gravedad de la lesión de intereses. En caso de que, en realidad, falte toda lesión de intereses, el hecho no podrá ser antijurídico. Fue posible, así con ayuda de la teoría de la antijuricidad material, el desarrollo de nuevas causas de justificación más allá de los supuestos legalmente previstos, por ejemplo, el estado de necesidad suprallegal, que responde a la consideración de que, si no hay otro remedio, es útil socialmente la salvación de un bien jurídico de superior valor a costa de otro menos valioso."²²

²¹ Salas Centeno, José A. Ob. cit. p. 468.

²² Jeschek, H.H. Ob. cit. p. 279.

Es importante destacar la diferente relación que surgió entre la *tipicidad* y la *antijuricidad*, como consecuencia fatal del descubrimiento de *elementos normativos* y *elementos subjetivos*, ambos del tipo ante la presencia de la *concepción material del injusto*, lo que se resume en los siguientes términos:

"El tipo dejó de aparecer, entonces, como descripción no valorativa de un proceso externo y pasó a ser un instrumento pleno de sentido en manos del legislador que reúne los elementos del injusto característicos del tipo de delito. El tipo se convirtió, así, en tipo de injusto, en el sentido de conjunto de los momentos de antijuricidad típicos de la correspondiente clase de delito. Como consecuencia de su nuevo cometido, de tipificación del injusto merecedor de pena, el tipo no se encuentra ya situado al mismo nivel de la antijuricidad, como en el sistema clásico, sino que se limita a su tarea formal de fijación de los elementos de la antijuricidad en la ley penal, subsistiendo como únicos elementos materiales la antijuricidad y la culpabilidad."²³

La *culpabilidad* sufrió modificaciones substanciales, aunque no radicales, en la *concepción teleológica* del delito. Al respecto se señala que :

²³ *Ibidem*, p. 279 y 280.

"... a *Frank* se debe el descubrimiento decisivo. Vio la culpabilidad en aquella formación de la voluntad contraria al deber que puede reprocharse al autor: 'Un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprochársele haberlo efectuado' (concepto normativo de la culpabilidad)."²⁴

La idea de culpabilidad citada anteriormente fue culminada con la obra de *Goldschmidt*. Con la elaboración de la *teoría normativa de la culpabilidad*, se dio un paso muy significativa para la estructura del delito, en virtud de que a través de ésta se concibió a la *culpabilidad* como la capacidad del autor de poder obrar de otra manera. En otras palabras, la culpabilidad se funda en la manera como se forma la voluntad del autor que lo conduce al hecho típico; se estudia particularmente que el autor del hecho típico y antijurídico posea libertad de voluntad y voluntad de decisión, que son los dos niveles conceptuales que constituyen la culpabilidad. Por lo que el autor, quien tiene libertad de voluntad y voluntad de decisión, se le exige conducirse respetando el deber jurídico penal, por lo que al infringirlo se le reprocha su actuar y el cual se le imputa el mismo, debido a que tuvo la posibilidad de actuar de otra manera, consecuentemente reuniendo la culpabilidad por no haber cumplido el ordenamiento legal, en el que subyace el deber jurídico penal. Por lo contrario, cuando se trata de un enfermo mental o de un incapacitado no existe

²⁴ *Ibidem*, p. 280.

el reproche de culpabilidad, debido a que al sujeto no se puede exigir el respeto del ordenamiento jurídico. De igual manera, se resuelve con justicia el problema de la ausencia de la esfera de libertad, por lo que en este caso tampoco se exige el cumplimiento del deber jurídico penal, cuyo antecedente es el caso *Mignonette*.

Se incorpora la *Imputabilidad*, como otra especie de la *culpabilidad*, al lado del *dolo* y la *culpa* que se encuentran en el mismo nivel conceptual. De igual forma, se crea un nuevo elemento de la *culpabilidad*, consistente en la *reprochabilidad* o *exigibilidad*. El primero se entiende como el juicio de reproche que se formula al autor de la acción u omisión, ya que teniendo capacidad de obrar de otra manera, se decidió contravenir el deber jurídico penal. En tanto, el segundo, consiste en que basado en que el autor tiene la posibilidad o capacidad de obrar de otra manera, le es exigible respetar el deber jurídico penal, actuando conforme a derecho.

Por lo tanto, los elementos de la *culpabilidad* son:

- 1.- La *imputabilidad*
- 2.- El *dolo* y la *culpa*.
- 3.- *Exigibilidad* o *reprochabilidad*.

Mientras tanto el *dolo*, en esta concepción del delito, se integra con los siguientes elementos: el *querer*, la *finalidad* y *conciencia actual de la antijuricidad*.

En los casos de imprudencia:

"... el reproche de culpabilidad no se dirige contra el concepto negativo de falta de representación del resultado, sino contra la falta de atención demostrada por el autor en el cumplimiento de un deber de cuidado."²⁵

La teoría neoclásica del delito en la actualidad es obsoleta en Alemania, pero en otros países sigue dominando en la ciencia jurídica penal. Las deficiencias de esta corriente se encuentran en el plano político, en su énfasis en la neutralidad frente a valores fundamentales del Derecho Penal, lo que ocasionó la confrontación de la dogmática jurídica contra la política criminal. Por otra parte:

"La concepción del dolo como forma de la culpabilidad se hizo insostenible tras el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y el triunfo del concepto normativo de culpabilidad. Era preciso un tratamiento convincente del error sobre la antijuricidad una vez que Frank había deducido el contenido de culpabilidad propio del error de prohibición vencible del concepto normativo de culpabilidad. Finalmente, junto a la parte del hecho imprudente correspondiente a la culpabilidad, debía

²⁵ *Ibidem*, p. 280

determinarse también con independencia su específico contenido del injusto. Tales modificaciones necesarias de la estructura del delito han tenido lugar por obra de la sistemática desarrollada a partir del finalismo.”²⁸

3.- Finalismo.

La concepción *finalista* del delito fue desarrollada fundamentalmente por el tratadista alemán *Hans Welzen*. Otro de sus precursores lo es también el *Dr. Alexander Graf Zu Dohna*.

Surgió en los principios de los años treinta del presente siglo, en respuesta, en cuanto a la metodología, al abandono de las ideas *logistas* y *abstractas* propias de la corriente precedente. Inició su auge a partir de la culminación de la segunda guerra mundial.

Welzen pretendió crear un nuevo concepto de *acción*, de acuerdo con un punto de vista *ontológico*, motivo por el cual se incorporo el ser real de acción humana en el concepto central y base de la estructura del delito. Por lo mismo, la teoría *finalista*, logró superar las obscuridades y deficiencias de las concepciones precedentes, pero extrajo conceptos de dichas corrientes que brindaran utilidad y seguridad jurídica para el desarrollo de la teoría final de la acción.

²⁸ *Ibidem*, p. 281.

Es necesario resaltar, que muy a pesar de las diferencias marcadas entre las tres escuelas en estudio en relación a la estructura del delito, es actual el pensamiento de Jescheck que emite a propósito de la conciliación que debería haber en las concepciones del delito, pues:

" . . . es posible obtener resultados esencialmente coincidentes sin tomar como base la teoría final de la acción, partiendo de la teoría del injusto y, como hoy hace la doctrina dominante, concibiéndola en sentido 'personal'. No existe, pues, motivo para la 'lucha de Escuelas' entre finalistas y partidarios de la sistemática anterior."²⁷

La base filosófica del *finalismo* , se determinó:

" . . . por el paso de la tajante separación entre mundo real y Derecho, propia del neokantismo, a la realidad del ser social. Por eso se esforzó en elaborar las 'estructuras lógico-objetivas' previas a toda regulación jurídica y en edificar el Derecho sobre la base de la 'naturaleza de las cosas'. De este modo, la teoría de la estructura final de la acción humana se apoyó en forma inmediata en observaciones de la moderna psicología sobre el comportamiento de los actos psíquicos. Incluso para el conocimiento de los valores acudió la nueva

²⁷ *Ibidem*, p. 203.

teoría a lo que precede a la existencia humana: 'el deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del actuar ético-social y la concordancia de los órdenes ético-sociales'. Unido a la superación del neutralismo valorativo se hallaba el intento de una verdadera fundamentación ético-social del Derecho Penal, que encontró plasmación en la concepción personal de la antijuricidad, en el postulado de la responsabilidad del hombre por la objetiva corrección de sus decisiones voluntarias y en el redescubrimiento del pensamiento retribucionista como sentido de la pena."²⁹

Se le conoce con el nombre de *teoría finalista del delito*, en virtud de que ubica el *concepto final de acción* como la base de la estructura del delito. Welzen precisa lo siguiente:

"Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer 'final', no solamente 'causal'. La 'finalidad' o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer

²⁹ *Ibidem*, p. 283.

causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es el resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso.”

“ Por eso, la finalidad es -dicho en forma gráfica- ‘vidente’, la causalidad ‘ciega’.”²⁹

Agrega también:

“ Dado que la finalidad se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final. Ella es el factor de dirección que sobredetermina el acontecer causal exterior y en virtud de esto lo convierte en una acción dirigida finalmente. Sin ella, la acción quedaría destruida en su estructura material y rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final pertenece, por ello, a la acción como factor integrante, ya que, y en la medida en que, configura objetivamente el acontecer exterior.”³⁰

²⁹ Weiser, Hans. Ob. cit. p. 39 y 40.

³⁰ *Ibidem*. p. 40.

En resumen, la acción se integra con todos los elementos del proceso volitivo que son: el impulso, el querer o motivación y, por último, con la finalidad .

La dirección final de la acción se lleva en dos etapas: la primera se desarrolla en el ámbito del pensamiento del autor; la segunda se realiza en el mundo real. La primera etapa mencionada empieza con:

- 1.- La anticipación del fin que el autor pretende efectuar.
- 2.- La selección de los medios idóneos de la acción para conseguir el fin deseado.
- 3.- La consideración de los efectos concomitantes, que se enlazan a los factores causales contemplados para la consecución del fin.

La segunda etapa, consiste en el proceso causal en la realidad, determinada por la definición del fin y los medios de la esfera del pensamiento.

Tanto el querer como la finalidad quedaron comprendidos en el dolo y como aquéllos están ubicados en la acción, luego entonces, el dolo paso a formar parte del tipo, ya que éste describe el hecho materia de la prohibición. Por ende, el dolo forma parte del tipo subjetivo. Sin embargo, el dolo se le despojó de la conciencia de la

antijuricidad, quedando ésta como parte integrante de la *culpabilidad*, pero se le dio el carácter de potencial y ya no de actual, por lo que surgió el concepto de *conciencia potencial de la antijuricidad*, pues sólo se requiere la posibilidad de conocimiento del carácter prohibido por parte del autor.

Como consecuencia del tratamiento específico de la acción, a la omisión se le dio un enfoque particular, desarrollando la *teoría de los delitos de omisión*, atribuida a *Armin Kaufmann*, que los consideró como un tercera forma del hecho punible, frente al delito doloso y el imprudente de comisión. Por tal circunstancia, al tipo sistemático de omisión se le asignó una estructura independiente con sus propios elementos y diferente a la del tipo de acción. Esto se entendió así, en virtud de que se reconoció que la omisión no se encontraba sujeta a las reglas causales, pues es una creación del derecho, formulado por la calidad de garante del sujeto. Por lo tanto, a la omisión no le son aplicables las reglas de causalidad de la acción, ya que ésta existe independientemente del Derecho en tanto la omisión no está sujeta a la mecánica causal.

Por lo que respecta a el tipo, en la teoría finalista, se bifurcó su esencia. Como lo ha expresado en sus cátedras el Profesor Fernando Labardini Méndez, en esta teoría se habla de un Tipo Sistemático, que es la que describe o circunscribe la acción u omisión, materia de la prohibición, pero como otra parte integrante de los presupuestos de la

punibilidad. Pero a su vez el Tipo Sistemático comprende a el Tipo Objetivo y al Subjetivo. El primero comprende las características que tienen que ser alcanzadas por el hecho doloso del autor. El segundo contiene la parte interna del tipo, que implica la diferencia específica del tipo, es decir, es la parte con que se distingue un tipo de otro. El Tipo Objetivo, abarca: la manifestación externa de la voluntad, resultado material, el nexo causal y las modalidades del tipo o elementos normativos del tipo, que pueden ser valorativas o descriptivas. Por otra parte, el Tipo Subjetivo comprende: al dolo y a los elementos subjetivos del injusto.

A la *antijuricidad* se le entiende como un predicado de la acción, toda vez que atendiendo a la finalidad de la acción, tiene naturaleza subjetiva, creándose la teoría *del injusto personal*. Esto también se produjo en virtud de la ubicación del dolo en el tipo. Lo anterior se fundó en que:

“ Los elementos subjetivos del tipo se reunieron bajo el concepto superior de ‘elementos personales del injusto’ y se contrapusieron al ‘desvalor del resultado’ como ‘desvalor de la acción’. . . La doble consideración de la antijuricidad bajo dos aspectos de voluntad de la acción antijurídica y de lesión del objeto, puso de manifiesto que el injusto no se agota con la dañosidad social del hecho, sino que constituye una ‘ejecución defectuosa socialmente relevante’ del hombre, un

concepto en el que se mezclan la voluntad criminal de la acción y el resultado del hecho.”²¹

En otros términos, a la antijuricidad se le reconocen elementos subjetivos a cargo del sujeto, independiente de que ya contaba con elementos objetivos y con contenido material.

En el mismo orden de ideas, la teoría *finalista* establece que:

“La antijuricidad consiste en un juicio de valor que expresa que la acción es contraria a la norma. Lo será cuando no concorra ninguna causa de justificación. No puede ser construida sólo de modo objetivo; ha de tomarse en cuenta la persona del autor. La acción es antijurídica solamente como obra de un determinado autor. Importa al injusto la meta que el sujeto se ha fijado como fin desde qué punto de vista ha actuado y que deberes tenía. De ahí que la antijuricidad se entienda siempre como desaprobación de un hecho referido a un determinado autor: injusto es la acción antijurídica personal, referida a su autor.”

“El contenido de la antijuricidad no depende sólo de la causación de un resultado lesivo de bienes jurídicos (disvalor del resultado), sino además de una determinada modalidad

²¹ Jeschek, H.H. Ob. cit. p. 285.

del actuar (disvalor de la acción). El injusto es disvalor del resultado y disvalor de la acción."³²

En lo relativo al concepto de *culpabilidad*, la teoría *finalista* conceptualizó de manera diferente este elemento, resaltando esencialmente las siguientes modificaciones:

a) La *conciencia potencial de la antijuricidad* se separó del *dolo*, permaneciendo en la *culpabilidad* como uno más de sus elementos. Se entendió a aquella como la conciencia del autor que su actuar se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico, siendo este el elemento base para el juicio de reproche.

b) Consecuencia de la disolución del *dolo* y la *conciencia potencial de la antijuricidad*, hubo la necesidad de plantear y resolver en forma distinta el error de tipo y el error de prohibición. El error de tipo excluye el *dolo*, por lo que la acción u omisión resulta ser atípica o irrelevante para el derecho, por la no realización del tipo sistemático. El error de prohibición excluye la *conciencia potencial de la antijuricidad*. Welzen ante el error de prohibición introdujo los conceptos de *evitabilidad e inevitabilidad*. Cuando se trata de error de prohibición *invencible, inevitable o insuperable*, desaparece el reproche de culpabilidad.

³² Salas Castro, José A. Ob. cit. p. 471.

c) En las dos especies de la *participación*, es decir, en la *complicidad* e *instigación*, en la teoría del autor, sólo existen en un hecho doloso, en virtud de que sin el dolo no se configura el hecho principal, donde se encuentra establecido el sujeto activo, es decir, el autor, *mediato* o *inmediato*, o los *coautores*.

En resumen, la *culpabilidad* se encuentra formada por:

- a) La *imputabilidad*, que ya se encontraba en la teoría neocausal.
- b) La *conciencia potencial de la antijuricidad*, que se separó del dolo y éste se ubicó en la acción dentro del tipo sistemático.
- c) La *reprochabilidad*, que es el juicio basado en el exigibilidad que se hace al autor para conducirse respetando el deber jurídico penal.

En otras palabras, Sainz Cantero dice que:

“La *culpabilidad*, que es juicio de reproche que se formula al autor por no haber adecuado su conducta a Derecho a pesar de que estaba en situación de hacerlo, se ve privado de todos los elementos psicológicos que se incluían en ella en las etapas anteriores. Sus componentes son puros procesos de valoración, acentuándose así su carácter normativo. La

integran la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad, y la exigibilidad.”²³

La teoría *normativa de la culpabilidad*, que utiliza el *finalismo* para la construcción de la estructura del delito, no se agota con la contravención del hecho contra el ordenamiento jurídico, sino que además:

“... fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aún cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del derecho. Él hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este ‘poder en lugar de ello’ del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica. La teoría de la culpabilidad tiene que exponer los presupuestos por los cuales se le reprocha el autor la conducta antijurídica.”²⁴

Agrega más adelante Weizen que:

²³ *Ibidem* p. 471.

²⁴ Weizen, *Hans*. Op. cit. p. 166.

"Culpabilidad es 'reprochabilidad' de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto 'culpabilidad de voluntad'. Sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad."²³

Por otra parte, el *finalismo* da un tratamiento especial a la *imprudencia* en virtud de que se le considera que forma parte del tipo de injusto y por otra parte, constituye un elemento de la *culpabilidad* en cuanto a la reprochabilidad personal de la falta de cuidado. De esa forma, se distinguió a los hechos imprudentes de los dolosos, en el tipo de injusto, y no tan sólo en cuanto a forma de *culpabilidad*.

Para Hans Weizen el problema *causal* forma parte de un papel modesto en la estructura del injusto, toda vez que :

" . . . el concepto causal no es un concepto jurídico ni tampoco una categoría meramente lógica; constituye, en realidad, una categoría del ser, de lo cual deduce que el nexo causal 'no es una vinculación meramente lógica y menos aún una relación mental de varios acontecimientos, sino el nexo legal, por cierto no perceptible, pero susceptible de ser captado mentalmente a través de la sucesión del acontecer real y, por tanto, es como tal, tan real como el

²³ *Ibidem.* p. 167.

acontecer mismo. También de derecho debe partir de este concepto causal 'ontológico', no hay causalidad jurídica especial, si bien no todos los acontecimientos causales son también jurídicamente relevantes'.³⁶

A pesar de tal afirmación, en la actualidad existen varios doctrinarios finalistas que para completar el estudio de la estructura del delito, y para explicar el nexo causal, se apoyan en el teoría de la *causalidad adecuada* o de la *adecuación*, por medio de la cual se establece el principio base que sostiene a dicha teoría y que dice:

*" . . . causa es, dentro del conjunto de condiciones causales concurrentes, sólo aquella que resulta adecuada para producir el resultado. Cuando se inquiera de quienes se afilian a la teoría 'cual es la condición adecuada', contestan afirmando que es adecuada sólo la condición que resulta idónea por su naturaleza para producir ese resultado "*³⁷

Como complemento último de la teoría finalista en la elaboración de su propia sistemática jurídica, se desarrolló en lo que respecta a la *autoría* la teoría del *dominio del hecho*, misma que es contraria a *teoría subjetiva*, la cual establece que es autor del hecho el que tiene *animus* o *dolo* de la realización del injusto, independientemente que o se haya o no participado en la

³⁶ Ferrn Vazconcelos, Francisco. *La Causalidad en el delito*. p. 128.

³⁷ *Ibidem*. p. 99 y 100.

consumación o tentativa del mismo; siendo esta teoría la que sostiene la figura del *autor intelectual*. En tanto, la teoría de *autoría del hecho* tiene por objeto determinar el centro personal de acción del injusto.

En la teoría *del hecho*, se entiende que las formas de ser autor de un delito son a través de: autor directo o mediato; autor indirecto o inmediato; y la coautoría. Las formas de *participación* en el hecho típico son por conducto de las formas de: instigador y complicidad.

Es autor aquél sujeto que tiene dominio del hecho. Es el que tiene la posibilidad de determinar continuar su acción o detenerla, ya sea por conducto de un medio o directamente, o en su caso, en compañía de otros sujetos. Mientras, el instigador es aquél que dolosamente determina la voluntad de otra persona para cometer el injusto; el cómplice sólo auxilia al autor del delito a su cometido, sin que tenga intervención directa en la realización del mismo.

Por último es necesario expresar que los autores actuales que siguen la corriente finalistas son entre otros los siguientes: Córdoba Roda, Muñoz Conde, Mauruch, Mir Puig, Suarez Montes, Rodríguez Muñoz. En México conocen sobre la materia del finalismo los tratadistas Sergio Vera Treviño, Fernando Labardini Méndez, Fernando Righi, entre otros.

Como consecuencia de lo anterior, la teoría *finalista* concibió al delito como un hecho, realizado por medio de la acción u omisión, típico, antijurídico, culpable y en algunos casos sometido a condiciones objetivas de punibilidad .

En relación a la estructura del delito, Hans Welzen dice que:

" La división del delito en tres diversos grados de enjuiciamiento y valoración estructurados uno sobre y a continuación de otro proporciona un alto grado de racionalidad a la aplicación del derecho, la facilita y la asegura contra contradicciones y arbitrariedades. Mediante la diferenciación de grado de valoración permite un resultado final adecuado y justo."³⁸

³⁸ Welzen, Hans. Ob. cit. p. 37.

CAPITULO II

LA ANTIJURICIDAD.

1.- Determinaciones previas.

Antes de la entrar al análisis de la antijuricidad, como un presupuesto de la punibilidad, es necesario precisar que la ubicación de éste elemento en la estructura del delito es posterior a la tipicidad y antes de la culpabilidad.

Es importante señalar que la tipicidad de un hecho, realizado a través de acción u omisión, crea presunción de antijuricidad, mismo que se deduce de la adecuación del hecho en la descripción típica del injusto, es decir, de la tipicidad.

El tipo sistemático es una descripción gramatical en la ley penal del hecho materia de la prohibición, pero como otro presupuesto de la punibilidad, como lo ha expresado Welzen. El tipo sistemático establece materialmente todos los elementos integrantes de la acción u omisión que la ley penal prohíbe por medio de la punibilidad. En la teoría finalista, el tipo sistemático doloso por acción bífurca su esencia

en dos aspectos: la parte objetiva, que constituye el tipo objetivo, el cual se integra con la acción, el resultado material, el nexo causal, las modalidades o elementos normativos del tipo, que a su vez son descriptivas (que se perciben sensorialmente) y valorativas (pueden ser de valoración empírico cultural o de valoración jurídica); y el otro aspecto del tipo sistemático es la parte subjetiva del tipo conocida con el nombre de tipo subjetivo, el cual se conforma con dos elementos que son el dolo y los elementos subjetivos del injusto. Estos son los elementos que abarca el tipo sistemático, que es la descripción del injusto que se realiza en la ley penal.

La función del tipo, en términos generales, es determinar objetiva y materialmente la conducta prohibitiva en la ley penal, por lo que hace que ese hecho se constituya en la materia de la prohibición. Sin embargo, al adecuarse el hecho de la vida real, social y culturalmente determinado en el tiempo y en el espacio en el tipo sistemático, se actualiza la tipicidad, pero como el primer elemento integrante de la estructura del delito, por lo que se procede al estudio de los demás elementos a fin de establecer si reúne todos y cada uno de los presupuestos de la punibilidad para considerar el hecho típico como un delito. La seguridad jurídica que brinda la estructura del delito se basa en la concatenación lógica de sus elementos, lo cual posibilita calificar un hecho como delito si reúne los presupuestos fundadores de dicha estructura. Es necesario señalar que los

elementos del delito tiene la característica de condicionarse un elemento a otro en el orden establecido. Al respecto Welzen expresa:

" La *tipicidad*, la *antijuricidad* y la *culpabilidad* son tres elementos que convierten una *acción* en delito. La *culpabilidad* -la responsabilidad personal por el hecho *antijurídico*- presupone la *antijuricidad* del hecho, del mismo modo que la *antijuricidad*, a su vez, ha de estar concretada en tipos legales. La *tipicidad*, la *antijuricidad* y la *culpabilidad* están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior."²⁹

En el mismo orden de ideas, desde la perspectiva finalista, el tipo objetivo, que se encuentra comprendido en el tipo sistemático, señala los elementos que son necesarios para configurar el hecho delictivo, tales como los siguientes: el deber jurídico penal (que subyace en el contenido de la norma jurídica del delito que se trate, misma que ordena la realización de un comportamiento o prohíbe la realización de una acción); el autor o sujeto activo; la víctima o sujeto pasivo; bien jurídico protegido (requisito fundamental en un Derecho Penal democrático, pues la norma prohibitiva tiende a proteger un bien tutelado); y, el objeto material.

²⁹ *Ibidem*, p. 57.

Los presupuestos de la punibilidad encuentran su fundamento necesario en el tipo, que es el que abarca los elementos que nutren el contenido de cada uno de los demás elementos integrantes del delito. Por lo anterior, la antijuricidad encuentra su expresión en el tipo del correspondiente delito que se trate.

A nivel doctrinario se ha llegado establecer diversas clases de tipo, esto debido a las diversas funciones que proporciona el tipo en sentido amplio en la constitución del hecho delictivo. Las acepciones más relevantes en la teoría del delito son las siguientes:

a) *Tipo del injusto*, que es el conjunto de características que fundamentan la antijuricidad de la acción u omisión.

b) *Tipo total del injusto*, que abarca las características fundamentadoras de la antijuricidad y sus excluyentes.

c) *Tipo de culpabilidad*, es el conjunto de elementos integrantes de la culpabilidad.

d) *Tipo de delito*, que engloba las características del tipo del injusto y del tipo de la culpabilidad, no incluyendo las condiciones objetivas de punibilidad.

e) *Tipo garantía individual o tipo en sentido amplio, que es aquél que comprende todos y cada uno de los presupuesto de la punibilidad. Este tipo es con el que se da cumplimiento a la función de seguridad de la ley penal, bajo el principio: nulla poena sine lege.*

El tipo del injusto engloba todas las características típicas de la prohibición de la norma, pero sólo lo típico, sin embargo no alcanza a las causas de justificación en sentido negativo.

La tipicidad crea presunción de la existencia de la antijuricidad, aunque no implica su existencia. Pero como toda presunción iuris tantum, que forma la tipicidad, admite prueba en contrario, por lo que sólo se excluye la ausencia del injusto con la existencia de una causa de justificación. Lo anterior encuentra su sustento lógico, en la afirmación de que ante una regla general (en este caso la antijuricidad de un hecho típico), existe una excepción a la regla (que son las excluyentes de antijuricidad o causas de justificación).

La antijuricidad esta determinada por el tipo del delito que corresponda.

2.- Concepto y naturaleza.

El problema de definir un concepto es que existen diversas definiciones que se emiten al respecto y todo de acuerdo a la opinión personal de los especialistas o tratadistas en el tema. El método general para abarcar todos los extremos y elementos de un concepto, es aquél que primeramente se tiene que establecer el género próximo, para después particularizarlo con la diferencia específica del concepto que se trate.

El concepto de *antijuricidad* no se escapa de la problemática de elaborar su definición, en virtud de que los tratadistas en la Ciencia Jurídica han pretendido dar una propia con el propósito de que se convierta en universal y sea un concepto válido en la dogmática jurídica.

Han coincidido los tratadistas de la doctrina jurídica penal que la *antijuricidad*, en su género próximo, es: la contravención existente entre el hecho típico con el ordenamiento jurídico.

La *antijuricidad* indudablemente en la teoría moderna de la concepción del delito es un elemento integrante de su estructura, pero a lo que se conoce, en su género próximo, como la *contravención que el hecho típico tiene con todo el ordenamiento jurídico*, tiene dos

peculiaridades específicas en discusión: la primera, la terminología ha utilizar, y la segunda, la acepción correcta en la traducción de dicho término del alemán al castellano.

En cuanto a la terminología utilizada para designar a lo que entiendo como la *contravención del hecho típico con el ordenamiento jurídico*, es decir, *antijuricidad*, en la estructura del delito, han surgido diversas acepciones que han tratado de comprender dicho significado y que tratan de llamarlo como: lo injusto, lo antijurídico o lo ilícito.

Por un lado, Guillermo Sauer concibe los tres términos como sinónimos, pero la diferencia existente es que lo *injusto* comprende la valoración y el concepto, mientras lo *antijurídico*, únicamente la valoración. Binding, en cambio, dice:

" . . . que *Unrech* (injusto) es sólo *no-derecho* y que lo antijurídico es ya un *anti* (N., vol. I, página 291).⁴⁰

Tanto Mezger como Luis Jiménez de Asúa coinciden en mencionar que es posible utilizar indistintamente como sinónimos los términos de *injusto* y *antijurídico* .

No obstante lo anterior, la teoría finalista aporta un concepto importante en la diferencia entre *injusto* y *antijuricidad*, pues Welzen

⁴⁰ Citado por Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. p. 980.

señala que existe diferencia substancial entre ambos conceptos atendiendo la importancia que revisten los mismos en la sistemática jurídica, ya que en la práctica resulta mejor distinguirlos que prestarse a equívocos y malas interpretaciones, expresándose así de la siguiente forma:

“. . .Mientras la antijuricidad, como mera relación contradictoria entre el tipo realizado y la exigencias del Derecho, es una y la misma para todo el Derecho, existen en las distintas esferas jurídicas especies diferentes de hechos típicos (materia de prohibición) . . . en esto descansa la diferencia de los conceptos de *antijuricidad* y de *injusto*. . . Lo antijurídico es una mera relación (referencia contradictoria entre dos miembros eslabonados). Lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. La antijuricidad es un *predicado*, lo injusto un *sustantivo*. Injusto es el contenido de la misma conducta antijurídica: al arbitraria perturbación de lo en el robo, en la tentativa de homicidio. La antijuricidad es una característica en ese modo de conducta y, sin disputa, la relación contradictoria en que aquella se halla en el orden jurídico. Por eso ciertamente hay un específico injusto jurídico-penal, como existe un específico injusto jurídico-civil o un específico injusto jurídico-administrativo . . . Pero únicamente hay una sola antijuricidad. Todas las materias reguladas como prohibidas

en las diferentes ramas del Derecho son antijurídicas para el orden jurídico en general".⁴¹

Por otra parte, en base a la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, resaltando el problema de la terminología empleada a lo que se entiende como la *contravención del hecho típico con el ordenamiento jurídico*, surgió una parte de la doctrina jurídica que señala que no es correcto la utilización de la palabra *antijurídico*, en virtud de que en el mundo del deber ser, que es la esfera del Derecho, que se nutre de normas hipotéticas de cuya realización depende la actualización de efectos en la esfera jurídica, no se puede hablar que un hecho es contrario al derecho, pues en el caso específico del Derecho Penal un hecho se puede o no adecuar a la norma hipotética que crea el delito, por lo cual en todo caso el aludido hecho sólo se encuadra en la descripción típica que realiza la ley penal, o sea, se da la tipicidad o todo lo contrario, pero en ningún caso el hecho típico rompe con lo establecido en la norma jurídica, pues lo que podría contravenir sería el deber jurídico penal, mismo que subyace en la norma jurídica penal, pero la misma se deduce de la lectura del tipo, ya que el tipo describe la acción u omisión prohibitiva por la ley. Por lo anterior dicha posición doctrinaria establece que sólo en el mundo del ser existe la posibilidad de que un hecho puede ser *anti*, es decir, contrario a la regla.

⁴¹ Citado por Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. p. 960 y 961.

El ejemplo en que se apoya la aludida corriente de la doctrina penalista es el del artículo 302 del Código Penal aplicable en materia común para el Distrito Federal y para toda la República en materia del orden Federal, el cual establece la definición del delito de homicidio, pero siendo un tipo abierto no describe la acción u omisión de manera casuística, sino que podría ser cualquier idónea para realizar el resultado material, el cual si describe el tipo penal del artículo 302 del Código Penal, mismo que establece:

"Artículo 302.- Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro".

Dicho precepto deja abierta a cualquier conducta idónea la realización del hecho materia de la prohibición establecido en dicho precepto, sin embargo, cualquier hecho producido por acción u omisión, que produzca la privación de la vida a una persona, no transgrede el contenido del artículo 302 citado, sino que se ha adecuado el hecho en la norma hipotética y por consiguiente, efectuaría las consecuencias jurídicas establecidas en el artículo 307 del mismo ordenamiento. Por ende, la conducta materia de la prohibición si no cuenta con una causa de justificación, contraviene el deber jurídico penal que el artículo 302 establece y que subyace en la norma jurídica penal, misma que *per se* señala que no se debe matar a una persona sin causa justificada.

