

00721
168



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

"ESTUDIO DOGMATICO DE LA FRACCION III DEL ARTICULO 15 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL"

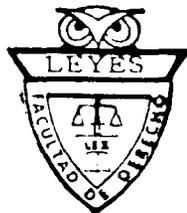
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

CESAR CASTRO CARDENAS



DIRECTOR DE TESIS: DR. CARLOS JUAN MANUEL DAZA GOMEZ

CD. UNIVERSITARIA D. F.

FEBRERO 2003

a



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

PAGINACIÓN

DISCONTINUA

"ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA FRACCIÓN III DEL
ARTICULO 15 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO
FEDERAL"

Dirección General de Bibliotecas
Trabaja en formato electrónico e impr.
Cada día de mi trabajo recepción.
NOMBRE: Genaro Antonio Paredes
23-02-08
[Signature]

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/07/SP/01/03
ASUNTO: APROBACION DE TESIS



DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno CASTRO CARDENAS CESAR, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. CARLOS JUAN MANUEL DAZA GOMEZ, la tesis profesional intitulada "ESTUDIO DOGMATICO DE LA FRACCION III DEL ARTICULO 15 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor DR. CARLOS JUAN MANUEL DAZA GOMEZ, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "ESTUDIO DOGMATICO DE LA FRACCION III DEL ARTICULO 15 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL." puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno CASTRO CARDENAS CESAR.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que se lea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaria General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 17 de enero 2003

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LFD/tpg.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

C

PROF. DR. CARLOS DAZA
CATEDRÁTICO DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

México D. F., 2 de Septiembre del 2002.

DOCTOR LUIS FERNÁNDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM
P R E S E N T E.

DISTINGUIDO DOCTOR:

Por este conducto me permito dirigir a Usted, para manifestarle que fui designado Director de Tesis del C. **CESAR CASTRO CÁRDENAS**, quien ha concluido la elaboración del trabajo de investigación intitulado **"ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL"**, con número de cuenta 9022722-2, que ha elaborado para optar por el título de Licenciado en Derecho, permitiéndome comentar lo siguiente:

El trabajo de investigación que presenta el C. **CASTRO CÁRDENAS**, cumple con los requisitos reglamentarios de la legislación universitaria. Contiene el planeamiento del objeto del conocimiento, mismo que coincide con su hipótesis, así como su contenido y conclusiones; por ello, es que me permito emitir mi **VOTO APROBATORIO**, para que continúe con los tramites reglamentarios, si Usted tiene a bien autorizar el presente trabajo.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle mi más alta y distinguida consideración.

ATENTAMENTE

Miguel Ángel de Quevedo, 928, Colonia Parque San Andrés, Delegación Coyoacan, Tel/ Fax.
5339-5641 al 44. E-Mail dazacar@prodigy.net.mx

**TESIS CON
FUELLA DE ORIGEN**

Dedicado a:

Mi amada esposa, Consuelo Soto Vargas, por haber aceptado pasar la vida conmigo, por estar a mi lado en las tormentas y amaneceres, pero sobre todo, por ser esa parte de mí, sin la cual no estaría completo.

Mis padres, Sr. Ernesto Castro Tlatzimatzín y Sra. María Amparo Cárdenas Montaño, quienes me dieron la vida y por tal motivo desde ese momento me proporcionaron, todos los elementos necesarios para llegar a este momento.

Mis hermanos, Adolfo, Tamara y Claudia, por darme su cariño, por cuidarme, apoyarme a lo largo de mi vida y por ser mis amigos y mis confidentes.

Mi sobrino, Esteban Garza Castro, por darme sus risas, sus juegos y esa energía infantil que siempre hace falta.

A la Universidad Nacional Autónoma de México y a la Facultad de Derecho, a los cuales tendré un agradecimiento eterno.

A mis maestros, quienes me transmitieron sus conocimientos y me enseñaron el camino de la inteligencia, de la búsqueda de todas las verdades, del desafío a cualquier dogma y de la fidelidad al juramento ético, pero sobre todo a dedicar su vida a una tarea difícil y noble.

A todos ellos, GRACIAS.

e

INDICE

INTRODUCCIÓN.....V

CAPITULO I. TEORÍA DEL TIPO.

A).Desarrollo.....	1
B) Elementos objetivos.....	10
C) Elementos normativos.....	12
D) Elementos Subjetivos.....	12

CAPITULO II. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD (ASPECTO NEGATIVO).

A) Origen y desarrollo del concepto de tipo penal.....	16
B) Evolución de la Tipicidad.....	25
C) Tipicidad.....	26
D) Atipicidad.....	28

CAPITULO III. ANTIJURIDICIDAD.

A) Concepto.....	34
B) Antijuridicidad Formal y Material.....	36
C) Antijuridicidad e injusto.....	40
D) Causas de Justificación.....	42
E) Causas de justificación en particular.....	50

CAPITULO IV. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.

A) Concepto de Bien Jurídico Tutelado.....	72
B) La necesidad del Estado y del Derecho Penal de proteger los Bienes Jurídicos Tutelados.....	73
C) Concepto social del Bien Jurídico.....	82
D) Teoría liberal del perjuicio social.....	83
E) Evolución funcionalista.....	84

CAPITULO V. ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA FRACCIÓN III DEL ARTICULO 15 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

A). Teoría del consentimiento.....	89
1. Historia.....	89
B) Consentimiento excluyente de tipicidad.....	92
C) Consentimiento justificante.....	93
D) Representación en el consentimiento.....	95
E) Diferencias entre acuerdo y consentimiento.....	96
F) Que el Bien Jurídico sea disponible.....	97
G) Que el titular del Bien tenga capacidad jurídica para disponer libremente del mismo.....	105
1. Capacidad de goce.....	106
2. Capacidad de ejercicio.....	108
H) Que el consentimiento sea expreso o tácito, 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.....	114
1. Manifestación expresa y tácita.....	114
2. Vicios en el consentimiento.....	115
3. Circunstancias fundadas que permitan presumir que el titular del bien jurídico, hubiese dado su consentimiento para disponer del Bien Jurídico.....	119
Conclusiones.....	123
Bibliografía consultada.....	131
Legislación consultada.....	133

INTRODUCCION.

El presente estudio, tiene como objetivo hacer un análisis, dogmático de la fracción III del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, que se refiere a la exclusión del delito, cuando concurre el consentimiento del titular del bien jurídico tutelado, abarcando desde luego, las dos posturas que existen al respecto, por un lado la que refiere que el consentimiento, puede provocar la atipicidad de la conducta delictiva, siempre y cuando el mismo, aparezca inmerso dentro del tipo penal del injusto, esto es, cuando sea parte integrante, como elemento del cuerpo del delito, en un caso concreto. Y por el otro, lo que se define como una causa de exclusión del delito. Por tal motivo en el capítulo I, se realizará, la investigación y análisis de lo que la doctrina penal refiere, a cerca de la Teoría del Tipo Penal, estudiando sus elementos Objetivo o externos, que se traducen en aquellos, que se puede apreciar por medio de los sentidos. Los elementos normativos, que son aquellos, que para su comprensión, es indispensable acudir, a la doctrina y en algunas ocasiones a los diccionarios o ciencias auxiliares para desentrañar su sentido y significado, asimismo, estudiar los elementos subjetivos o internos, que se traducen en aquellos elementos internos, que no se pueden apreciar por medio de los sentidos, es decir, los ánimos, voluntad interna en la concreción de alguna conducta lesiva.

Definido el anterior tema y sentado sus bases, en el capítulo II, será pertinente para el presente estudio, reflexionar sobre la Tipicidad y su aspecto negativo (Atipicidad); iniciando desde luego con la noción del concepto, esto es, establecer el origen y desarrollo del tipo penal, estudiar la evolución de la tipicidad con el objeto de ofrecer conceptos completos y digeribles de la Tipicidad, Juicio de Tipicidad y Tipo, a efecto de establecer el alcance de cada uno de estos conceptos y las diferencias existentes entre ellos.

En el mismo orden de ideas, y después de estudiar la Tipicidad y lo relativo a esta, se entrará al examen de su aspecto negativo, por ello se analizará, lo relativo a la Atipicidad, que se puede explicar de manera muy breve, como la ausencia de adecuación de la conducta concreta al tipo penal, y como quedó de manifiesto, es de gran importancia, pues lo anterior servirá, para hacer mención a las causas de atipicidad.

Hecho lo anterior y en el mismo sentido, en el siguiente capítulo, es decir, en el capítulo III, se verificará el contenido de la Antijuridicidad, por ello se definirá su concepto y se expondrá su diferencia con el injusto. Posteriormente se expondrán las causas de justificación.

Coherente con lo anterior, es menester para el presente análisis, estudiar lo relativo al Bien Jurídico tutelado, lo cual corresponde al capítulo IV,

punto, que considero, a mi particular punto de vista, la parte medular de la presente tesis para obtener la licenciatura en derecho, pues resulta de gran relevancia, entender su concepto y la necesidad del estado, en proteger los bienes jurídicos tutelados para que los gobernados no los transgredan.

Una vez, que se han sentado las bases sobre las cuales descansan los principios de las excluyentes del delito y las causas de atipicidad, resulta indispensable para el presente título (capítulo IV), realizar el estudio dogmático de la fracción III del artículo 15 del Código penal para el Distrito Federal, y a efecto de abundar y desentrañar ciertas lagunas, que existen en la mencionada fracción, se explicará en el presente capítulo, lo que debe entenderse por la disponibilidad del Bien Jurídico protegido, para posteriormente definir que bienes jurídicos tutelados pueden ser disponibles, a través de un acuerdo de voluntades.