Por lo antes expresado, los que apoyan la posición de evitar la utilización de la palabra *antijuricidad* en la teoría del delito, han optado por reemplazarla por el de *ilicitud* que según su opinión es el término adecuado para abarcar el concepto que entraña la idea de: la *contravención existente del hecho típico con el ordenamiento jurídico*. Y para mayor abundamiento en el prólogo del libro titulado "La *ilicitud*", el Dr. Faustino Ballvé, traductor del libro del Dr. Alexander Graf Zu Donha, explica dicha posición sobre la interpretación de los términos empleados por la teoría alemana del delito mismos que provocan los diversas acepciones utilizadas para señalar al concepto conocido como *antijuricidad*, con las siguientes palabras:

"El alemán es *Die Rechtswidrigkeit*. No sé como se ha podido prevalecer la espantosa traducción (*rechtswidrig* igual a 'contrario al derecho') '*antijuricidad*'. Lo jurídico se refiere al concepto del derecho y en tal sentido una cosa puede ser jurídica o no ser jurídica (física, matemática, etc.), pero no puede ser antijurídica. El pescado no es carne, pero no es 'anticarne'. Cuando se habla de '*antijuricidad*' no se piensa, sin embargo, en lo que no es jurídico sino en lo que choca con las normas jurídicas. Es decir: no se piensa conceptual sino axiológicamente: se hace un juicio de valor de una conducta. . . Ahora bien: la infracción de la norma jurídica,

en buen castellano y en buena traducción del sentido alemán correspondiente, es una ilícitud.⁴²

Cabe hacer mención que entre el problema de determinar la cuestión terminológica del concepto de *antijuricidad* en la traducción al español, existe un planteamiento previo a esta cuestión, la cual consiste que si entre el hecho conforme a derecho y el hecho contrario a éste, puede existir una zona intermedia, consistente en conductas jurídicamente irrelevantes o indiferentes, que implica una área neutra y sin valoración jurídica en cuanto al injusto. Es por ello que Ernst von Belling dice que en el ordenamiento jurídico existen tres formas de conductas, las cuales consisten en: hechos conforme a derecho, los hechos antijurídicos y los jurídicamente irrelevantes o indiferentes. Siendo la clasificación los mismo conforme a sus excluyentes que son: causas que excluyen el injusto; causas de justificación; y simples causas de exclusión de lo injusto, que son acciones sin trascendencia jurídica.⁴³

A pesar de que es lógica la interpretación y argumentación que hacen los tratadistas sobre el supuesto inadecuado empleo de la palabra *antijurídico*, en vez de emplear la voz de *ilícito*, por los razonamientos antes vertidos, con un denuedo tajante Mario Jiménez Huerta se opone a dicha posición kelseniana, toda vez que:

⁴² Traduc. Dr. Fermín Bellvé, *La Ilícitud*. Graf Zu Donha, p. XII.

⁴³ Citado por Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. p. 999.

" Según los principios de su teoría pura del Derecho, considera que el acto antijurídico no es 'violación del Derecho', lo 'contrario al Derecho', sino una condición que la ley establece para la aplicación de la sanción, lo mismo que, por ejemplo, la celebración de un contrato, su incumplimiento por alguna de las partes y el ejercicio de la correspondiente acción judicial. Esta posición es, a nuestro juicio, inaceptable, ya que implica una construcción formalista divorciada totalmente de los ideales y valores sobre los que descansa la vida social"⁶⁶

Ahora bien, retornando al tema de la traducción de los conceptos alemanes a nuestro idioma, se ha expresado la existencia de un problema metodológico sobre la correcta traducción de los conceptos empleados por la doctrina alemana, pues aunque discrepando de la posición del Dr. Faustino Ballvé y demostrando la opinión de estar de acuerdo con el término de *antijurídico*, existen traductores de las obras alemanas que sitúan la cuestión en virtud de que:

"Los autores alemanes han generalizado el uso de las voces *widerechtlich* (antijurídico), *rechtswidrig* (contrario al derecho o ilegal), *Rechtswidrigkeit* (contrariedad al derecho o ilegalidad) y *unrecht* (injusto), todas las que señalan una de

⁶⁶ Citado por Jimenez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho penal. Tomo III. p. 569.

las características del delito puesta de relieve, como elemento independiente de la acción delictiva y de la culpabilidad del autor, por el método analítico utilizado para el estudio del derecho Penal.⁶⁵

"La esencia de esta característica del delito reside . . . que el hecho que la genera *contravenga* al Derecho."⁶⁶

En el mismo orden de ideas, Santiago Mir Puig, en la traducción del "Tratado de Derecho Penal" de Jescheck, denuncia el problema de la terminología alemana al traducirla en el idioma español, pues dice que:

" El término alemán de '*Unrecht*' se traduce en castellano tanto por '*el injusto*' como por '*lo injusto*', aunque acaso se extienda últimamente en mayor medida la primera expresión. En el texto se optó por distinguir los casos en que la expresión hace referencia al hecho antijurídico, en que reputo preferible hablar de '*el injusto*', como giro abreviado que sobreentiende el término '*hecho*', y aquellos otros en que se alude al carácter o contenido antijurídico del hecho, que traduzco por '*lo injusto* ' del hecho".⁶⁷

Por lo tanto, es indiscutible que existe un presupuesto de la culpabilidad en la estructura del delito y que es conocido con el

⁶⁵ Enciclopedia Jurídica OMIIBA. Tomo I. p. 705.

⁶⁶ Traduc. Mir Puig: Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Jescheck H.-H. Ob. cit. p. 328.

nombre de *antijuricidad*, másmo que si no es el adecuado, correcto o exacto en la traducción del alemán al castellano, es un término que se ha incorporado en el lenguaje jurídico en castellano y que se le ha conferido un contenido propio con su particular significado en la dogmática jurídica y en especial en la teoría del delito, todo ello para enunciar el significado consistente en *la contravención del hecho típico con el ordenamiento jurídico*. Por lo tanto, es ineluctable e inevitable el uso frecuente que se realiza del término de *antijuricidad* en la sistemática jurídica en lengua castellana. Es útil el comentario que realiza el Dr. Faustino Ballvé en relación a la indebida interpretación del término en alemán y su incorrecta traducción al castellano, sin embargo, como es el término de *antijuricidad*, un concepto de utilidad frecuente en el diccionario jurídico de habla española, es por lo que resulta ser imposible modificar una costumbre lingüística jurídica y sobre todo que el término mencionado ha adquirido un relieve importante debido a la importancia en el Derecho Penal y que trascendió en las demás ramas de la Ciencia jurídica.

Consecuentemente, si bien podría no ser el más adecuado la acepción de *antijuricidad*, *antijurídico* o *antijuridicidad* o, en su caso, las palabras que se deriven de dichas voces, para señalar el significado que se le asigna, es bien cierto que dicho término no se puede excluir o extraer, pues ha adquirido objetivamente su propia esencia y fuerza dada la utilidad del mismo en la dogmática jurídica, por lo cual es más apropiado conservar dicho término que modificar la acepción, pues es

una cuestión de nomenclatura únicamente, en virtud de que el contenido es insoportablemente el mismo, de acuerdo con las teorías existentes al respecto, y la discrepancia se sitúa en el continente, forma, nombre o término empleado.

Es decir, tomando en cuenta que el contenido es el mismo, luego entonces, el continente no es un problema esencialmente trascendente, por lo que es útil seguir empleando el término de *antijuricidad* con el mismo significado atribuido.

Por otra parte, es necesario decir que si bien la acepción de *antijuricidad* en el fondo no es la afortunada, en virtud de que un hecho jurídico como lo es el delito, por estar regulado por el derecho y al estar determinada en el Código Penal *per se*, no puede contravenirlo, pues así se desprende de la existencia del prefijo *anti*, motivo por el cual en estricto empleo de la lengua y lógica jurídica se podría a simple apreciación establecer que el multicitado término es inadecuado, ya que el delito no puede ser contrario derecho, sino en todo caso actualiza el hecho una hipótesis normativa, que en el fondo entraña un deber jurídico que conmina a través de la creación del tipo a el respeto al bien jurídico tutelado que protege el tipo correspondiente.

Por ello, se puede concluir válidamente que el concepto de *antijuricidad*, como un elemento de la estructura del delito, es un

término que es objetivo y, por tanto, es el que comprende el adjetivo que pretende calificar y valora a el hecho típico que contraviene el ordenamiento jurídico. Es por lo que dicho término se debe conservar dentro de la terminología del Derecho Penal y comprendiendo su pleno y total significado.

Para algunos tratadistas el término de *antijuricidad* es preferible su uso que el de *antijuridicidad*, pues aunque en el fondo expresan ambas palabras el adjetivo que califica al sustantivo que contiene la contravención del hecho típico con el ordenamiento legal, mientras el concepto de injusto y antijurídico, es el objeto materia de la valoración, y a pesar de que los dos primeros términos comprenden el mismo significado, Jiménez de Asua precisa que por cuestiones lingüísticas y de estilo prefiere utilizar el primero pues:

"... Hemos construido el neologismo *antijurídico* en su forma de sustantivo, diciendo *antijuricidad* y no *antijuridicidad*, como suele hacerse ordinariamente en Argentina, por motivos que se explican en pocas frases. Puesto que nos hallamos en presencia de un neologismo, tan nueva y no admitida académicamente es la voz *antijuridicidad* como la expresión *antijuricidad*. A favor de esta última está la economía de letras y la mayor elegancia. Del mismo modo que de *amable* no formamos *amablelidad*, sino *amabilidad*, ha

de corregirse el feo trabalenguas de *antijuricidad*, con la más reducida forma de *antijuricidad* .⁶⁷

Aún cuando pudiera ser cierto de que la palabra de *antijuricidad* es un neologismo, también es válido lo que el propio Vela Treviño reconoce, y el cual, dando contestación al pensamiento de Jiménez de Asúa, dice lo siguiente:

" . . . a nosotros nos parece preferible el término *antijuricidad*, primero por la vinculación indisoluble que lo negativo tiene con lo positivo, que en este caso es con lo jurídico, y que se establece con el prefijo *anti*, o sea, si decimos *antijurídico*, conservando igual idea debemos decir *antijuricidad*, por que *juricidad* no es vocablo común y tampoco lo será *antijuricidad*; por ello, discrepando en esto con Jiménez de Asúa, no creemos que *antijuricidad* sea un feo trabalenguas, aun cuando sí un neologismo. . . "⁶⁸

Lo cierto es que no existe diferencia semántica entre las palabras de *antijuricidad* y *antijuricidad*, pues ambos engloban el mismo concepto. Pues la única diferencia es en cuanto a nomenclatura o, en otros términos, de estilo lingüístico, pero debemos recordar que el lenguaje es un núcleo de significados y, por lo tanto, el Derecho adquiere forma y expresión mediante el lenguaje, al cual se encuentra

⁶⁷ Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit. p. 963.

⁶⁸ Vela Treviño, Sergio. *Antijuricidad y justificación*. p. 23.

indisoluble y existencialmente vinculado, por ello el Derecho para darse a expresar hace uso del lenguaje, ya sea basándose en el conceptos previamente establecidos por la sociedad en los que se encuentra un significado impreso validamente por la comunidad o, por otra parte, el Derecho hace uso de su capacidad *lingüística* e inventa algunos otros adquiriendo significado, validez y fuerza normativa del lenguaje creado, incorporándolo al dominio público del lenguaje, y que es el caso de las palabras de *antijuridicidad* y *antijuricidad*. Con tal argumento es válido conceptualizar a lo que se entiende como el adjetivo que califica al sustantivo que señala la contravención resultante entre el hecho típico y el orden jurídico con los términos, ya sea de *antijuricidad* o, bien, de *antijuricidad*.

En otro orden de ideas y con el propósito de determinar la naturaleza de la *antijuridicidad*, hay que recordar, como se mencionó en el anterior capítulo, que el Derecho Penal en un principio en el siglo pasado, se partió para conformar su sistemática del concepto de *imputación*, siendo *Ihering* en 1867, quien apartando al Derecho Penal de este concepto, descubrió a la *antijuridicidad objetiva*, diferenciándola de la culpabilidad, con lo cual se provocó desde una perspectiva clásica que se separaran los elementos objetivos atribuidos a la *antijuridicidad* y, por el otro lado, los elementos *antrópicos* del autor del hecho ubicados en la esfera de la *culpabilidad*.

Poco después, en alrededor del año 1900, se considero que la antijuridicidad objetiva, en una concepción clásica del delito, sólo podía tener lugar en la sistemática jurídica penal alemana mediante un rompimiento radical con el concepto de acción (de igual modo causal) previamente establecido.

En otras palabras:

“ La separación de la antijuridicidad objetiva de la culpabilidad -con ello su desglosamiento de un amplio concepto anterior de culpabilidad y su independización como un grado específico del delito- es de data reciente: se remonta al trabajo de Ihering sobre ‘Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht’ (1867)...”⁴⁹

La elaboración de la *tipicidad* como elemento primario del delito es de la obra de Beling en su obra de “Lehre vom Verbrechen”, misma que data del año de 1906.

A partir de esto, la *antijuridicidad* tuvo un desenvolvimiento notablemente rápido y todo ello en relación a las diversas corrientes de la teoría del delito que surgieron. Es decir, a la *antijuridicidad* se le atribuyeron distinta naturaleza de acuerdo con la función que tenía o se le asignaba ya sea en la teoría clásica, neoclásica o en el finalismo.

⁴⁹ Weisen, Hans. Ob. cit. p. 58.

Es por ello que la *antijuridicidad* en la teoría clásica o causal del delito se le concibió como un juicio de valor que recae sobre la acción, considerada en un aspecto objetivo, sin tomar en cuenta elementos de naturaleza subjetivos, dado que éstos se comprendían exclusivamente en la *culpabilidad*. Es hasta el surgimiento de la concepción neoclásica o neocausal del delito que se reelaboró el concepto de *antijuridicidad* o *antijuridicidad*, en virtud de la cual a éste elemento se le dejó de considerar como un aspecto formal (contravención del hecho con el ordenamiento jurídico), pasando a transformarse en un concepto material o sustancial, pues se le concibe como la lesión o puesta en peligro de un bien o interés jurídico, lo cual trajo como consecuencia que si una acción típica no produce lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, pueda considerarse como lícita, surgiendo la aceptación de causas supralegales de exclusión del injusto. Por último, siendo el llamado *finalismo* la última concepción del delito, a la *antijuridicidad* o *antijuridicidad* se le conoció como un juicio de valor que expresa que la acción es contraria a la norma. No se le consideró exclusivamente en su aspecto objetivo, sino que se le reconoció que la *antijuridicidad* se construye también con los elementos personales del autor del hecho, pues un hecho sólo es *antijurídico* como obra de un autor determinado, es por lo que el injusto es la acción personal, referida a su autor.

Lo anterior, nos lleva a una situación clara, misma que consiste en que la *antijuricidad* o *antijuridicidad* ha evolucionado en relación al desenvolvimiento histórico y sistemático del delito, teniendo diferentes aspectos, elementos y formas que dan sentido a su naturaleza dentro de la estructura del delito.

Es por ello que el concepto de *antijuridicidad* tiene diversas definiciones, todas ellas atendiendo la postura del autor que las emite en relación a la naturaleza jurídica que le adjudican a éste elemento del delito, en virtud de que existe una variedad de posiciones que se erigen relativas a su naturaleza.

Motivo por el cual primeramente pasaremos a analizar las posiciones intelectuales existentes en la determinación de la naturaleza de la *antijuridicidad*. Los puntos esenciales acerca de su naturaleza se pueden comprender en los siguientes puntos y los cuales consisten en posiciones polarizadas que pretenden establecer :

1.- En primer lugar, se suscita una polémica en las posiciones que estudian la *antijuridicidad* para considerarla como un elemento integrante de la estructura del delito o, bien, que la concibe como esencia del delito.

2.- Partiendo de lo anterior, a la *antijuridicidad* se le puede concebir ya sea como un concepto válido para todas las ramas del

Derecho, que es la posición de la unidad del concepto de antijuridicidad o, por el contrario, como un término de varios significados o diversificada en su significado de acuerdo con las ramas del Derecho existentes.

3.- De igual forma, atendiendo al desenvolvimiento histórico de la dogmática jurídica que estudia al delito, a la *antijuridicidad* se le llega a concebir como un elemento del delito que contiene elementos objetivos y, por otro lado, existe una postura de la dogmática jurídica que la conciben como un elemento que contiene tanto aspectos objetivos como subjetivos del autor.

4.- Otra cuestión que bifurca la esencia de la *antijuridicidad*, los tratadistas opinan que es un elemento eminentemente formal por que es la contravención del hecho con el ordenamiento jurídico, mientras otros creen que es un elemento material, pues sólo un hecho típico puede ser antijurídico si lesiona o pone en peligro un interés o bien jurídico protegido.

5.- En cuanto al contenido material de la *antijuridicidad* algunos tratadistas opinan que el hecho típico contraviene las normas objetivas, mientras otros creen que contradice los derechos subjetivos.

Entrando directamente a lo que se refiere al primer punto, se puede establecer que hay una discusión a nivel doctrinario para

establecer si la *antijuridicidad* es la esencial del delito o, por otro lado, si es un elemento integrante de la estructura del delito.

La corriente que concibe a la *antijuridicidad* como la esencia del delito está conformada por la escuela italiana, fundamentalmente. Dicha corriente es el resultado de un desenvolvimiento histórico-dogmático, pues para Carrara dice que :

“ La idea del delito no es sino una idea de relación, es a saber: la relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley. Sólo en esto consiste el ente jurídico, al cual se da el nombre de delito u otro sinónimo. Es un ente jurídico que para existir tiene necesidad de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales, cuyo conjunto constituye su unidad. Pero lo que completa su ser es la contradicción de esos antecedentes con la ley jurídica”⁵⁰

El rango de esencial del delito de la *antijuridicidad* le postula fundamentalmente la escuela italiana, encabezada por Rocco, Carnelutti, Petrocelli y Martucci, entre los más destacados (con excepción de Bettiol). Dicha corriente niega que la *antijuridicidad* se considera como un elemento de la estructura del delito, sino que constituye la esencia del propio delito.

⁵⁰ Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parte General. Vol. I. p. 50 y 51, citado por Vela Treviño, Sergio. Antijuridicidad y justificación. p. 19.

La mencionada corriente tiene su sustento en el pensamiento de Rocco, pues al respecto se dice :

"... como fue destacado por Rocco con feliz expresión, la antijuridicidad es la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el *in se* del delito..."⁵¹

Por lo cual se desprende que la antijuridicidad entendida como la contravención entre el hecho y el ordenamiento jurídico, es lo que caracteriza y constituye al delito en sí. Esta teoría se basa en el método unitario de la concepción del delito, considerando a éste como un todo inescindible, mismo que puede tener diversos aspectos, pero no puede ser dividido para entender o comprender su esencia.

La construcción de la corriente que determina que la ubicación de la *antijuridicidad* se apoya en el concepto mismo del delito, precisa que la situación de descomponer a el delito para su estudio no es encontraría una individualización autónoma de *antijuridicidad*, pues éste, según opinan, se encuentra ligado al hecho culpable de manera indisoluble, pues pretender separarlo es privar al delito de su contenido y fundamento, en virtud de que el delito es la violación de la norma penal y en tal relación se concluye el delito.

⁵¹ Antelmei. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. p. 142, citado por Vela Treviño, Sergio en *Antijuridicidad y justificación*. p. 26 y 27.

Destaca en relación a ésta corriente la opinión de Carnelutti, el cual dice lo que a continuación se transcribe:

“ Lo jurídico que contiene la expresión antijurídico no significa regulado por el Derecho, sino conforme a él; sólo así podrá entenderse cómo el delito puede ser justamente un hecho jurídico y un hecho antijurídico”.

Más adelante agrega que :

“ La llamada antijuridicidad, o mejor, lo contrario al derecho, no es más que la expresión o más bien la razón de la juricidad, es decir, de estar regulado por el derecho.”³²

De aquí se desprende que la corriente italiana enarbola la posición de considerar al delito con esencia de *antijuridicidad*, siendo éste un elemento esencial del mismo.

Esta corriente es una posición endeble, en la actual sistemática jurídica del delito, en virtud de que, en primer lugar, el método en el que se apoyan ya es obsoleto ante el surgimiento del método analítico del delito, que concibe estudia a éste atendiendo el principio de legalidad formal y responde a las exigencias de certeza y seguridad jurídica y esto se consigue a través de individualizar los elementos

³² Carnelutti, Francesco. *Teoría General del Delito*. p. 19, citado por Vale Treviño, Sergio en *Antijuridicidad y justificación*. p. 27 y 28.

constitutivos del tipo legal. En segundo término, el Derecho en su carácter de ciencia, permite analizar y sistematizar sus instituciones y figuras jurídicas, dado que es una de las características por lo que el Derecho se considera Ciencia, por tal la tarea de la dogmática jurídica por analizar, separar, desglosar y sistematizar en elementos al delito, corresponde evidentemente a que el Derecho y en consecuencia el estudio del delito, se llegue a sistematizar y alcance el rango de ciencia. Con lo cual se concibe al delito como una estructura que guarda los elementos de un hecho, compuesto por acción u omisión, que debe ser típica, antijurídica y culpable, sometida, en algunos casos, por condiciones objetivas de punibilidad. Lo anterior no implica que los elementos integrantes de la estructura del delito se conviertan en elementos autónomos sin relación con las demás, pues :

*" El delito no es suma o adición de elementos diversos, sino bloque monolítico, aunque polifacético. Y estas diversas facetas que, sin perder su unidad orgánica, presenta la unidad delictiva, pueden y deben ser estudiadas anatómicas y aisladamente."*⁵³

Del otro extremo, siendo la corriente dominante la que considera a la antijuridicidad como elemento del delito, la misma se fundamenta en el método analítico del estudio del delito, que como ya se ha expresado, cumple el principio de legalidad formal al analizar los elementos

⁵³ Jiménez Huerta, Mariano. Revista "Criminología". Enero de 1944. p. 317-318. Citado por Veja Treviño, Sergio en Antijuridicidad y Justificación. p. 30.

constitutivos del tipo legal, que es donde se encuentra la descripción gramatical de la materia de prohibición.

La mencionada corriente tuvo su origen en el último tercio del siglo XIX, a través de los estudios realizados por la ciencia penal alemana. Pues por medio de Bebing, se estableció que la *antijuridicidad* forma parte como un elemento del delito al lado de la tipicidad y de la culpabilidad. A partir de ese momento se consideró que la *antijuridicidad* es un elemento del delito y forma una parte de un todo, que es el delito, y que al estar acompañado con los demás elementos, todos en conjunto configuran al delito, por lo que entrañan entre sí una unidad. Así, para entrar al análisis de la *antijuridicidad* se separa momentáneamente de los demás elementos, sin que implique desvincularse, previo estudio del hecho y la tipicidad, para que después de estudiar la *antijuridicidad*, pasar al análisis de la culpabilidad y de las condiciones objetivas de punibilidad, a fin de determinar si nos encontramos ante la presencia o no de un delito.

La corriente en estudio parte indispensablemente de concebir al delito como el hecho (acción u omisión), típico, antijurídico y culpable, sometido en algunos casos a condiciones objetivas de punibilidad. Lo cual refleja la idea de que la estructura del delito y sus elementos integrantes.

En relación a la corriente que expresa que la *antijuricidad* es un elemento integrante del delito, se dice que:

“...es conveniente precisar que la antijuricidad no tiene . . . importancia superior a cualquier otro de los elementos del delito, ya que forma parte de un todo, que es la unidad conceptual, pero como parte es igualmente importante que el resto de los componentes, pues la ausencia de uno solo de ellos produce idéntico fenómeno en el campo del derecho penal: la inexistencia de delito.”⁵⁴

Lo anterior se corrobora cuando acontece un hecho relevante en el Derecho Penal por comprenderse en la descripción típica que hace la ley penal, con lo cual además de existir una manifestación externa de la voluntad del autor, se configura la tipicidad, que crea el indicio del segundo elemento del delito que es la antijuricidad, con lo cual procede a examinar si el hecho típico contraviene con el ordenamiento jurídico, pero sólo se considera así si no se encuentra amparada por una alguna de las causas de justificación y si lesiona o pone en peligro bienes jurídicos protegidos por la norma jurídica. Después de emitir el juicio de que el hecho es antijurídico, se inicia a analizar el siguiente elemento del delito, que es la *culpabilidad*, por lo cual si el autor del hecho tiene capacidad de comprensión y capacidad de conducirse de otra manera, que es el contenido de dicho elemento,

⁵⁴ Vela Treviño, Sergio. *Antijuricidad y justificación*. p. 38.

se podrá determinar la configuración del delito, cuando el delito no se encuentra sujeto a condiciones objetivas de punibilidad. Todo lo anterior, es con el hecho de demostrar que no existe predominio de un elemento de otro, pues la ausencia de algunos de ellos, hace que no exista delito alguno. Es decir, sin el hecho típico, la antijuridicidad, la culpabilidad y en algunos casos las condiciones objetivas de punibilidad, sin la existencia de algunos de ellos, produce la inexistencia del delito. De ello, resulta que para la integración del delito, se requiere la existencia de todos y cada uno de sus elementos, por lo que en el sistema jurídico mexicano, la *antijuridicidad* es un elemento del delito.

Una vez determinado que la *antijuridicidad* es un elemento integrante del delito, como un presupuesto de la punibilidad, pasaremos a analizar si éste elemento es un concepto general y de contenido válido para todo el ordenamiento jurídico o, bien si es un concepto que tiene diversa acepción de acuerdo con la rama del Derecho en que se utilice. En otras palabras, existe polémica dentro de la doctrina jurídica en el sentido de considerar a la *antijuridicidad* como una unidad válida o un concepto general para todo el ordenamiento jurídico, sin embargo, existe otra parte de los tratadistas que consideran que dicho término tiene diversos significados en tanto el número de campos del derecho vigente.

La concepción unitaria de la antijuricidad tiene como defensores principales a Franz Von Liszt, von Hippel, Mezger, Beling, Maurach, Córdoba Roda y, en México, Francisco Franco Guzman. Dicha concepción, Jiménez de Asúa dice:

"... se debe a Adolfo Merkel la idea de que el jurista no puede aceptar la diversidad de injustos (penal, civil, etc.); pero pertenece a Beling el haber basado en el concepto normativo incommoviblemente, ese fecundo aserto; 'Sólo el referir lo injusto del hecho punible a la violación de la norma, hace posible la concepción unitaria del Derecho penal, pues si se prescinde del carácter de lo contrario a la norma, el carácter de injusto se desmembra en tantos injustos como disciplinas jurídicas hay: en injusto civil, canónico, administrativo, penal, etc.' (*Lehre vom Verbrechen*, página 127)."³⁵

Sin entrar en campos de la Filosofía del Derecho, se puede establecer que cuando una manifestación de la voluntad se exterioriza, la misma puede acontecer cuando es relevante para el Derecho y las misma conducta sea considera ya sea conforme a la norma o, por el contrario contraria al precepto jurídico, lo cual nos determina si la conducta es jurídica o antijurídica.

³⁵ Jiménez de Asúa, Luis. Ob cit. p. 977.

En la anterior idea, según Vela Treviño, se ubican tres elementos importantes para desglosar: la existencia de un orden jurídico general, la sumisión a ese orden y la determinación de la conformidad o inconvención entre el orden jurídico y un sujeto actuante. ²⁹

Esto se explica en virtud de que el orden jurídico, es en sí, el punto de partida para establecer los derechos y obligaciones de los gobernados, así como su esfera de libertades y prohibiciones, que se establecen a través de las normas preceptivas y prohibidas, las cuales se formulan por los órganos encargados de crear leyes, que es en nuestro sistema el Poder Legislativo, que interpretando las normas de cultura de la sociedad establece bienes jurídicos que a través de las normas penales protegen, lo cual al constituirse como un imperativo legislativo a que adquiere su fuerza obligatoria para los gobernados, por lo cual deberán acatar lo prohibido o lo ordenado por la norma jurídica, pues estar conforme a ella hace que la conducta del hombre sea considerada justa, pero estar en contra del orden jurídico provoca que se fomente el juicio de ser injusta la acción o la omisión, por contravenir el orden jurídico.

Beling expresa en relación a la idea de que la *antijuridicidad* es un concepto general para el ordenamiento jurídico, lo siguiente:

²⁹Vela Treviño, *Segis*. Ob. cit. p. 57-58.

" El delito (*Verbrechen*) cae, por consecuencia, como la acción ilícita del Derecho civil, bajo el mismo concepto genérico de injusto (*Unrecht*) o infracción (*Delikt*) . . . el supuesto que aquí defendemos, de un concepto unitario de lo injusto en el Derecho Privado y en el penal, es de fundamental importancia para la construcción total de la teoría del delito."²⁷

La misma posición comparte Roberto von Hippel al decir que:

" La esencia de lo injusto se deriva, no de las eventuales consecuencias jurídicas, sino tan sólo de la esencia del Derecho (objetivo), como cuya negación aparece. Todo injusto es . . . formal oposición contra mandatos y prohibiciones del orden jurídico: realmente una intromisión en la esfera de poder de otro jurídicamente protegida; es decir, de la comunidad; un ataque a los intereses jurídicamente protegidos (bienes jurídicos). Lo injusto punible se distingue dentro de este marco, por sus consecuencias jurídicas no por su tipo (*Tatbestand*). Para la aplicación de la pena no son decisivas las consideraciones dogmáticas sino las necesidades de la protección de los bienes jurídicos."²⁸

²⁷ Citado por Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado*, ob. cit. p. 978.

²⁸ Citado por Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado*, ob. cit. p. 978.

Mezger también cree que la *antijuridicidad* es un concepto general y válido para el ordenamiento jurídico, en virtud de que éste concepto si se le considera como elemento del delito exclusivamente, apartándolo de las aplicaciones en las demás disciplinas jurídicas, ocasiona una contradicción en la naturaleza misma del Derecho, como sistema jurídico como regulador unitario de vida. Además de que el tipo jurídico penal en particular no es una especie de Derecho punitivo, sino que es la definición del delito en el tipo particularmente determinado, con sus respectivas consecuencia de derecho, pero que también es aplicable afuera del ámbito del Derecho Penal, cuando existe contravención del derecho.²⁹

La opinión contraria para establecer que el concepto de *antijuridicidad* es un término diversificado y por lo tanto hay diversos injustos en tanto disciplinas jurídicas, se encuentra apoyada por los estudios realizados por Arturo Rocco, Francesco Carnelutti y Giuseppe Guarneri, todos ellos de la escuela italiana. Su origen se remonta a las tesis propuestas por Hegel, pues dividen lo injusto penal como consciente y lo civil como inconsciente. Por lo que:

“Esto no encierra un conflicto entre la voluntad individual y social, puesto que los dos litigantes respetan el derecho. Estos últimos alegatos se emplean por Stahl y luego por

²⁹ Jiménez de Asúa, Lolo. Ob. cit. p. 978.

Venezian. Por lo contrario, el criminal se opone a él. No han faltado otros autores -algunos consagrados por el Derecho civil- que mantengan la pretendida diferencia acudiendo al objeto jurídico, afirmando que el delito infringe normas distintas que la injusticia meramente civil, considerando al hecho criminal como una injusticia positiva que contraviene a una prohibición y el injusto meramente civil como lo simplemente negativo que se opone a un mandato. La existencia de delitos propiamente omisivos destruye tan gracia creencia. No están menos errados aquellos que quieren caracterizar lo ilícito penal por ser la infracción de lo absolutamente prohibido, en referencia por tanto, a normas de excepción, en tanto que lo ilícito civil contraviene normas relativas, es decir que se vincula a prohibiciones que admiten excepciones. A seguida se nos ocurre demandar: ¿es que pueden existir normas absolutas y sin excepción?"⁶⁶

Carnelutti hace un planteamiento serio en relación a la concepción diversificada de la *antijuricidad*, pues dice que el delito implica una modificación en el mundo exterior y como tal contiene una manifestación de la voluntad humana, por lo que lo que se desprende que el delito es un hecho jurídico, y en particular un acto jurídico y al mismo tiempo, es un hecho o un acto antijurídico. En efecto, Carnelutti defiende que lo antijurídico como adjetivo, y la

⁶⁶ *Ibidem* p. 970-971.

antijuridicidad o antijuricidad como sustantivo. Lo relevante para este autor es que si un mismo hecho puede simultáneamente pueda considerarse, por un lado, como contrario al derecho y como objeto de regulado por el propio derecho, por el otro, es por lo que en base a la clasificación tradicional que se hace en relación al hecho jurídico, que se bifurca en el contrato y el delito y a su vez el hecho en acto jurídico y acto ilícito, es por lo se pueda considerarse que la diferenciación entre el ilícito penal y el ilícito civil se funda en las consecuencias jurídicas que se producen al acontecer el hecho que las origina, pues en lo que se refiere al ilícito penal se caracteriza por que la imposición de la sanción se finca a través de un proceso penal, en tanto el civil en otro proceso distinto a aquél.⁶¹

Muy a pesar de que Carlos Binding es el creador de la Teoría de las normas, mencionada en el capítulo anterior, es el mismo autor que defiende la separación entre el injusto penal y el injusto civil. Comienza por establecer que la diferencia de las consecuencias jurídicas entre la pena y la reparación en materia civil, es inconciliable con la unidad de lo injusto, en virtud de que es inconcebible una acción antijurídica que no vaya en contra un derecho subjetivo, pues si todo injusto consiste en lesión del derecho subjetivo, luego entonces, no hay ningún tipo unitario de aquél, sino que se crean diversas especies de injusto en tanto los derechos subjetivos existentes.⁶²

⁶¹ Vela Treviño, Sergio. Ob. cit. p. 69-72.