Asimismo se analizará la capacidad jurídica del titular del bien jurídico tutelado, así como sus consecuencias contractuales y para ello se verificará, la capacidad de ejercicio, de goce y su relación en el Derecho Penal.

Finalmente, se explicará y se complementará, lo relativo a los requisitos, para que el consentimiento del titular del bien Jurídico protegido, pueda emerger a la vida jurídica, como excluyente del delito, por ello, se analizará lo relativo a

que dicho consentimiento sea expreso o tácito, sin medie algún vicio en dicho consentimiento, atendiendo de manera supletoria, a lo que la doctrina y las leyes civiles o de derecho privado, explican y establecen al respecto. Asimismo, interpretar y complementar lo referido por el legislado, en el sentido de las circunstancias fundadas, que permitan presumir que el titular del bien jurídico protegido o tutelado, hubiese dado su consentimiento, para disponer del Bien Jurídico.

CAPITULO I

v

CAPITULO I

TEORIA DEL TIPO

A) DESARROLLO. Para entender la teoría del tipo es menester, en el presente capítulo, definir a los elementos subjetivos del injusto, objetivos y normativos, que se trata de otro de los temas de gran relevancia para la teoría del tipo y que incide de forma capital en las concepciones causalistas y finalistas de la teoría del delito.

El tipo se encuentra conformado por elementos objetivos o externos, los cuales se pueden apreciar mediante los sentidos y son de valoración descriptiva, elementos subjetivos o internos, es decir, los ánimos del sujeto al desplegar su conducta con una finalidad ilícita, esto es, de las condiciones psicológicas del sujeto activo al momento de realizar la conducta típica, en este sentido tenemos: al que con el ánimo, al que con el propósito, al que engañando y de igual manera puede suceder que el tipo contenga elementos normativos, y son aquellos los cuales contiene elementos jurídicos o culturales y que para entenderlos es necesario acudir a la doctrina jurídica o a los diccionarios por ejemplo: al que sin derecho, cosa ajena, casta y honesta etcétera.

Cuando Ernest Beling, en 1906, creó la teoría del tipo y la tipicidad, vino a consagrar el principio de *nullum crimen sine legen*. A partir de la propuesta de este autor, el tipo y la ley, van a determinar por un lado la responsabilidad en que puede incurrir el individuo ante la ley penal, y por el otro, el derecho del propio individuo de que sólo en el exacto encuadramiento de su conducta al tipo será posible sancionarlo, de otro modo sería imposible.

Para Beling, no es posible, calificar de ilícita una conducta, mientras que de ella no se haya hecho una previa descripción abstracta en una norma positiva, y solo hecho lo anterior, se estaría en la posibilidad de afirmar que la conducta es típica, esta surge así como un elemento autónomo del delito de importante naturaleza descriptivo-objetivo e independiente del juicio de valor sobre su antijuridicidad y del contenido subjetivo de la conducta misma. Así el concepto de tipo propuesto por Beling, nació como algo abstracto y objetivo, lo primero porque no pertenece a la vida real si no a la ley y lo segundo porque su función se agota en la descripción formal de la conducta.

Para Beling, una definición de delito tiene que abarcar todos los elementos que permitan la caracterización de un fenómeno de la experiencia social como delito y ha de poder resolver adecuadamente todos los problemas de su fenomenología, tales como la coparticipación, concurso y grados, desde su concreción hasta su postconsumación. Con el objeto de satisfacer tales exigencias define al delito como una acción típica, contraria al derecho, culpable, adaptable a una pena y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad.

Beling negó la existencia de los llamados elementos subjetivos de la antijuridicidad y explicó: que cuando el tipo hace referencia a conceptos como ajeno, ejercicio legítimo, son referencias jurídicas de la conducta, que conservan su función descriptiva, pues solo sirven para delimitar dicha conducta en el sentido de una especie de delito. Para Beling los elementos subjetivos que entrañan los conceptos de "intención impúdica" o "el ánimo de lucro", no son más que frases que se refieren a la descripción.

Para Beling, el concepto de tipo debe entenderse de manera objetiva, es decir solo se debe de tomar en cuenta el aspecto exterior de la conducta humana. Lo anterior lo explica de manera más clara Zaffaroni, quien refiere: "Beling, entiende la teoría del tipo en forma objetiva, no ya por pertenecer a la ley, sino porque lo que

se pretendió es que la descripción típica abarca solo el aspecto objetivo (exterior) de la acción humana".

"Su criterio sistemático fue enviar todo lo subjetivo a la culpabilidad; la relación psíquica entre el autor y su conducta típica pertenece a la culpabilidad, que es, estrato por entero separado de la tipicidad... la relación del autor con la acción típica es un nuevo e independiente elemento del delito, dado que se puede ser inculpable de la muerte de un hombre. No obstante Beling parece ya percibir que esta independencia de estratos objetivos afectan al concepto y afirma que el fundamento de la tipicidad yace sobre la esfera objetiva, en tanto que la culpabilidad también está en dependencia del tipo legal"; por supuesto que a la culpabilidad pertenece al dolo y que éste acumula el conocimiento del tipo y la conciencia de la atijuridicidad. Consecuentemente, en esta primitiva concepción de Beling, hay un concepto objetivo del tipo un concepto psicológico de la culpabilidad. Es el más puro criterio sistemático objetivo – subjetivo... esto no implica otra cosa, que el traslado del concepto mecanicista de la conducta al plano de un dispositivo jurídico como es el tipo, sobre todo si tenemos en cuenta, que ésta, esta libre de valor, porque para Beling el tipo no es normativo, es solo descriptivo."¹

Cuando el concepto de tipo fue creado, fue dotado únicamente con elementos objetivos, refiriéndonos a estos como aquellos contenidos externos, palpables y apreciables con los sentidos, ajenos a toda apreciación anímica, es decir solo lo objetivo; todo lo anterior se encontraba englobado dentro de la tipicidad, mientras que lo subjetivo correspondía a la culpabilidad. En orden a lo anterior, es evidente apreciar que en los inicios de Tipo, este se encontraba únicamente constituido por lo aparentemente externo, por ello el contenido típico se enfocó a elementos de carácter superficial derivado de la acción, desprovistos de todo lo subjetivo, lo cual negaba la posibilidad de justificar el comportamiento, la valoración jurídica de este comportamiento, solo podía tener lugar hasta la antijuridicidad y ello,

¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Teoría del Delito, Buenos Aires Argentina, Editorial Ediar, 1973, pág. 195 y 196.

en todo caso, desde un panorama puramente objetivo. La relación entre tipicidad y antijuridicidad se agotaba en ser la primera, un indicio de la presencia, de una norma prohibitiva. En esta primera etapa el tipo es concebido como un proceso externo descriptivo. Por lo tanto en esta concepción causalista del tipo los elementos subjetivos (internos) y normativos, no se encuentran contemplados como partes integrantes del mismo.

La existencia de los elementos subjetivos y normativos además de los objetivos, primeramente considerados, llevó a la clasificación de los tipos en normales y anormales, siendo los primeros aquellos tipos que solo contenían elementos objetivos, y los segundos, los que además de contener elementos objetivos consiguaban elementos subjetivos o normativos o ambos.

El reconocimiento de la existencia de los elementos subjetivos y normativos del tipo llevaron a varios penalistas a cuestionar la posición beligniana, de que al tipo, debe de considerarse como meramente descriptivo, que cualquier cuestión subjetiva o valorativa correspondía a la culpabilidad o a la antijuridicidad.

Algunos tratadistas, consideran que los elementos subjetivos del injusto deben tratarse, al estudiar la antijuridicidad, (Mayer, Mezger, Schmidt), otros los ubican al estudiar la culpabilidad, o bien en el dolo específicamente.

En el sistema causalista se puede apuntar, que desde a mediados del siglo pasado ya se apuntaba la problemática de los elementos subjetivos del injusto Hegler ya explicaba que no cualquier sustracción de la cosa ajena mueble da lugar al delito de robo sino que tal sustracción de la cosa debe contener el ánimo de apropiación, es decir, en ánimo de dominio "animus domini" sobre la cosa ajena, esto es, el deseo de conducirse sobre ella como su dueño, ya sea para venderla "animus lucrandi" o para ingresarla a su patrimonio, lo que le dio la obligación de reconocer la existencia dentro de la teoría del tipo, de los elementos subjetivos (ánimos, propósitos etc.)

Al autor alemán Max Ernesto Mayer, se le reconoce como el primer penalista en integrar los elementos subjetivos del injusto. Para Mayer, siendo la antijuridicidad, un elemento objetivo, los elementos internos o subjetivos de la antijuridicidad son, características que deben tomarse en cuenta al afirmarse lo injusto de un acto, pero tales elementos no pertenecen a la culpabilidad, es decir, el fin que persigue un sujeto al desenvolver su conducta para ejecutar un delito, corresponde al injusto, los motivos que lo impulsan pertenecen a la culpabilidad. Asimismo reconoce a los elementos subjetivos como partes esenciales de un resultado típico que solo tiene una importancia valorativa determinada.

Posteriormente Edmundo Mezger, consideró en un principio a los elementos subjetivos del injusto con exclusiva referencia a lo injusto; subsecuentemente, explicó que no todo lo objetivo pertenece a lo injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad, sino que en ocasiones tales elementos son la fundamentación del ilícito, sobre todo cuando la exclusión de esos elementos subjetivos da lugar a la desaparición de la antijuridicidad del hecho; en otros casos podrán, ser referencias anímicas subjetivas del inculpado, y entonces, caerá en el campo de la culpabilidad.

Por su parte la corriente de la acción finalista, al ubicar en su sistema el dolo y la culpa dentro del terreno de la teoría del tipo, y no de la culpabilidad es lógico, que los llamados elementos subjetivos del injusto se estudien de modo muy distinto al que lo hicieron en el sistema causal, por lo que a continuación, se entrara al estudio de la teoría del tipo dentro de la corriente de la acción final.

En la corriente Finalista y en relación, a los fines que el tipo persigue es la descripción de la conducta prohibida y su fin es el de motivar mediante la amenaza de una pena para que dicha conducta no se cometa, sin embargo se debe recordar que uno de los fines primordiales de los tipos penales es la tutela de los bienes jurídicos, siendo éste el principal fundamento y razón de su existencia, además de la apreciación en torno a la punibilidad, la cual más que un elemento del

tipo se encuentra ligada como consecuencia de este a fin de otorgarle a las leyes penales su característica de coercibilidad.

Para Jescheck: "según el estado de la actual teoría del delito, ha de permitirse que en el tipo tengan cabida todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material del injusto (sentido de prohibición), de una clase de delito. El tipo esta llamado a esclarecer el bien jurídico que el legislador ha complementado como sentido de la norma penal, los objetos de la acción relevante, el grado de realización del hecho injusto que debe tener lugar y las modalidades de ataque que han de comprenderse".

"El tipo, como conjunto de los elementos del injusto característico de una determinada clase de delito, comprende todo lo típico del sentido de prohibición de la norma no alcanzando las causas de justificación en sentido negativo. La concepción del tipo de injusto como clase de injusto, puede desarrollarse también sin dificultad en aquellos delitos que requieren para la punibilidad la ausencia de la autorización oficial, como sucede en los juegos ilícitos."²

En orden a lo anterior se le asignan las siguientes funciones:

a) Una función sancionadora, respectiva de las conductas que se ubiquen dentro de tipo (tipicidad), es decir, una función de selección de los comportamientos humanos penalmente relevantes.

b) Una función de garantía, pues solo las conductas típicas, podrían, llegar a ser sancionadas, lo que se traduce en el principio de *nullum crimen sine lege*.

² Jescheck, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Trad. Santiago Mir Puig, Barcelona Bosch, 1978, pág. 333 y 334 Zaffaroni, Eugenia Raúl, Teoría del Delito, Bueno Aires Argentina, Ed. Ediar, 1973, pág. 195 y 196.

c) Una función, preventiva, el tipo penal pretende que la prohibición contenida en la ley sea suficiente para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar la conducta tipificada.

La función descriptiva de Beling, asignaba al tipo un carácter plenamente objetivo, que fue defendida por la corriente causalista, pero no fue aceptada por los finalistas.

Para los finalistas la acción u omisión, se encuentran en la ley, el legislador no pudo prescindir de la voluntad, ésta, está inmersa en la finalidad.

Este proceso de selección de acciones finalistas en derecho penal se denominan tipificaciones de acciones (final). Por eso el contenido de la voluntad (finalidad) forma parte ya de la descripción típica. La finalidad se concreta en derecho penal en forma de dolo o culpa (imprudencia) o en forma de acción u omisión.

La ubicación de dolo o la culpa entre los elementos de la tipicidad penal introduce la finalidad y en este sentido, elementos subjetivos, en todos los tipos penales, ello en virtud, de que los tipos describen acciones y éstos implican siempre finalidad.

De esta forma la acción y la tipicidad están íntimamente ligados, pero a la vez siendo toda acción dolosa o culposa, su reproducción pertenece al injusto jurídico penal (antijuricidad). El injusto está determinado no sólo objetivamente por el resultado reprobado, sino también subjetivamente por la voluntad que se expresa en la acción. El dolo se convierte en elementos subjetivos de la acción y del injusto y con esto se lo arranca de la culpabilidad.

Coherente con lo anterior se puede afirmar, que el tipo no sólo contempla elementos objetivos y subjetivos, pues si analizamos los elementos del delito de robo

se puede apreciar que el ilícito en comento, además de contener elementos objetivos como: apoderamiento de cosa ajena mueble se agrega que sea ajeno y que además sin derecho de quien con arreglo a la ley pueda disponer de la cosa, elementos normativos.

Los elementos, ajeno y sin derecho, no son objetivos, pues para serlos tendrían que ser percibidos por medio de los sentidos (se pueda tocar, ver, oír etc.), tales elementos tienen connotaciones subjetivas y normativas no susceptibles de ser captadas por medio de los sentidos y de ahí fue como surgieron, los elementos subjetivos del tipo, lo que rompió por completo con el esquema de que la acción, la tipicidad y la antijuridicidad era la fase objetiva del delito, y la culpabilidad la subjetiva.

Coherente con lo anterior y después, de establecer los orígenes de los elementos objetivos y subjetivos, es el momento de abundar un poco más acerca los orígenes de los elementos Normativos, los cuales salen a luz Jurídica por Max Ernest Mayer, quien fue el primero que se ocupó de estos, y los definió como partes modulares de un resultado típico, que tiene una importancia valorativa determinada, pues tales elementos forman parte de la descripción contenida en los tipos penales, pues implican una valoración de ellos por parte del Juzgador, para poder percibir el sentido de la norma.

En el mismo orden de ideas son normativos aquellos elementos del tipo, que requieren una determinada valoración por parte del interprete, sin la cual no sería posible precisar su verdadero significado y alcance, así por ejemplo tenemos el tipo penal de robo, que la descripción legislativa contenida en el ordinal 367 establece: "Comete el delito de robo el que se apodera de cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley", contiene elementos de carácter naturalístico descriptivo, puesto que ellos surgen en el momento en que se demuestra que una conducta humana provocó el apoderamiento de cosa ajena, independientemente de cualquier valoración, social o

jurídica requiere de una valoración por parte de quien interpreta la norma jurídica, de índole normativa, esto es, de verificar en la doctrina, el concepto de ellos.

La presencia de los elementos normativos en el tipo, constituye, no solo la solución a un problema de técnica jurídica sino política, ello en virtud de que al introducir elementos normativos al tipo, aumenta el poder discrecional del juez y él da mayor amplitud a los tipos penales, ello implica que los elementos normativos proporcionan una concepción autónoma del derecho penal.

Los elementos normativos del tipo pueden ser de contenido jurídico y extrajurídico, pues los primeros, implican una valoración estrictamente jurídica (doctrina, leyes, jurisprudencia etc.), en cuanto se traten de conceptos que pertenezcan al ámbito del derecho. Los segundos tienen un contenido social y cultural de valoraciones éticas y sociales.

Para entender el análisis de los elementos del tipo penal (objetivos, subjetivos y normativos), de los cuales ya se ha hecho referencia líneas arriba, resulta necesario, establecer las posturas acerca de estos en las teorías causalista y la teoría de la acción final, pues la idea del tipo penal ha variado, por las diversas corrientes hechas al respecto, así, desde el descubrimiento de Beling, que los analizaba desde el punto de vista meramente descriptivos y por ende sus elementos contenían las mismas características.

Posteriormente apareció la teoría propuesta por Fisher, sobre los elementos subjetivos del tipo penal, (1911), y los elementos normativos con Mayer en 1915, con lo que el tipo logró tener elementos, objetivos, subjetivos y normativos.

En relación con los elementos del tipo, la doctrina actual, no acoge una postura, que plenamente conteste en torno a éstos, por lo que existen diversas variantes; así, existe una distancia entre los autores defensores de la teoría de la

acción causal y los que adoptan la teoría final de la acción, derivado de su concepción sobre el delito y los elementos incluidos

Los primero identifican al delito con elementos tales como la acción, la antijuridicidad, incluido el tipo y la culpabilidad, en tanto que los segundos separan al tipo de la antijuridicidad y analizan a estos dos elementos, distintos del delito, amén de estudiar por separado el delito omisivo, el delito, de acción, el delito doloso y el delito culposo, de donde se deriva una diversa sistemática para el estudio de los elementos del tipo.

Así en el mismo sentido, a lo anterior Francisco Muñoz Conde, refiere lo siguiente: "La acción u omisión humanas subsumibles al Tipo, no son simples procesos ciegos, sino procesos causales regidos por la voluntad. De ahí se desprende que ya, a nivel, de la tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (fin, efectos, conminantes, selección de medios, etc.). Por eso el tipo de injusto, tiene tanto una vertiente objetiva (el llamando tipo objetivo) como subjetiva el llamado tipo subjetivo.) Además agrega que los elementos esenciales del tipo son el sujeto activo, la acción y el bien jurídico."³

B) ELEMENTOS OBJETIVOS

La parte objetiva del tipo, abarca el aspecto externo de la conducta. En los delitos de resultado, es preciso además que éste se produzca en términos tales que pueda ser imputado objetivamente a la conducta. En este sentido, el resultado se entiende como un efecto separado de la conducta y posterior de ella.

³ Francisco, Muñoz Conde, Teoría General del Delito, 2ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, España, 1989, Pág. 49 y 53

Los elementos objetivos podemos entenderlos como aquellos que proceden del mundo externo perceptible por los sentidos, es decir, tiene la característica de ser tangibles, externos, materiales, por lo que también podríamos decir que son objetivos los que representan cosas, hechos o situaciones del mundo circundante.