⁶² Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit. p. 972.

Sin embargo, la teoría dominante en la doctrina es la que concibe a la *antijuricidad* o *antijuridicidad* como un concepto general y unitario para todo el ordenamiento jurídico. Es por ello que Maurach señala que :

"El ordenamiento jurídico estatal constituye, desde el punto de vista lógico, aunque no en todas sus manifestaciones técnicas, una unidad. La decisión del Derecho en las parcelas tradicionales -Derecho administrativo y Derecho político, Derecho civil, Derecho procesal, Derecho penal, etc.- sirve tan sólo al aseguramiento y afianzamiento del orden jurídico. Esta clasificación no debe, sin embargo, hacernos creer que una misma acción esté prohibida por una determinada rama del Derecho, permitida por otra y considerada incluso necesaria por una tercera. El injusto es, pues, un concepto unitario . . . De la homogeneidad y vinculación del concepto de juricidad para todas las ramas del Derecho se deriva el que, lejos de ser el Derecho penal la única fuente de las causas de justificación, corresponde a la totalidad del ordenamiento jurídico, Derecho escrito o no escrito, decidir si una acción típica se encuentra justificada por una autorización al actuar social."⁶³

⁶³ Maurach. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. p. 364. Citado por Vera Treviño. *Ob. cit.* p. 66-67.

Como se desprende de lo anterior, en la teoría que sostiene que la *antijuridicidad* es una unidad conceptual aplicable a todo el ordenamiento jurídico, en la misma no tan sólo se limita a establecer que para la existencia de dicho elemento del delito se requiere la contravención del hecho con lo preceptuado por el Derecho, siendo su única fuente la materia del Derecho Penal, dado que su materia también abarca las diversas ramas del Derecho, por lo que dicho principio también es aplicable para las causas excluyentes del injusto, es decir, que las causas de justificación no son el número limitado que el Código Penal establece, pues las mismas se pueden también ubicar en diversos ordenamientos jurídicos de las distintas materias de la ciencia jurídica.

A mayor abundamiento, la legislación mexicana acepta que la *antijuridicidad* es un concepto que corresponde a un concepto general aplicable a todo el ordenamiento jurídico. Un ejemplo de ello representa lo establecido en el artículo 15, tracción VI, del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal, el cual establece lo siguiente:

Art. 15.- El delito se excluye cuando

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir

el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

De dicho artículo se desprende que para que opere la causa de justificación contemplada en dicha fracción y que no se integre el delito ocasionado, se requiere que el cumplimiento del deber o el ejercicio de un derecho exista en la vida real y su fuente puede derivarse no tan sólo de lo establecido en el Código Penal, sino que debido a que dicho precepto exclusivamente se refiere a un hecho realizado en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, sin precisar el ordenamiento jurídico específico, se puede concluir que dichas circunstancias se pueden fundar en cualquier rama del Derecho. Por lo tanto, se puede establecer que la *antijuridicidad* y sus excluyentes no tan sólo se pueden establecer en el ordenamiento penal, sino que se pueden contemplar en cualquier otra rama, con lo cual se puede determinar que la *antijuridicidad* es un elemento del delito que constituye un elemento unitario con todo el ordenamiento jurídico.

Para confirmar la naturaleza jurídica del deber y del derecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido la siguiente jurisprudencia firma:

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO, NATURALEZA DE LAS EXCLUYENTES DE-

Para que la causa de justificación relativa al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y derechos estén consignados en la ley."

Sexta Época:

Amparo directo 3337/56. Miguel Jiménez Nolasco. 20 de julio de 1957. Unanimitad de cuatro votos.

Amparo directo 2485/57. José María Barra Orosa. 6 de noviembre de 1957. Cinco votos.

Amparo directo 1251/57. Francisco Ríos Hernández. 16 de julio de 1958. Mayoría de cuatro votos.

Amparo directo 5966/57. Rafael Espinoza Díaz y coags. 5 de octubre de 1958. Cinco votos.

Amparo directo 809/60. Miguel Álvarez Granillo. 22 de junio de 1960. Unanimitad de cuatro votos.

Primera Sala, tesis 571, *Apéndice 1968*, Segunda Parte, pág. 980.64

En el mismo sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación acorde a la concepción unitaria de la *antijuridicidad* estableció la resolución confirmando su posición en el siguiente razonamiento:

"ILÍCITO CIVIL E ILÍCITO PENAL.- Aunque normalmente se habla de ilícito civil e ilícito penal, lo cierto

⁶⁶ *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, Tomo II, p. 65.

es que la antijuridicidad de un hecho se precisa cuando, a través de un juicio de apreciación objetiva, se concluye teniéndolo como contrario a las normas o lesivo a los bienes tutelados por el Derecho; de ahí que se afirme que el campo de la antijuridicidad es sólo uno y que es impropio hablar de ilicitud civil e ilicitud penal, ya que un acto traerá consecuencias de uno u otro orden según la consecuencia que la ley asocie al mandato de obrar o de abstenerse. En el caso concreto, el quejoso estima que como los daños fueron causados en un muro cuya propiedad es común, por tener carácter medianero, contra la pretensión de la ofendida de que el mismo es de su exclusiva propiedad, tendría que resolverse previamente la cuestión civil para después proceder penalmente por el delito de daño en propiedad ajena y que, por otra parte, la supuesta ofendida tiene derecho a una acción civil de pago de daños y perjuicios, pero es el caso que tal argumentación, en principio fundada, resulta inaplicable al caso, porque aun en el supuesto de que la pared sea medianera y por lo tanto exista respecto de ella una copropiedad, el procesado realizó actos que causaron daño a su copropietaria, integrándose por ello los elementos del delito de que se le acusa."

A.D. 469/959/12. Luis Martínez Velasco. Resuelto el 7 de julio de 1959, por unanimidad de votos. Ponente el ministro Juan José González Bustamante. 1ª Sala. Informe de 1959, páginas 42.⁶⁵

Por todas y cada una de las cuestiones citadas, es por lo que existe variedad en las definiciones que se pronuncian en relación a la *antijuridicidad*, pues todo depende de la posición del tratadista para poder determinar y entender su definición. Ahora bien, una vez determinado la función de la *antijuridicidad* en la estructura del delito es importante pasar a las definiciones que se han pronunciado al respecto. Entrando a la cuestión de la definición de *antijuridicidad* o, para otros, *antijuridicidad*, se han formulado diversas, destacando la realizada por Edmundo Mezger, el cual establece que la :

"...*antijuridicidad* (injusto) significa el juicio impersonal-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico ..."⁶⁶

Con la anterior definición de Mezger, se destaca que la misma se ha pronunciado con la influencia de una posición neocausal o neoclásica de la concepción del delito, pues es notorio la influencia en relación a la objetividad exclusiva que dota a la *antijuridicidad* en su definición, así como la definición formal que establece.

⁶⁵ Vela Treviño, Sergio. Ob. cit. p. 68.

⁶⁶ Mezger, Edmundo. Derecho Penal. Parte General. p. 131.

El finalismo encabezado por Welzen define a la antijuridicidad en los siguientes términos:

" Antijuridicidad es, por tanto, la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no tan sólo con una norma aislada)." ⁶⁷

De la definición que pronuncia Welzen se puede desprender que la misma se apoya en una corriente que comparte tanto elementos subjetivos como objetivos que conforman en injusto y que apoya la corriente de considerar a la antijuridicidad como un elemento del delito y que carácter unitario con todo el sistema jurídico.

Por otra parte, Luis Jiménez de Asúa dice que:

*"...la antijuridicidad es material, objetiva, y valorativa, conforme queda expuesto en cuanto antecede."*⁶⁸

De la anterior definición no es necesario determinar que corriente se basa dicho tratadista, pues de las características que menciona se desprende su concepción de la antijuridicidad de Jiménez de Asúa.

En México, Vela Treviño establece que:

⁶⁷ Welzen, Hans. Ob. cit. p. 60.

⁶⁸ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit. p. 1032.

"... la antijuridicidad es el resultado del juicio valorativo de la naturaleza objetiva, que determina la contradicción existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado." ⁶⁹

La definición anterior se puede desprender que la misma se pronuncia con una concepción objetiva de la *antijuridicidad*, concebida como un concepto unitario dentro del ordenamiento jurídico, siguiendo la teoría de las normas para dar contenido a dicho concepto.

Así también, aunque de manera escueta y sin mayores complicaciones, Jescheck define a la *antijuridicidad* como:

"Antijuridicidad significa ' contradicción con el Derecho'."

Es por lo que dicha definición se encuadra dentro de una concepción formal de la, en virtud de únicamente se requiere la contradicción del hecho con el ordenamiento jurídico, pero la misma puede hallar su fuente en cualquier rama del derecho, con lo cual se confirma que dicha definición comprende a éste elemento del delito dentro de una concepción unitaria.

⁶⁹ Vela Treviño, Sergio. Ob. cit. p. 130.

Después de establecido las diversas definiciones de la *antijuridicidad* se puede establecer que en nuestro concepto la *antijuridicidad* o antijuricidad es el elemento del delito que expresa el juicio de valor que señala la contravención del hecho con el ordenamiento jurídico en su conjunto, que requiere además de la tipicidad para dar indicio de su existencia, que lesione o ponga en peligro el hecho un bien jurídico tutelado. Para poder establecer que dicho elemento del delito existe no tan sólo se debe considerar en una función objetiva, sino que también se deben de tomar en cuenta los elementos anímicos del autor que tienden a contravenir el ordenamiento jurídico.

3.- Determinación de la Antijuricidad.

Es importante señalar el papel del indicio de *antijuridicidad* que produce la tipicidad, en virtud de que éste es el presupuesto que determina a aquél dada la secuencia lógica de la estructura del delito.

Es a través de la ley penal, el cumplimiento del principio de legalidad que se funda en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se establece la materia de la prohibición, determinando los presupuestos de la punibilidad. Ello no es ajeno para la *antijuridicidad*, pues por medio de la creación de la ley penal, en términos del procedimiento legislativo, que es que determina, en primer lugar, al hecho (acción u omisión) materia de la

prohibición, y luego a la antijuridicidad, al comprobarse que se contraviene la conducta a la prohibición o mandato descritos en el ordenamiento jurídico.

Por ello el ordenamiento jurídico, que es una creación del Poder Legislativo, establece a través de la ley penal al tipo en sentido amplio, que es aquel que determina la materia de la prohibición. Sólo cuando una manifestación externa de la voluntad se adecua al tipo legal, es cuando se da la tipicidad.

Según el estado actual de la teoría del delito se dice que en el tipo:

“ tiene cabida todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material del injusto (sentido de prohibición) de una clase de delito. El tipo está llamado a esclarecer el bien jurídico que el legislador ha contemplado como sentido de la norma penal, los objetos de la acción relevantes, el grado de realización del hecho injusto que debe tener lugar y las modalidades de ataque que han de comprenderse. La acción que realiza el tipo de una ley penal se denomina *hecho antijurídico*. La materia de la prohibición se describe exhaustivamente por el tipo, pues el legislador ha de expresar la totalidad de los elementos que integran el

contenido del injusto típico de la correspondiente clase del delito”⁷⁰.

Tomando en cuenta lo anteriormente expresado, es que el fundamento de la *antijuridicidad* constituye ser la *tipicidad*, siendo ésta el indicio de aquella, aunque no implica que la existencia de la *tipicidad* de pauta invariablemente a la *antijuridicidad*, pues se deberá pasar a examinar todos los elementos de ésta y si la conducta se encuentra o no amparada por una causa excluyente de *antijuridicidad*. Es por lo que el legislador por medio de la ley penal establece la valoración y jerarquización de bienes jurídicos y crea una esfera de protección de los mismos creando los tipos penales. No obstante ello, la *tipicidad* se fundamenta en el tipo, pero sólo se puede dar con la declaración del órgano jurisdiccional, esto es, con la declaración de un juez.

La presunción o indicio de la *antijuridicidad* sólo emerge con la anticipada existencia de la *tipicidad*. Pero como todo indicio es una presunción, que se destruye o se confirma con el estudio de que el hecho típico contraviene el ordenamiento jurídico y con la determinación de la existencia o no de una causa de justificación. Sólomente con la declaratoria de que la conducta no se encuentra amparada por una causa de justificación se puede determinar a proseguir con el análisis de los demás presupuestos de la punibilidad,

⁷⁰ Jeschek, Hans-Henrich. Ob. cit. p. 333-334.

siendo la culpabilidad y en algunos casos las condiciones objetivas de punibilidad .

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido la tesis de considerar al tipo como indicio o presunción, que admite prueba en contrario, de la *antijuridicidad*, más no como fundamento esencial de éste, posición que Mezger tiene. Dicha situación se puede apreciar en la síntesis de la resolución dictada en el juicio de amparo 751/60, que señala:

“ *Tipicidad*. El tipo delictivo es indicio de antijuridicidad, más no fundamento de la culpabilidad”.

Amparo directo 751/60. Simón Santillán Salazar. 29 de marzo de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: ministro Juan José González Bustamante.⁷¹

Es también importante destacar que para efectos de determinar la naturaleza de la *antijuridicidad*, la doctrina ha formulado dos corrientes: la primera radica en pretender asignarle un valor objetivo y otra parte de la doctrina la concibe como de naturaleza subjetiva.

Para aquellos que sostienen que la *antijuridicidad* es de naturaleza objetiva establecen que se da cuando el hecho típico contradice las normas objetivas del Derecho, pues éste garantiza una

⁷¹Citado por Vela Treviño. Ob. cit. p. 53.

convivencia externa de las personas sometidas a él. Es por ello que el objeto de la voluntad jurídica ordenadora es la determinación de las conductas conforme a Derecho y las que no lo son, por lo que dicha determinación tiene lugar mediante las normas de Derecho, que son normas objetivas de valoración y es de allí que surgen estados conformes al Derecho y estados contrarios a él. La *antijuridicidad* resulta de un juicio realizado sobre la conducta o el hecho, por lo que los elementos subjetivos del autor del hecho no son relevantes, ni los datos personales del sujeto, dado que sólo se requiere comprobar que la conducta en su aspecto externo es contraria a lo que el ordenamiento jurídico manda o prohíbe. Es por lo cual que la conducta de un inimputable pueda ser tan antijurídica como la del imputable.

Para la posición subjetiva, no es suficiente que el hecho típico externamente contravenga la norma jurídica, sino que se requiere además de un elemento anímico del sujeto, es decir, la voluntad contraria al Derecho para que pueda considerarse como tal. Por ello se dice que en el juicio de valoración que la *antijuridicidad* supone, no se deben de excluir a los elementos internos y personales del sujeto. Por lo tanto, ésta posición resuelve acertadamente que la acción no culpable del inimputable sería indiferente al derecho, dado que el enajenado mental no podría realizar conductas antijurídicas.

En esta posición existen corrientes que van desde las que establecen una diferencia entre la *antijuridicidad* y la *culpabilidad*, hasta aquellas que confunden a ambos conceptos por cuestiones de los elementos antrópicos del autor del hecho.

La evolución de la naturaleza de la *antijuridicidad* se dio con las siguientes fases: la primera de ellas correspondió a concebirlo como un concepto puramente objetivo, excluyendo de su esencia a los elementos de carácter subjetivos, pues éstos correspondían a un plano diferente de la *antijuridicidad*, sino a la *culpabilidad*. Con el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto, se dio la segunda etapa, pues aunque la *antijuridicidad* no perdió su naturaleza objetiva, se reconoció la existencia de los elementos subjetivos del injusto que son fundamentales para determinar el carácter antijurídico o no de un hecho típico. Es por lo que se tuvo que reconocer que la *antijuridicidad* tenía naturaleza predominantemente objetiva, más no absoluta. Con el surgimiento de la doctrina finalista del delito, se dio la tercera etapa, misma que desarrolló una concepción subjetiva del injusto, a través de la Teoría del injusto personal, auspiciada por Hans Welzen, que señala que :

“ Lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho,

la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto de la acción referida al autor, es injusto 'personal'. "72

La etapa actual de la evolución de la antijuridicidad respaldan la concepción subjetiva del injusto, no como lo establece el finalismo, sino que se apoyan en que la norma penal no es norma objetiva de valoración sino norma subjetiva de determinación, lo cual se apega a una concepción imperativista de la norma. Y de acuerdo a esto, la antijuridicidad es de naturaleza subjetiva en virtud de que en su contenido por encima de la desaprobación del resultado, existe el disvalor de la acción, y el dolo forma parte integrante de la ella.⁷³

Aunque hay que señalar, por último, que la concepción dominante del injusto no defiende una concepción meramente subjetiva, sino que admite una llamada "concepción dualista", que permite afirmar que el injusto se compone por el disvalor tanto de la acción como del resultado.

Partidarios de la antijuridicidad objetiva son: Liszt, Beling, Fischer, Nagler, Heinitz, Hippel, Hegler, Mezger y Jiménez Huerta,

⁷² Welzen, Hans. Ob. cit. p. 74.

⁷³ Salas Cantero, José A. Ob. cit. p. 561-563.

entre otros. Esta corriente postula que el injusto surge cuando se da la mera contradicción del acto con la norma, sin tener que analizar o corroborar que si el sujeto es culpable. Es decir, la cuestión relevante para esta corriente es determinar que la *antijuridicidad* se da al verificar que se ha contravenido lo establecido en la norma jurídica. En el año de 1931 y 1933, Mezger señalaba en relación al tema que:

“Una acción cuando contradice las normas objetivas del derecho. Éste 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 valoración, como juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del Derecho . . . A esta concepción del Derecho corresponde la de la antijuridicidad, la del injusto, como una contradicción objetiva con los preceptos jurídicos, como una lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración”.⁷⁴

⁷⁴ Citado por Jimenez de Asúa, Ob. cit. p. 982.

Mezger tiempo después cambio de opinión, como se verá más adelante al reconocer los elementos subjetivos del injusto.

Por otro lado, la corriente subjetiva de la *antijuricidad*, es apoyada por Binding, Merkel, Goldschmidt, Fenneck, Maurach, Welzen, entre otros, pero éste último dice que la *antijuricidad* es un juicio de valor "objetivo", en tanto se desprende del tipo, es decir, derivado del ordenamiento jurídico, siendo un criterio general, pero el objeto que es calificado como antijurídico se integra por dos elementos, esto es, por la unidad de manifestación de voluntad, que es un aspecto externo, y por el anímico, de naturaleza subjetiva. Agrega también que:

"Debido a la ambigüedad del concepto 'objetivo' ha surgido el equivoco de que la antijuricidad sólo podría referirse al aspecto objetivo (del mundo externo) de la acción, por ser un juicio de valor 'objetivo'. En realidad, el empleo de la palabra 'objetivo', en ambos casos, no tiene nada en común. La antijuricidad es objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general; su objeto, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos".⁷⁵

⁷⁵ Welzen Hass. Ob. cit. p. 61.

Es con tal argumento que la teoría finalista permite la utilización de la teoría del injusto personal, es decir, no existe la *antijuridicidad* sino esta referida a un autor determinado.

Muy a pesar de que la teoría actual del delito se apoya en la corriente subjetiva del injusto, pero aquella que establece diferencia entre la antijuridicidad y la culpabilidad, el sistema jurídico mexicano, de acuerdo con las diversas jurisprudencias y criterios que se han emitido al respecto, han optado por determinar que la antijuridicidad es un elemento objetivo en la estructura del delito. Así se desprende de la resolución pronunciada en el amparo directo 5159/64, que aparece en el volumen XI correspondiente a la séptima época del Semanario Judicial de la Federación, página 20, que dice:

“ Homicidio, cumplimiento de un deber como causa de justificación en el. (Legislación del Estado de Yucatán).- La causa de justificación prevista en el artículo, fracción VI, del Código de Defensa Social para el Estado de Yucatán, incluye los actos en cumplimiento de deberes que son consecuencia de funciones públicas (deberes de servicio) y los ejecutados en cumplimiento de deberes impuestos al particular. Para que opere el cumplimiento de un deber como causa de justificación, se requiere que tal deber se encuentre consignado en la ley, pues así expresamente lo exige el invocado precepto. Así ocurre cuando un particular es

requerido para que preste un deber consistente en formar parte de una escolta designada por la autoridad local para custodiar y conducir a un reo a otra población. La justificación legal de dicho deber deriva de las leyes que le son propias al municipio, tanto más tratándose de lugares como rancherías, donde hay necesidad de que los particulares presten por su cuenta los servicios que no puede proporcionar la autoridad. Es generalmente admitido que la causa de justificación en referencia comprenda la realización de todos aquellos medios, inclusive los violentos, que son "racionalmente necesarios" para dar satisfacción al fin expresado por la ley. Por otra parte, sólo en forma objetiva mediante el examen de los hechos, es posible al juzgador realizar el juicio de valoración que habrá de recaer sobre la conducta o el hecho imputado; únicamente mediante tal proceso puede llegarse a conocer si el proceder es jurídico o antijurídico. Si el cumplimiento estricto del deber impone al acusado la obligación de proceder aun usando de medio de violencia, pero racionalmente necesarios, a la satisfacción del fin expresado por la ley, objetivamente su conducta manifiesta en actos tendientes a impedir que se libere a un sujeto que es conducido en calidad de detenido por atribuírsele la comisión de un delito, aquella no puede ser antijurídica por ser lícita desde su inicio y no atentar contra la norma implícita en el proceder del acusado y constituye el medio racionalmente

necesario para cumplir con el fin de la ley que le impone un deber cuyo cumplimiento le es imperativo, de donde, objetivamente, el resultado producido no es constitutivo de delito. "

Amparo directo 5159/64. Miguel Tayub Taz. 11 de noviembre de 1969. Cinco votos. Ponente: Alberto Jiménez Castro.

Ahora bien, en cuanto a la determinación de la antijuridicidad es importante destacar, por último en este apartado, el método que Welzen propone para determinar a éste elemento, diciendo que:

"Dado que la realización típica es antinormativa, y puesto que la violación de una norma prohibitiva es antijurídica, salvo que opere una norma permisiva, se desprende que una acción es antijurídica si realiza plenamente el tipo de una norma prohibitiva, a menos que proceda aplicar una norma permisiva. Una vez comprobado la realización completa del tipo a través de una conducta, es posible establecer la antijuridicidad mediante un procedimiento exclusivamente negativo, es decir, a través de la comprobación de que no interviene ninguna norma permisiva (causal de justificación).

"Este método también es aplicable a los tipos legales 'abiertos' o 'necesitados de complementación', con la sola diferencia de que, en estos casos, el juez deberá primero

proceder a la complementación del tipo, sobre la base del cuadro rector (por ejemplo, 'posición de garante', 'cuidado adecuado al ámbito de relación') extraído de la ley. Llevando a efecto esto, la comprobación de la antijuridicidad se hará del mismo modo que en los tipos 'cerrados'.⁷⁰

Así también, la determinación de la *antijuricidad* o *antijuridicidad* se obtiene previa división del mismo en su aspecto formal y material. La *antijuridicidad* es un aspecto formal cuando el hecho típico contraviene el ordenamiento jurídico, y en su aspecto material se haya cuando dicha conducta es contraria a la sociedad por lesionar o poner en peligro un bien jurídico tutelado.

De acuerdo con la legislación mexicana el momento procesal oportuno para la determinación de la *antijuridicidad* se desarrolla en dos niveles: en el orden federal y en el orden común.

En lo que se relaciona en el orden común el más representativo es el ordenamiento del Distrito Federal, por tomar un ejemplo. De acuerdo con el artículo 21, primera parte del primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece:

Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 98.

De dicho precepto constitucional se establece que la facultad para resolver en relación de que si un hecho es o no delito, es el Poder Judicial. La *antijuridicidad* como parte integrante del delito y como una cuestión de fondo que se resuelve a través del procedimiento judicial, es una cuestión que resuelve con una resolución de fondo emitida por dicho órgano jurisdiccional. Dicha afirmación se encuentra respaldada por lo establecido en el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo primero que dice:

Artículo.- Corresponde exclusivamente a los tribunales penales del Distrito Federal:

L- Declarar, en la forma y términos que esta ley establece, cuándo un hecho ejecutado en las entidades mencionadas es o no delito;

Se puede desprender que la autoridad judicial es la facultada para determinar si una conducta es o no delito y si lo es, en la decisión que al respecto se emita se resolverá desde luego la existencia o no de la *antijuridicidad*. Pero esta facultad no es limitativa al órgano jurisdiccional, pues antes de que esta autoridad tenga conocimiento, es el Ministerio Público quien en primera instancia conoce el hecho determinado que la ley señala como delito. Por lo que es el Ministerio Público quien determina al integrar la averiguación previa, pues así la ley lo permite, que el órgano de acusación puede pedir la libertad de

los procesados cuando así quede acreditado en la averiguación previa que la conducta es conforme a derecho o no constitutiva de delito, conforme lo establece el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 3º, fracción VII, que establece:

Artículo 3º.- Corresponde al Ministerio Público :

VII.- Pedir la libertad del acusado cuando ésta proceda.

Cabe hacer mención que dicho precepto jurídico se refiere tanto cuando el Ministerio Público actúa en su función inquisitiva en la averiguación previa como cuando es parte en el procedimiento penal respectivo ante la autoridad judicial.

Es por ello que el ejercicio de la acción que le corresponde al Ministerio Público no es exclusivamente para consignar a un sujeto al órgano jurisdiccional en una función acusadora, sino que también posibilita al Ministerio Público para solicitar la libertad del acusado cuando no se configuren los elementos del delito que se trate, ya sea por la existencia de algún elemento negativo de los elementos integrantes del delito.

De igual modo el artículo 6º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece lo siguiente:

Artículo 6.- El Ministerio Público pedirá al juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto de que se trate o la libertad del procesado, sea porque el delito no haya existido, sea porque, existiendo, no sea imputable al procesado, o porque exista en favor de éste alguna de las circunstancias excluyentes de responsabilidad a que se refiere el Capítulo IV, Título I, Libro Primero, del Código Penal, o en los casos de amnistía, prescripción y perdón o consentimiento del ofendido.

Del texto de dicho artículo se desprende evidentemente que la facultad del Ministerio Público no se restringe únicamente en el ejercicio de la acción penal a una función acusadora, sino que también lo faculta para pedir la libertad del acusado cuando existe una causa excluyente de responsabilidad que establece el artículo 15 del Código Penal y dentro de las cuales se encuentra las causas de justificación que excluyen a la *antijuridicidad* .

Propiamente el Ministerio Público no resuelve el fondo de las causas de justificación, sino que aporta elementos para acreditarla y que hace que no se integren en su caso los presupuestos de la acción penal. Es por lo que quien resuelve sobre el fondo del asunto es la autoridad judicial, conforme el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y acorde con la jurisprudencia que hasta la fecha se encuentra vigente y que a la letra dice:

"EXCLUYENTES, PRUEBA DE LAS.- Las excluyentes de responsabilidad criminal deben comprobarse en forma plena para que el juzgador pueda otorgarles el valor absolutorio que legalmente les corresponde."

Sexta Epoca:

Amparo directo 2441/57. Alfonso Gallegos Gallegos. 24 de junio de 1958. Unanimidad de votos.

Amparo directo 6348/59. Aristeo Pérez López. 30 de agosto de 1960. Cinco votos.

Amparo directo 8390/60. José Gómez Ocampo. 22 de junio de 1961. Cinco votos.

Amparo directo 8581/61. José Morales Rodríguez. 28 de junio de 1962. Cinco votos.

Amparo directo 617/62. Enrique Tamabuaya López. 30 de julio de 1962. Mayoría de cuatro votos.

Primera Sala, tesis 823, *Apéndice* 1988, Segunda Parte, pág. 1364.⁷⁷

Conforme a la jurisprudencia mencionada se puede determinar válidamente que es la autoridad judicial quien es competente para resolver en cualquier momento del procedimiento sobre la procedencia de una excluyente de responsabilidad penal.

⁷⁷ *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995. Tomo II. p. 88.*

El trámite para solicitar la libertad del acusado cuando existe una eximente de responsabilidad lo indica el artículo 8 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que dice:

Artículo 8.- En el segundo de los casos del artículo 6° (pedir la libertad del acusado) el agente del Ministerio Público presentará al juez de los autos su promoción en la que expresará los hechos y preceptos de derecho en que se funde para pedir la libertad del acusado.

El Ministerio Público a su solicitud de libertad del acusado deberá establecer tanto los hechos y el fundamento legal de su petición, para que el órgano jurisdiccional pueda resolver al respecto y con lo cual queda confirmada la idea que establece que es la autoridad judicial quien resuelve el fondo de una causa de justificación en cualquier etapa del procedimiento.

Resulta ser determinante que el momento procesal oportuno para resolver sobre la existencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad es, por supuesto, en la declaración del órgano jurisdiccional a través de la sentencia definitiva, que resuelva el fondo del asunto y de lo cual se concluye conforme el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que dice:

Artículo 247.- En caso de duda debe absolverse.

No podrá condenarse a un acusado sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa.

Es decir, a un inculpado sólo se le podrá dictar sentencia condenatoria cuando se haya acreditado en el procedimiento la existencia de los presupuestos de la punibilidad del delito que se trate, siendo éstos la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y las condiciones objetivas de punibilidad, si se requieren los mismos, incluyendo en este análisis que no existan causas excluyentes de los dichos presupuestos, pues si así acontece no se deberá dictar sentencia condenatoria, sino absolutoria a favor del reo.

Es sólo por medio de la sentencia definitiva cuando se llega a determinar una verdad formal en la cual se resuelve sobre si existen o no la antijuridicidad y los demás presupuestos del delito en particular.

Ahora bien, por otro lado, a nivel de legislación Federal, en cuanto a la determinación de la antijuridicidad se rigen en cuanto a la forma por el Código Federal de Procedimientos Penales y en cuanto al fondo es aplicable el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y en toda la República en materia del fuero Federal, así como las leyes especiales en cuanto a materia y los Tratados internacionales que establecen delitos, ordenamientos que se encuentran referidos en el artículo 6° del Código Penal.

Es conforme al Código Federal de Procedimientos Penales que se indica que la facultad para determinar si un hecho configura o no un delito, son los Tribunales Federales, tal como lo expresa el artículo 4° de dicho ordenamiento.

La determinación de la antijuridicidad se puede decretar en cualquier etapa del procedimiento penal de parte de la autoridad judicial, pues así lo ordena el artículo 1°, fracciones II y III, del Código Federal de Procedimientos Penales que dice:

Artículo 1.- El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

II.- El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme el tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar;

III.- El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal para éste;

Para mayor abundamiento el artículo 161, fracción IV, establece que :

Artículo 161, fracción IV.- Dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculpaado quede a disposición del juez, se dictará el auto de formal prisión cuando de la actuado aparezca acreditados los siguientes requisitos:

IV.- Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpaado alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal.

Es relevante , por lo tanto, que el juzgador podrá estudiar y resolver sobre la antijuridicidad y sus causas excluyentes en el término constitucional y en su caso podrá decretar auto de formal prisión si existe la antijuridicidad o determinar la libertad del acusado por la falta de elementos para procesar.

Durante el periodo de instrucción en el Código Federal de Procedimientos Penales, sin necesidad de esperar la etapa correspondiente para resolver el fondo del asunto, se establece que procede el sobreseimiento cuando existe una causa excluyente de responsabilidad penal y dentro de las cuales subyacen las causas de justificación.

El artículo 298, fracción VI y VII, del Código Federal de Procedimientos Penales establece:

Artículo 296.- El sobreseimiento procederá en los casos siguientes:

VI.- Cuando esté plenamente comprobado que en favor del inculcado existe alguna causa eximente de responsabilidad.

VII.- Cuando existan pruebas que acrediten fehacientemente la inocencia del acusado.

En los artículos 138 y 139 en relación al 304 del Código Federal de Procedimientos Penales establecen los efectos de la imposibilidad del ejercicio de la acción penal por el delito que se trate cuando se promueva el sobreseimiento y, consecuentemente, la libertad del acusado en el caso de que exista a favor del inculcado una causa de justificación, surtiendo los efectos de sentencia con valor de cosa juzgada, siendo éste un medio de estudiar y resolver sobre la antijuridicidad sin esperar a que se dicte la sentencia definitiva. Con lo anterior, se corrobora la cuestión de que el juzgador puede resolver sobre la existencia o no de la antijuridicidad en cualquier etapa procesal.

En lo que atane al ejercicio de la acción penal, cuyo titular es el Ministerio Público, el artículo 137, fracción I, establece:

Artículo 137.- En ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público:

I.- Promover la incoación del proceso penal.