Por otra parte, el aspecto objetivo del tipo penal, traducido en sus elementos, nos recuerda con lo que añejamente se entendía como cuerpo del delito, concepto retomado por nuestro Código Adjetivo, en las reciente reformas de carácter procesal publicada el 4 de mayo de 1999, que se refiere a la acreditación de los elementos externos, o elementos materiales del delito, como la objetividad jurídica, que esta formada como lo señala Raúl Palscencia Villanueva, "por un objeto irreal, de indiscutible repercusión sistematizadora e interpretativa, el objeto de ataque es un trozo del mundo físico; pertenece al mundo de la realidad y no es otra cosa sino el objeto sobre el que se dirige la acción."⁴

Los elementos objetivos, serán las exigencias de índole material externo o material previstas por el tipo penal.

De esta manera un principio fundamental en el derecho penal, exige que la materia de la prohibición contenida en sus normas (tipos) debe ser exacta, es decir, no debe ser incierta, de tal manera que el ciudadano y el Juez, conozcan con exactitud la norma prohibida, que, de no ser así el orden jurídico propiciaría el abuso y el ciudadano queda sujeto no a la ley, sino al capricho de quien la va a aplicar. Lo anterior nos lleva de nueva cuenta a la función del tipo como protector de garantía, que se traduce a que el tipo deber garantizar la protección a lo gobernados, lejos de ser un principio inquisidor.

⁴ Palscencia, Villanueva Raúl, Teoría del Delito, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Primera Edición, 1998, Pág. 106.

Como elementos objetivos del tipo podemos señalar:

1. El sujeto activo.
2. El sujeto pasivo.
3. El bien jurídico tutelado.
4. La acción u omisión.
5. El resultado típico en los delitos de resultado.
6. Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

C) ELEMENTOS NORMATIVOS

Los elementos normativos son aquellos que requieren una valoración por parte del intérprete o del Juez que ha de aplicar la norma al caso concreto. Esta valoración puede proceder de diversas esferas y tener por base tanto lo radicado por el mundo físico como perteneciente al mundo síquico.

Son aquellos en los cuales el Juez o el que pretende desentrañar el sentido de la norma no sólo, requieren acudir a la ley para entender su significado, sino que se ven obligados a utilizar otros medios (diccionarios, doctrina etc.) para concretar más de cerca la situación al hecho. Aquí, cabe distinguir elementos cognoscitivos en los cuales, el Juzgador debe valorar de acuerdo a datos empíricos, y elementos del tipo valorativos en los cuales el tribunal adopta una actitud valorativa emocional.

D) ELEMENTOS SUBJETIVOS.

La parte subjetiva del tipo se encuentra constituida, siempre por la voluntad dirigida al resultado (en los delitos dolosos de resultado), o bien, en una sola conducta (en los delitos imprudentes y en los de mera actividad), y a veces por especiales elementos subjetivos corresponden al mundo síquico del agente o de un

tercero, en tal virtud, los identificaríamos a nivel de intangibles, inmateriales, pero perceptibles por medio de los sentidos, es decir, al hablarse de elementos subjetivos del tipo, se habla de elementos eminentemente internos como la voluntad del agente, al imputabilidad, el dolo o la culpa, así como las motivaciones al momento de cometer el ilícito. Otros autores se refieren a los elementos subjetivos del tipo a aquellas condiciones que se requieren en el sujeto activo, para que se pueda tipificar el tipo, pena, como lo podrían, ser la calidad de profesionista o el cargo publico que desempeñe el activo, lo que no comparto, en virtud de que lo anteriormente referido corresponde a las calidades específicas con las que debe contar el sujeto activo del delito, que precisamente requiera de estas, más no como elementos subjetivos del tipo.

En infinidad de ocasiones el tipo presenta una mera descripción objetiva complementada por aspectos de índole subjetivo, referidos a ciertos, estados anímicos del autor en orden al injusto. Son elementos subjetivos lo que concretamente se refieren al dolo, tal y como se expresa con las palabras, al que con el propósito, voluntariamente, intención de matar, intención de causar aborto.

Los elementos subjetivos, son las especiales cualidades internas, intelectuales o intangibles que exige el tipo penal al sujeto activo, en algunos casos de necesaria presencia como en el caso de la voluntad y la imputabilidad, y en otros con un carácter variable siendo tal el caso de dolo y culpa y los ánimos del sujeto activo.

Como elementos subjetivos del tipo se pueden considerar:

1. El dolo o la culpa:
2. Otros elementos subjetivos, distintos del dolo como son el ánimo, la tendencia etc.

De esta manera la teoría de la acción final, coloca al dolo y la culpa, como elementos del tipo y no como elementos o especies de la Culpabilidad como lo hace el sistema causalista.

1. DOLO: El dolo, es pues, para los finalistas, un dolo de tipo o dolo del hecho, ósea, una voluntad de realizar el hecho típico. Es lo que también se le ha llamado dolo natural, término o acepción que se opone al *dollus malus* de los causalistas, en la medida en que el dolo del tipo, es mera dirección de la acción hacia el hecho típico, sin que intervenga aquí para nada la consideración de que si el sujeto activo, conocía o no, la ilicitud de lo que realizaba, es decir, sin que la afirmación del dolo exija también la del conocimiento, de la antijuridicidad, como lo señalan los causalistas. Este concepto de dolo natural, es una consecuencia directa de su consideración como mera finalidad específica, luego entonces, es una consecuencia de la estructura lógico objetiva de la acción.

Al respecto Hans Wezel sostiene lo siguiente: "El tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado, Comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior."⁵

El dolo a su vez, como elemento subjetivo del tipo, no es sino la realización del tipo objetivo de un delito. En efecto, el finalismo no explica que hay infinidad de acciones finalistas no dolosas, que no están dirigidas a la realización del tipo de un delito, como son las acciones cotidianas, caminar leer, trabajar, comer, etcétera.

2. CULPA: También pertenece al tipo, las acciones culposas, en las cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico, que se proyectan con

⁵ Wezel Hans. Derecho Penal Parte General. Roque de Palma Editor. Buenos Aires. 1956. Pág. 93. Edición en español.

consecuencias intolerables socialmente, en donde el sujeto, o bien confía en que no se producirá e resultado dañoso, o ni si quiera pensó en su producción.

En los delitos culposos, por hacer mención a los eventos socialmente reprochables, debido a la imprudencia, falta de cuidado o previsión, es el juez quien en cada caso en particular, debe estudiar cual era el limite del cuidado requerido, de ahí de que en los delitos culposos la acción no esté precisada como en los delitos dolosos, ello en virtud de que la ley, al señalar "actúa imprudentemente o con imprevisión", no detalla la conducta culposa, por lo que se trata a manera de ver de Roxin en tipos abiertos que requieren de ser complementados por el Juez, quien va a Juzgar la actuación del sujeto, con relación al deber de cuidado, que debió tener en cada situación concreta.

La idea de que la ley penal contenga, exclusivamente tipos cerrados o de la descripción precisa, debe ser meta del mejor sistema penal; sin embargo los llamados "tipos abiertos" que requieren ser complementados por el juzgador subsisten en nuestro sistema, sobre todo en los delitos culposos en que el deber de cuidado o el principio de confianza, debe ser apreciado por el Juez mediante el criterio de la posición de garante, es decir, se va a juzgara la situación personal del sujeto para poder responsabilizarlo del incumplimiento a un deber de cuidado.

Dentro de la concepción de deber de cuidado del finalismo, se señala que el juzgador debe tomar en consideración, entre otros aspectos el principio de "confianza", que rige cuando se obra correctamente y su acción concurre con otra u otras, que no respetaron el deber de cuidado, como sucede con los accidentes de tránsito o el realizado en equipo (como el caso de los tratamientos médicos); así por ejemplo, cuando un conductor de un vehículo "confía" en que los demás conductores respetarán las regulaciones de tránsito, o el cirujano que confía en los miembros de su equipo, y uno o varios de ellos no respetan las indicaciones, a los que la técnica médica aconseja, el evento no le será imputable a quien si actuó con atención o cuidado, no así al que no lo hizo.

CAPITULO II

15A

CAPITULO II

TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

A) ORIGEN Y DEASARROLLO DEL CONCEPTO DE TIPO PENAL

El concepto de Tipo Penal surge por primera vez en Alemania en 1906, concepto, elaborado por Beling en su obra denominada "*Die Lehre vom Verbrechen*", a dicho concepto en primer término se le asignó una concepción independiente frente a la antijuridicidad y a la culpabilidad, de esta manera, Beling, se convirtió en el fundador de la moderna teoría del tipo; a esta primera etapa de la teoría del tipo se le llamó fase descriptiva o de independencia. Según la concepción de Beling, el Tipo Penal consiste en la descripción exterior de los elementos del tipo del delito. El tipo, es objetivo y valorativamente neutral, esto es, el tipo penal es objetivo, pues dicho concepto comprende únicamente elementos para cuya comprobación no se requiere la interpretación y consideración de los aspectos anímicos del autor del hecho delictivo; en el mismo orden de ideas tenemos que la neutralidad valorativa del tipo penal implica, en primer lugar, que el tipo no tiene ningún juicio de valor por parte del legislador. Con la neutralidad valorativa del tipo no solo implica la neutral valoración del legislador sino también la del Juez, así Claus Roxin analizando la teoría de Beling explica acerca de la valoración neutra del tipo de la siguiente manera: "El tipo es valorativamente neutro, en este sentido, cuando todos los elementos contenidos en él provienen del ámbito del ser en el sentido de las ciencias naturales y el juez solo debe comprobarlos sin necesidad de valorar."⁶

De ahí deviene que la teoría de Beling se le haya dado el nombre de descriptiva o de independencia. Por ello podemos afirmar que la postura del Beling al mencionar que el tipo penal es objetivo y valorativamente neutral lo debemos

⁶ Roxin, Claus, Teoría del Tipo Penal Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico, Buenos Aires Argentina, Ed. Palma, 1979, Pág. 57.

entender en el sentido de que no deben tomarse en cuenta los ánimos del realizador de la conducta delictiva y debe estar alejado de toda valoración.