En este caso también se resuelve sobre la determinación de la antijuridicidad, pero más que una facultad de resolver es propiamente un reconocimiento del titular de la acción penal en el sentido de que el hecho que tiene de su conocimiento no constituye un delito, por la ausencia de los presupuestos de la punibilidad, de los cuales se encuentran la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y, en su caso, las condiciones objetivas de punibilidad. Este caso opera cuando el Ministerio Público no tiene reunido todos los elementos que integran al delito que se trate, por lo cual se abstiene de ejercitar la acción penal.

4.- Los Elementos subjetivos del Injusto.

Entre la corriente objetivista y subjetivista de la *antijuridicidad* se creó un enlace o vínculo entre el *tipo* y aquél elemento del delito, el cual consistió en los *elementos subjetivos de la antijuridicidad* o *elementos subjetivos del injusto*.

La regla general para la determinación de la *antijuridicidad* se puede expresar: el carácter antijurídico de un hecho no dependen exclusivamente de los elementos internos del autor del hecho, sino

que los mismos son considerados sólo en algunos casos, pues de ellos se requiere para determinar el carácter antijurídico del hecho típico.

En los casos en que se requiere verificar la existencia de los *elementos subjetivos del injusto* no es suficiente constatar la contravención entre el hecho típico con el ordenamiento jurídico, sólo es su aspecto externo, sino habrá que atender a los elementos que contienen los aspectos anímicos del hecho.

Los *elementos subjetivos del autor* o, como también se conocen, *elementos subjetivos del injusto*, se encuentran:

“ Junto al dolo, como aquel elemento subjetivo-personal general, que fundamenta y configura la acción como acontecer final, a menudo aparecen en el tipo elementos subjetivo-personales especiales, que tienen el contenido ético-social de la acción en determinado sentido. La actitud o posición subjetiva desde la cual el autor ejecuta la acción determinada frecuentemente en gran medida el significado ético-social específico de la acción.”⁷⁹

Es así que con los *elementos subjetivos del injusto* se puede llegar a distinguir cuando una acción final dirigida a la sustracción de una cosa ajena constituye o no el delito de robo, pues sólo atendiendo al

⁷⁹ *Ibidem*, p. 93.

propósito de apoderamiento se podría determinar que se configura el delito. Es decir, la conducta puede cambiar si sólo la intención del autor del hecho se encontraba dirigida a trasladar el objeto de un lugar a otro, pero sin la intención de apoderarse del bien.

Es decir, atendiendo a los elementos internos del autor de la acción se podrá determinar, en algunos casos, si el hecho se trata o no de una contravención en específico del ordenamiento jurídico. Se dice que es que un modo en específico, pues el carácter general lo da la conformación del *dolo* que da contenido a la acción.

La teoría de los *elementos subjetivos del injusto* ha sido desarrollada por tratadista de la talla de H. A. Fischer (1911), Hegler (1914), Mayer (1915) y Mezger (1924), entre otros.

Para uno de los impulsores de esta teoría como lo es Edmundo Mezger, existen tres formas de los *elementos subjetivos del injusto* en la que dan fundamentación del injusto, tales como:

- a) En los llamados *delitos de intención*.
- b) En los denominados *delitos de tendencia*.
- c) En los conocidos *delitos de expresión*.

En la primera clasificación se encuentran comprendidos aquellos delitos que la diferenciación de configurar un delito o de

distinguir un delito de otro, se basa en la intención del autor del hecho. El ejemplo más típico lo constituye el delito de robo previsto en el artículo 367 del Código Penal que establece:

Artículo 367.- Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

El delito de robo sólo se configura dolosamente, esto cuando el autor del hecho tiene conocimiento y quiere realizar la parte externa del hecho típico con el propósito de "apoderarse" de la cosa mueble, pues si no hay éste elemento subjetivo del injusto no se da el dolo y en consecuencia, la acción resulta ser irrelevante para el Derecho.

Dentro de la segunda clasificación, se encuentran aquellos delitos en que la acción sólo es relevante para configurar un delito cuando aparece como expresión de una tendencia subjetiva del autor y dicha circunstancia se encuentre contemplada en la ley. Ejemplo de este caso es lo establecido en el artículo 260 del Código Penal que establece :

Artículo 260.- Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.

El hecho de que una persona ejecute actos sexuales, sin llegar a la copula, en el cuerpo de otra, sólo constituye un delito cuando el autor tenga tal propósito sin el consentimiento de la otra.

En la tercera clasificación se encuentran los delitos en que la acción se pone de manifiesto como expresión de un proceso o estado interno del autor. La base para esta clasificación es la comparación entre el suceso externo con el elemento anímico del autor. Ejemplos de esta clasificación lo son los delitos de falsedad de declaraciones que establece el artículo 247 del Código Penal, así como el delito de calumnia que establece el artículo 356 del mismo ordenamiento.

Por otro lado, la aceptación de la existencia de los elementos subjetivos del injusto supone necesariamente el estudio de la naturaleza de la antijuridicidad, considerándola no como únicamente objetiva y formal, sino preponderantemente objetiva. Es por lo cual que se analiza lo que el sujeto se propone, cuáles son sus motivos y su finalidad, pues en determinados casos hay que acudir a estos aspectos para determinar si una conducta es o no antijurídica.

Lo que decide no es siempre la dirección externa del hecho (antijuridicidad) para un resultado externo, sino la dirección dada por el autor al resultado.

En ocasiones los elementos subjetivos del injusto son denotados a través de expresiones establecidos a nivel legislativo en el establecimiento de los tipos con el empleo de los términos de: "propósito" (artículos 260 y siguientes); "no para apropiarse o venderla" (artículo 380) . Dichas expresiones poco a poco van logrando abarcar más tipos legales a fin de describir la materia de la prohibición.

También los elementos subjetivos del injusto sirven para marcar la diferencia específica de un delito, pues por medio de ellos se logra diferenciarlos y distinguirlo dentro de la gama de los delitos, es así que se puede distinguir entre el robo de dominio con el robo de uso.

Igualmente los elementos subjetivos del injusto se pueden apreciar en los delitos que quedan en tentativa, pues en la "resolución" de cometer un delito es lo que es uno de ellos, pues tiene dolo del autor del hecho.

Para algunos tratadistas los elementos subjetivos del injusto los ubican en el Tipo Subjetivo, pues en primeramente se encuentra el dolo como parte integrante de éste, que también es el presupuesto de

los elementos subjetivos del injusto, en los delitos dolosos. Pero a pesar que los elementos subjetivos del injusto están comprendidos en el Tipo Subjetivo, que es a su vez parte del Tipo Sistemático, se debe al principio de legalidad, pues es obligación detallarlos en el tipo penal, independientemente de que son el puente que enlaza al Tipo Sistemático con la antijuridicidad y los elementos subjetivos del injusto son parte de éste presupuesto.

El Derecho no conoce los elementos subjetivos del injusto para la fundamentación del injusto, sino que también para su exclusión, como se vera en su oportunidad.

El hecho de que existan los elementos subjetivos del injusto no es que se haya transformado la naturaleza objetiva de la antijuridicidad en subjetiva, sino que es preponderantemente objetiva compartiendo elementos subjetivos.

Hay que tomar en cuenta que el tipo sistemático describe gramaticalmente los elementos constitutivos de la materia de la prohibición, lo cual en forma específica conforma el genero próximo en la definición de un delito en particular. Pero a través de los elementos subjetivos del injusto enfatiza la diferencia específica de un delito en particular.

5.- Elementos de la Antijuricidad.

El referirse el presente apartado a los elementos de la *antijuricidad*, es con el propósito de establecer que dicho presupuesto de la punibilidad tiene dos aspectos que se bifurcan en los aspectos: formal y material. Se dice que existe la antijuricidad cuando se da una hecho típico que no se encuentra amparada por una causa de justificación.

El contenido material que tiene la antijuricidad es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido. La determinación de este contenido es determinante para la formulación del juicio valorativo de la antijuricidad. Mezger expresa que:

“... el injusto típico suministra al Derecho Penal el apoyo firme e imprescindible de una determinación *formal* del injusto; pero la seguridad formal de esta determinación se convertiría en lamentable formalismo si no considerara el contenido *material* del injusto típico, deduciendo de él las líneas directrices para la aplicación de la ley”.⁷⁹

No tan sólo para que se configure el contenido material de la antijuricidad se requiere la lesión o puesta en peligro del bien

⁷⁹ Citado por Saiz Cantero, José A. Ob. cit. p. 567.

jurídico tutelado, sino que la doctrina incluye como parte integrante de dicho contenido tanto el desvalor del resultado como el desvalor de la acción.

Para mayor ilustración al respecto se dice que :

*"El desvalor del resultado consiste en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. La lesión equivale a su efectiva destrucción, el peligro a la probabilidad de que se produzca la lesión . . . El desvalor de la acción consiste en la finalidad y forma de realizar el ataque al bien jurídico. La modalidad de la acción ejecutada, la finalidad en los tipos que admiten elementos subjetivos, la acción realizada, independientemente del resultado de ella alcanzado, es objeto de un juicio de valor: merece una desvaloración si se orienta a lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido. El desvalor de la acción tiene que ser tomada en cuenta en el Derecho Penal, precisamente por el carácter fragmentario de éste."*⁸⁰

El legislador tipifica como punibles los hechos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos tutelados. En ocasiones existen tipos que para configurar la antijuridicidad se requiere la concurrencia del desvalor de la acción y del resultado. La importancia del desvalor de

⁸⁰ Salas Cantero, José A. Ob. cit. p. 567 y 568.

la acción para algunos tratadistas es que con ella se distingue al delito de la falta administrativa.

Existe una controversia sobre la importancia de los dos aspectos de la antijuridicidad. Para los finalistas lo decisivo del juicio del injusto es el desvalor de la acción, en tanto la doctrina tradicional considera lo decisivo a el desvalor del resultado, no restando importancia al desvalor de la acción.

Liszt, siendo el primero en distinguir ambos aspectos en su concepción clásica del delito, considera que puede existir una coexistencia de la *antijuridicidad* con su aspecto formal y material. También expresa que el delito es un acto formalmente contrario al derecho en tanto es una contravención a lo ordenado por la norma creada por el Estado y que es materialmente antijurídico en virtud de que es una conducta contraria a la sociedad.⁶¹

Sin embargo, existen los doctrinarios que consideran que este elemento del delito sólo se puede ver en un aspecto formal, desestimando el aspecto material que no es relevante. Los citados doctrinarios son de la escuela italiana encabezada por Rocco, Carnelutti, Manzini, Petrocelli y Martucci, entre otros. De modo semejante, Binding, a pesar de ser el creador de la teoría de la normas, y Beling sostiene que la antijuridicidad es formal.

⁶¹ Jimenez de Asúa, Laja. Ob. cit. p. 1015.

Vela Treviño establece que para los efectos de la antijuridicidad en el hecho típico la lesión tiene relación con el bien jurídico tutelado y que en consecuencia se da una ofensa a la norma cultural que da fundamento a la norma jurídica y que al darse ambas cuestiones solamente se podría afirmar que una conducta típica es antijurídica, pues al no acontecer alguna de dichas cuestiones, es decir, al no haber una lesión o puesta en peligro a un bien jurídico, ni tampoco que se haya ofendido la norma cultural que da contenido a la norma jurídica, luego entonces no se puede afirmar que dicha conducta es antijurídica.

CAPITULO III.

CAUSAS DE JUSTIFICACION COMO EXCLUYENTES DE LA ANTIJURIDICIDAD.

1.- Concepto y naturaleza de las causas de justificación.

A las llamadas causas que excluyen la *antijuridicidad* se le han atribuido diversas denominaciones. Entre ellas, la que ha predominado, es la que las nombra como *causas de justificación*, tal como aparece en el título del presente capítulo, en virtud de que las mencionadas *causas de justificación* impiden que se formule el juicio de *antijuridicidad* en relación a un hecho típico que presume este presupuesto, toda vez que ese hecho resulta ser lícito para el Derecho.

Meager prefiere mencionar a dichos elementos que excluyen a la *antijuridicidad* como *causas de exclusión del injusto* , pero dice que:

" La expresión lingüística no es, a este respecto, decisiva; en efecto, algunos autores hablan, a propósito de estos 'casos de exclusión de la antijuridicidad', de *causas de justificación* (en primer término, BERNER, como lo hace notar FRANK,

p. 139; v. HIPPEL, vol. II, p. 189, nota 7, menciona, entre los autores que emplean esta expresión, a v. LEZT y Graf su DOHNA; otros hablan de *circunstancias negativas del hecho o de características negativas del tipo* (como Ad. MERKEL, citado en v. HIPPEL, II, p. 189, nota 4; acerca del pro y el contra, véase la nota 5, y FRANK, *loc. cit.*).¹⁰²

La denominación de las causas que excluyen al injusto o antijuridicidad son diversas todas ellas atendiendo al razonamiento del tratadista que corresponda, pues así se puede también apreciar de la opinión del mexicano Vela Treviño¹⁰³, en virtud de que el prefiriere establecer que la denominación correcta de dichas causales es la de *conductas típicas conformes a Derecho*, toda vez que el hecho típico es la base para establecer el juicio valorativo de la antijuridicidad, siendo las dos opciones en relación a un hecho típico que sea éste antijurídico, por contravenir con el ordenamiento jurídico en general, o bien, en su caso, que la conducta sea conforme a derecho, en virtud de que al valorar la probable contradicción con el ordenamiento jurídico del hecho típico se concluye que la misma no contraviene el Derecho, por lo cual la antijuridicidad no existe, por que la falta de contradicción significa la conformidad con el derecho, por lo cual la denominación correcta, según éste tratadista, es la de *conductas típicas conforme a derecho*.

¹⁰² Menges, Edmond. *Ob. cit.* p. 139.

¹⁰³ Vela Treviño. *Ob. cit.* p. 139 y sigs.

Sin embargo, para nosotros es preferible seguir denominando a los aspectos que excluyen la antijuridicidad como *causas de justificación*, en virtud de como se desprende del artículo 15 de Código Penal en sus diversas fracciones contiene a las causas excluyentes del delito, pero sólo en sus fracciones III, IV, V y VI comprende de manera genérica a las causas que excluyen la antijuridicidad, pues las diversas fracciones se refieren a la exclusión de la tipicidad (fracción II) y de la culpabilidad con las formas de error de prohibición (fracciones VII y VIII) directa e indirecta, vencible e invencible. Es por lo anterior, que si el propio Código Penal reconoce la posibilidad de exclusión del delito, por no reunir los presupuestos que se requieren, es por ello que precisamente la denominación de *causas de justificación*, si no es la afortunada, es la que expresa los casos en que no opera el juicio de antijuridicidad, pues la conducta que a pesar de ser típica, creando una presunción de antijuridicidad, en virtud de haber lesionado o puesto en peligro un bien jurídico tutelado, pero estudiando el caso en particular, dicho hecho resulta ser aprobado por el Derecho, porque existe paralelamente una causa que justifica la forma de proceder del sujeto que realiza el hecho típico, mismo que es aprobado por el Derecho y, por lo tanto, el hecho no constituye delito.

Luis Jiménez de Asúa definió a las causas de justificación como *aquellas que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal*. Para nosotros, las causas de justificación, consisten en causas que excluyen la antijuridicidad de un hecho típico

y, por lo tanto, al no reunir el presupuesto del injusto del hecho, hacen que la acción u omisión sea lícita y no constituya delito.

Las fuentes de las causas de justificación no tan sólo se construyen en las enunciadas en el artículo 15 del Código Penal, sino que dicho precepto establece expresa más no limitativamente algunas causas genéricas de justificación en la Parte General del Código Penal, por lo que permite en la Parte Especial de dicho código establecer en los delitos en particular también sus excluyentes de antijuridicidad, por lo cual conforme la teoría unitaria de la antijuridicidad que establece que éste presupuesto se puede determinar en base a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto y no tan sólo se limita su fuente al Derecho Penal, motivo por el que existe un concepto unitario de antijuridicidad en todo el ordenamiento jurídico, siendo también dicha teoría aplicable para la determinación y unificación de criterio de las causas de justificación y, por lo tanto, dichas excluyentes de antijuridicidad se pueden encontrar en todo el ordenamiento jurídico en tanto que éste constituye una unidad, por lo que una conducta no puede a la vez ser justa en una rama del Derecho e injusta en otra materia jurídica.

El fundamento de las causas de justificación se encuentra en que el ordenamiento jurídico penal no tan sólo es un catálogo de normas prohibitivas, sino que también establece normas permisivas, esto es, que autoriza la realización de ciertas acciones y omisiones levantando

su prohibición. Las autorizaciones de los aludidos hechos forman parte de proposiciones permisivas que excluyen, por contraponencia, a la antijuridicidad. Cuando concurre una causa de justificación queda sin efecto el deber jurídico penal que contiene la norma y ello independientemente de que se ponga en peligro o se lesione un bien jurídico tutelado. El juicio formal de la antijuridicidad se basa en dos ideas: la primera, en la comprobación de la acción o de la omisión en el tipo penal que establece el presupuesto de la tipicidad y, el segundo, consistente en el examen de la cuestión de que si interviene una causa de justificación en el hecho, que podría excluir a la antijuridicidad. Sin embargo, el hecho no deja de ser típico, pues lo que se destruye es la presunción de la antijuridicidad, pues el hecho es jurídicamente aprobado.

En relación a lo señalado se dice que:

“ El tipo aparece, así como una categoría autónoma de valoración jurídico-penal, que representa una señal admonitoria para todos los ciudadanos, destinada a indicar por dónde discurren los límites de una norma prohibitiva sancionada jurídico-penalmente (función de llamada del tipo).”

“ La caracterización de la contranorma como ‘proposiciones permisivas’ sólo resultan, en rigor, comprensible desde la perspectiva del Derecho Penal. El verdadero sentido de la

causa de justificación, es, sin embargo, otro; constituye proposiciones jurídicas autónomas cuya principal misión no es justificar algo prohibido, sino servir a fines propios y de más vasto alcance: por ejemplo, la protección del derecho contra el injusto (*legítima defensa*) . . . Nos enfrentamos, pues con un *concurso de normas independientes* que se resuelve en favor de la preferencia de la causa de justificación sobre la norma prohibitiva por la razón de que, cuando se realizan sus requisitos, se produce una situación atípica que anula en el caso concreto el mandato de la norma correspondiente al tipo de injusto.”⁸⁸

Sin embargo, existe un criterio en contra por Santiago Mir Puig por que dice:

“ Personalmente, he combatido este planteamiento negando que las proposiciones jurídicas en las que prevén causas de justificación constituyan normas independientes: a mi juicio, son disposiciones complementarias, limitadoras del imperativo que se desprende de las proposiciones jurídicas que definen las figuras del delito. La norma penal completa se forma de la puesta en relación de ambas clases de proposiciones jurídico-penales. Ello no obsta a la posibilidad de que, a su vez, la proposiciones permisivas encierran en sí

⁸⁸ Jeschick, *Hans-Helrich*. Ob. cit. p. 662.

mismas otras normas imperativas, lo que sucede cuando la causa de justificación no sólo permite realizar el tipo (positivo), sino que expresa el deber de hacerlo (p. ej.: cumplimiento de un deber). En este caso, la función complementaria de limitar el imperativo de la prohibición penal tiene lugar mediante el establecimiento de otro imperativo. Pero ello no es necesario (piénsese en la legítima defensa o en el estado de necesidad, que se limitan a crear facultades, no deberes), lo que prueba que lo específico de la función de permisión es sólo limitar el imperativo penal.”⁸⁸

También Welzen manifiesta su opinión en contra de que las normas permisivas tengan significado autónomo, según la doctrina de las circunstancias negativas del hecho. Todo ello en virtud de que la existencia de la legítima defensa tiene el mismo significado que la de ausencia de una característica del tipo, según esa doctrina. En el ámbito de lo jurídicamente irrelevante desaparecen las cualidades específicas del permiso jurídico y las diferencias esenciales de valor entre lo permitido y lo jurídicamente irrelevante. Dicho tratadista, agrega que la doctrina de las circunstancias negativas del hecho es un resultado tardío de la teoría de los imperativos, mismo que desconocía la significación autónoma de las concesiones. ⁸⁹

⁸⁸ *Ibidem*, p. 484.

⁸⁹ Welzen, *Norm. Ob. cit.* p. 98.

2.- Reglas para la procedencia de las causas de justificación.

La procedencia de las causas de justificación esta ligada con la relación existente con el tipo, pues en base a esta relación es como operan aquellas conforme un esquema de regla-excepción. Es decir, el hecho doloso cometido por acción u omisión y que se encuadra en la descripción legal del tipo, establece una presunción o indicio de la antijuridicidad, por regla general, que sólo podrá ser suprimida si existe una causa de justificación y si en el hecho esta concurre, es que con fundamento en la misma que se decreta, por excepción, que el hecho típico es permitido por el Derecho.

En otras palabras:

" . . . en sentido lógico puede afirmarse que los tipos penales contienen 'reglas' que encuentran 'excepciones' en las causas de justificación, pues para que éstas concurren deben darse presupuestos atípicos. Lo normal es siempre la pretensión de respecto del mandato de la norma. Por ello, la tipicidad de la acción se caracteriza también como 'indicio de la antijuridicidad'. Quiere decirse con ello que la realización del tipo fundamenta la antijuridicidad del hecho

concreto en tanto no intervenga, excepcionalmente, una causa de justificación."¹⁷

La utilización del principio de regla-excepción corresponde según algunos tratadistas a un casuismo en el establecimiento de las causas de justificación en los códigos penales, pues dicen que los que no se encuentra expresamente señalado como causa excluyente de la antijuridicidad en el código no puede operar como causa de justificación, lo cual no resulta ser justo dando una interpretación armónica a lo establecido en el Código Penal, pues es evidente y rotundo que la imaginación del legislador no puede abarcar una por una las causas de justificación que podría acontecer en la vida real y socialmente determinada, sino que establece un catálogo de causas de justificación en el artículo 15 del Código Penal, pero que de ninguna manera es una determinación de un número reducido de causas excluyentes de la antijuridicidad, sino que posibilita en base al sistema unitario de éste presupuesto de la punibilidad que también en cuanto a su aspecto negativo en diversas materias se establezcan causas de justificación, por que el principio de regla-excepción no es un principio exclusivamente casuista dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sino que corresponde a una sistemática jurídica abierta que permite que en base a los elementos y del contenido de la antijuridicidad se puede decretar que cuando falta la contravención del hecho con el ordenamiento jurídico, o no exista la puesta en

¹⁷ Jauchak, Hans-Helmut. Ob. cit. p. 462-463.

peligro o lesión del bien jurídico tutelado, y que la conducta típica este de acuerdo con el principio de equilibrio de los intereses de la sociedad, entonces, se configure tal hecho conforme a derecho.

Sin embargo, Welzen expresa una confusión en la fórmula regla-excepción, en poner en lugar de la relación "norma prohibitiva-disposición permisiva", la relación "tipo-causal de justificación". Lo anterior, tomando en cuenta que el número de privaciones legítimas, por ejemplo en la privación de la libertad, excede ampliamente al de las ilegítimas y desde el punto de vista de las estadísticas, cuantitativamente la regla general sería la privación de la libertad lícita y su excepción sería las antijurídicas, con ello se rompería rotundamente este principio. Pero denota que esta es una concepción falsa, toda vez que:

"Los componentes decisivos de la relación no son 'tipo-causal de justificación', sino 'norma prohibitiva-causal de justificación' (disposición permisiva). La conducta 'normal', es decir, conforme a la norma, es el respeto por la libre autodeterminación ajena, la cual sólo puede ser afectada en presencia de una norma permisiva especial. El Derecho Penal es una materia normativa, no estadística. Así también la relación de norma a imposición permisiva (causal de

justificación) debe entenderse sólo en forma normativa y no estadística.”⁸⁸

La sistemática de las causas de justificación se encuentran fundadas en los principios superiores de la justificación del actuar típico, como lo señala Jescheck. Es conforme a ellas que existan dos teorías que sistematizan, obtienen y formulan las normas permissivas. Dichas teorías son la *teoría monista* y la *teoría pluralista*. La primera teoría cree poder conseguir la explicación y el fundamento de todas las causas de justificación bajo un criterio único, pretendiendo sostener las causas de justificación en un principio abstracto y formal, como el principio de: “preferente pretensión de respecto del bien” (Schrödhäuser), el principio de “beneficia más que daña” (Sauer), la fórmula de la “aplicación del medio adecuado para la consecución de un fin reconocido por el ordenamiento jurídico” (Dohna), la idea rectora de la “ponderación de valores” (Noll), o la de “correcta regulación social de intereses y contrainteresses” (Roxin). Pero si se pretende buscar la estructura y alcances de las distintas causas de justificación es inevitable que se resalte la diversidad del contenido material y que da origen a la segunda de las teorías que es la *teoría pluralista*. Conforme a esta teoría establece que la exclusión del injusto se haya en una pluralidad de ideas jurídicas. Esta teoría ha hecho distinciones y creado fórmulas y principios diferentes de las causas de justificación. Es conforme esta teoría que surgen las dos ideas

⁸⁸ Weisen, *Rem. Ob. cit.* p. 97.

esenciales de esta teoría: la de la ponderación de bienes y la de la ausencia de interés.⁸⁹

El fundamento de las causas de justificación que el Derecho positivo reconoce se hayan en dos principios: el *ausencia de interés* y el *interés preponderante*.

Conforme el principio de *ausencia de interés* no se considera antijurídica la acción que lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado que su titular no tiene interés en ser protegido. El tipo tiene como objeto la protección de intereses, ya sean particulares, de la colectividad o del Estado, que al ser incorporados en la esfera del tipo, se convierten en bienes jurídicos tutelados, que la ley reconoce para brindarles protección a través de la comisión que tiene la ley penal. En los casos en que el titular del bien jurídico, que es el sujeto pasivo, no está interesado en la protección que la ley penal le ofrece a través del tipo penal, es cuando acontece ya sea la falta de interés del afectado y que se presume un consentimiento, expreso o tácito de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, cuando éste se encuentre dispuesto, pues existen bienes jurídicos que no son disponibles por el titular del bien jurídico, por que son protegidos de manera especial como delitos que son de oficio y que en los mismos no importa la voluntad del afectado por que son intereses de la colectividad o del Estado, que son fundamentales. Lo que determina el fundamento de la

⁸⁹ Jeschek, *Neue-Hoherich*. Ob. cit. p. 443-444.

causa de justificación es la ausencia de interés del titular del bien jurídico, teniendo una aplicación muy limitada.

El principio en cuestión adquiere significación en los casos siguientes: el consentimiento del lesionado y el consentimiento presunto.

El principio de *interés preponderante* explica:

“...aquellas situaciones en que se produce un conflicto de intereses, de modo que se sacrifica uno de ellos para que se salve el otro. En estos casos se entiende que para el derecho es preponderante uno de los intereses en conflicto por lo que no se considera antijurídica (contraria a Derecho) la conducta que, para salvaguardar el interés preponderante, sacrifica el otro.”⁸⁰

El principio de *interés preponderante* tiene su fundamento en el principio de *valoración de bienes* y éste señala que no puede actuar antijurídicamente el que sacrifica un bien de menor valor por otro más importante. Este principio de valoración objetiva de bienes jurídicos no tiene relación con el criterio de colisión de bienes, que parte de una valoración de cuestiones subjetivas del autor. El criterio de la *valoración de bienes* se aplica claramente en el estado de necesidad justificante en donde se ponen en balanza el valor de bienes jurídicos, y que debe

⁸⁰ Salas Cantero, José A. Ob. cit. p. 572.

predominar cuando sólo puede prevalecer uno de ellos aquel bien jurídico que objetivamente tenga mayor valor para el Derecho. Es por ello que conforme a este principio que se deben tomar en cuenta el valor de los bienes y en base a ellos, establecer los fines y medios adecuados para lograr el fin que pueden y deben ser reconocidos por el Derecho.²¹

La preponderancia puede ser el resultado de que se pongan en balance de valoración a intereses ilegítimos o legítimos (predominando éste para el Derecho), o de que siendo legítimos los dos intereses en pugna, se sacrifique el de menor valor con la autorización del Derecho.

Ejemplos de las causas de justificación que se encuentran en este principio son la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho.

Para comprenderse el fundamento de las distintas causas de justificación se debe de partir del concepto material de la antijuridicidad, pues:

“ . . . la justificación significa que una acción, aunque en sí misma opuesta a una norma general prohibitiva, aparece en el caso concreto de tal forma configurada que debe

²¹ Mesger, Edmundo. Ob. cit. p. 104.

aceptarse en beneficio de valores superiores la lesión puesta en peligro del objeto de la acción protegido y aprobarse también el fin perseguido por el autor. En otras palabras, a consecuencia de la intervención de la contranorma, desaparecen o se contrarrestan del todo o en su mayor parte, tanto el injusto del resultado como el de la acción."⁸²

3.- Los elementos subjetivos como presupuesto de las causas de justificación.

Así como la antijuridicidad tiene un concepto no exclusivamente formal, sino que también representa un contenido material, toda vez que no tan sólo se requiere la existencia de la contravención del hecho con el ordenamiento jurídico, ya que también se requiere que la conducta ponga en peligro o lesione el bien jurídico tutelado, requisito material de la antijuridicidad, es por lo que de igual manera éste elemento de la estructura del delito tiene un aspecto objetivo y subjetivo, es decir, dentro de la doctrina dominante a la antijuridicidad se le concibe como un presupuesto de la punibilidad predominantemente objetivo, pero que admite aspectos subjetivos dentro de su naturaleza tales como los elementos subjetivos del injusto.

⁸² Jeschick, Hans-Heinrich. Ob. cit. p. 464.

Es semejante esta situación también con los elementos negativos de la antijuridicidad, pues las causas de justificación también posibilitan establecer que tienen naturaleza objetiva, pero que también en forma coordinada admiten elementos subjetivos para que opere la causa de justificación.

Por ello se comenta que:

"Según la opinión dominante, para la justificación del actuar típico no basta que se den los presupuestos *objetivos* de la correspondiente causa de justificación. Por el contrario, el autor debe haber conocido la concurrencia de la situación justificante del hecho y haber actuado en el ejercicio de la facultad que le confiere, o bien en cumplimiento del deber que le impone. En la jurisprudencia se ha impuesto también, ampliamente, la teoría de los elementos subjetivos de justificación."¹⁰

Existen dos posturas a cerca de la existencia de los elementos subjetivos de justificación, que se fundan en la cuestión relativa de que si en la concurrencia de una causa de justificación es necesario o no que el autor del hecho típico tenga que acoger dentro de su voluntad la consecución de un resultado conforme a Derecho. Es decir: la disyuntiva gira en razón de que si es preciso considerar a los

¹⁰ *Ibidem* p. 407.

elementos subjetivos, pertenecientes a la esfera anímica del autor del hecho, cuando concurre objetivamente una causa excluyente de antijuridicidad. O bien, en su caso, basta que objetivamente se den los presupuestos de la excluyente de la antijuridicidad, independientemente de la voluntad del autor.

Por una parte, para una *teoría personal del injusto* considera que es un requisito fundamental que la voluntad del autor del hecho se encuentre dirigida a la consecución de un fin justo o un fin socialmente estimable, en virtud de que el injusto personal recae decisivamente en la dirección de la voluntad del autor. Es con base en ello que para que una conducta típica sea considerada justificada sean necesarias dos condiciones: la primera, que el hecho se encuentre previsto en las causas de justificación que establece el Código Penal; la segunda, que el autor del hecho conozca y quiera realizar la parte externa de la causa de justificación.

Por el contrario, existe una posición que establece que no es requisito fundamental los elementos subjetivos de justificación para que opere la eximente de responsabilidad penal, pues basta que objetivamente se den los presupuestos de la causa de justificación para que la conducta se estime lícita, independientemente de la voluntad o el ánimo del autor del hecho típico.

La doctrina española actualmente, en un sector dominante, admite la necesidad de los elementos subjetivos de justificación para la procedencia de las causas de justificación establecidos en el Código Penal español, de tal manera que es preciso que el actor del hecho típico actúe con conocimiento de la concurrencia objetiva que fundamentan las causas de justificación y con la voluntad de defensa. Esto se funda por dos ideas:

" . . . a) La inspiración de nuestro Código Penal es una concepción de lo injusto que distingue un disvalor de la acción y un disvalor del resultado, que él mantiene conforme a la concepción dualista del injusto; y b) La propia regulación legal de las causas de justificación, ya que sólo cuando concorra ese elemento podrá decirse que el sujeto actúa *en defensa* de la persona o derechos propios o ajenos, *impulsado* por el estado de necesidad, *en cumplimiento* de un deber, etc."⁸⁴

Pero otra parte de la doctrina española ha manifestado su desacuerdo con éste criterio y determina que la totalidad de las causas de justificación no requieren fundamentalmente los elementos subjetivos de justificación.

⁸⁴ Salas Cantora, José A. Ob. cit. p. 574.

Aunque para los finalistas como Weizen, desde una perspectiva de la *teoría del injusto personal*, establecen que las causales de justificación excluyen la antijuridicidad que ha sido indicada por la realización de los elementos del tipo y que para que proceda la excluyente de la antijuridicidad se debe de tomar en cuenta que:

"Las causales de justificación tienen elementos objetivos y subjetivos. Para la justificación de una acción típica no basta que se den los elementos objetivos de justificación, sino que el autor debe conocerlos y tener además las tendencias subjetivas especiales de justificación. Así por ejemplo, en la legítima defensa o en el estado de necesidad (justificante), el autor deberá conocer los elementos objetivos de la justificación (la agresión actual o el peligro actual) y tener la voluntad de defensa o de salvamento. Si faltare el uno o el otro elemento subjetivo de justificación, el autor no queda justificado a pesar de la existencia de los elementos objetivos de justificación."⁹⁸

⁹⁸ Weizen, *Hans. Ob. cit.* p. 100.

A pesar de lo anterior, en la actualidad existen dos posturas en la *teoría del injusto personal*, por medio de las cuales se gestan encontradas opiniones en lo relativo a la existencia necesaria de los elementos subjetivos de justificación. Para algunos tratadistas desde la perspectiva de la *teoría del fin* establecen que es necesario los elementos subjetivos de justificación en virtud de que es relevante la finalidad del autor. En tanto, otros opinan que, desde un punto de vista de la *teoría del resultado*, que para la determinación de la causa de justificación se debe tomar en cuenta sólo el resultado del hecho, rechazando los elementos subjetivos de justificación, los cuales sólo son necesarios en algunos casos. Estas dos corrientes que se gestan, como se verá más adelante, tienen diferentes resultados en cuanto a la manera de resolver sobre la ausencia del elemento interno de la causa de justificación.

4.- Las causas de justificación.

En nuestro ordenamiento positivo las causas que excluyen la *antijuridicidad* se encuentran establecidos en el Código Penal, que de manera no limitativa, sino genérica y enunciativamente el artículo 15 establece las siguientes:

- 1.- Legítima defensa.
- 2.- El estado de necesidad justificante.
- 3.- El ejercicio de un derecho.

4.- Cumplimiento de un deber.

5.- Consentimiento del interesado.

Aunque de manera no limitativa, sino enunciativa, las exculpantes de la antijuridicidad se encuentran previstas en el Código Penal en su artículo 15, conforme la posición unitaria de las causas de exclusión que nuestro ordenamiento jurídico, ello no imposibilita que en la Parte especial de dicho código que se encuentren otras causas de justificación. Por lo cual, de manera especial pasaremos a analizar separadamente las causas de justificación que el artículo 15 del Código Penal establece.

a) Legítima Defensa.

La figura más importante y antigua del Derecho Penal lo constituye la legítima defensa. Probablemente, nació simultáneamente al Derecho Penal. Sus fuentes más remotas se encuentran entrafadas en Roma con la *Ley de Talón* de: ojo por ojo, diente por diente.

Von Liast afirma que la legítima defensa es no sólo un acto no punible, sino además un acto conforme a Derecho²⁶. La legítima defensa tiene su fundamento en el principio general del derecho que dice: el Derecho no debe ceder ante lo injusto.

²⁶ Vela Trevián, Sergio. Ob. cit. p. 25.

Para Welzen la legítima defensa es:

“ . . . aquella requerida para repeler de sí o de otro una agresión actual e ilegítima.”⁹⁷

La definición clásica de la legítima defensa establece que:

“Legítima defensa es la defensa que resulta necesaria para hacer frente a una agresión que resulta necesaria para hacer frente a una agresión antijurídica actual contra uno mismo o contra un tercero.”⁹⁸

Consecuentemente, el que obra en la legítima defensa no obra en situación antijurídica, pues actúa en defensa de su persona o de otra, ya sea atendiendo sus derechos o de los derechos de otro.

El fundamento de la legítima defensa se haya en el principio de interés más preponderante. La excluyente de antijuridicidad prevé un conflicto entre dos intereses, uno ilegítimo (el agresor) y otro legítimo (el defensor), y que el ordenamiento jurídico considera de mayor valor éste último, debido a ello se debe sacrificar el de menor valor que resulta ser el interés ilegítimo, siendo lícita la conducta que produzca la lesión del interés ilegítimo.

⁹⁷ Welzen, *Hans*. Op. cit. p. 100-101.

⁹⁸ Jeschek, *Hans-Helrich*. Op. cit. p. 461.

La legítima defensa se encuentra dentro del principio de interés preponderante, en virtud de que existe conflicto entre dos intereses, por lo cual se debe sacrificar el de menor valor o en su caso, el interés ilegítimo.

Así también, la legítima defensa también se funda en dos principios que son: un principio de protección o autoprotección y un principio de mantenimiento del orden jurídico o afirmación del Derecho. En base ello que se puede afirmar que la persona que obra en legítima defensa, se encuentra conforme a Derecho. Esta idea encierra la doble fundamentación de la legítima defensa entendida en dos aspectos, como lo son el jurídico-individual y el jurídico-social. Es decir, a la legítima defensa se le concibe con la idea de instinto de conservación o en la protección del bien jurídico, que se coordina y convive en armonía con la importancia del fundamento supraindividual de afirmación del Derecho.

El artículo 15, fracción IV, del Código Penal regula la legítima defensa, mismo que establece lo siguiente:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

IV.- Se repela una agresión real, actual o inmeditamente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad en los medios empleados y medie provocación

dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

Del artículo transcrito se desprende que la legítima defensa tiene dos elementos básicos, en ausencia de los cuales la legítima defensa como causa que excluye la antijuridicidad no puede existir:

- 1.- Una agresión.
- 2.- Repeler esa agresión o defensa.

No basta para que la eximente pueda ser tomada en cuenta como excluyente de la antijuridicidad que exista cualquier clase de agresión o cualquier clase de defensa, sino que se reúnan los requisitos que la propia ley establece y que el juzgador debe apreciar.

El artículo 15, fracción IV, del Código Penal establece con precisión la forma como debe ser la agresión y cómo debe ser la defensa, para que la eximente sea aplicable.

Es por lo que la *agresión* se :

“ . . . debe entenderse la amenaza de lesión de intereses vitales jurídicamente protegidos (bienes jurídicos), proveniente de una conducta humana. Por principio, la agresión debe ser una conducta positiva, no un puro ‘no hacer nada’; pero también es agresión la realización de un delito de comisión por omisión, por ejemplo, no llamar a un perro bravo. Para el concepto de agresión es suficiente toda amenaza de lesión de un bien jurídico mediante una conducta humana: no se requiere una acción de lesión final (dolosa).”²⁹

El concepto de *agresión* importa tanto como la *vis* en el Derecho Romano. Este elemento de la legítima defensa es la conducta dirigida a lesionar o poner en peligro a una persona o a otra persona, o a los intereses de éstas.

Para una parte de la doctrina, la agresión es entendida como empleo de fuerza material, es decir, acometimiento. Esta afirmación

²⁹ Welton, *Hann. Ob. cit.* p. 101.

entraña la discusión de que si la agresión, de la legítima defensa, puede ser realizado por *acción*, de manera exclusiva, o bien permite dicho concepto la figura de la *omisión*. El tratadista español Mir Puig expresa que:

“En nuestro país (España) se requiere también que la agresión posea carácter de acción, quedando sólo para los casos de ataque de sujetos que actúan sin acción el estado de necesidad (art. 8,7º). Éste resulta insuficiente para los casos en que la única forma de evitar una lesión grave es causar otra mayor o incluso la muerte al que ataca sin acción. Este inconveniente se evitaría por medio de la figura germánica del ‘estado de necesidad deferutivo’ o ‘defensa contra cosas’ (228 BGB), concebido con la amplitud necesaria para cobijar peligros emanados de las cosas y animales como de sujetos sin acción, pues tal figura permite que cause a éstos un daño superior que el que amenaza, a condición de que el daño causado no resulte por completo ‘desproporcionado’ respecto del peligro.”

“ La posibilidad de que la agresión se halle constituida por una omisión se rechaza lógicamente por quienes conciben aquella como acometimiento y, por tanto, por la jurisprudencia dominante, mas se admite por un sector sin restricciones o limitada al supuesto de que la omisión ponga en peligro un bien jurídico particular, lo que parece

correcto, ya que de lo contrario faltaría uno de los pilares en que se apoya la legítima defensa: el aspecto individual de necesidad de protección de un bien jurídico particular.”¹⁰⁰

Empero, en el Código Penal del Distrito Federal, en su artículo 15, fracción IV, no imposibilita tener un concepto amplio del término *agresión*, en consecuencia, dentro de éste concepto se encuentran comprendidos las figuras de acción y de omisión.

La jurisprudencia mexicana ha establecido por medio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la siguiente definición de agresión en la legítima defensa:

“LEGITIMA DEFENSA. CONCEPTO DE AGRESIÓN.-

Para los efectos justificativos de la exculpante de legítima defensa, por agresión se entiende el movimiento corporal del atacante que amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos y que hace necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza.”

Sexta Epoca:

Amparo directo 5966/57. Rafael Espinosa Díaz y coep. 6 de octubre de 1958. Cinco votos.

¹⁰⁰ Notas de Traductor S. Muir Puig en Tratado de Derecho Penal. Parte General. H-H. Joschick. p. 477-478.

Amparo directo 2223/58. Luciano Arzola González. 23 de octubre de 1958. Cinco votos.

Amparo directo 849/59. Aurelio Garduño Archundia. 16 de noviembre de 1959. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 357/60. Armando Aparicio Fosalta. 29 de marzo de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 4772/60. Manuel Rodríguez Arce. 27 de septiembre de 1960. Cinco votos.

Primera Sala, tesis 1072, *Apéndice* 1988, Segunda Parte, pág. 1704.¹⁰¹

La *agresión* conforme al texto legal del artículo 15 del Código Penal establece los requisitos que tiene que reunir, sin lo cuales no puede ser parte integrante de la legítima defensa son:

- 1.- Ser real.
- 2.- Ser actual o inminente.
- 3.- Ser sin derecho.
- 4.- Lesionar o poner en peligro bienes jurídicos propios o ajenos de que se defienden.

En lo relativo a la característica de que en la legítima defensa la agresión debe ser *real*, debe entenderse que ésta no tan sólo debe existir en la mente del defensor, sino que debe estar plenamente objetivado y darse en la vida real, social y culturalmente

¹⁰⁰ Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995. Tomo III. p. 108.

determinando en el tiempo y espacio. Pues el hecho de que sólo exista en la mente del autor de la defensa más no así objetivamente, provocaría una legítima defensa putativa, que da lugar a el error de prohibición directo, que es tema específico de las causas excluyente de la culpabilidad que se encuentra regulada en el artículo 15, fracción VIII, inciso A, del Código Penal, más no surtiría efecto jurídico alguno como excluyente de la antijuridicidad, pues resulta ser irrelevante para este presupuesto, dado que el autor de la supuesta defensa cree incorrectamente que en su hecho concurre una causa de justificación, misma que en la vida real no hay, por lo cual no existe conciencia de la antijuridicidad, que es elemento de la culpabilidad.

Otro requisito para que se de la legítima defensa es que la agresión deberá ser actual o inmediata. Por agresión actual se entiende que se da cuando el ataque a los bienes jurídicos ha dado comienzo y perdura. En tanto la agresión es inminente cuando aún no a dado inicio la conducta que pone en peligro o pretende lesionar los bienes jurídicos, pero está por nacer de inmediato. En este caso no se requiere que la agresión tenga que dar inicio puesto que esperar que la agresión sea actual podría ocasionar la lesión del bien jurídico que se pretende proteger, lo cual sería irreversible.

El Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito ha establecido la siguiente jurisprudencia:

"LEGÍTIMA DEFENSA.- El ataque es actual cuando reviste caracteres de inminencia o dura todavía, de tal suerte que lo que importa para los efectos de derecho penal, es la amenaza creada por aquél, y no la actualidad de la lesión que sufre quien se defiende, o en otros términos, lo que caracteriza a la legítima defensa es que el rechazo de la agresión se realice mientras ésta persista, esto es, en tanto que pone en peligro la integridad corporal o la vida de quien se defiende y aún la de un tercero."

Octava Época:

Amparo directo 281/88. José Nieves Nieves y otro. 23 de noviembre de 1988. Unanimitad de votos.

Amparo directo 423/88. José Dorado Reveluz. 8 de febrero de 1989. Unanimitad de votos.

Amparo directo 75/91. Willebaldo Mantilla Méndez. 12 de abril de 1991. Unanimitad de votos.

Amparo directo 59/93. Jorge Quiroz Ortega. 4 de marzo de 1993. Unanimitad de votos.

Amparo directo 464/93. Pedro Garzeta Garzeta. 21 de octubre de 1993. Unanimitad de votos.

Teoría VI 2º]/282. Gaceta número 78, pág. 69.¹⁰²

En la legítima defensa la *agresión* debe ser sin derecho. Lo anterior quiere expresar que la conducta que ponga en peligro los

¹⁰² *Ibidem*, p. 348-349.

bienes jurídicos debe ser ilegítima, que se encuentre constituida por una acción humana contraria al Derecho. Aquí es aplicable lo expresado en el segundo capítulo de este trabajo, en el sentido de que necesariamente debe ser la agresión una acción típica que tenga el dolo de contravenir el ordenamiento jurídico en su conjunto. Esta idea queda en armonía con el criterio de que se debe considerar antijurídico todo ataque que el sujeto pasivo no se encuentre obligado a consentir, tal como lo dice Mezger¹⁰⁰.

La acción típica y antijurídica debe lesionar o poner en peligro bienes jurídicos propios o ajenos que se tenga obligación legal de defenderlos. Todo bien jurídico es susceptible de ser defendido, no tan sólo los reconocidos por el Derecho penal, sino también se encuentran comprendidos todos aquellos bienes reconocidos por el Estado. Luego entonces, es susceptible de defensa todo interés jurídicamente protegido.

No puede existir legítima defensa en contra de los inimputables en virtud de que no tienen capacidad de comprensión, pues en este caso sería un estado de necesidad disculpante. De igual forma, no opera la legítima defensa contra un animal feroz, en atención del principio de preponderación de bienes jurídicos, pues es notorio que un animal feroz es menor valor jurídico que la vida de una persona que es el valor preponderante, por lo cual este caso se resolvería como

¹⁰⁰ Mezger, Edmund. *Op. cit.* p. 169.

estado de necesidad justificante, que más adelante se desarrollara. Tanto el animal feroz como el inimputable no pueden actuar injustamente, dado que no tienen capacidad de comprensión, por lo que no se da la legítima defensa en contra de un injusto que no existe.

En tanto la *acción de defensa* es la repulsa de la agresión y que surge con la finalidad de proteger y defender los bienes jurídicos propios o ajenos. La acción de repulsa puede ser acción de defensa u ofensiva; con la primera sólo se pretende proteger los bienes jurídicos protegidos y mientras la ofensiva es una conducta agresiva con el autor del hecho típico y antijurídico

La repulsa de la agresión tiene que reunir los siguientes requisitos para que sean parte integrante de una legítima defensa:

- 1.- Defender bienes jurídicos propios o ajenos.
- 2.- Que la defensa constituya una necesidad racional.
- 3.- Que quien detiene no provoque suficiente e inmediatamente al agresor.

La necesidad de defensa es un requisito esencial para la procedencia de la eximente. Supone que el agredido no tenga otra opción que la de realizar la acción de defensa para repeler el hecho que poner en peligro el bien jurídico protegido, de tal forma que el no realizar la repulsa ocasionaría la lesión al bien jurídico. La acción de

defensa permite la posibilidad de realizarla en favor de intereses propios o de un tercero, por existir obligación de hacerlo.

La acción defensiva sólo será justificada si resulta ser necesaria. Aquí se deberá tomar en consideración por parte del juzgador la totalidad de las circunstancias en las que se den la agresión y la defensa, así como la peligrosidad del agresor y su forma de proceder como también la defensa y los medios que se utilicen. La necesidad de la defensa debe ser valorada objetivamente.

La defensa debe ser proporcional a la agresión requiriendo la comparación de tanto los medios empleados para la agresión y la defensa como de la intensidad del ataque y de la reacción, así como los bienes jurídicos en conflicto. Es por lo que los medios utilizados para la defensa sean racionalmente proporcionales al medio que utiliza el autor de la agresión. La acción defensiva no tiene que ir más allá de la necesaria para neutralizar la agresión, en virtud del principio de la mínima lesión del agresor, dado que conforme al mismo se deben de elegir entre los medios de que se dispone para la defensa, aquél que sea menos dañoso o peligrosos sin que se rehuya la agresión.

El derecho de la legítima defensa se encuentra sometido al principio general del derecho que no está permitido un ejercicio abusivo. Un exceso de la legítima defensa generaría dos situaciones: la

primera, sería un exceso de la acción defensiva producido por el estado de emoción violenta en la que se encuentra el agredido, que puede estar ubicada en una exclusión de la culpabilidad por no poder conducirse con la capacidad de comprensión; la segunda, si no es debido al estado de emoción violenta, se actualiza lo establecido en el artículo 16 del Código Penal, es decir, se considera como un delito culposo las lesiones que se ocasionen, en virtud de haber incumplido el deber de cuidado objetivo. Dicho artículo establece lo siguiente:

Artículo 16.- Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V, VI, del artículo 15, se le impondrá la pena de delito culposo.

Se exige en la defensa legítima que la intensidad y naturaleza de la defensa sea proporcional a la intensidad y naturaleza de la defensa. El requisito de racionalidad se encuentra en su función de moderación entre la defensa y la agresión, pues en tanto sea el grado o intensidad de la agresión deberá ser la defensa a fin de neutralizar aquella.

El principio de ponderación de bienes ejercita su función en la legítima defensa, pues supone que el valor de los bienes jurídicos en conflicto sea proporcionado, de tal suerte que se evite sacrificar un bien jurídico de mayor valor en defensa de otro de menor jerarquía.

No debe provocarse la agresión, pues lo contrario llevaría implícito que se excluya la legítima defensa y se podrían invertir las consecuencias jurídicas a favor del agresor y en lugar de estar frente a una causa excluyente de la antijuridicidad, podría darse la confirmación de este presupuesto.

La legítima defensa presunta la constituye el segundo párrafo de la fracción IV, del artículo 15 del Código Penal, cuando se pretende introducir sin derecho al hogar del agredido, al de su familia, a sus dependencias o a los cualquier persona que tenga la obligación de defender. Esta eximente de la antijuridicidad, se funda en la presunción legal de aquellas personas que se penetran a lugares sin derecho alguno para cometer algún delito. La legítima defensa presunta se funda en una presunción *iuris tantum* y es una situación que pretende estar de acuerdo con el principio de *defensa* de bienes jurídicos.

b) Estado de necesidad.

Es un principio jurídico aquel que establece que no ejecuta una conducta antijurídica el sujeto que actúa en un estado de necesidad previsto en el Derecho Penal. Se dice que el estado de necesidad es:

“ . . . una situación de amenaza de un mal grave, para el sujeto o un tercero, que sólo puede ser evitado mediante la

realización de una conducta típica que lesiona bienes jurídicos ajenos o infringe deberes.”¹⁰⁴

El artículo 15, fracción V, del Código Penal establece el estado de necesidad en los siguientes términos:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

En el estado de necesidad existen dos requisitos esenciales para que proceda la eximente:

- 1.- La situación de necesidad.
- 2.- La conducta que el sujeto realiza para salir de ella.

El primer aspecto contiene un conflicto valorativo de bienes o deberes jurídicos. El segundo punto consiste en la acción u omisión típica que lesiona un bien jurídico tutelado o infringe un deber.

¹⁰⁴ Salas Cantero, José A. Ob. cit. p. 603.

Entre las clases del estado de necesidad justificante se puede distinguir entre el *auxilio propio* y el *auxilio a un tercero*. Ambas clases de estados de necesidad los permite el artículo 15, fracción V, del Código Penal. Cuando se trata de realizar una conducta para evitar que se lesione un bien jurídico de su persona o derechos del sujeto que emprende la conducta, se trata de un *auxilio propio*, que el precepto en cita lo acoge al decir "se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio". Pero existe el *auxilio a tercero* cuando el sujeto realiza la acción u omisión típica para eludir el mal que pone en peligro a una persona o otros bienes jurídicos de un tercero; igualmente, el artículo 15, fracción V, establece esta posibilidad al establecer la disyuntiva de ". . . salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno. . .".

En el estado de necesidad se pueden apreciar dos clases: el estado de necesidad objetivo y el estado de necesidad subjetivo. La primera eximente se puede encontrar cuando los bienes jurídicos en conflicto son de diferente valor, por lo que debe prevalecer el de mayor valor, sacrificando aquel que sea de menor jerarquía. En tanto, el estado de necesidad subjetivo se haya cuando los bienes jurídicos que se confrontan son de igual valor, debiéndose sacrificar uno de ellos, como es el caso de la tabla de los romanos. Sin embargo, ésta eximente se le conoce también con el nombre de estado de necesidad disculpante, que excluye la culpabilidad, como otro presupuesto de la

punibilidad, pero no excluye la antijuridicidad que sólo la excluye la primera eximente, que se conoce como estado de necesidad justificante.

A mayor abundamiento, la naturaleza del estado de necesidad se encuentra en función de la clase que se trate, pues:

"El estado de necesidad objetivo es una causa de justificación; la conducta típica que para evitar un mal mayor, causa un mal de menos importancia, es una conducta lícita. Éste es el estado de necesidad que corresponde estudiar en este lugar".

" El estado de necesidad subjetivo es una causa de exclusión de la culpabilidad con fundamento en el principio de no exigibilidad. La conducta del sujeto será antijurídica, pero no le podrá ser reprochada a su autor (éste no será culpable) porque, tenidas en cuenta las circunstancias concurrentes, no le puede ser exigido un comportamiento distinto al que ha realizado. Aquí nos interesa, en razón de su naturaleza, el estado de necesidad objetivo; al subjetivo volveremos a referirnos al estudiar las causas de inculpabilidad."¹⁰⁵

Es con lo anterior, que se puede bifurcar la esencia del estado de necesidad en: estado de necesidad justificante y el estado de necesidad

¹⁰⁵ *Ibidem* p. 605.

disculpante. El primero excluye la antijuridicidad y el segundo de ellos a la culpabilidad, que son dos diversos presupuestos de la punibilidad y por lo tanto sus excluyentes corresponden a diversos niveles de la estructura del delito.

El fundamento del estado de necesidad objetivo es el principio de interés preponderante, pues al darse el conflicto entre dos intereses, uno de mayor valor que el otro, el propio ordenamiento jurídico determina que debe prevalecer el de mayor estima, considerando lícita la acción u omisión que lesiona el otro bien jurídico de valor inferior.

Existen diferentes teorías que interpretan al estado de necesidad. La primera que surgió, se basó en el pensamiento de Kant, con el nombre de la *teoría de la adecuación*, con la cual se estableció que la acción ejecutada en estado de necesidad no se consideraba como "inculpabilis", debido a que la existencia de la situación de necesidad no impide que contravenga el imperativo categórico, mas sí como "impunibilis", ya que cuando se da una coacción irresistible no puede determinarse al autor a actuar conforme a Derecho. Por ello el estado de necesidad no podía ser castigado por el principio de equidad. Después surgió la posición de que el ordenamiento jurídico retira sus mandatos y prohibiciones, en determinados casos que lo dejaba en el esfera de la conciencia del individuo, llamando a esta posición *teoría de la exención*. Empero, gracias a Hegel, emergió la corriente que

determinaba que en el caso de colisión entre bienes jurídicos de diferentes valor (la vida y otros bienes de menor valor), existe un "derecho de necesidad" en beneficio del bien de mayor valor, asignándole a ésta corriente intelectual *teoría de la colisión*. Goldschmidt creó la *teoría de la diferenciación*, a través de la cual se logró la distinción entre el estado de necesidad justificante y del disculpante. Según éste autor, los casos de estado de necesidad justificante son: la defensa de cosas, estado de necesidad jurídico-civil, el estado de necesidad "supralegal" (reconocido por la jurisprudencia alemana y la doctrina a partir del principio de la ponderaciones de bienes y deberes); además constituyen estados especiales de necesidad justificante los casos de: las indicaciones médicas, la eugénica, ética y de necesidad previstas para la interrupción del embarazo. Es así que el estado de necesidad justificante se contrapone con el estado de necesidad disculpante, teniendo diversas soluciones y consecuencias jurídicas dentro de la estructura del delito y sobre todo de la forma que se resuelven de acuerdo con los presupuestos de la punibilidad que se trate, tal y como quedo expresado en líneas anteriores.¹⁰⁸

En Alemania existen cuatro preceptos que regulan el estado de necesidad, desprendiéndose de los mismos las especies: el estado de necesidad defensivo o de cosas, el estado de necesidad agresivo previstos en el Derecho civil y el estado de necesidad justificante que

¹⁰⁸ Jeschek, Hans-Heinrich. Ob. cit. p. 493-494.

se le conocía antes de 1975 como "supralegal" y el exculpante contenido en el Código Penal Alemán.

De acuerdo con el Derecho Penal mexicano no existe multiplicidad de regulaciones que se regulan en Alemania para el estado de necesidad, pues todas las formas de estado de necesidad se hayan en el Código Penal para el Distrito Federal en una sola eximente establecida en el artículo 15, fracción V, de dicho ordenamiento, en atención de que en ella se ubica en forma genérica el estado de necesidad, pero no imposibilita que existan diversas excluyentes en la parte especial del Código Penal. Comparada con las modalidades alemanas la excluyente contenida en el artículo 15, fracción V, del Código Penal da lugar a el estado de necesidad agresivo jurídico civil y al justificante que por separado trata la legislación alemana.

No obstante que la naturaleza y el fundamento tanto del estado de necesidad como de la legítima defensa son semejantes, por estar dentro del principio de interés preponderante, existen diferencias marcadas entre dichas eximentes de la antijuridicidad, tales como:

"... la legítima defensa es reacción mientras que el estado de necesidad es acción; la legítima defensa es contraataque, y el estado de necesidad ataque; en el estado de necesidad se presenta el conflicto entre intereses legítimos, ambos

protegidos por el Derecho, en la legítima defensa del conflicto lo es de interés legítimo e interés ilegítimo.”¹⁰⁷

Para que la conducta típica del sujeto sea lícita por cuestiones de estado de necesidad, se deben reunir determinadas condiciones. Los elementos del estado de necesidad justificante, según se desprende del artículo 15, fracción V, son los siguientes:

- 1.- Existencia de un peligro.
- 2.- Que sea real.
- 3.- Que sea actual o inminente.
- 4.- Que no sea ocasionado dolosamente el autor del estado de necesidad.
- 5.- Que no exista otro medio practicable y al alcance del autor.
- 6.- Que el autor no tenga deber jurídico de afrontar el peligro.

De la lectura del artículo 15, fracción V, del Código Penal se establecen los requisitos del estado de necesidad justificante que se centran en cómo debe ser la situación de necesidad y cómo tiene que ser la conducta del sujeto, para que la causa de justificación prospere.

En relación de cómo ha de ser la situación de necesidad, el propio artículo 15, fracción V del Código Penal, señala que la amenaza consiste en un *mal* que supone un peligro para un bien jurídico propio

¹⁰⁷ Salva Cantero, Jose A. Ob. cit. p. 606.

o ajeno, mismo que sólo puede evitarse mediante la destrucción de otro bien o el incumplimiento de un deber jurídico.

Aunque la ley expresamente no lo señala, la doctrina ha establecido que el mal que amenaza debe ser grave, ya que debe entenderse implícito en la frase de "estado de necesidad", pues según Córdoba Roda:

"... el mal debe merecer un juicio desvalorativo (considerarse mal) para la sociedad estatal, por lo que no merecerá la consideración del mal el que sólo desde el punto de vista individual alcance ese calificativo."¹⁰⁸

El peligro debe ser actual o inminente, pues para que puede considerarse plenamente la justificante, el estado de necesidad debe ejecutarse cuando se ejecuta la conducta que pone en peligro los bienes jurídicos tutelados o cuando se pretenda lesionar los bienes jurídicos de mayor valor, aunque la conducta lesiva no haya dado inicio.

El estado de necesidad debe ser absoluto, esto es quiere decir que supone que el sujeto no tenga otro medio menos perjudicial que la conducta típica a fin de sortear el mal que amenaza o pone en peligro

¹⁰⁸ Citado por Salas Cantero, José A. *Ibidem* p. 607.

al bien jurídico que se pretende salvar. Este requisito se encuentra plenzamente expresado en el artículo 15 en comento.

Otro requisito que exige la propia ley penal para el estado de necesidad es que el mal no sea *ocasionado dolosamente por el agente*, pues el hecho de que el supuesto mal se origine por el autor del hipotético estado de necesidad puede conducirse a que se revierta las consecuencias jurídicas de la situación y en lugar de eximente de la antijuridicidad se llegue a la conclusión de estar en presencia de un hecho típico y antijurídico.

Respecto de la *situación de necesidad*, la doctrina la entiende como *situación de peligro* con lo que se excluye la estimación de la eximente en cuanto el sujeto haya ocasionado el peligro para el bien jurídico, aunque no haya tenido la intención de provocar el estado de necesidad que es una situación de riesgo para un bien jurídico que exige además que se dé colisión de bienes jurídicos.

También es importante destacar para que se estime el estado de necesidad justificante se requiere condiciones en relación a la conducta que ejecuta el sujeto de la eximente, pues a través de su conducta destruye el bien jurídico que entra en conflicto con el amenazado.

El perjuicio o mal que cause el sujeto debe ser de menor valor que aquel que se trata de evitar. Esta circunstancia obliga a quien examina la causa de justificación que se evalúe los bienes jurídicos que entran en conflicto, es decir, entre el mal ocasionado y el que se pretende eludir. Esta cuestión no se realiza exclusivamente con un método comparativo de los bienes en conflicto, sino que, según Córdoba Roda, que la medida del mal ha de realizarse tomando en cuenta los bienes jurídicos en conflicto, la intensidad del ataque y consideraciones ético-sociales determinantes del juicio desvalorativo de la sociedad; ahora bien, en lo que atañe a cómo determinar el criterio de valoraciones sociales de los bienes en conflicto, dicho tratadista dice que la doctrina jurisprudencial ha entrado a estas valoraciones:

“ La prevalencia atribuida al interés personal sobre el público, la consideración de la vigencia de la situación respectiva, y la mayor significación conferida a lo concreto - vida e integridad de una persona individualizada- sobre lo abstracto -seguridad en el tráfico, fe pública- traslucen sin duda en la jurisprudencia valoraciones existentes en la sociedad actual.”¹⁰⁹

Pero Sainz Cantero no está de acuerdo con esta posición, pues él determina que el criterio preponderante para establecer la

¹⁰⁹ Córdoba Roda, J. Comentarios al Código Penal. Tomo I. p. 291. Citado por Sainz Cantero, José A. Op. cit. p. 611.

valoración de los bienes jurídicos en conflicto se contienen en la propia ley, ya que a través de la pena que se decretan en el Código Penal para cada delito en particular a la lesión de los bienes jurídicos que se pretende proteger, se podrá determinar cual de ellos es de mayor valor, pues será de mayor valor el bien que sea mayormente castigado y a la inversa.

Otro requisito para la causa de justificación en estudio, es que el agente del estado de necesidad "no tuviere el deber jurídico de afrontarlo". Esta requisito exige que el necesitado no esté obligado a soportar el riesgo o sufrir el mal que amenaza en sus bienes jurídicos. En virtud de que el precepto enuncia la figura jurídica de el deber jurídico, es por lo cual que se debe examinar el ordenamiento jurídico en su conjunto para determinar si el necesitado, de acuerdo con su situación personal, está o no obligado a tener que soporta la lesión o puesta en peligro de sus bienes jurídicos.

En relación al estado de necesidad, existen la eximente putativa, que se da cuando el sujeto (necesitado) cree erróneamente que se encuentra en una situación de necesidad, por lo que ejecuta una acción típica para pretender salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno. Este caso no se resuelve en el terreno de la antijuridicidad, sino que es una cuestión que afecta a la culpabilidad, debido a la ausencia de la conciencia de la antijuridicidad, por lo cual al autor no le puede ser exigible tal hecho.

El Código Penal establece expresamente dos estados de necesidad justificante además de la regla genérica que prevé en el artículo 15, fracción V, del Código Penal, siendo estos casos los siguientes:

1.- El aborto terapéutico a que se refiere el artículo 334 del Código Penal, mismo que establece:

Artículo 334.- No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligroso la demora.

2.- El robo de familiar a que se refiere el artículo 379 del Código Penal, el cual dice lo siguiente:

Artículo 379.- No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

Una parte de la doctrina mexicana, ha establecido que las causas de justificación son el contenido de preceptos permisivos o llamados

tipos permisivos o tipos de justificación que autorizan al autor a la realización del tipo sistemático. Es decir, la causa de justificación que excluye la antijuridicidad es un derecho o una obligación para ejecutar el tipo sistemático de un delito. Por ello, la causa de justificación es un hecho típico doloso, con dolo bueno, pero no antijurídica. La causa de justificación no hace que una acción antijurídica pierda su antijuridicidad, sino que forma parte de un hecho que nace como no antijurídica que surge conforme a derecho desde su inicio.