La consolidación de la teoría de Beling, fue gracias a las aportaciones de Mayer y Mezger, el punto común entra ambos fue la ruptura de la afirmación hecha por Beling, en el sentido de que todo lo subjetivo debe ser materia de estudio para la culpabilidad. Ellos aceptaron y divulgaron la teoría de los elementos subjetivos del injusto, así como el criterio de que el tipo es puramente descriptivo desconectado de toda valoración. Mayer se limita a considerar a la tipicidad como indicio de la antijuridicidad, *ratio cognoscendi*, toda conducta típica es antijurídica en tanto no concurra una causa de justificación. Para Mezger, la tipicidad se constituyó en la *ratio essendi* de la antijuridicidad.

Por otra parte respecto a la definición de Tipo penal existen, un sinnfn de postulados, desde aquellos que son ajenos al Derecho Penal, hasta los que negando su existencia plantean la posibilidad de suprimir su estudio. El concepto de tipo penal aparecerá, entonces, como un fenómeno complejo que abarca elementos objetivos y subjetivos

Así en opinión de Raúl Plascencia Villanueva, citando a Welzel, describe una clara concepción de lo que se debe entender por tipicidad, y refiere: "Para Welzel, el tipo, es una figura conceptual que describe mediante conceptos, formas posibles de conducta humana, la norma prohíbe la realización de estas formas de conducta. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente del tipo de una norma prohibitiva, esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva la antinormatividad de la conducta. En tal sentido el tipo también lo concibe, como la figura puramente conceptual, es decir descripción concreta de la conducta prohibida."⁷

⁷ Plascencia, Villanueva Raúl, Op. Cit. Pág. 93.

Al explicar Welzel, el anterior elemento tenemos; interpretando a mi juicio y desmembrando el concepto que: a) figura conceptual, que implica que esta conformados por definiciones que tiene por objeto explicar que la conducta que se establece se encuentra prohibida para el ámbito legal, finalidad que nos permite entender el siguiente elemento b) formas posibles de conductas humanas, esto es, la finalidad de explicar conceptos es regular las posibles conductas humanas, que en este mismo orden de ideas tenemos, en relación, a lo anterior: c) la norma prohíbe la realización de estas formas de conductas, que se traduce que la necesidad de regular las formas de conducta a que se refiere Welzel, es por ello que dichas conductas se encuentran prohibidas y si alguien realiza una conducta que se encuentra prohibida por la normatividad, es una descripción concreta de la conducta prohibida.

En este mismo sentido, Maurach, define al tipo introduciéndose más en los elementos subjetivos, pues lo define de la siguiente manera. "El tipo es la descripción terminante de una determinada conducta humana antijurídica. El tipo es, por lo tanto, en primer lugar, acción tipificada por la ley en una figura legal. Debe comprender las características integrantes de la acción; voluntad dirigida en una determinada dirección y manifestación de esa voluntad."⁸

De lo anteriormente señalado se desprende que, a opinión de Maurach, el tipo no solamente engloba elementos objetivo o externo, sino que también abarca y de manera importante a los elementos subjetivos o internos traducidos en al voluntad del agente, es decir, no solamente se limita a la descripción de un suceso perceptible por lo sentidos, sino que engloba a la voluntad dirigida a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

En orden a lo anterior se desprende, la noción de Maurach, de las tareas del tipo que se resumen en la función garantía del tipo, pues la función del tipo se

⁸ Maurach, Reinhart, Derecho Penal Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1994, pág. 350.

enfoca entre otras a limitar el poder punitivo del estado (función garantía del tipo), así como el tipo es el punto de partida del examen judicial en un caso concreto (función fundamental del tipo).

A lo anterior es valido agregar lo siguiente: de los conceptos del tipo penal proporcionados por Welzel y Maurach, se advierte que el primero refiere al tipo como la descripción conceptual que se hace, de determinada conducta, que se encuentra prohibida por la normatividad y al violar dicha normatividad, esa conducta es una descripción concreta de la conducta prohibida, que se traduce en un concepto positivistas, en otras palabras para Welzel, si se comete una conducta prohibida por la normatividad, esa conducta se encuadrara a lo descrito por la norma prohibitiva, si que se desentrañe el ánimo del agente. Por el contrario Maurach, afirma que los elementos subjetivos son característicos del tipo penal aunado al hecho de que estableció las tareas del mismo (función garantía del tipo y función funcional del tipo).

Tomando lo más valiosos de las dos teorías, se desprende en conclusión a lo anteriormente estudiado y a mi juicio lo siguiente: "Tipo Penal es la adecuación concreta a la norma penal establecida por el legislador, abarcado los elementos de la voluntad dirigida en una determinada finalidad y manifestación de esa voluntad".

En orden a lo anterior, se aprecia la presencia de una descripción derivada del legislador y esta materia de la descripción se establece al nivel de una conducta prohibida, con lo cual señala uno de los presupuestos de punibilidad estudiados dentro de la teoría del delito, que sería conveniente definir en términos de acción, abarcando en este sentido el estudio del motivo interno que motivó al agente a llevar a cabo su conducta ilícita la cual se colocó en el supuesto de la norma prohibida y por la cual se le debe sancionar.

Así, retomando lo anterior, la teoría del tipo y la tipicidad fue evolucionando desde su inicio con Belig, pues éste, la concibió como meramente

descriptiva separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. A esta primera etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad se le llamó fase descriptiva o de independencia. De esta manera Beling, proponía que, además del respeto al máximo principio de no hay pena sin ley debía consagrarse el principio de no hay delito sin tipicidad, donde la conducta, desde un plano objetivo o externo, debía encuadrar en el tipo para que fuese típica, pero tal amoldación se debía dar dentro del marco descriptivo de la ley, sin consideraciones o referencias a la antijuridicidad de la conducta, pues la tipicidad y la antijuridicidad no se pueden identificar, señalando que una conducta puede ser típica, pero puede darse el caso que no sea antijurídica.

En tal sentido se dice que el tipo y la norma son partes esenciales en la teoría del delito, mientras el tipo describe la conducta prohibida, la norma valora dicha conducta. De igual manera la tipicidad debe separarse de la culpabilidad, pues la tipicidad del acto no hace referencia al dolo o a la culpa, géneros de la culpabilidad.

Con el penalista Alemán Max Ernesto Mayer en su libro "Tratado de Derecho Penal", publicado en 1915, planteó a segunda fase en la teoría de la tipicidad, a la cual, se le denominó fase indiciaria donde la tipicidad deja de ser meramente descriptiva y se le considera indiciaria de la antijuridicidad.

Mayer, sigue sosteniendo la separación de la antijuridicidad (que es un juicio de desvalor), con la tipicidad (que es su objeto), por ello refirió son como el humo y el fuego ("Sie verhalten sich wie Rauch und Feuer"). Se aclara el concepto de delito, siempre que tomemos en cuenta que la antijuridicidad, constituye el indicio que nos permite averiguar la tipicidad. Así, Zaffaroni, citando a Mayer, refiere: "en tanto el tipo es la descripción particularizada de una conducta prohibida, la tipicidad es la adecuación o subsunción de una conducta concreta con la particularizada descripción legal y la antijuridicidad es la contradicción de la realización de esa conducta prohibida con el ordenamiento jurídico. Además agrega que: "la solución

de un caso penal comienza con la subsunción de una conducta real bajo las características del tipo penalmente antepuesto que hace al caso. En consecuencia de ello se probará si la antijuridicidad de la conducta típica está excluida por causas de justificación.⁹

En los elementos normativos del tipo, se aprecia claramente la función indiciaria de la antijuridicidad la que se ha venido haciendo referencia, así como ejemplo tenemos el elemento "ajeno" en el delito de robo previsto en el numeral 367 del Código Penal para el Distrito Federal, al que se le agrega "sin derecho". Tales elementos son una referencia de la antijuridicidad y de realizarse una conducta típica por parte del sujeto, ésta sería, en principio indiciaria de la antijuridicidad pero tal valoración podría no darse plenamente de aparecer una causa de justificación.

La tercera etapa de la teoría del tipo aparece en la obra "tratado de Derecho Penal" de Edmundo Mezger, y como ya se ha hecho mención anteriormente éste autor refiere que la tipicidad es la ratio essendi de la antijuridicidad.

Para Mezger el delito es una acción típicamente antijurídica, es decir, una los conceptos de tipicidad y antijuridicidad y así el delito es la acción antijurídica y al mismo tiempo, típica.

Se criticó a Mezger por dicha teoría afirmando que le otorgaba una función desmesurada a la tipicidad y que crea una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general.

Surge la cuarta, fase para la teoría de la tipicidad y se refiere la segunda teoría desarrollada por Beling, en 1930. En su inicial obra ("*Die Lehre vom Verbrechen*"), había explicado al tipo como la suma de elementos materiales que

⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. Cit. Pág. 206 y 207.

integran el núcleo del delito alrededor del cual se agrupan los demás elementos; en su segunda obra *Die Lehre Vom Tatbestand*, ya no se refiere a una especie delictiva sino a una *imagen rectora*, conformada por una pluralidad de elementos que se encuentran unos expresos en la ley y otros subyacentes en la misma, que se desprenden de la definición legal y que pueden ser objetivos (como la antijuridicidad), o subjetivos (como la culpabilidad), pero todos dan lugar a esa imagen rectora.

El tipo deja de ser un hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito en sus elementos materiales y pasó a ser una imagen rectora que preside la especie delictiva; la tipicidad será una adecuación a la imagen rectora, no a la especie delictiva. Así Beling, busca dar solución a los problemas que se presentan en los casos de los delitos de imperfecta consumación, que se traducen en las tentativas o a la autoría y participación que no se podrían encuadrar en la específica descripción típica planteada en su inicial obra, pero la misma ahora sí tiene cabida en la imagen rectora. En orden a lo anterior de la revisión de la presente teoría plantada por Beling, le permitió distinguir entre tipo rector (imagen rectora) o tipo legal y tipo del delito que hasta entonces se empleaban como sinónimos, el motivo definitivo, fue asegurar la necesaria congruencia entre el tipo del injusto y el tipo de culpabilidad, cuya congruencia no se deducía con la necesidad lógica en su construcción en 1906. Es innegable, que el carácter ilícito de una acción no podría afirmarse, sino, a condición de que el tipo de culpabilidad fuera congruente con el tipo delictivo del injusto, esto es, tipo del injusto se refiere a la conducta antijurídica (carácter externo) y tipo de culpabilidad se refiere al dolo exigido en cada caso, ya sea dolo directo (quiere el resultado previsto por la ley como delito) o dolo indirecto (acepta el resultado previsto por la ley como delito).

A partir de la anterior consideración, el tipo tiene subsistencia en la ley, siendo a un tiempo tipo de conductas antijurídicas y culpables, el tipo rector es una imagen conceptual que pertenece solo a la esfera metódica, y si bien se infiere del tipo del delito, no tiene existencia inmediata en la ley. Aquí vuelve a insistir Beling en

que el tipo rector es únicamente la imagen o reproducción conceptual de un acontecimiento externo, sin tomar en cuenta para nada lo anímico del sujeto, para Beling el tipo es objetivo y meramente descriptivo.

En consideración de Zaffaroni, otra de las objeciones iniciales hechas por Beling y que trata de resolver en 1930 es: "la necesidad de la congruencia del dolo en el tipo objetivo, y a partir de entonces se abren dos caminos para resolver el problema, uno casi intrancitado, inaugurado por el mismo Beling, y el otro, que había sido señalado por Hellmuth Von Weber en 1929; La concepción mixta del tipo. La dogmática alemana transitó éste último camino, o bien se quedó con el anterior, tratando de remendarlo. La primera solución es la del finalismo y la segunda del actual causalismo."¹⁰

Posteriormente apareció una quinta etapa a la cual se le llamó destructiva y se debe a las posturas radicales del nacional socialismo alemán, en la terrible época de Hitler, en donde el punto de partida para la teoría del delito no lo es la acción, sino la voluntad del agente, donde se reprocha no el daño causado por la conducta que se ha desplegado sino la peligrosidad del sujeto activo. En esta etapa el orden jurídico parte de una moral de pueblo y el juez debe interpretar, conducirse y resolver en el orden de la moral del pueblo, es decir, el juez no debe estar atado a consideraciones formales, por lo que los principios de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, no existe para el derecho nazista, lo que llegó a los excesos de todos conocidos, en el que los principios del derecho penal liberal democráticos fueron atropellados en aras de un estado totalitario.

A lo anterior es necesario agregar que en la moderna teoría del tipo y la tipicidad, debe operar como una efectiva garantía de libertad y legalidad para los ciudadanos, a efecto de evitar sean violentadas las garantías individuales consagradas en nuestra carta magna, so pretexto de aplicar la ley bajo una

¹⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Edit. Cárdenas Editores, México, primera edición, 1998, Tomo III, Pág. 25.

concepción de incorrecta interpretación de la misma; claro ejemplo de lo anteriormente señalado, lo es la reforma sufrida al Código de Procedimientos Penales para Distrito Federal, en su numeral 122 publicadas el 3 de mayo de 1999 y entraron en vigor el 4 de mayo, reforma de gran trascendencia pues en ella se suprimió la concepción de elementos del tipo penal para volver a la arcaica concepción causalista del cuerpo del delito así, como se redujeron los requisitos exigidos al Ministerio Público para acreditar los elementos del tipo penal que actualmente se define como cuerpo del delito. En orden a lo anterior lo que se pretende explicar que es necesario, en esta época hacer una correcta interpretación del actual artículo en comento, pues como es de recordarse el anterior numeral 122 exigía, más requisitos que el Organismo Investigador tenía, la obligación de acreditar para encontrarse satisfechos los supuestos que solicita dicho artículo, en cambio en el presente numeral, son menos lo que implica que al anterior artículo le era más favorable al inculcado, es decir, la correcta interpretación del presente artículo 122 debe hacerse con la plena conciencia de mantener vivo el principio del tipo penal en el sentido de tener la preocupación de que dicho concepto se encuentra empapado de una efectiva protección de garantías individuales y suministrar la libertad a los individuos. Trabajo que no debe ser únicamente del Juzgado sino del responsable del ejercicio de la acción penal, pues como de todos es sabido se trata de un órgano de buena fe. A mi juicio la reforma señalada en el Código de Procedimientos Penales, a parte de mantenernos en un retraso teórico y científico implica la ruptura de un avance jurídico cultural, pues dicha reforma obliga a los juristas, estudiantes, profesores etc. a estudiar menos conceptos, que se encontraban inmersos en el anterior artículo 122, sin mencionar además los subsecuentes problemas que presenta pues se trata de la acreditación de los elementos objetivos o internos, luego entonces, donde prevé el actual numeral los delitos imperfectos en su consumación que permanecen en grado de tentativa, pero lo anterior obedece a otro tipo de estudio. Lo importante en el presente análisis es la de resaltar la importancia de que el concepto del cuerpo del delito retoma en la actualidad por nuestra legislación procesal debe ser tendiente a la protección de las garantías individuales

de los gobernados y no ser un medio legal para la inquisición en la persecución o procuración de justicia.

B) EVOLUCION DE LA TIPICIDA.

Resulta necesario para el presente estudio, referirnos a la evolución por la que ha pasado la teoría de la tipicidad para posteriormente entrar al estudio de los elementos del tipo.

La evolución por la que ha atravesado la tipicidad puede ubicarse de la siguiente forma:

1. la de independencia. En que la tipicidad tiene una función descriptiva, separada de la antijuridicidad y la culpabilidad, que parte de las propuestas de Beling en 1906 y reformuladas en 1930.

2. El carácter indiciario. Propuesta por Mayer, transforma la tipicidad de mera descripción, ya que tiene el carácter de indicio de la antijuridicidad, la cual se cumple en virtud de los elementos normativos.

3. La ratio essendi de la antijuridicidad. Representada por Mezger, la tipicidad se transforma en algo más profundo que la descripción indiciaria de la antijuridicidad, llegando a constituir su ratio essendi.

A partir de la concepción anterior, Jimenez de Asúa, estableció las siguientes nomenclaturas en torno al tipo y la tipicidad:

a) Tipo de delito (Deliktstipus) se refiere a la figura del delito o a la vieja acepción aportada por Stübel a la tipicidad. Este concepto sólo procura destacar las especies.

b) Tipo de lo injusto (Unrechtsypus), se refiere a la conducta antijurídica de esta o aquella especie.

1. Tipo de culpabilidad, consiste en el dolo en cada caso.

2. Figura rectora (Leitbild), constituye el antiguo Tatbestand introducido por Bebing para evitar confusiones.

3. Tipicidad sensu strictu (tipicidad). Constituye un elemento esencial del delito, la descripción elaborada por el legislador.

C). TIPICIDAD

1) **CONCEPTO DE JUICIO DE TIPICIDAD:** Resulta de gran importancia en el presente apartado definir el concepto de Juicio de tipicidad a efecto de establecer las diferencias que existen entre éste concepto y los conceptos de tipo y tipicidad, cabe destacar el hecho de que los tratadistas en la materia, suelen definir en un mismo sentido los conceptos de tipo y tipicidad, siendo que los mismo, son distintos entre sí, pero lo anterior se estudiará con mayor precisión más adelante, así en el mismo orden de ideas, el presente concepto se define: como el estudio analítico que determina si la conducta desplegada se encuentra o no ubicada en lo descrito por la norma jurídica penal, determinada por el legislador como tipo penal, es decir, se trata de un juicio de disvalor jurídico que el Juez realiza de una conducta humana reprochable y punible.