Las causas de justificación está establecida expresa y limitativamente, pero el contenido de algunas se encuentran en otras ramas del Derecho.

c) Cumplimiento de un deber.

El artículo 15, fracción VI, del Código Penal establece:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

La exigente de cumplimiento de un deber encuentra su fundamento en el principio de interés preponderante. Como se ha expresado, el ordenamiento jurídico impone el deber a determinadas personas de realizar acciones u omisiones que son típicas y que implican la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de particulares o de la sociedad. Considerando al ordenamiento jurídico como una unidad, en el cual se contiene simultáneamente la censura mediante la amenaza de la punibilidad a determinadas personas para ejecutar una acción o de realizar una omisión, por que lesionaría o pondría en peligro bienes jurídicos protegidos por el tipo penal, también establece ordenes o deberes jurídicos a otras personas cuyo cumplimiento es obligatorio por estar decretado en la ley, consistente en normas preceptivas, aún cuando lesionen o pongan en peligro otros bienes jurídicos. Esta cuestión se resuelve por el principio de interés preponderante, con el amparo del ordenamiento jurídico, a pesar de que en relación de que una misma conducta pueda estar ordenada por el Derecho y por otro lado, se considere contraria al Derecho por estar tipificada como un delito en la ley penal. Dicha problemática es aparente dado que el ordenamiento jurídico establece cual es el mandato que debe predominar.

Por lo anterior, la conducta que se realice con motivo del cumplimiento del mandamiento que ordena el Derecho, es sin más justificada y por ello opera la exigente de antijuridicidad. Existen requisitos y condiciones que el artículo 15, fracción VI; del Código

Penal establece para la apreciación de esta eximente, que se pueden fraccionarse en:

- 1.- Existencia de un deber jurídico.
- 2.- Que el sujeto con su actuación no exceda de los límites permitidos para el cumplimiento del deber.
- 3.- Que se ejecute una acción típica en cumplimiento del deber jurídico impuesto por el ordenamiento jurídico.
- 4.- Que el sujeto de la eximente tenga voluntad de actuar conforme a Derecho, en cumplimiento del deber.

En relación a la existencia de un deber jurídico en la eximente, es un elemento importante para la configuración de la misma, pues el autor de la conducta debe estar obligado a realizarla aun cuando se encuentre tipificado en la ley penal. La fuente en que se halle el deber jurídico puede emanar de la ley, un reglamento, estatuto o cualquier ordenamiento jurídico reconocido formalmente por el Estado.

También el sujeto de la legítima defensa en la forma de cumplimiento de un deber no tiene que rebasar los límites o medidas del cumplimiento del deber, ya que si se rebasa esos límites, no procede la eximente.

En esta eximente el elemento subjetivo de justificación tiene un rol importante en la conformación de la excluyente de antijuricidad,

pues para la opinión de algunos tratadistas, el hecho de que el autor tenga conocimiento pleno de la norma que justifica su actuación es relevante pues se requiere conocer el contenido de la norma que la ampara, pues la ley así lo determina en la frase de la acción u omisión se realice "en" cumplimiento de un deber jurídico, por lo que vocablo "en" expresa la idea de necesitar el elemento subjetivo de justificación. Sin embargo existe opinión en contra que dice que la palabra "en" contenido en el artículo 15, fracción VI, del Código Penal, es un proposición que indica en qué lugar, tiempo o modo se determina la acción del verbo a que se refiere.

d) Ejercicio de un derecho.

La acción u omisión que se realiza en ejercicio de un derecho es una causa de justificación como lo indica el artículo 15, fracción VI, del Código Penal, mismo que establece lo siguiente:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

El fundamento de la causa de justificación encuentra su fundamento en el principio de interés preponderante, dado que evita que el ordenamiento jurídico incurra en contradicción en lo que respecta si a una conducta, por una parte, la prohibiera y, por otra parte, determina conforme a Derecho esa actuación.

Los requisitos que exige el ordenamiento para la estimación de la eximente son los siguientes:

- 1.- Existencia de un derecho a actuar.
- 2.- Que el sujeto en su actuación no exceda los límites determinados al derecho en que se funda la conducta.
- 3.- Que para el ejercicio del derecho sea necesario la realización de una conducta típica.
- 4.- Voluntad del sujeto de actuar conforme a derecho.

A fin de que la eximente sea procedente, la fuente que la origina es precisamente un derecho, el cual puede estar reconocido en una disposición de cualquier rama del Derecho. Sin embargo, el realizar una conducta fundada en un derecho reconocido no es suficiente para configurar la excluyente de antijuridicidad, sino que además se realice con base en ella un conducta típica. Es bastante importante precisar que el derecho en que se base el autor para realizar su conducta debe estar plenamente reconocido por el Derecho, pues no es suficiente que sea un probable derecho o expectativa de derecho, debido a que

la legitimidad del derecho en cuestión debe ser tajantemente determinada, ya que lo contrario estaría en contra del principio de seguridad jurídica, pues precisamente el ejercicio de un derecho implícitamente exige haber cumplido los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en relación con el artículo 17, existe el límite jurídico para el ejercicio de un derecho, pues para mayor ilustración dicho precepto establece:

Artículo 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil.

Como lo establece dicho precepto constitucional, ninguna persona puede hacerse justicia por su propia mano para reclamar su derecho, pues sólo la excepción tendría cabida cuando no existiendo

otros medios que emplear se tenga que hacer uso de la autodefensa con propia mano, siendo una conducta realizada por vía de excepción ya que se realiza la conducta típica sin que mediara los procedimientos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Al igual que la excluyente de antijuridicidad del cumplimiento de un deber jurídico, el ejercicio de un derecho tiene como frontera que en el actuar del sujeto no se excedan los límites impuestos al derecho en cuyo ejercicio descansa la conducta típica, pues lo contrario acarrearía que no opere la excluyente.

La conducta típica debe ser el último medio o recurso del autor de la misma, pues el ejecutante tiene la obligación de que sea la última vía, en virtud de que el artículo 15, fracción VI, establece que debe haber "necesidad racional del medio empleado".

Sólo opera la excluyente si para el ejercicio de ésta sea necesaria la realización de una conducta típica, pues se debe utilizar la vía menos perjudicial en el ejercicio del derecho. Lo anterior se apoya en la frase que dice que la conducta no debe realizarse "con el sólo propósito de perjudicar a otro". En este elemento exige un elemento subjetivo del injusto, ya que establece que debe haber propósito de dañar al oponente en el ejercicio del derecho.

También en el ejercicio de un derecho es aplicable lo dicho en la eximente de cumplimiento de un deber jurídico en la cuestión del elemento subjetivo de justificación, por lo que son aplicables los mismos argumentos.

La eximente putativa por el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber jurídico, consiste cuando el autor cree erróneamente que se dan los presupuestos objetivos que requiere la eximente, pero en la vida real, social y culturalmente determinada, no se dan dichos presupuestos. La eximente putativa se resuelve a través de las reglas del error de prohibición, por que el problema gira en la culpabilidad, mas no en la antijuridicidad.

Por último, abarcando las eximentes de cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, dada la similitud de su naturaleza, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en jurisprudencia firme que para que procedan como eximentes de responsabilidad deben estar contempladas en el ordenamiento jurídico, cualquiera que sea la materia, pues una causa de justificación que se basa en estas formas deben respaldarse en el ordenamiento jurídico de acuerdo con la concepción unitaria de las causas de justificación, por lo que así se desprende de la jurisprudencia que dice:

**“CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE
UN DERECHO, NATURALEZA DE LAS EXCLUYENTES**

DE.- Para que la causa de justificación relativa al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y derechos estén consignados en la ley."

Sexta Época:

Amparo directo 3337/56. Miguel Jiménez Nolasco. 20 de julio de 1957. Unanimitad de cuatro votos.

Amparo directo 2483/57. José María Ibarra Orosa. 6 de noviembre de 1957. Cinco votos.

Amparo directo 1251/57. Francisco Ríos Hernández. 16 de julio de 1958. Mayoría de cuatro votos.

Amparo directo 5966/57. Rafael Espinoza Díaz y coags. 6 de octubre de 1958. Cinco votos.

Amparo directo 808/68. Miguel Álvarez Granillo. 22 de junio de 1968. Unanimitad de cuatro votos.

Primera Sala, tesis 571, *Apéndice* 1988, Segunda Parte, pág. 980.¹¹⁰

Aunque falta un apartado en el presente capítulo especial para la causa de justificación que se ubica en el consentimiento del interesado, no importando el lugar, pero si el hecho de tratarla, dicha

¹¹⁰ *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988. Tomo III. p. 68.*

excluyente se establece en el artículo 15, fracción III, del Código Penal, mismo que dice:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

III.- Se actué con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

Esta eximente encuentra su fundamento en el principio de ausencia de interés, en virtud del cual no se considera antijurídica la acción que lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado que su titular no tiene interés en ser protegido. Tiene dos formas la eximente en estudio: el *consentimiento del lesionado* y el *consentimiento presunto*.

Aunque la eximente en estudio se llama consentimiento del interesado, también, de acuerdo con el artículo 15, fracción III, del Código Penal, permite deducir una figura similar consistente en la

ausencia de interés del ofendido, pues no es lo mismo el consentimiento del interesado en donde se puede considerar la voluntad del ofendido expresando su consentimiento sobre la acción u omisión típica ejecutada en el bien jurídico y otra cuestión es el hecho de que no considerando la voluntad del titular del bien jurídico que se lesiono o que se puso en peligro, no existe persona alguna que exprese la petición de protección del bien jurídico que es disponible, por lo tanto, no se configura la antijuricidad del hecho. Es decir, el punto de diferencia estriba en que en el primer caso, consentimiento del interesado sí existe persona legitimada para expresar la voluntad, pero en el segundo caso, ausencia de interés, no existe persona que solicite la protección que ofrece el tipo para el bien lesionado, por lo tanto, no hay querrela y no se puede dar inicio al procedimiento penal que determinará como antijurídico o no el hecho.

El consentimiento del sujeto pasivo excluye la antijuricidad cuando la tutela que otorga el tipo al bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta típica se encuentra sujeto a que el titular del bien tenga interés en su protección.

Cuando el titular del bien jurídico carece de interés en la protección del bien jurídico que el tipo penal le ofrece, y se ejecuta en el bien una acción u omisión típica, luego entonces la conducta realizada en el bien no es antijurídica, dado que existe un consentimiento presunto o expreso del titular del bien.

Pero es necesario advertir, que sólo el consentimiento expreso o presunto del titular del bien opera en los delitos que se persiguen a petición de parte o de querrela, mas no así en los delitos que se persiguen de oficio, en virtud de que en estos casos no opera el principio de la autonomía de la voluntad, sino la voluntad del legislador al considerar los aludidos delitos como del orden público, por ello es solo en los delitos que se persiguen por querrela, en donde el interés del afectado determina el inicio del procedimiento penal para el ejercicio de la acción penal o, por el contrario, la determinación de que la conducta típica no es antijurídica ya que no existe voluntad de protección del bien jurídico. En otras palabras, se entiende que el bien se encuentra disponible cuando se trata de delitos que se persiguen por querrela, en tanto que los delitos que se persiguen de oficio se tratan de bienes que no son disponibles por son bienes de trascendencia que están incorporados en el de orden público, por lo que se deberá estar a lo previsto en el Código Penal y en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal o el ordenamiento jurídico que se trate.

La eficacia de la eximente se encuentra íntimamente ligada al área del tipo del delito que se trate, pero teniendo en cuenta los requisitos que exige el artículo 15, fracción III, del Código Penal.

En otros términos:

"... puede decirse que el consentimiento del ofendido es eficaz, por regla general, cuando la protección del bien jurídico que lesiona o pone en peligro la acción típica, está condicionada al interés del sujeto pasivo (la mayoría de los delitos contra la propiedad, delitos contra el honor, contra la libertad, algunos de los delitos contra la libertad sexual, etc.). Es irrelevante cuando la tutela del bien jurídico se hace sin tener para nada en cuenta el interés de su titular (delitos contra la vida, contra la salud...".¹¹¹

Los requisitos que se exigen para que opere la eximente de responsabilidad penal en los casos del consentimiento del interesado que el artículo 15, fracción III, establece son los siguientes:

- 1.- Que el bien jurídico sea disponible.
- 2.- Que el titular del bien tenga capacidad jurídica para disponer del bien en cuestión.
- 3.- Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin ningún vicio de voluntad.
- 4.- O bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que se presuma el consentimiento del ofendido.

¹¹¹ Salas Cantora, José A. Ob. cit. p. 577-578.

El consentimiento del interesado debe presumirse que se haya otorgado de manera costánea a la realización del hecho típico, pues un consentimiento posterior es irrelevante, pues produce los efectos jurídicos del perdón en aquellos delitos que los permiten, tal como lo establece el artículo 93 del Código Penal.

Debe ser un acto libre y espontáneo la emisión del consentimiento del ofendido, ya que cualquier vicio de voluntad produce los efectos de inexistencia del acto jurídico en los términos que el Derecho establece, motivo por el cual no produce eficacia.

Además la persona que emita el consentimiento de la realización del hecho típico en el bien tutelado que es titular, debe tener capacidad jurídica para disponer de dicho bien, pues ha de tener que comprender las consecuencias que se pueden derivar de su anuencia. No es suficiente que el lesionado tenga capacidad para realizar negocios jurídicos del derecho civil o su edad, sino para que produzca eficacia el consentimiento en términos jurídico-penal, se tiene que examinar el caso en particular del tipo que se trate, ya que se debe analizar si el lesionado u ofendido posea la capacidad de juicio necesaria y si el consentimiento corresponde a la verdadera voluntad del lesionado. Esta cuestión tiene importancia práctica en los ataques sexuales contra menores.

Existen dos tipos de consentimiento: el expreso y el presunto. El primero de ellos consiste en que el titular del bien jurídico tutelado emite su consentimiento de manera directa en relación a la lesión o puesta en peligro del bien, de manera libre y espontánea a través de los medios respectivos. En el segundo de los casos, ocurre cuando por medios indirectos se pueda determinar que el titular del bien tutelado, hubiera consentido el hecho de estar presente en la ejecución del mismo. En otras palabras, el llamado consentimiento presunto produce que:

“ No actúa antijurídicamente el que obra en circunstancias tales que, de conocer el lesionado la situación de hecho, habría consentimiento eficazmente en la acción”.

“ Motivan esta ampliación del campo del consentimiento en el derecho penal, casos como éstos (*Lehrb.*, 219) : la irrupción en la casa de un vecino, durante la ausencia de éste, para reparar la cañería del agua que ha reventado; la apertura de una carta dirigida a un amigo, para que no quede desatendido un pedido urgente . . . ; una intervención quirúrgica realizada por un médico a un accidentado que ha perdido el conocimiento . . . En todos estos casos, falta un consentimiento real y, como tal, válido; pero evidentemente el lesionado lo habría otorgado si hubiera tenido conocimiento de la situación de hecho por la que atravesaba,

y por lo tanto tales casos deben ser considerados como si el consentimiento hubiese sido otorgado de verdad.”¹¹²

En ambas formas de consentimiento es aplicable lo establecido por Welzen:

“Es conforme a derecho el hecho ejecutado en el interés material del (formalmente) ofendido, si según un juicio objetivo hubiese podido esperarse su consentimiento.”¹¹³

Esta causal de justificación tiene su fundamento en el principio que dice es jurídica la conducta que emplea un medio justo para un fin justo. La razón de la eximente no es la renuncia del interés del ofendido, sino el actuar positivo en su interés. La gestión de negocios sin mandato es una de la probables formas de esta causa de justificación. El artículo 1896 del Código Civil establece:

Artículo 1896.- El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio.

La doctrina ha creado la *teoría del consentimiento*, mediante la cual se estudia y sistematiza la exclusión del injusto mediante el consentimiento del ofendido, la cual debe solucionar dos cuestiones:

¹¹² Meuser, Edmund. Ob. cit. p. 166-167.

¹¹³ Welzen, Hans. Ob. cit. p. 111.

la cuestión que atañe al ámbito de la eficacia del consentimiento y la que se refiere a los presupuestos necesarios para emitir dicho consentimiento.

En cuanto a la eficacia del consentimiento se puede decir que el éste no puede excluir el injusto en todos los hechos punible, en virtud de que el hecho de matar al quien libremente lo expresa y consiente, continua siendo injusto la acción u omisión que así se conduce, toda vez que el delito de homicidio se encuentra sujeto a las normas de orden publico, por medio de las cuales se establece que el homicidio es un tipo que se persigue de oficio, siendo aquí irrelevante la voluntad del ofendido. El ámbito de eficacia del consentimiento se encuentra limitado a que cumpla los requisitos que la ley penal establece, pues no opera el consentimiento cuando el bien no se encuentra disponible, conforme la fracción III, del artículo 15, del Código Penal.

Como se ha visto, los presupuestos necesarios para emitir el consentimiento se encuentran delimitados en el artículo 15, fracción III, del Código Penal, y los cuales ya se han analizado en líneas anteriores. No obstante lo anterior, existen teorías que interpretan los requisitos que debe tener el consentimiento para que sea eficaz. Dichas teorías pretenden determinar el conocimiento de la esencia del consentimiento jurídico penal. La corriente dominante se aleja

determinadamente de la teoría del negocio jurídico, para apoyar la teoría de la acción jurídica, por medio de la cual:

"... para admitir un 'consentimiento' en el sentido jurídico-penal y con eficacia jurídico-penal, no se deben emplear los principios del derecho civil sobre la declaración de la voluntad (teoría de la declaración de la voluntad), sino que es suficiente que exista en el que otorga el consentimiento, una dirección reconocible de la voluntad (teoría de la dirección de la voluntad) ."¹¹⁶

¹¹⁶ Meager, *Edmund. Ob. cit.* p. 165.

CAPITULO IV.

PROBLEMÁTICA DE LA AUSENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO O INTERNO EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

1.- Criterios para determinación de la procedencia de las causas de justificación.

Los criterios para determinar la procedencia de las causas de justificación son diversos atendiendo la posición del tratadista y la sistemática del ordenamiento jurídico en el cual se apoyen.

La procedencia de la causas de justificación se encuentra vinculada con el concepto de antijuridicidad, en virtud de que éste elemento es un presupuesto de la punibilidad, siendo importante su significado material y formal para determinar la contravención del hecho con el ordenamiento jurídico, pero como éste elemento admite sus excepciones o elementos negativos de la antijuridicidad, como lo son las causas de justificación, las mismas se encuentran en función para determinar su naturaleza del concepto de antijuridicidad como un elemento de la estructura del delito. Es decir, si no existe

conceptualmente hablando como elemento del delito la antijuricidad o antijuridicidad, no se pueden dar sus elementos negativos, siendo las causas de justificación.

La determinación de las causas de justificación se encuentran relacionadas directamente con la sistemática en la cual se funden. Es decir, los puntos esenciales de los diversos criterios son los siguientes:

1.- Las causas de justificación se encuentran reguladas por el principio de *regla-excepción*, es decir, debido a que, como regla general, la tipicidad del hecho conduce a una presunción de antijuridicidad, sólo podrá ser destruida, vía de excepción, a través de una causa de justificación.

2.- Es por ello, que la relación de los componentes decisivos lo son: "norma prohibitiva-causal de justificación".

3.- Existen dos teorías que explican, desarrollan y fundan las causas de justificación: la monista y la pluralista. La primera pretende buscar el fundamento y creación de las causas de justificación bajo un mismo principio. La segunda teoría establece que el fundamento de las excluyentes de la antijuridicidad se encuentran en diversas ideas, surgiendo los principios rectores de la ponderación de bienes y la de ausencia de interés.

4.- Surge conforme al principio de ponderación de bienes, el criterio de valoración de bienes, en base al cual debe predominar el bien jurídico de mayor valor.

5.- La existencia de los elementos subjetivos de justificación. Es decir: la teoría del injusto personal bifurca su naturaleza en dos criterios: la del resultado y la del fin. Todo de acuerdo a que criterio se utilice se determinan si procede o no la causa de justificación cuando sólo se dan los presupuestos objetivos de la excluyente de responsabilidad penal.

6.- Existen causas de justificación específicamente delimitadas en la parte general del Código Penal que tiene respectivamente reglas objetivas como subjetivas para la configuración como eximentes.

7.- Existen otras causas de justificación que se pueden deducir de la parte especial del Código Penal, sin embargo se encuentran comprendidas en los géneros próximos del artículo 15 del Código Penal.

Como se puede observar de los diversos criterios en cuestión que existen en relación de la procedencia de las causas de justificación son abundantes, pues radican de acuerdo con la posición doctrinaria y a su vez de acuerdo con el ordenamiento jurídico en el cual se respalden. La doctrina como el ordenamiento jurídico no se

encuentran abismalmente separados, pues es frecuente en materia penal que coexistan en armonía jurídica, aunque la doctrina no forma parte formalmente de la fuente del Derecho Penal, pero si proporciona el argumento necesario para la interpretación de la ley penal. En algunos países como Alemania y España, los pensamientos de los tratadistas son importantes para los avances legislativos en la creación de la ley penal. Tan es así esa circunstancia que gracias al pensamiento finalista de Welzen que el Derecho Penal tuvo que cambiar su estructura del delito establecido en la ley a fin de que pudiera concordar con los avances de la ciencia jurídica.

Es bien importante que la corriente dominante de la teoría del delito, que resuelve el problema de la antijuridicidad y las causas que la excluyen, considera que el autor de una eximente de antijuridicidad debe reunir dos elementos: el elemento objetivo y el interno. El primero de los mencionados consiste en los presupuestos objetivos y reales de la eximente. El segundo consiste en la voluntad del autor de la eximente, pues debe ser conocedor pleno que le concurre una causa de justificación.

Los criterios para la procedencia de las causas de justificación, además de ser tema tratado por la dogmática jurídica, también la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido su criterio contenido en algunas jurisprudencias que han quedado firmes y con lo cual dicho tribunal participa en la integración de los criterios para

las excluyentes de antijuridicidad y para mayor abundamiento se transcriben las siguientes jurisprudencias firmes:

"EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. DEBEN DEMOSTRARSE PLENAMENTE.- Las excluyentes de responsabilidad penal deben comprobarse en forma plena, a fin de que el juzgador pueda otorgarles el valor absolutorio que legalmente les corresponde."

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Octava Epoca:

Amparo directo 22/90. Felipe Véllez Parra. 13 de febrero de 1990.

Unanimidad de votos.

Amparo directo 137/90. Cristina Fuentes Arias. 26 de abril de 1990.

Unanimidad de votos.

Amparo directo 90/92. Primitivo González Enriquez. 18 de marzo de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 646/92. Felipe García Neri. 29 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 720/92. Agustín Estrada Hernández. 26 de octubre de 1992. Unanimidad de votos.

Tesis II. 3º I/46, Gaceta número 63, pág. 41.¹¹⁵

¹¹⁵ Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995. Tomo III. p. 330.

Con la anterior jurisprudencia queda establecido que una de las facultades del órgano jurisdiccional es la de determinar la procedencia de las excluyentes de responsabilidad establecidas en el Código Penal. Independientemente de lo anterior, es requisito, según esta tesis, que se reúnan los presupuestos que la ley exige para la respectiva causa de licitud.

En relación a la carga probatoria de la causa de justificación le corresponde a la persona que alega a su favor haber actuado conforme a derecho, lo que constituye una excepción a la regla que establece que todo reo se presume inocente hasta en tanto no se considere lo contrario, pero en esta circunstancia le corresponde la carga probatoria de acreditar la causa de justificación a quién alega su beneficio, pues como se ha dicho, la tipicidad del hecho presume o crea el indicio de que la acción u omisión encuadrada en el tipo penal es antijurídica, por lo cual se debe comprobar la excepción a ésta regla por medio de los elementos probatorios idóneos para desvirtuar la presunción de antijurídico el hecho, por lo cual la carga de probar la excepción a la regla le corresponde a quien invoca el beneficio de la causa de justificación. Lo anterior se confirma con el criterio sostenido por el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito que establece en la jurisprudencia 545, que aparece bajo el rubro:

"EXCLUYENTES. DEBE PROBARLAS QUIEN LAS INVOCA.- La comprobación de las excluyentes corresponde

al que las invoca y no al Ministerio Público. Esto es así, porque cuando la ley establece una excluyente de responsabilidad a favor del acusado, respecto de un hecho punible que se le imputa, corresponde la prueba de ello a éste, de acuerdo con el principio general de derecho de que quien afirma está obligado a probar.”

Octava Época:

Amparo directo 287/89. Doroteo Caso León. 18 de octubre de 1989.

Unanimidad de votos.

Amparo directo 55/90. José Francisco Ramos García. 1º de marzo de 1990. Unanimidad de votos.

Amparo directo 304/90. Guadalupe Lorenzo Bretón. 30 de agosto de 1990. Unanimidad de votos.

Amparo directo 89/91. Bernabé Ponce Castillo. 25 de abril de 1991. Unanimidad de votos.

Amparo directo 512/91. Fernando Rivera Ramos. 30 de enero de 1992. Unanimidad de votos.

Tesis VI. 1º.1/71, Gaceta número 53, pág. 57.¹¹⁰

2.- Problemática de falta de algunos de los elementos de las causas de justificación.

El delito es un hecho, cometido por acción u omisión, típico, antijurídico, culpable y, en algunos casos, sometido a condiciones objetivas de punibilidad.

¹¹⁰ Ibidem p. 330-331.

Luis Jiménez de Asúa¹¹⁷ atribuye a Guillermo Sauer el establecer un método de los aspectos positivos y negativos del delito, siendo los siguientes:

ASPECTOS POSITIVOS

- a) Actividad.
- b) Tipicidad.
- c) Antijuricidad.
- d) Imputabilidad.
- e) Culpabilidad.
- f) Condicionalidad objetiva.
- g) Purubilidad.

ASPECTOS NEGATIVOS.

- Falta de acción.
- Ausencia de tipo.
- Causas de justificación.
- Causas de inimputabilidad.
- Causas de inculpabilidad.
- Falta de condición objetiva.
- Excusas absolutorias.

Aunque algunos elementos mencionados en el anterior cuadro no corresponden al actual concepto del delito, se puede retomar que en cada presupuesto de la punibilidad existe una causa excluyente de cada uno de los elementos de la estructura del delito. Es decir, cada uno de los elementos del delito tiene un correspondiente excluyente, que al concurrir al hecho produce que no se configure el delito.

En base a lo anteriormente expresado, respecto de la tipicidad puede ser excluida a través de la atipicidad o del error de tipo. La antijuricidad podría en el hecho ser relevada por una causa de

¹¹⁷ Citado por Castellanos, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. p. 133 y 134.

justificación. La culpabilidad, como un presupuesto de la punibilidad, se excluye por medio de la existencia de un error de prohibición directo o indirecto.

Ahora bien, en relación al tema que nos ocupa, es decir, de los elementos negativos de la antijuricidad, son las causas de justificación. En la actual teoría del delito se permite establecer que las justificantes tienen dos aspectos: elementos internos y externos.

La problemática de la ausencia de los elementos subjetivos de alguna causa de justificación es bien importante para determinar en primer lugar la procedencia o no de su excluyente o bien, la manera de resolver el problema que se plantea cuando no existe tal elementos subjetivo, pues es aquí que surge una cuestión similar al error de tipo y de prohibición en cuanto a la manera de resolverse, ya que éstas cuestiones excluyen el tipo y la culpabilidad, respectivamente, consiguiendo determinados presupuestos, pero en el caso que nos ocupa existe una disparidad de criterios sobre la importancia del elemento subjetivo de justificación y la forma de resolver la problemática de la ausencia del elemento interno en el hecho típico.

Como se ha dicho, la teoría moderna de la antijuricidad concibe que dicho presupuesto de la punibilidad tiene dos aspectos: un elemento externo y otro interno. El primero consiste en el conjunto de presupuestos objetivos que corresponden a la causa de justificación

y que se realizan para la salvación o defensa de bienes jurídicos protegidos. El elemento subjetivo se hacen consistir en el conocimiento del autor de que en el hecho existe los presupuestos de la causa de justificación y, por ello querer realizar el hecho que se encuentra amparado y permitido por el Derecho, con lo cual se determina que existe voluntad de defensa.

La cuestión de polémica se gesta en la ausencia de algunos de los elementos que componen las causas de justificación. Pues podría faltar el elemento subjetivo de la causa de justificación y estar presente el presupuesto objetivo de ella. O bien, a la inversa, que se den los presupuestos externos u objetivos de la causa de justificación y carecer el hecho del elemento subjetivo de justificación.

Por lo que se refiere a la existencia del presupuesto interno de la causa de justificación y ante la carencia del elemento externo de la causa de licitud, la misma se resuelve con el error de prohibición indirecto, que el Código Penal permite con fundamento en el artículo 15, fracción VIII, inciso B en relación con el artículo 66 del mismo ordenamiento.

El artículo 15, fracción VIII, establece lo siguiente:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son invencible, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este código;

El fundamento del error de prohibición indirecto, en el finalismo, es que el dolo se integra con el conocer y el querer la realización de la parte externo del hecho típico y la conciencia potencial de antijuridicidad se ubica en la culpabilidad. Por lo cual al error se le concibe como una acción desacertada entre lo que el autor tiene en su mente con lo que realmente en el mundo externo se ejecuta. Existen dos formas de error:

a) Error de tipo, que consiste cuando el autor desconoce o se encuentra en error sobre de una circunstancia objetiva del hecho que tenga que ser comprendida por el dolo y pertenezca al tipo penal. El error de tipo excluye al dolo y, en el finalismo, excluye a la tipicidad.

b) El error de prohibición, que surge cuando el autor conoce el hecho correctamente en su aspecto objetivo, sin embargo desconoce que se encuentra prohibido por el Derecho, por lo que carece de conciencia de antijuricidad. En este tipo de error de prohibición existen dos especies: el error de prohibición directo y el indirecto.

El error de prohibición directo existe cuando el autor cree equivocadamente que no existe norma jurídica que prohíba su acción, por lo cual conoce y quiere realizar dolosamente su actuación. Mientras, el error de prohibición indirecto es cuando el autor cree equivocadamente que a su acción típica, que conoce y quiere realizar (dolo) concurre una causa de justificación que ley establece, pero objetivamente no logra integrarla.

Un ejemplo del error de prohibición indirecto lo constituye el caso de que el autor del hecho dispara un arma de fuego en contra de su enemigo acérrimo, quien realmente también se encuentra disparando al autor, pero con balas de salva. Por lo cual no existe en realidad una legítima defensa, dado que no se da el elemento de una agresión real, realizándose en consecuencia la "legítima defensa putativa".

En el error de prohibición indirecto se trata fundamentalmente la situación cuando en el desarrollo de una causa de justificación no se

da el presupuesto objetivo de la misma, independientemente de que existe el elemento subjetivo de justificación.

Pero el error de prohibición indirecto, como el error de prohibición en general, se tratan como excluyentes de la culpabilidad, en virtud de que así lo establece el artículo 15, fracción VIII, del Código Penal, ya que en ellos el autor no tiene conciencia potencial de antijuricidad. Existiendo dos cuestiones: si el error es invencible como la "legítima defensa putativa", el delito se excluye; aunque cuando el error es vencible se debe estar a lo dispuesto por el artículo 66 del Código Penal que establece:

Artículo 66.- En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será hasta una tercera parte del delito que se trate.

Ahora bien, cuando en la causa de justificación se dan los presupuestos objetivos que establece el derecho, pero no se dan el elemento subjetivo de justificación, se da la cuestión aún no resuelta de la forma de dar solución a la carencia de este elemento, por lo que habrá que tomarse en cuenta las diversas opiniones que se han dado al respecto. Ejemplos de esta cuestión son los siguientes:

a) El hijastro que estando en su cuarto, decide matar a su padrastro dolosamente, por lo que toma una pistola y se dirige al otro cuarto en donde se encuentra su futura víctima acompañado con su madre; abre la puerta abruptamente y dispara contra el padrastro, que es el primero a quien ve, pero después de dispararle a éste y, en consecuencia, matándolo con su acción dolosa, descubre que simultáneamente al desarrollo de su acción, la víctima se encontraba ahorcando a su madre, siendo un hecho real y objetivo que desconoce el autor del homicidio, pero que con su acción impidió la culminación de la acción de su padrastro dirigida para cometer el homicidio de su madre. En este caso el autor conoce y quiere realizar la parte externa del tipo sistemático de homicidio doloso por acción previsto en el artículo 302 en relación con el artículo 9º, fracción I, del Código Penal. Pero, el autor con su acción imposibilitó que concluyera la ejecución de la acción de su víctima que buscaba el homicidio de la madre del autor del hecho y con ello hizo que la misma sólo quedara en tentativa de homicidio en relación con su víctima, aunque esta circunstancia en la mente del autor le era desconocido al momento de desarrollarse el hecho, por lo que sin estar en alguna especie de error de tipo y prohibición, el autor desconocía que en su hecho le concurría una causa de justificación que establece el artículo 15, fracción IV, del Código Penal para el Distrito Federal.

b) El médico que practica un aborto consentido, realizando la acción necesaria para consumar el delito, pero ignora que el producto de la preñez pone en peligro de muerte a la mujer embarazada. En este ejemplo, el autor directo, que es el galeno, tiene dolo de cometer el tipo de aborto que establece el artículo 329 y 330 en relación con el artículo 9º, fracción I, del Código Penal. No obstante, el autor del delito ignora, sin estar en una situación de error de tipo o de prohibición, que su actuar se encuentra justificado por el Derecho en los términos del artículo 334 en relación con el 15, fracción V, del Código Penal para el Distrito Federal.

Es notorio que en estos hechos no existe voluntad del autor de la causa de justificación, pero en la realización del hecho típico se dan los presupuestos objetivos que determinan las excluyentes de la antijuridicidad.

A mayor abundamiento se dice que:

“ Es problemático, ante todo, si basta que el autor realice exactamente la norma justificante o si también debe exigirse, para que se lo justifique, que conozca la existencia de los presupuestos de la norma justificante. Por consiguiente, aquí hay que establecer cómo debe apreciarse una conducta en

que la contranorma se realiza objetiva pero no subjetivamente."¹¹⁸

Por lo antes expresado, que para la procedencia de una causa de justificación se requiere o no del elemento subjetivo de justificación, dado que no existe un criterio universal que determine la solución de esta cuestión, por ello es necesario recurrir a la literatura jurídica que la doctrina nos ha aportado a fin de que llegar a una satisfactoria solución.

Es bien importante los efectos jurídicos que están en juego con la determinación de requerir o no necesariamente los elementos subjetivos de justificación en la excluyente que se trate, toda vez que el contenido material de la antijuricidad y sus respectivas excluyentes son pilares para la determinación de que si un hecho determinado en el tiempo y en el espacio es o no un delito.

No obstante lo anterior, el Derecho Penal tiene la estricta obligación de cumplir sus principios fundamentales que contienen certeza, legalidad, racionalidad y seguridad jurídica, mediante los elementos que hacen que esta rama se convierta en un Derecho Penal Democrático. Por lo cual se deben de dar solución satisfactoria a las peculiaridades que se le presentan, motivo por el que se analizará las opciones que se han configurado al respecto.

¹¹⁸ Bouman, Jürgen. Derecho Penal. p. 192.

3.- Opinión de los tratadistas en relación a la forma de resolver la ausencia del elemento interno en una causa de licitud:

El criterio de los tratadistas para resolver el problema de la ausencia del elemento subjetivo en una causa de justificación son variadas en tanto el número de corrientes y escuelas existan en el estudio de la estructura del delito. Como cuestión previa, una causa de justificación en la teoría moderna se integra con dos elementos: el aspecto objetivo que consiste en un hecho típico que se realiza para la protección, salvaguarda y defensa de bienes jurídicos y, también, el elemento subjetivo que es la finalidad del autor de conocer y querer realizar los presupuesto objetivos de la causa de justificación. Aquí la cuestión en discusión estriba si es necesario el segundo elemento para que pueda proceder la causa de licitud. En caso de que en un hecho determinado no se realice acompañado del elemento subjetivo, la manera de resolver sobre esa cuestión en particular es que:

- 1.- Se considere el hecho como tentativa.
- 2.- Estimar que la acción típica se considere como un hecho consumado típico.
- 3.- En consecuencia de lo anterior, se determine que no procede la causa de justificación ya que requiere de elementos internos como externos y por lo tanto, el hecho

típico es antijurídico plenamente ante la falta de uno de ellos.

4.- Optar por impunidad por justificación, debido a que el elemento subjetivo no es un aspecto importante en la configuración de la causa de justificación.

Cada una de las opciones planteadas se determinan en función de la corriente de la teoría del delito en que se apoye el autor y la estructura del delito que desarrolle, pues la integración, conformación y posición de la antijuricidad y, en consecuencia de sus causas excluyentes, en la estructura del delito, determina la toma de posición que se apoye. Para mayor ilustración se dividen las escuelas en tres corrientes, mismas que son la : clásica, neoclásica y finalista.

a) Causalistas naturales.

No existe gran variedad en la forma de resolver la ausencia de algún elemento subjetivo de justificación, desde la perspectiva de la teoría causal, por que hay que recordar que su estructura del delito es extremadamente formal y en consecuencia las alternativas que ofrecen son concretas. Al delito se le concibe como una acción (amplio sentido que comprende a la acción y a la omisión), típico, antijurídico, imputable y culpable.

A la *acción* se le entiende como un concepto amplio que comprende a la *acción en sentido estricto* y a la *omisión*. A la *acción (latu sensu)* se le comprende como un comportamiento corporal producida por el dominio sobre el cuerpo, ello es un comportamiento corporal voluntario consistente en un "hacer" o un "no hacer". Al concepto de *acción* se le considera, dentro de esta corriente, como un puro impulso de la voluntad y el contenido de la voluntad sólo era válido para la *culpabilidad*, por lo tanto el dolo se encontraba en éste presupuesto de la punibilidad, más no así en el tipo sistemático. A la *acción* se le entiende como un proceso ciego causal.

La teoría clásica del delito dibuja una línea que separa los elementos objetivos y subjetivos del delito. Tanto la tipicidad como la antijuricidad estaban comprendidos en los elementos objetivos del delito y por lo contrario, la culpabilidad se ubicaba como un elemento subjetivo.

El tipo es sólo una descripción externa de la acción, sin tener juicios valorativos ni subjetivos, por lo que se ubica en un plano objetivo. La tipicidad crea una presunción de antijuricidad, pero son elementos independiente. Por ello a la antijuricidad o antijuricidad es un juicio de valor que califica la acción, pero en un carácter objetivo, no importando los elementos subjetivos.

Consecuentemente, se puede desprender que en la teoría clásica o causal del delito los elementos subjetivos no se reconocían como parte conformadora de la antijuridicidad, por lo cual con su respectivo excluyente tampoco se le asignaba relevancia a los elementos subjetivos de justificación en las causas de justificación. Por lo que ante un hecho donde falta la voluntad de defensa en la causa de justificación, no era importante analizarlo dentro del presupuesto de la antijuridicidad y sus excluyentes, pues en este nivel de la estructura del delito sólo se contienen elementos objetivos y pues los aspectos subjetivos son relevantes en el área de la culpabilidad.

Es por lo anterior, que la solución que establecen los seguidores de la corriente clásica, tales como Liszt y Bebing, es que para que opere una causa de justificación, no se requiere que exista los elementos subjetivos del injusto, sino únicamente que se reúnan los presupuestos objetivos de la causa de licitud. Conforme a lo expresado, es que en cuando el médico ejecuta la acción tendiente a conseguir un aborto consentido, conociendo y queriendo realizar los elementos del tipo penal, pero no siendo sabedor que a su hecho le concurre una causa de justificación en virtud de que el producto de la preñez pone en peligro la vida de la mujer, es por lo que se considera a todo este hecho como lícito, porque se da objetivamente la causa de justificación expresada en la ley, pues es irrelevante la voluntad del autor para defender o evitar la lesión de un bien jurídico protegido de mayor valor, pues ello constituye un elemento subjetivo de

justificación que no reconoce la teoría clásica del delito dentro de este nivel de valoración. Ante tal situación, ya que la antijuridicidad se excluye al darse los presupuestos objetivos de la causa de justificación es por lo que no se configura el delito de aborto, pues al quedar excluido aquel presupuesto de la punibilidad, luego entonces, ya no es necesario analizar los siguientes presupuestos.

Aunque la corriente clásica del delito da una solución sin mayores complicaciones a la ausencia del elemento interno de una causa de justificación, ello se debe al extremado formalismo de su estructura del delito, pues al considerar que en la antijuridicidad no existen elementos subjetivos, luego entonces, tampoco los hay en sus causas excluyentes y en consecuencia, al no tener elementos que valorar es por lo que es una solución fácil y expedita de esta cuestión debido a la reducción de sus conceptos generales del delito y que imposibilitan conjugar sus elementos del delito.

Por lo anterior, el hecho típico al que objetivamente concurre una causa de justificación, sin que exista la voluntad de defensa del autor, se considera, conforme la teoría clásica del delito, que es un hecho lícito por reunir los presupuestos objetivos de la causa de justificación, con independencia del estado anímico del autor del hecho, pues sólo es relevante para el presupuesto de la culpabilidad, el cual no se analiza en este hecho debido a que al estar excluida la antijuridicidad, luego entonces, no se deben estudiar los subsecuentes

presupuestos de la punibilidad dado que no permite la secuencia lógica de los elementos de la estructura del delito.

b) Causalistas valorativos.

Para la teoría causalista valorativa, aunque toma aspectos de la anterior teoría, aporta nuevos conceptos en la estructura del delito. Primeramente, al tipo se le reconocieron elementos normativos y subjetivos. Surgió en esta corriente la teoría de antijuricidad, pues la corriente clásica del delito sólo la consideró en un aspecto formal como la contravención del hecho con la norma jurídica, es por lo que se le dio un concepto material de la antijuricidad considerándola de acuerdo con la dañosidad del hecho y por lo cual abrió la posibilidad de graduar el injusto en la proporción de la gravedad de la lesión del bien jurídico, con lo cual dio margen al surgimiento de nuevas formas de justificación, como por ejemplo el estado de necesidad supralegal que se apoya en el principio de interés preponderante. A la imputabilidad se le considera como un elemento integrante de la culpabilidad, al lado de otros elementos éste como el dolo y la culpa, al igual que la exigibilidad .

En lo relativo a la antijuricidad se le dejó de considerar como un presupuesto de la punibilidad de carácter objetivo, lo cual produce que si una acción típica no produce lesión o puesta en peligro a un bien jurídico pueda considerarse lícita.

Con Edmundo Mezger, que fue uno de los tratadistas que apoyaron la formación de la teoría neoclásica del delito, quedó establecido que la antijuricidad o injusto significa un juicio personal y objetivo que se realiza sobre la contradicción que existe entre el hecho y el ordenamiento jurídico.

Así mismo, otros autores que apoyan la corriente neoclásica del delito son Baumann, Jescheck, Jiménez de Asua y Rodríguez Muñoz, entre otros.

Por lo que respecta al caso concreto de que en un hecho típico no exista el elemento subjetivo del autor de una causa de licitud, aunque se den los presupuestos subjetivos de ésta, por ejemplo: cuando el cazador que mata a su enemigo con un tiro de fusil y posteriormente se acredita que al momento de realizar el hecho, el que resulto muerto se disponía a disparar en su contra. En tal caso Mezger estableció en su *Tratado de Derecho Penal* que no es requisito indispensable en las causas de justificación la existencia de elementos subjetivos de licitud, dado que no era necesario que el autor conozca y quiera realizar los elementos objetivos de la causa de justificación como tampoco que tenga voluntad de defensa, en virtud de que:

“... El concepto de defensa es independiente de elementos subjetivos, la realidad de la existencia de una defensa se

determina con arreglo a la situación externa, no según la situación interna del sujeto . . . Lo que decide es la situación objetiva de la legítima defensa y la defensa objetivamente dirigida contra la agresión.”¹¹⁹

Por consiguiente, como se desprende de esta opinión de Mezger establecida en su *Tratado de Derecho Penal*, no es necesario para la procedencia de las causas de licitud depender de los elementos subjetivos de justificación, sino con que acontecieran los presupuestos objetivos de la misma, el hecho típico es lícito, con ello determina un papel relevante a la cuestión objetiva de la eximente, con independencia para que proceda, de los elementos anímicos del autor del hecho.

No obstante lo anterior, el propio Mezger cambia de opinión y sobre el mismo particular expresa que:

“ El *Lehrb* (235-236) ha intentado determinar el concepto de defensa externamente, tomando en cuenta la situación objetiva: más exactamente (Grd., 77) y de acuerdo con las sentencias 54, 196 y 60, 261 del Tribunal del Reich, se podrá afirmar una ‘defensa’ en el sentido del parágrafo 53. párr. 2, solamente si existe, en la acción, una *voluntad de defensa*.

¹¹⁹ Mezger, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. p. 384.

Pero en tal caso dependerá de un 'elemento subjetivo del injusto'.¹²⁰

Por consiguiente, para Mezger es necesaria la voluntad de defensa como una causa subjetiva de justificación, pues de su existencia depende determinar si el hecho típico es antijurídico o, por lo contrario, permitido por el Derecho, ya que la exclusión de la antijuridicidad se encuentra referida personalmente al autor del hecho y, por lo tanto, si éste actúa con voluntad de defensa se encuentra amparado por la justificante de legítima defensa, pero actúa antijurídicamente el autor que carece de voluntad de defensa, muy a pesar de que existan en la vida real los elementos objetivos de la eximente de antijuridicidad. Por lo tanto, Mezger, en su *Derecho Penal*, determina que es un requisito indispensable el elemento subjetivo de justificación. Ante lo cual, el hecho típico, que se dan los presupuestos objetivos de una causa de justificación, pero no existe voluntad de defensa del autor del hecho, se considera como un hecho antijurídico, dado que no se excluye tal supuesto, y en consecuencia se emite el juicio objetivo de contradicción del hecho con el ordenamiento jurídico, por lo que se debe seguir analizando los demás presupuestos de la punibilidad, como la culpabilidad y las condiciones objetivas de punibilidad, para poder determinar si se configura íntegramente el delito correspondiente. A mayor abundamiento Mezger señala:

¹²⁰ Mezger, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*. p. 139.

" . . . En el *Lehrb.* (235-236), la defensa ha sido determinada en forma objetiva, vale decir, independientemente de los elementos subjetivos del injusto, por lo cual sería decisiva sólo la situación externa, pero no lo sería el *conocimiento* del ataque ni la existencia de una *intención* de defensa. En cambio, el tribunal del Reich requiere una *voluntad* de defensa, a fin de que pueda admitirse una defensa en el sentido del parágrafo 53."¹²¹

Es muy notable y peculiar que Mezger cambie de opinión respecto de los requisitos de las causas de justificación cuando no existe los elementos subjetivos de justificación, sin embargo en esta última parte que se reprodujo, Mezger detalla las dos posiciones que se dan al respecto, es decir, para algunos (entre ellos el *Lehrb*) sólo se necesita los elementos objetivos de la causa de justificación. Por lo contrario, para otros se requieren reunir tanto los elementos objetivos de la causa de justificación como también la intención del autor para conducirse conforme la causa de justificación que lo ampara.

De igual manera Baumann, desde una posición neoclásica de la concepción del delito, analiza el problema de que si es o no necesario para que se encuentre justificado que el autor realice, además de los elementos de la norma justificante, los presupuestos de dicha norma con pleno conocimiento de su existencia. Al respecto dice que la teoría

¹²¹ *Ibidem.* p. 170.

de la acción finalista exige que se conozcan las circunstancias del hecho, en tanto la doctrina dominante solo requiere con la realización objetiva del tipo permisivo siempre que la ley no establezca elementos subjetivos de justificación para la causa de licitud. En relación a la posición de que la justificación requiere en todos los casos que el autor conozca sus circunstancias, dice Baumann que es inexacta, pues los fines que persigue toda norma justificante son tan diferentes que es muy difícil medir a todas las causas de justificación con la misma regla, toda vez que muchas causas de justificación contienen elementos subjetivos de justificación (verbigracia, voluntad de defensa en la legítima defensa), sin embargo no es una regla generalizada en todas las causas de justificación pues en otras no se requieren los elementos subjetivos de justificación, pues así acontece en el consentimiento del interesado en donde el origen de la justificante se encuentra en que no merece protección jurídica del bien dado que el interesado renuncia a la protección que le brinda el tipo penal, por lo cual ante la renuncia de protección del bien jurídico, el ordenamiento jurídico ya no le interesa la lesión que le pueda ocasionar indistintamente que el autor de la puesta o lesión del bien no conozca que el supuesto ofendido ha renunciado a la protección jurídica que el Derecho ofrece y por ende, según Baumann sólo existe tentativa de lesionar un bien jurídico en forma antijurídica. Dicho autor pone de ejemplo el caso de un empleado bancario que se apropia indebidamente de papeles de depósito a cuya devolución el propietario renuncio, siendo la conducta del empleado justificada por

el consentimiento del lesionado, calificando el hecho como solo tentativa de apropiación indebida, aunque la opinión dominante (Welzen y Mauruch) exige que el autor conozca todas las circunstancias que fundamentan la causa de justificación, por lo que se tendría que admitir el hecho, por carecer del elemento interno, como un delito consumado ya que se considera inexistente la causa de licitud. Aunque, la corriente dominante opinan acerca de la inexistencia de la causa de justificación cuando no se da el elemento interno de la licitud, Baumann establece que no se siguen las mismas reglas para todas las causas de justificación y establece que:

“Existe una causa de justificación cuando la conducta del autor realiza no sólo la norma típica, sino también una norma justificante plenamente, o sea, en todos los pormenores. Si elementos subjetivos pertenecen a la justificación, falta la antijuridicidad si el autor también realiza estos elementos subjetivos (ejemplo: la voluntad de defensa en la legítima defensa). En todas las causas de justificación, en ningún caso se da la justificación si sólo se conoce la existencia de los presupuestos. A la inversa, si el autor cree que existen los presupuestos de una causa de justificación, aunque en realidad no existan, su conducta no está justificada, sino que está equiparada a la conducta dolosa. Es posible castigar por hecho culposo.”¹²²

¹²² Baumann, Jürgen. Ob. cit. p. 203.

En base a lo anterior, se puede establecer que si bien el error de prohibición directo es un delito atenuado, es también razonable, atendiendo los mismos principios, que se determine una pena atenuada al hecho típico que concurre los presupuestos objetivos de la causa de justificación, aunque no se de el elemento interno de la extirpente, porque es un hecho que objetivamente se dan los presupuestos de una norma permisiva y que de alguna manera objetivamente se encuentra amparado por la causa de justificación y de acuerdo con el principio del hecho que determina que el Derecho Penal debe tomar importancia de los hechos objetivos y no personales del autor pasando a un segundo plano la cuestión personal del sujeto, es por ello que el aspecto importante que el Derecho Penal debe considerar es la manifestación externa de la voluntad, estando en un segundo lugar los aspectos anímicos del autor del hecho, por lo tanto, observando desde un plano objetivo el hecho en estudio, el mismo se encuentra justificado, pero dado que se carece de voluntad de actuar de acuerdo con la justificante se debe por lo menos tomar como un delito atenuado, cuando se considere improcedente e inexistente la causa de justificación.

De igual modo Jescheck, desde una perspectiva neoclásica del delito, llega a una conclusión semejante a la de Baumann en relación a la inexistencia del elemento subjetivo de justificación en un hecho donde se dan los presupuestos objetivos. Dice Jescheck que la opinión

dominante para la justificación del actuar típico se requiere además de los presupuestos *objetivos*, que el autor debe conocer la concurrencia de su situación justificante y actuar en ejercicio de su excluyente de responsabilidad. La *teoría personal del injusto* pone un énfasis particular en la dirección de la voluntad del autor que hace depender decisivamente el injusto del hecho y por ello se exige que la voluntad del autor se dirija a una meta socialmente estimable, por lo que desaparecería el desvalor de la acción. Sin embargo, la *teoría personal del injusto* acepta dos corrientes: la del *fin* y la del *resultado*. Debido a ello se bifurcan las dos soluciones al problema en cuestión, pues:

“ . . . desde la perspectiva de la *teoría del fin* es natural la consideración de elementos subjetivos de justificación, ya que para ella importa lo que quería alcanzar el autor. En cambio, una teoría del injusto orientada hacia el *resultado* de la acción tenderá a rechazar por completo los elementos subjetivos de justificación.”¹²³

Empero, Jescheck tiende a dar una solución a nivel de tentativa, en virtud de que también los que se oponen a los elementos subjetivos de justificación castigan al autor por tentativa, cuando desconoce la causa de justificación objetivamente determinada. A mayor ilustración dice que:

¹²³ Jescheck, Hans-Heinrich. Ob. cit. p. 468.

" Lo correcto es aplicar a este caso las reglas correspondientes a la tentativa. Ciertamente, debe admitirse que el tipo del precepto penal se realiza en su totalidad, incluido el resultado, pero éste, a causa de la situación de justificación que objetivamente concurre, no resulta desvalorado por el ordenamiento jurídico y, por tanto, debe negarse la presencia del *injusto del resultado*. Se da, así, la situación jurídica correspondiente a la tentativa, ya que no puede mediar diferencia alguna en orden a la antijuricidad entre el supuesto de que el resultado típico falte en cuanto tal y el de que aun produciéndose, no pueda ser valorado como injusto."¹²⁸

Jeschek pone de ejemplo al médico que practica un aborto sin saber que se dan los presupuestos objetivos de una indicación médica que justifica la interrupción del embarazo, por lo que al autor se le debe castigar sólo como tentativa de aborto, más no como haber cometido el delito de aborto doloso por acción consumado. Dicho autor agrega:

"A diferencia de la voluntad dirigida al ejercicio de la causa de justificación, la comprobación cuidadosa de los presupuestos objetivos de la causa de justificación no constituye un elemento subjetivo de justificación en general. Por

¹²⁸ *Ibidem*, p. 449.

lo contrario, debe reconocerse al autor la causa de justificación en toda su virtualidad cuando, pese a no haber comprobado cuidadosamente sus presupuestos objetivos, éstos concurren y aquél actúa en atención a la situación justificante.”¹²⁵

La posición de pretender calificar el hecho en estudio como una tentativa de delito es una postura equilibrada, pues no se dirige en establecer si la causa de justificación es en sí misma existente o no. En el mismo orden de ideas, en relación a esta última postura Stratenwrth dice lo siguiente:

“ . . . debe preferirse la aplicación de las reglas vigentes para la tentativa . . . en relación al contenido de ilicitud del hecho, la tentativa y la realización del tipo justificado sólo objetivamente coinciden en lo esencial: en ambos casos se da el disvalor de la acción pero no del resultado.”¹²⁶

Guillermo Sauer, en una posición neocausalista, opina que no debe asignarse importancia determinante a los elementos subjetivos de justificación, en virtud de que:

“ Con la determinación de las causas de justificación es puesta de manifiesto también fundamentalmente la juricidad

¹²⁵ Ibidem. p. 449.

¹²⁶ Stratenwrth, Günter. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. p. 159.

de la acción . . . regularmente no es necesario que el que actúa sea consciente de esta autorización. . . lo cual quiere dar a entender la naturaleza eminentemente objetiva de las causas. "127

Con lo anterior se desprende que la posición de dicho tratadista es que es lícita la conducta que se ampara con su resultado justo, desde un punto de vista objetivo, independientemente de la voluntad del autor del hecho.

Por otro lado el español Luis Jimenez de Asúa no hace un señalamiento específico de la manera como resolver el caso planteado, sin embargo hace suya la posición de que la naturaleza de la antijuridicidad debe ser objetiva y por lo tanto también deben compartir dicha naturaleza sus excluyentes como lo son las causas de justificación y al tema dice:

" Lo antijurídico es objetivo: liga el acto con el Estado . . . En el aspecto objetivo la muerte antijurídica de un hombre es independientemente del dolo, pues se trata de un juicio de valoración objetiva. Véase como se va avanzando: Lo primero es el concepto *natural*, con independencia de valor (acto). Luego, es la *comparación cognoscitiva* con lo descriptivo, sin valorar (tipicidad). Ahora, la *valoración objetiva* con la norma

127 Sauer, Guillermo. Derecho Penal. Parte General. p. 187.

(antijuricidad). Por último, el juicio de reproche (culpabilidad)... Nosotros defendemos el concepto objetivo de la antijuricidad como pieza indispensable en el Derecho Penal liberal."¹²⁸

Haciendo una separación del fundamento de una exención subjetiva (causas de inimputabilidad o causas de inculpabilidad), y la exención objetiva (causa de justificación), de acuerdo con la colisión de intereses, Jiménez de Asúa menciona que :

"... si el conflicto de intereses se zanja de acuerdo con el preponderante, entonces, nos hallaríamos ante una auténtica excepción objetiva o causa de justificación... La legítima defensa, como todas las causas de justificación y como la propia antijuricidad, de la que aquellas no son más que aspectos negativos, necesita ser rigurosamente objetiva. También esto debe retenerse porque nos servirá para destruir el artificio de la 'defensa subjetiva' y para situar en su debido rango la 'defensa putativa'."¹²⁹

Dicho tratadista jamás toma una posición específica sobre si procede la causa de justificación cuando ocurre un hecho típico al cual le concurre objetivamente una causa de justificación, pero el autor desconoce dicha circunstancia, pero de la simple lectura de las

¹²⁸ Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. p. 280.

¹²⁹ *Ibidem* p. 290.

anteriores líneas, se puede deducir su postura de determinar naturaleza objetiva a la antijuridicidad y a las causas de justificación.

c) Finalistas.

La corriente de la teoría del delito llamada finalista, es una posición del delito que rompe con el esquema tradicional de concebir al delito, pues incorpora nuevos elementos en sus presupuestos y reordena los conceptos anteriores, por lo cual hace una exposición ordenada de los elementos del delito.

La teoría finalista pretende crear un nuevo concepto de acción retornando un matiz ontológico, cuya propósito es separar al concepto de acción como un proceso ciego causal, sino darle un sentido vidente causal, entendiendo a la acción humana como el ejercicio de actividad final. La finalidad de la acción se funda en que el hombre dentro de su saber puede prever los resultados de su actuar, por lo cual la acción humana es una actividad consciente dirigida a un objetivo.

Es así como al concepto de acción se le asignan los elementos del dolo, consistente en el conocer y querer la parte externa del hecho típico y a su vez a éste se le ubica en el tipo, debido a que a la acción se le da una propia estructura en el establecimiento del tipo penal, frente a la omisión, que una forma distinta de un hecho y requiere, por tanto, de otra estructura de tipo.

El tipo sufre cambios substanciales en su estructura. Primeramente, se crea el tipo garantía individual, que reúne los presupuestos de la punibilidad (a la acción u omisión, tipo sistemático, antijuridicidad, culpabilidad y condiciones objetivas de punibilidad). En tanto que el tipo sistemático es la descripción gramatical del hecho prohibido por la ley, es decir, la materia de la prohibición. Dicho tipo sistemático comprende dos especies: el tipo objetivo y el tipo subjetivo.

La antijuridicidad pierde su sentido exclusivamente formal (contravención del hecho típico con el ordenamiento jurídico), sino que se le da un sentido material (teoría del injusto personal), admitiendo elementos objetivos como subjetivos del injusto, así como también llega a repercutir en sus excluyentes de éste presupuesto. Es por ello que para la teoría del injusto personal (creada y adaptada a la teoría finalista del delito) la acción es antijurídica solamente como obra de un autor determinado, toda vez que se toma en cuenta la persona del autor. El contenido de la antijuridicidad depende además del disvalor del resultado también del disvalor de la acción.

En relación a las causas que excluyen la antijuridicidad también se le incorporan elementos subjetivos para su justificación, conformándose la teoría moderna de las causas de justificación al amparo de la teoría finalista del delito. Es por lo cual que para que

prosperare una causa de justificación, según la teoría finalista del delito se requiere además de los presupuestos objetivos de la causa de justificación, que se reúnan los elementos internos (voluntad de actuar conforme la causa de justificación) de justificación.

A mayor abundamiento Welzen, que es uno de los precursores de la teoría finalista del delito, expresa que:

“ Las causas de justificación tienen elementos objetivos y subjetivos. Para la justificación de una acción típica no basta que se den los elementos objetivos de justificación, sino que el autor debe conocerlos y tener además las tendencias subjetivas especiales de justificación. Así, por ejemplo, en la legítima defensa o en el estado de necesidad (justificante), el autor deberá conocer los elementos objetivos de justificación (la agresión actual o el peligro actual) y tener la voluntad de defensa o de salvamento. Si faltare el uno o el otro elemento subjetivo de justificación, el autor no queda justificado a pesar de la existencia de los elementos objetivos de justificación.”¹³⁰

Lo anterior también se llega a confirmar cuando Welzen da el concepto de acción de defensa, al establecerlo de la siguiente forma:

¹³⁰ Welzen, *Flam. Ob. cit.* p. 100.

" La acción de defensa es aquella ejecutada con el propósito de defenderse de la agresión. El que se defiende tiene que conocer la agresión actual y tener la voluntad de defensa (RG. 60 262); al respecto basta que la voluntad de defensa sea un motivo junto a otros (BGH. 3 198)."¹³¹

También en relación al estado de necesidad, Welzen establece lo siguiente:

" El autor debe conocer también subjetivamente los presupuestos objetivos del estado de necesidad y perseguir el fin de salvación."

" Si por ejemplo, se dan objetivamente los presupuestos del estado de necesidad de un aborto, pero el autor no los conoce o no persigue el fin de salvación, el hecho será un aborto contrario al derecho por falta de los elementos subjetivos de justificación. BGH. 2 114."¹³²

Más adelante agrega Welzen que la jurisprudencia alemana confunde el error de prohibición directo (consistente cuando el autor creó erróneamente que a su hecho concurre una causa de justificación) con la ausencia del elemento interno en una causa de licitud cuando se dan los presupuestos objetivos de ella, sin embargo,

¹³¹ *Ibidem*. p. 103.

¹³² *Ibidem*. p. 110.

en este caso falta el elemento subjetivo de justificación por lo que no podría dar un estado de necesidad putativo, ni procede tampoco el modo de justificación.

Así también Mir Puig, de tendencia finalista, opina que en España se halla en discusión la teoría de los elementos subjetivos de justificación, pero ello no menma la posibilidad de que en su opinión y en relación al tema que nos ocupa que:

“... es preciso que el sujeto no sólo realice objetivamente la situación prevista en la causa de justificación (supresión del desvalor del resultado), sino también conozca y quiera dicha situación (supresión del desvalor de la acción). Considero necesario el elemento subjetivo de justificación entendido como contrapartida del dolo en las causas de justificación. No creo, en cambio, que resulte exigible por principio que además el sujeto actúe exclusiva y principalmente por este motivo (entendiendo el elemento subjetivo de justificación como la contrapartida de los elementos subjetivos del injusto)”.¹³³

Lo anterior es aplicable para la legítima defensa, propia y para un tercero, en donde se requiere la voluntad de defensa del autor del hecho típico, a fin de evitar que actúe por venganza, resentimiento o cualquier otro sentimiento ilegítimo cuando se realice la ejecución del

¹³³ Notas de traductor expresadas en el libro de Jescheck, H.-H. Tratado de Derecho Penal. Ob. cit. p. 456.

hecho, según Mier Puig. Sin embargo, también en palabras de este autor existe la salvedad siguiente:

"Baste notar, sin embargo, que en las causas de justificación que responden a un deber de actuar del sujeto (así, art. 8, 11^o) sería particularmente inconveniente condicionar la justificación a algo más que el conocer y querer el deber de actuar, pues al derecho interesa que el sujeto actúe, cualquiera que sea el motivo por el que lo haga."¹³⁰

Dice Mir Puig que en España la polémica no gira en el dilema de considerar al hecho en cuestión como tentativa o consumación, pues en ambos casos existe pena aplicable al autor del hecho, sino que el problema se centra al de determinar que si dicho hecho amerita impunidad por justificación o castigo por consumación. Al respecto señala que:

"Si bien, en efecto, desde el prisma finalista se mantiene, como en Alemania, la solución de la consumación, el rechazo de los elementos subjetivos de justificación conduce a considerar justificada plenamente la conducta desprovista de tales elementos. Esta posición es, acaso, formalmente más coherente que la alemana de la tentativa, pues si la justificación no requiere un elemento subjetivo, parece

¹³⁰ Ibidem p. 486.

lógico que tenga lugar aunque éste falte. Mas desconoce, como la solución finalista, la estructura material que distingue al caso planteado. Como subraya claramente el texto (refiriéndose a la posición de Jescheck en su Tratado de Derecho Penal), la falta del elemento subjetivo de justificación origina una situación materialmente coincidente con la de la tentativa; no se produce lo injusto del resultado, pero sí lo injusto de la acción. Tan inadecuado es castigar por consumación como considerar plenamente justificado el hecho.”¹³⁵

Puig establece que no es compatible en el ordenamiento jurídico español aplicar las reglas de tentativa (en España: frustración) para los casos de ausencia del elemento subjetivo de justificación, sino que por analogía se podrían considerar como eximente incompleta:

“Si el elemento subjetivo de justificación (entendido como mero conocer y querer la situación de justificación) cuenta entre los de las eximentes, y su falta no hace desaparecer toda base de éstas, sino sólo una parte (la correspondiente al desvalor de la acción), será formalmente posible y materialmente correcto optar por la vía inmediata del art. 9, 1º (eximente incompleta)”.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 456-457.