2) **CONCEPTO DE TIPICIDAD:** Coherente con lo anterior, la doctrina moderna ha definido la tipicidad como la adecuación de una conducta concreta al tipo penal. Descripción elaborada por el legislador de un determinado comportamiento bajo cuya concreción puede sobrevenir una consecuencia jurídico penal, lo que resulta ser la adecuación típica, o sea, una conducta típicamente adecuada, el maestro Fernando Castellanos Tena, define a la Tipicidad y la distingue del tipo al señalar que: "No debe confundirse al tipo con la tipicidad. El tipo, es la creación

legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de un a conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto... "La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa."¹¹

Por su parte, Juan Busto Ramírez, define a la Tipicidad en los siguientes términos: "el tipo legal no solo describe acciones u omisiones, sino que es la descripción de un ámbito situacional determinado y la tipicidad, consecuentemente, es la configuración en la realidad de esa descripción, lo que implica un proceso de subsunción del complejo real en la prescripción abstracta y general del tipo legal."¹²

Francisco Muñoz Conde, sostiene que la Tipicidad es: "la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuan es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal."¹³

Por último Irma G. Amuchateguí Requena, da el concepto de tipicidad en el siguiente sentido: "La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley."¹⁴

3. DISTINCION ENTRE LOS CONCEPTOS DE: TIPO, JUICIO DE TIPICIDAD Y TIPCIDAD: Para entrar de lleno al análisis del presente apartado resulta necesario, hacer la distinción entre los conceptos de los términos Tipo, Juicio

¹¹ Castellanos, Tena Fernando Lineamientos Elementales de derecho Penal, Edit. Porrúa, México, 1991, Vigésimo Novena Edición, Pág. 167-168.

¹² Bustos, Ramírez Juan. Manual, de Derecho Penal Español. Edit. Ariel, Barcelona, 1984, Primera Edición, Pág. 184.

¹³ Muñoz, Conde Francisco, Teoría General del Delito, Ed. Temis, Bogotá, 1990, Pág. 40

¹⁴ Amuchateguí, Requena Irma G, Derecho Penal, Edit. Harla, México, 1993, Primera Edición, Pág. 56.

de Tipicidad y Tipicidad, pues normalmente a dichos conceptos jurídicos se les suele dar la misma terminología. Así tenemos en primer lugar que Tipo, podemos decir que se trata de un instrumento legal, es decir, una creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta a los preceptos penales, o sea, es un dispositivo que se haya en la ley.

Juicio de tipicidad, debe entenderse que es estudio o análisis dogmático que se hace a un tipo penal, esto es, la Tipicidad se deriva de un tipo mediante un juicio, por el que se establece si la acción delictiva es típica o no.

Por lo que hace a la Tipicidad esta se define de la siguiente manera. Es la encuadración de una conducta al tipo penal, es decir, a la descripción hecha en la ley. en este orden de ideas tenemos que habrá tipicidad, cuando la conducta de alguien encaje en el tipo penal, pero no es así de simple, a lo anterior es necesario agregar que la tipicidad es el resultado del Juicio de Tipicidad realizado a un tipo penal, por ello resulta trascendente, exponer lo concluido por Eugenio Raúl Zaffaroni, quien refiere: "el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad la averiguación que sobre una conducta se efectúa sobre para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador, la tipicidad el resultado afirmativo de ese juicio."¹⁵

D). ATIPICIDAD.

Es necesario, ahora, entrar al análisis del aspecto negativo de la tipicidad, es decir, la atipicidad, que se traduce en la ausencia de alguno o todos los elementos esenciales que componen al tipo, es la ausencia de la adecuación de la conducta concreta al tipo penal.

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. Cit. Pág. 176.

Para mayor abundamiento a lo anterior es valido, citar lo manifestado por Fernando Castellanos Tena, quien explica que: "En toda atipicidad hay falta de tipo, si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley; respecto de él no existe tipo."¹⁶

Cabe señalar que el maestro Castellanos Tena, hace mención a lo anterior, pues él hace la distinción entre ausencia de tipo y tipicidad y refiere que la primera se presenta cuando el legislado a propósito o inadvertidamente, no hace la descripción de una conducta, que según el sentir general debería encuadrarse dentro de los delitos, y es aquí, en donde se produce la ausencia del tipo. Por el contrario existe la atipicidad, cuando existe el tipo, pero la conducta dada no se adecua a éste, así por el ejemplo el ilícito previsto el Código Penal para el Distrito Federal, en el ordinal (368 Bis, del Código Penal en vigor para el Distrito Federal), que describe como posesión de producto de lo robado en el cual el requisito, de que el objeto de la posesión del robo, debe de exceder de quinientas veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, en caso de que dicho objeto no rebase de esta cantidad, no se puede hablar, que existe la adecuación de esa conducta al tipo penal y por ello la atipicidad.

1. CAUSAS DE ATIPICIDAD:

Es de suma importancia para el presente estudio, examinar las causas de atipicidad tanto para la teoría causalista como para la teoría de la acción final.

Así en este orden de ideas para la escuela causalista de la teoría del delito, se incluyen como elementos del tipo, aspectos objetivos como:

¹⁶ Castellanos ,Tena Fernando, Op. Cit. Pág. 174 y 175

1. El bien jurídico tutelado.
2. Los sujetos: activo pasivo, ya sea en su calidad o su número.
3. La manifestación de la voluntad;
4. El resultado previsto en el tipo.
5. El nexo de causalidad;
6. Los medios, formas y circunstancias previstas en el tipo.
7. Las modalidades de tiempo, lugar u ocasión que señale el tipo;
8. Objeto material.

En consecuencia el aspecto negativo del tipo (atipicidad), para esta teoría, la encontramos cuando faltare alguno de los elementos arriba señalados es decir:

1. La falta del bien jurídico tutelado;
2. Falta de calidad, o del número, en cuanto a sujetos activos o pasivos que exija el tipo;
3. No exista manifestación de la voluntad;
4. No sé de, el resultado previsto por el tipo;
5. No exista relación causal;
6. Por la ausencia de los medios, formas o circunstancias previstas en la ley;
7. Por falta de las modalidades de tiempo, lugar u ocasión que exija el tipo;
8. Por falta de objeto material.

Las causas de atipicidad en la teoría finalista, se presentan cuando falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos, que el tipo exige. así serán causas de atipicidad las siguientes:

- a) Por ausencia de algún elemento objetivo, como lo son.
 1. Falta del número o calidad del sujeto activo,
 2. Falta del número o calidad del sujeto pasivo.

3. Falta del bien jurídico tutelado.

4. Falta de la acción u omisión.

5. Falta del resultado típico en los delitos que exigen resultado material.

6. Falta de los elementos normativos.

7. Falta de las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidos en el tipo.

b) por ausencia de los elementos subjetivos, los cuales se traducen en:

1. Falta del dolo o la culpa.

2. Falta de los elementos subjetivos distintos al dolo (falta, de los ánimos, tendencias etcétera).

c) Error de tipo:

El error, de tipo se divide en invencible y vencible, el primero se verifica cuando no existe la posibilidad de conocer la realidad típica, objetiva no valorativa, a pesar de ponerse en juego el cuidado posible y adecuado para no caer en una falta de apreciación. El segundo aparece cuando el sujeto, al no desplegar el cuidado debido y adecuado, no supera el desconocimiento de la concreción típica objetiva no valorativa.

Los efectos del error vencible o invencible son diversos, ante la presencia del primero desaparece la posibilidad del dolo, pero queda subsistente la posibilidad de la culpa, en el caso del segundo no existe la posibilidad de que el dolo o la culpa puedan presentar.

El error debe presentarse, sobre alguno de los elementos del tipo penal y descubrir las características de ser invencibles; de lo contrario quedaría subsistente el dolo. El error cuando recae sobre otros elementos que son distintos al tipo penal, carece de importancia para efectos de las causas de atipicidad, pues no afectan al

dolo sino que incurre en aspectos como la antijuridicidad, la culpabilidad o la punibilidad.

1. Error in objeto. Se refiere a la equivocación en torno al objeto hacia el cual se dirige el comportamiento el sujeto activo, es decir, la actividad del agente se dirige a un objeto determinado pero previamente éste puede confundirse con otro, en inicio lo anterior resultaría irrelevante, pues podría resultar lo mismo que se prive de la vida a X en lugar de Y, salvo que se encuentre en el supuesto en el cual tenga relación de parentesco con X y esto da la concreción a un tipo distinto como lo podría ser el homicidio en razón del parentesco, caso en el cual se podría dar una homicidio en grado de tentativa en contra de Y, y un homicidio en razón del parentesco culposo en contra de X.

2. Aberratio ictus. Se integra cuando el sujeto dirige su actividad a un objeto determinado pero por desviación de su actividad recae en otro distinto, más que un error se trata en este caso de una desviación externa de la actividad del sujeto. Así, por ejemplo tenemos, que A le dispara a B, pero por la mala puntería de A la bala hace contacto con C, en este caso nos encontramos en un delito de homicidio doloso en grado de tentativa en contra de B, en concurso con un homicidio consumado culposo en contra de C.

3. Error, sobre los elementos accidentales. Ello determina la no-apreciación de las circunstancias agravantes o atenuantes, o en su caso el tipo cualificado privilegiado.

En el caso del querer, trae como consecuencia que se elimine la posibilidad de la voluntad típica, pues se debe recordar la vis absoluta, la vis maior y los movimientos reflejos.

La vis absoluta y la vis maior, son fuerzas físicas, la primera humana y la segunda no humana, externas e irresistibles que, por recaer sobre el cuerpo humano, impiden en el caso concreto, el querer típico.

Los movimientos reflejos, son reacciones corporales involuntarias estimulados del exterior que excitan algún órgano receptor, en los cuales, la excitación de los nervios motores, no está bajo el influjo anímico, sino que es desatada enseguida de un estímulo fisiológico corporal, derivada de un estímulo subcortical y sin la intervención de la conciencia, la excitación pasa de un centro sensorial a un centro motor y produce movimiento. En tales casos falta la acción o conducta.