Los efectos jurídicos de la eximente incompleta en España es que debido a la falta de algunos de los requisitos necesarios para eximir la responsabilidad penal permite una pena atenuada cuando están ausentes los requisitos no esenciales, pues cuando no se dan los requisitos esenciales no opera la eximente incompleta y en consecuencia se tratara de un hecho típico y plenamente antijurídico.

Un tratadista finalista es Reinhart Mauruch, mismo que en relación a que si toda causa de justificación debe fundarse en elementos tanto objetivos como subjetivos, o si se puede prescindir de éste último, establece que la solución se plantea desde el pensamiento causal, el cual basa el desvalor o valor de la acción típica en el resultado de ella, sin que sea necesario la intención que persigue el autor del hecho. Es por lo que para Mauruch no es suficiente lo anterior, en virtud de que para el autor del hecho subsiste el desvalor de la acción sin que pueda configurar o invocar una causa de justificación, debido a que el autor conoce y quiere realizar el resultado desvalorado. A mayor claridad expresa que:

“... la circunstancia de que el resultado típico se desprende de modo causal como evento socialmente aprobado, no podrá eximir de responsabilidad al autor; para su representación no desempeñaba ese resultado papel alguno, el sujeto quería tan sólo el resultado configurado como desvalor en virtud de la tipificación, sin tomar en cuenta la

posibilidad ni pretender que ese evento, en el caso concreto, desplazara el indicio de injusto por la presencia de un elemento objetivo de justificación (conservación de la vida de la madre, o defensa no provocada frente a un ataque). Para tal autor subsistirá el desvalor de la acción, sin posibilidad de invocar causa de justificación alguna.”¹²⁶

Para Maurach la solución debe ser en el sentido de considerar la cuestión plantada como un hecho típico, antijurídico y el cual puede concluir como un delito doloso por acción consumado con resultado material, pues el hecho en sí mismo no se encuentra amparado por una causa de justificación, muy a pesar de que objetivamente se reúnan los presupuestos que se requieren para configurar la eximente de responsabilidad penal, en virtud de que el hecho se encuentra desprovisto de la voluntad de conducirse conforme a derecho por parte del autor del hecho, ya que no existe dolo para realizar el tipo permisivo consistente en la causa de justificación. Así también el hecho en estudio tampoco admite las reglas de la tentativa, a juicio de Maurach, mismo que dice:

“ Si el autor no conoce un elemento objetivo de justificación existente en realidad, cometerá un hecho consumado antijurídico. Se debe descartar la hipótesis de tentativa . . . la antijuridicidad subsiste desde el momento en que tan sólo la

¹²⁶ Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. p. 369.

congruencia entre las causas de justificación subjetivas y objetivas, esto es el actuar justo basado en la correspondiente voluntad, puede desvirtuar el indicio derivado del tipo."¹²⁷

Por lo tanto, para Maurach no es suficiente los presupuestos objetivos de una causa de justificación, sino que se integra además del elemento interno, consistente en la voluntad del autor dirigida a un resultado objetivamente valioso y permitido socialmente a través de una norma legal. En contrario, ante un hecho que carece de éste último elemento, subsiste el desvalor del resultado, muy a pesar de tener valor la acción objetivamente determinada. En consecuencia, no se puede invocar en beneficio del autor del hecho una causa de justificación, ni aplicársele las reglas generales de tentativa.

d) Otros tratadistas.

En México existen pocos autores que tratan de manera específica la ausencia del elemento interno en una causa de justificación. Porte Petit, que es uno de ellos, de manera directa en relación al tema considera que para que prospere una causa de justificación se requiere de la intención del autor para configurar la eximente. Motivo por el cual de manera específica en relación a la

¹²⁷ *Ibidem*, p. 375.

legítima defensa, la palabra de obrar "en" defensa, implica un elemento subjetivo de justificación, tan es así que:

"El Código Penal en su fracción del artículo 15, establece que son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, obrar en defensa . . . , lo que nos lleva a la consideración que el mencionado precepto exige para que exista la legítima defensa, el ánimo *defendendi* ."128

Al establecer que la legítima defensa se funda también en elementos subjetivos de justificación, Porte Petit dice que es el criterio que en diversas jurisprudencias ha sostenido al Suprema Corte de Justicia de la Nación. Lo anterior resulta aplicable en el caso del estado de necesidad justificante, toda vez que:

"El requisito de la necesidad exigido en la fracción IV, del artículo 15 del Código Penal, implica en el titular de esta causa de justificación, un particular ánimo: el *animus conservations* ."129

Sergio Vela Treviño, autor mexicano de Derecho Penal, que a pesar de tener una concepción del delito en una teoría finalista, establece una diversa opinión. Dicho autor desde que estudia la antijuridicidad como elemento integrante de la estructura del delito,

128 Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. p. 428.

129 Ibidem. p. 466.

establece que en su análisis no es necesario tomar en cuenta los aspectos subjetivos de la voluntad del autor, reduciendo dicho elemento en un aspecto puramente objetivo, desplazando los elementos internos del autor en el siguiente elemento del delito, siendo la culpabilidad. Por tanto, también sus respectivas formas de exclusión de la antijuridicidad no requieren de tales aspectos. Para mayor ilustración establece que:

“ Para determinar la antijuridicidad no se deben tener en cuenta los aspectos subjetivos que forman parte de la conducta, porque el estudio y tratamiento de ellos es materia de otro campo diferente del de la teoría del delito, especialmente el de la culpabilidad.”¹⁰⁰

Resulta evidente que el autor antes citado otorga a la antijuridicidad y en consecuencia, a sus excluyente, en un campo estrictamente objetivo. Por lo tanto, de una manera tajante y determinante, no analiza a fondo la ausencia del elemento interno de justificación, pues para él no son válidos estos conceptos en este elemento integrante de la estructura del delito. Es decir, si no valora los elementos internos en una causa de justificación por no ser la etapa correspondiente de analizarlos, luego entonces, es irrelevante tomarlos en cuenta al determinar la procedencia o no de la causa de justificación. Consecuentemente, en el caso de un hecho típico en el

¹⁰⁰ Vela Treviño, Sergio. Ob. cit. 100.

cual no se dan los elementos internos de la causa de justificación, pero si los presupuestos objetivos de ella, según Vela Treviño, es procedencia la misma en cuanto a la exclusión de la antijuridicidad, pero es relevante para la culpabilidad. Pero, si se excluye la antijuridicidad, entonces no se puede valorar la culpabilidad, por tener como presupuestos a aquélla.

Por último, autores mexicanos como: Francisco González de la Vega, Ignacio Villalobos, Francisco Pavón Vasconcelos, y José Arturo González Quintanilla, entre otros, en sus respectivos libros de Derecho Penal Mexicano, no hablan de manera particular sobre la ausencia del elemento interno en una causa de justificación, por lo tanto no han entrado a dar su opinión al respecto.

e) Comentario personal.

Para la procedencia de las causas de justificación en la teoría moderna del delito se tienen que tomar en cuenta dos aspectos: el externo u objetivos de la eximente de responsabilidad y, por otro lado, el elemento interno que se encuentra ubicado en la mente del autor del hecho.

Anteriormente, según la tradicional teoría del delito, no requería de estos dos elementos, sino que como la antijuridicidad se le concebía como un elemento formal con naturaleza objetiva, es por ello

que también compartían la misma naturaleza sus causas excluyentes. Sin embargo, las nuevas posiciones doctrinarias en relación a la antijuridicidad cambiaron, estableciéndose diversa concepción del mencionado presupuesto de la punibilidad, transformándose en un concepto material y con elementos subjetivos al implantarse la teoría del injusto personal aportada por la concepción finalista del delito.

Los finalistas consideran que la estructura de las causas de justificación que excluyen a la antijuridicidad, requieren para que el autor de un hecho típico pueda válidamente ampararse en una causa de justificación, que el aludido autor reúna los presupuestos objetivos descritos en la ley penal y además actúe con dolo (conocer y querer realizar el hecho) en la realización de la causa de justificación. Dicha corriente del delito no permite salvedades en esta cuestión, pues si el autor del hecho no realiza la supuesta causa de justificación con pleno conocimiento de que a su hecho le concurre dicha eximente de responsabilidad, entonces no procede la misma y por lo tanto el hecho es antijurídico.

Pero en caso contrario, cuando el autor cree erróneamente que a su hecho le concurre una causa de justificación que no existe, el finalismo proporciona una solución justa para a dicho caso, al ponerlo como un error de prohibición directo que excluye otro presupuestos de la punibilidad: la culpabilidad. Pero aquí el finalismo hace un planteamiento que pretende dar una solución justa a dicha

problemática, en virtud de que considera que el autor no tiene una conciencia potencial de la antijuricidad del hecho y por lo tanto, puede ser merecedor a excluir la culpabilidad, pero no así la antijuricidad debido a que la conciencia de punibilidad es elemento de aquél presupuesto del delito.

No obstante lo anterior, la teoría finalista se enfrasca en la manera de resolver el hecho típico en el cual se dan los presupuestos objetivos, pero carece de elementos subjetivos de justificación, pues para dicha corriente le importa más las cuestiones internas que las externas, cuando son éstas las que son relevantes para el Derecho ya que son las primeras que conoce el ordenamiento jurídico a efecto de asignarle o no consecuencias jurídicas.

El finalismo pierde de vista la siguiente cuestión: de conformidad con el principio de legalidad y el principio del hecho, que establecen que el Derecho Penal sólo regula actos u omisiones objetivos, es decir, hechos que acontecen en la vida real, social y culturalmente determinados, haciendo a un lado en cuanto a su valoración para la creación de delitos las cuestiones referidas al autor considerado como un sujeto determinado, pues lo importante para el Derecho es regular la conducta externa, es por lo que para el ámbito jurídico primeramente es relevante la cuestión externa, siendo la base de la regulación jurídica, lo que proporciona un margen de seguridad jurídica, pues no se castiga al sujeto determinado, sino al hecho que

realiza y que se encuentra prohibido previamente por la ley penal. Lo anterior otorga un principio de seguridad jurídica en el cual se base un Derecho Penal Democrático.

Por lo tanto, si para el Derecho es relevante el hecho objetivo y si en el supuesto de que un médico practique sin saber y sin querer un aborto terapéutico, aunque pretendía realizar un aborto doloso por acción, es por lo, en base a un principio de seguridad jurídica, se debe declarar procedente la eximente de responsabilidad, pues en ese hecho se dan los presupuestos objetivos de una causa de justificación que son evidentemente relevantes para el Derecho, lo cual subsana, por llamarlo de algún modo, las intenciones del autor del hecho, dado que es más importante para el Derecho Democrático salvar una vida (de la mujer en preñez) que determinar un castigo a aquel que salva su vida, cuando pretende lesionar dolosamente un bien jurídico de menor valor.

De igual manera, en el caso de que un autor de un hecho consistente en conocer y querer realizar un homicidio doloso por acción consumado, a su hecho simultáneamente le concorra una legítima defensa dándose los presupuestos objetivos, pero no los elementos subjetivos de justificación por parte del autor del hecho, es por lo que en base al principio de legalidad y del hecho, se debe declarar procedente la causa de justificación dado que acontecen los presupuestos objetivos de la causa de justificación, situación que es

relevante para el Derecho, pues es más importante la legítima defensa, que castigar a un autor que objetivamente está amparado por dicha eximente, por lo cual las intenciones del autor quedan relevadas a un segundo plano.

Con lo anterior, queda confirmado que las causas de justificación sólo requieren de los presupuestos objetivos, tal y como Mezger lo establece primeramente en su Tratado de Derecho Penal, que quedó transcrito en páginas anteriores.

Ahora bien se debe tomar en cuenta que también es útil en el presente caso el principio de: excepción a la regla. Lo anterior, en virtud de que en el supuesto de que una causa de justificación requiera de un elemento subjetivo del injusto, existiendo sus presupuestos objetivos, se puede decir que es procedente la causa de justificación toda vez que es una excepción a dicho caso, ya que para el Derecho es más importante los hechos, más no las intenciones de los sujetos y por lo tanto con ello se flexibilizan las reglas de las causas de justificación atendiendo el principio del hecho, pues la regla genérica de la causa de justificación determina reunir todos los presupuestos, salvo (en donde consiste la excepción a la regla) cuando se trate de elementos subjetivos del injusto.

En el supuesto de que se considere que los elementos subjetivos del injusto son importantes para la declaratoria de procedencia de las

causas de justificación, es necesario admitir que como se dan las cuestiones externas, es por lo que siguiendo un trato diferenciado al igual que el error de prohibición, se debe declarar el hecho como antijurídico pero con pena atenuada, ya que no es lo mismo que se den los presupuestos objetivos de una causa de justificación paralelamente a la consumación de un hecho típico doloso, que sólo acontezca éste último solo, lo cual es un principio de valoración jurídica de los hechos objetivamente, por lo que el Código Penal no establece precepto jurídico alguno en relación a esta situación sólo limitándose a establecer las reglas relativas a el error de prohibición conforme lo establecido en el artículo 15, fracción VIII, que se refiere al error de tipo y prohibición. Por lo que no hay una regulación específica que pueda solucionar el problema de la ausencia del elemento subjetivo en una causa de justificación.

Como en el caso concreto planteado en el presente trabajo, existen los presupuestos externos de la causa de justificación, luego entonces, se debe tomar en cuenta la eximente con pleno valor para excluir la antijuridicidad, en virtud de que los elementos objetivos de la causa de justificación son más relevantes para el Derecho que las cuestiones internas, las cuales en caso contrario (ante la inexistencia del elemento externo, pero con dolo de conducirse conforme a Derecho) le atribuye una causa de exclusión de la culpabilidad, por considerarlo como error de prohibición directo que excluye la conciencia de la antijuridicidad.

Uno de los efectos jurídicos que acarrea la cuestión en estudio, es que sólo los elementos internos del autor se consideren para verificar la voluntad del autor que se orienta al injusto penal o bien si su acción se encuentra orientada a la realización de una causa de justificación. Pero, por excepción, no se deben tomar en cuenta la inexistencia de los elementos subjetivos de justificación cuando queda subsanado con la existencia de los presupuestos objetivos de la eximente, en virtud de que más relevante es el hecho objetivo de la causa de justificación, que las intenciones contrarias del autor de contravenir el ordenamiento jurídico. Es decir, los elementos internos de la voluntad del autor son relevantes como elementos subjetivos del injusto, pero no son determinantes para las causas de justificación, salvo que los elementos subjetivos de justificación son elementos esenciales de la causa de justificación que se trate, pues si trata de elementos no fundamentales, luego entonces es procedente la causa de justificación.

La antijuridicidad, desde una perspectiva dualista, establece que el contenido del injusto está constituido por el disvalor de la acción y el disvalor del resultado. Por consiguiente si el autor del hecho típico quiere y conoce realizar la parte externa del tipo objetivo, pero simultáneamente a su hecho aparecen los presupuestos objetivos de una causa de justificación que él no pretendía realizar, el resultado es que existe un disvalor de la acción indudablemente, pero el hecho se

encuentra justificado en virtud de que objetivamente existe un resultado justo y que no resulta ser desvalorada por el Derecho. Lo anterior respalda el planteamiento de que debe declararse procedente la causa de justificación, a pesar de no contar con los elementos subjetivos de justificación.

Por ejemplo: cuando un hijo, mayor de edad, conoce y quiere realizar la parte externa del tipo objetivo del delito de homicidio previsto en el artículo 302 del Código Penal en contra de su padrastro, quien se encuentra en un cuarto contiguo de la casa, por lo cual el sujeto se encamina al cuarto de su padrastro acompañado de una pistola, abre la puerta, ve a la víctima y dispara contra de ella, pero después de realizar la acción se da cuenta que evita que la víctima consuma también una acción de homicidio en contra de su madre, por lo cual se dan los presupuestos objetivos de una legítima defensa previsto en el artículo 15, fracción IV, del Código Penal. En dicho caso la acción se encuentra desvalorada, en virtud de que se comete un delito de homicidio doloso por acción con resultado material, pero el autor no conocía al momento de realizar el hecho que se daban los presupuestos objetivos de la eximente, aunque el resultado obtenido con la acción se encuentra conforme a Derecho ya que no está desvalorado, debido a que se evitó la lesión de un bien jurídico protegido, el cual es predominante a la vida de la víctima del delito de homicidio, y con la acción del autor (hijo) se interrumpe el pretendido resultado que deseaba la víctima. En consecuencia, existe una repulsa

a una agresión real, actual y sin derecho en protección del bien jurídico consiste en la vida de la madre, todos ellos presupuestos objetivos de la legítima defensa y que cumple, *per se*, el autor del hecho, motivo por el cual es procedente ampararse dicho autor con la justificante, a pesar de que su acción está desvalorada, pero se subsana con la consecución de un resultado con valor pleno.

Aunque el artículo 15 del Código Penal no establece expresamente como requisito fundamental para excluyente del delito que en las causas de justificación se requiera del elemento interno de justificación, situación por la cual se puede concluir válidamente que cuando los presupuestos objetivos de la causa de justificación careciendo de los elementos internos o subjetivos del autor del hecho típico, se deba determinar que se excluya la antijuridicidad y en consecuencia no se configure el delito, debido a que no se puede pasar a valorar la culpabilidad, ya que requiere como presupuesto el juicio de disvalor del hecho que implica la antijuridicidad.

Por otra parte, el artículo 53 del Código Penal establece lo siguiente:

Artículo 53.- No es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido si las ignoraba inculpablemente al cometer el delito.

En una interpretación a contrario sensu, del artículo 53 del Código Penal se puede establecer que puede ser imputable a un acusado que existan circunstancias particulares del ofendido que disminuyan la gravedad del delito y que las desconozca el acusado. Conforme a este artículo puede establecerse la procedencia de la causa de justificación aún cuando falta el elemento interno de justificación. Pero lo anterior no deja de ser una interpretación forzada del precepto citado, ya que corresponde al Título Tercero, Aplicación de las sanciones, y que es cuando al hecho se le considera formalmente un delito.

Pero con independencia de lo anterior, si es que existe oposición de considerar que las causas de justificación se requieren de ambos elementos indisolublemente y se concluya que es antijurídico el hecho típico y que merece el juicio de reprochabilidad de la culpabilidad al grado de considerar al hecho ejemplificado como un delito doloso por acción con resultado material, existe una posibilidad de asignarle o atribuir otro sentido a esta cuestión, pues como ya no se podría excusar el hecho en base a las diversas fracciones del artículo 15 del Código Penal, se pueden determinar ciertas cuestiones a favor del autor del hecho en términos del artículo 52 del mismo ordenamiento el cual se refiere a las reglas generales para la aplicación de las sanciones. Conforme dicho precepto penal cuando al hecho en cuestión se le considera un delito, por reunir los presupuestos de la

punibilidad, sin que exista excluyente a su favor, se puede, como el error de prohibición vencible que indica el artículo 15, fracción VIII, inciso B, considerarlo como un delito atenuado, en virtud de que no es lo mismo que sucedan de manera fáctica los elementos objetivos de una causa de justificación en la ejecución de un hecho doloso y típico, que constituye un delito, por los demás presupuestos de la punibilidad, que cuando no se dan dichos elementos objetivos, pues en los dos hechos existen los mismo elementos internos del autor del hecho. El artículo 52 del Código Penal establece:

Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho, realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciente a un grupo étnico indígena, se tomaron en cuenta, además de los usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VIII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Dicho precepto se podría aplicar en los casos en que se considere como un elemento esencial en las causas de justificación los aspectos internos del autor, y que por ello se considere antijurídica la acción típica realizada y en consecuencia se le formule el juicio de reproche de la culpabilidad al autor, que se realizaría a través del establecimiento de la pena. En el artículo 52 citado se establece una obligación al juez que conozca del caso que se deba basar en el principio máximo de justicia en que se funda el Derecho Penal para que al momento de fijar la pena al autor del delito considere la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad, que constituyen el marco de referencia del autor del hecho, con base al cual se podrá

determinar una pena atenuada, toda vez que en el hecho en estudio se concluye, por parte del juzgador que no se encuentra justificado, pero simultáneamente a él existen los presupuestos objetivos de una causa lícita, pero que no se valoró en virtud de faltar el elemento subjetivo de justificación, sin embargo conforme la obligación del juez de fijar la pena que le corresponda debe valorar al momento de dictar sentencia que (fracción I) que la magnitud del daño causado al bien jurídico se minimiza ya que (en el caso de médico que práctica sin conocer y querer un aborto terapéutico) existen otros presupuestos objetivos de un bien jurídico que hacen que el valor lesionado sea menor y por lo cual deba prevalecer aquél conforme el principio de interés predominante, es decir, la atenuación de la pena puede operar debido a que frente al interés que protege el tipo fundamental (artículo 329 en relación con 330, consistente en la vida del producto) existe otro bien (la vida de la mujer, artículo 334) que disminuye el valor del bien que protege el tipo fundamental y que hace que deba prevalecer éste bien jurídico por ser de mayor valor. Consecuencia de lo anterior, es que a pesar de que a el médico se le considere su hecho como un delito de aborto consentido doloso consumado por acción con resultado material, sin embargo se dan los presupuestos objetivos de un estado de necesidad que consiste en que frente al interés fundamental que protege el tipo fundamental del artículo 330 del Código Penal, existe otro bien (vida de la mujer que prevé el artículo 334 del Código Penal) objetivamente determinado aunque no cognoscible para el autor del hecho, que disminuye el valor del otro

bien, por lo cual merece una pena atenuada conforme la aplicación del artículo 52 en sus fracciones I y III, del Código Penal. Todo ello debe valorar el juez al momento de dictar sentencia.

Por último, no se puede aplicar las reglas de la tentativa en virtud de que el hecho en estudio no representa todos los requisitos de un tentativa punible en términos del artículo 12 del Código Penal, pues el delito se consuma por causas propias a la voluntad del agente y no por causas ajenas a su voluntad, lo que está en cuestión es lo relativo a la procedencia de la causa de justificación que le concurre objetivamente y la cual no se encuentra abarcada por el dolo del autor del hecho. Es por consiguiente que el Código Penal al carecer de precepto jurídico exclusivo que regule tal cuestión, debe crearse uno para determinar la procedencia de las causas de justificación cuando no existe voluntad del autor del hecho para realizar ésta, atendiendo el principio del hecho que proporciona un margen de seguridad jurídica.

CONCLUSIONES

1.- La antijuridicidad se presume con la integración de la tipicidad, pero no lo acredita plenamente, en virtud de que se requiere de elementos formales y materiales para conformarla. La antijuridicidad como un presupuesto de la punibilidad, consiste en la contradicción entre el hecho típico con el ordenamiento jurídico, que implica que un hecho típico ponga en lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, y que dicho hecho no se encuentra amparado por una causa de justificación.

2.- Las causas de justificación excluyen a la antijuridicidad, pues por tratarse de un presupuesto de la punibilidad tiene su respectivo aspecto negativo que la excluye y que encuentra su fundamento desde un esquema formal en el principio de regla-excepción. Para la comprensión del fundamento de las causas de justificación se debe tomar en cuenta como contrapartida el concepto material de la antijuridicidad, a través del mismo se puede determinar que la justificación significa que una acción aparece en el caso concreto de tal forma configurada que debe aceptarse en beneficio de valores superiores la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción típica y aprobarse también el fin perseguido por el autor. A consecuencia de la intervención de la norma permisiva desaparece el injusto del resultado como de la acción.

3.- La denominación de *causas de justificación*, como el aspecto negativo de la antijuridicidad, es un término que comprende con precisión a las causas que excluyen a dicho presupuesto, pues cuando un hecho se adecua en el tipo penal, por regla general se crea un indicio de la antijuridicidad, pero por vía de excepción se destruye cuando existe una causa de justificación que excluye dicha presunción de antijuridicidad, motivo por el cual propiamente no se trata las causas de justificación de un tipo autónomo, sino que son el aspecto que excluye a la antijuridicidad y que se basa en una norma permisiva.

4.- Las causas de justificación para determinar su fundamentación hay que tomar en consideración como contrapartida al concepto que se tenga de la antijuridicidad y los elementos que la integran. En la doctrina, la teoría dominante de las causas de justificación exige que conste de dos elementos. Un elemento externo u objetivo consistente en la actividad racionalmente necesaria para salvaguardar un bien jurídico tutelado y que son presupuestos objetivos descritos en la ley penal. Y un elemento subjetivo o interno, que se haya en la mente del autor del hecho típico que pretende ampararse en la causa de justificación, consistente en la voluntad del autor dirigida u orientada a la realización de la causa de justificación, es decir, la salvaguarda de un bien jurídico tutelado.

5.- Cuando un hecho típico, que pretende ampararse en una causa de justificación, pero carece del elemento objetivo mencionado, tanto el Código Penal como la doctrina dominante tienen una manera clara de resolver por medio de las reglas del error de prohibición indirecto, de acuerdo si es o no superable. El Código Penal en su artículo 15, fracción III, inciso B, determina al error de prohibición directo y al indirecto vencible una pena que corresponde a un delito culposo y si es vencible una pena atenuada hasta de una tercera parte del delito que se trate, conforme el artículo 66 del mismo ordenamiento jurídico. Sin embargo, no existe una regulación específica cuando el hecho típico que pretende apoyarse en una causa de justificación está desprovista del elemento subjetivo de justificación.

6.- Para determinar si es necesario los elementos subjetivos de justificación habrá que considerar los requisitos esenciales de cada causa de justificación en el Código Penal, pues si se considera como requisito esencial a los elementos internos, luego entonces, si no se dan los mismos, aunque existan los presupuestos objetivos es por lo que no prospera la causa de justificación. Por lo contrario si en la causa de justificación que se trate no se exige como elemento esencial a cuestiones internas, entonces sólo con los presupuestos objetivos se configura la causa de justificación.

7.- En las causas de justificación de la legítima defensa, en el estado de necesidad justificante y en la ausencia de intereses del ofendido, no se debe considerar como un requisito esencial a los

elementos subjetivos de justificación para configurar las misma, en virtud de que el Código Penal no los exige categóricamente, motivo por el que conforme el principio del hecho, que establece que en el Derecho Penal no se deben tomar en cuenta las cuestiones referidas al autor del hecho, sino sencillamente cuestiones objetivas que integren un hecho típico, es por lo cual los elementos subjetivos referidos al autor no se deben considerar como un requisito esencial debido que a su hecho le concurren, aun desconociéndolo el autor, los presupuestos objetivos de la causa de justificación, por lo que el resultado obtenido es lícito, obteniendo un resultado valorado por el Derecho, independientemente de la acción injusta. En segundo lugar, se tiene que considerar que en el hecho típico existe disvalor de la acción, pero la misma se justifica por que objetivamente se consigue un resultado valorado y aprobado por el Derecho Penal. Ahora bien, de acuerdo con el principio de mínima intervención del Derecho Penal, se puede válidamente concluir que ésta rama del Derecho debe intervenir en un mínimo cuando por medio de otra ramas del Derecho se puedan regular los hechos, por consiguiente, el Derecho Penal no debe considerar los elementos anímicos de la voluntad del autor, cuando el resultado obtenido es tanto social como jurídicamente consentido y por lo tanto, imponer una pena a un hecho típico con resultado justo resulta ser innecesario.

8.- No es determinante la existencia de los elementos subjetivos del autor en la declaratoria de procedencia de las causas de justificación, debido a que sólo son cuestiones valorativas

consideradas en el tipo sistemático como una diferencia específica que puede distinguir a un delito de otro, por lo que dichos elementos sólo serían importantes cuanto se aprecien como elementos subjetivos del injusto, pero jamás serán determinantes para la configuración de una causa de justificación, a excepción del cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho.

9.- En caso contrario, en el supuesto de que se considerara necesarios los elementos subjetivos de justificación para la procedencia de las eximentes de antijuridicidad, en su caso deberá el juzgador imponer al autor del hecho típico una pena atenuada, pues si para el error de prohibición indirecto se permite conforme el artículo 15, fracción VIII, inciso B), del Código Penal, no existe impedimento racional para que en un hecho típico con un resultado objetivo y jurídicamente permitido, en donde el autor desconozca que a su hecho le concurre una causa de justificación, careciendo de los elementos subjetivos de justificación, se puedan aplicar los mismos criterios y reconocer que objetivamente su resultado es permitido por el Derecho, por lo que en su caso amerita a buen modo aplicar una pena atenuada por tratarse de un hecho típico antijurídico con resultado justo y por ende, es tarea del legislador precisar una consecuencia justa a este tipo de hechos.

10.- Por lo que respecta a las causas de justificación de cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, debido a que no se pueden transgredir los principios de legalidad y seguridad jurídica

que contemplan los artículos 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que son fundamentales en el ordenamiento jurídico, si se requieren elementos subjetivos de justificación, por ser requisitos esenciales de dichas eximentes de responsabilidad, por lo que para que prosperen las mismas a favor del autor del hecho típico que pretende ampararse en alguna de ellas, debe concurrir a su hecho los presupuestos objetivos y elementos internos de dichas causas de justificación.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995. Tomo II Materia Penal. México, 1995.
- 2.- Baumann, Jürgen. Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema. Traducción de la 4ª edición alemana por el Dr. Conrado A. Finzi. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1981.
- 3.- Castellanos, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994.
- 4.- Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo I. Bibliografía OMEBA. Libros Científicos. 1976.
- 5.- Graf Zu Dohna, Alexander. La ilicitud. Traducción del Dr. Faustino Ballvé. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1959.
- 6.- Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomos I y II. Traducción y adiciones por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España, 1981.
- 7.- Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. La ley y el delito. Adeledo-Perrot, Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1990.
- 8.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. 4ª edición. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1963.
- 9.- Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Traducción de J. Córdoba Roda. Ediciones Ariel. Barcelona, 1962.
- 10.- Mezger, Edmund. Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio. 2ª edición. Cardenas Editor y Distribuidor. México, 1990.

- 11.- Mezger, Edmund. Tratado de Derecho Penal. Traducción de la 2ª edición alemana por J. A. Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de Derecho Privado. Tomo I. 1935.
- 12.- Pavón Vasconcelos, Francisco. La causalidad en el delito. 3ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.
- 13.- Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. I. 13ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1990.
- 14.- Sainz Cantero, José A. Lecciones de Derecho Penal. Tercera Edición. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona España. 1990.
- 15.- Stratenwerth, Günter. Derecho Penal. Parte General. I; El hecho Punible. Traducción de Glayds Romero. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1982.
- 16.- Vela Treviño, Sergio. Antijuridicidad y justificación. 2ª edición. Editorial Trillas. México. 1986.
- 17.- Welzen, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 11ª edición y 4ª edición castellana. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. 1993.

- 11.- Mezger, Edmund. Tratado de Derecho Penal. Traducción de la 2ª edición alemana por J. A. Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de Derecho Privado. Tomo I. 1935.
- 12.- Pavón Vasconcelos, Francisco. La causalidad en el delito. 3ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.
- 13.- Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. I. 13ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1990.
- 14.- Sainz Cantero, Jose A. Lecciones de Derecho Penal. Tercera Edición. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona España. 1990.
- 15.- Stratenwerth, Günter. Derecho Penal. Parte General. I; El hecho Punible. Traducción de Glayda Romero. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1982.
- 16.- Vela Treviño, Sergio. Antijuridicidad y justificación. 2ª edición. Editorial Trillas. México. 1986.
- 17.- Welzen, Hans. Derecho Penal Aleman. Parte General. 11ª edición y 4ª edición castellana. Traducción de Juan Bustos Ramirez y Sergio Yanez Perez. Editorial jurídica de Chile. 1993.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN
NOTIFICACION DE TRABAJO CONCLUIDO PARA TITULACION

Jefe de la Unidad de Administración Escolar,

Presente
BIOLOGA GUADALUPE SALCEDO AQUINO.

Después de haber asesorado y revisado el trabajo titulado "ANALISIS DE LA PROBLEMÁTICA DE LA AUSENCIA DEL ELEMENTO INTERNO EN UNA CAUSA DE JUSTIFICACION EN LA TEORIA DEL DELITO"

que para obtener el grado de licenciado en DERECHO.

bajo la opción de TESIS

elaboró C. RICARDO EDUARDO ROSALES VILLORDO.

con el número de cuenta 8611251-0 generación 1989 - 1993

notifico a usted que considero debidamente concluido el trabajo por las siguientes razones:

TODA VEZ QUE EL TRABAJO QUE SE EXHIBE SATISFACE LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA LA APROBACION DEL MISMO.

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Acatlán, Edo. de México, a 4 de MARZO de 1997

LIC. ALTA MIRIELES RANGEI

Nombre y firma del asesor.

PROGRAMA DE DERECHO

INSTRUCCIONES

1.- Léase a máquina

2.- El original y las copias del presente documento deberán entregarse de acuerdo a lo siguiente:

Original blanco:

Copia amarilla:

Copia azul:

Copia rosa:

Unidad de Administración Escolar

Jefatura del Programa correspondiente

Asesor asignado

Alumno