CAPITULO III

33A

CAPITULO III ANTIJURIDICIDAD

A). CONCEPTO:

En el sentido más general, respecto al concepto de antijuridicidad, se puede establecer que: es lo contrario al orden jurídico, sin embargo este concepto es más amplio que la concepción anterior, así tenemos que Hans Welzel refiere, en resumen, que la Antijuridicidad, es el desacuerdo de la acción desplegada por el activo del delito, con la exigencia que impone el derecho, para las acciones que se realizan en la vida social, es decir y a modo de ver de Welzel, es un relación de desacuerdo entre una acción y el orden jurídico. El Doctor Carlos Juan Manuel Daza Gómez, explica el concepto de Welzel, en el siguiente sentido: "Welzel, define a la antijuridicidad, como la contradicción de la conducta típica con la totalidad del ordenamiento jurídico. Welzel, utiliza la palabra totalidad, pues el hecho típico quebranta una norma prohibitiva, pero puede suceder que otra norma permita la realización de la conducta típica en determinadas circunstancias tales como la legítima defensa, es decir, una causa de justificación puede alterar la relación tipicidad antijuridicidad, haciendo que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado sea justa por ser la acción adecuada a derecho."¹⁷

En el mismo sentido Cluas Roxin, sostiene que: "Mientras la adecuación típica (contrariedad a la norma) denuncia la contradicción de una conducta con una norma particular, la antijuridicidad significa la oposición de la realización del tipo de una norma prohibitiva con respecto al ordenamiento jurídico como un todo... Una conducta típicamente adecuada, es decir, contraria a la norma, estará en contradicción con el orden jurídico en su totalidad, si en el caso particular no concurre una proposición permisiva. En mi opinión la antijuridicidad se puede definir

¹⁷ Daza, Gómez Carlos Juan Manuel, Teoría General del Delito, México, Editorial Cárdenas Editor, 1998, Segunda Edición, Pág. 136.

más acertadamente como: el resultado de una conducta típicamente adecuada, ante la falta de una causa de justificación.

Coherente con lo anteriormente señalado Enrique Bacigalupo, estima que la antijuridicidad es: "una acción típica que no esta justificada, ya se trate de la realización de un tipo de comisión o de omisión, o de un tipo doloso o culposo, en todo caso la antijuridicidad consiste en la falta de autorización de la acción típica... la antijuridicidad se da o no se da: un hecho típico esta justificado o no lo está; fue cometido en legítima defensa o no. Por lo tanto, no hay grados de antijuridicidad, los hechos no pueden ser comparativamente considerados, más o menos antijurídicos. Lo que sí puede es ofrecer distintos grados (de gravedad) es lo ilícito de su conjunto; un hecho ilícito (típico y no justificado) puede ser más o menos grave (por la forma en que fue cometido) o por la intensidad del dolo."¹⁸

La antijuridicidad, es un juicio de valor objetivo que se le realiza a la acción, es decir, el objeto que la antijuridicidad valora lo es la acción, la cual se conforma por elementos subjetivos y objetivos, así, Eugenio Cuello Calón, señala: "La acción humana para ser delictiva ha de estar en oposición con una norma penal que prohíba u ordene su ejecución ha de ser antijurídica; obra antijurídicamente el que contraviene las normas penales. La antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposición entre la conducta humana y la norma penal, juicio que solo recae sobre la acción realizada excluyendo toda valoración de índole subjetiva, por lo cual la antijuridicidad tiene carácter objetivo.

"Pero aun reconociéndole un carácter predominantemente objetivo se ha observado, particularmente por penalistas alemanes, que determinados hechos delictivos presentan un marcado carácter subjetivo, muestran una específica actitud, psicológica del agente, dirigida a un determinado fin. Una misma conducta exterior,

¹⁸ Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal Parte General., Buenos Aires, 1987, Editorial Hammurabi, Segunda Edición, Pág. 171 y 172.

se ha dicho, puede ser conforme al derecho o antijurídica, según el sentido, que el agente atribuya a su acto, según la disposición anímica con el que lo ejecute, estos elementos de índole subjetiva son denominados "elementos subjetivos del injusto". "La presencia de semejantes rasgos subjetivos en la antijuridicidad no supone la fusión de ésta con la culpabilidad, pero sería equivocado atribuir todo lo subjetivo al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad."¹⁹

En el mismo orden de ideas, resulta de gran importancia señalar, desde mi particular punto de vista, que la apreciación hecha por el Maestro Eugenio Cuello Calón, no es del todo acertada, pues refiere que es la misma antijuridicidad la que contiene elementos subjetivos, sin embargo y en razón de que la antijuridicidad, es un juicio de valor objetivo que se le realiza a la acción, la cual se conforma por elementos subjetivos y objetivos, podemos concluir es la acción la que contiene elementos subjetivos (aparte de los objetivos) y no la antijuridicidad la cual funciona como un Proceso valorativo objetivo.

Para Ignacio Villalobos, la antijuridicidad es: "la oposición al derecho; y como el derecho puede ser legislado, declarado por el estado y formal, o bien de fondo, de contenido o material, también de la antijuridicidad se puede afirmar que es formal, por cuanto se opone a la ley del Estado, y material por cuanto afecta a los intereses protegidos por dicha ley."²⁰

B). ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL:

Ahora bien de la anterior definición, se desprende, que la antijuridicidad cuenta con un concepto dual, es decir, un contenido formal que se refiere a la

¹⁹ Cuello, Calón Eugenio, Derecho Penal Parte General Tomo I, Editorial Bosch, 4ª Edición, Barcelona España, 1980, Pág. 362 y 363.

²⁰ Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Quinta Edición, Editorial Porrúa., México, 1990, Pág. 258.

relación de oposición entre la acción y la norma penal, y el material que se traduce en la afectación o puesta en peligro de bien jurídico protegido.

En el siglo pasado los clásicos, afirmaban que la antijuridicidad tenía, una referencia exclusiva al aspecto objetivo derivado de la acción y emanada de la división de la estructura del delito en objetiva y subjetiva, perteneciendo la antijuridicidad a la primera. Como consecuencia a la corriente neokentiana, la antijuridicidad dejó de ser una simple descripción externa de las características del delito, atribuyéndole elementos valorativos, lo cual transformó a la antijuridicidad en un desvalor sobre la acción a partir de elementos subjetivos que califican a la acción, y a falta de los cuales la acción no puede existir.

Anteriormente se consideraba a la antijuridicidad como un concepto unitario, producto de un juicio sustancia, pero a raíz de la teoría de Franz Von Listz, dicho concepto adquirió un sentido dualista, así tenemos en primero término a la antijuridicidad forma y en segundo a la antijuridicidad material.

Así, el acto antijurídicamente formal, cuando exista una transgresión a una norma establecida por el estado y materialmente antijurídico cuando produzca un daño, lesión o puesta en peligro de los intereses colectivos que se traducen en los bienes jurídicamente protegidos por el estado.

En este mismo orden de ideas, para Raúl Plascencia Villanueva explica que: "Con la antijuridicidad material se pretende destacar la violación de intereses vitales para la organización social; intereses que al ser protegidos por la organización social, constituyen una institución o bien jurídico, de ahí que se afirme como contenido de la antijuridicidad material la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, con ausencia de causas de justificación. La antijuridicidad formal, consiste en la oposición a la norma derivada de un comportamiento atribuible a un sujeto."²¹

²¹ Plascencia, Villanueva Raúl, Op. Cit. Pág. 134.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni: " la antijuridicidad formal, es aquella en que la conducta cocha contra la norma del estado y la antijuridicidad material, consiste en la dañosidad social de la conducta, en su anti-socialidad o en su a-socialidad."²²

Ignacio Villalobos, explica que: "La antijuridicidad es la oposición al derecho y como el derecho puede ser legislado, declarado por el Estado y formal. O bien de fondo, de contenido o material, también la antijuridicidad se puede afirmar que es formal, por cuanto se opone a la ley del Estado y material por cuanto afecta a los intereses protegidos por dicha ley."²³

Para Eugenio Cuello Calón, "la antijuridicidad formal esta constituida por la relación de oposición entre el hecho y la norma penal, es formalmente antijurídica la acción que infringe una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico y materialmente antijurídica, la acción que encierra una conducta socialmente dañosa (antisocial o asocial), este aspecto material de la antijuridicidad se halla concretamente en la lesión de un bien jurídico o en peligro de que sea lesionado."²⁴

No es, jurídicamente valido, establecer que ambos aspectos de la de antijuridicidad, son distintos entre sí, ni mucho menos que una especie excluya a la otra por el contrario ambas son unidas y de acuerdo con su naturaleza y su denominación una es la forma y la otra es el contenido. Los hechos que las normas penales prohíben o mandan ejecutar son generalmente nocivos o peligrosos para la sociedad, pero aun cuando no lo fueran siempre serían antijurídicos por contravenir a lo mandado por la norma jurídica. Los hechos que son dañosos y perjudiciales para la colectividad (antijuridicidad material), no previsto por las normas sólo serán antijurídicas cuando la ley las sanciones, lo que implica retomar, de nueva cuenta el principio recogido en la creación del tipo penal de Beling, que determina su función

²² Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. Cit. Pág. 443 y 444.

²³ Villalobos, Ignacio, Op. Cit. Pág. 258.

²⁴ Cuello, Calón Eugenio, Op. Cit. Pág. 364.

de legalidad, y nos referimos al principio de *nullum crimen sine lege*, es decir no hay delito sin ley, y que se puede equiparar en el presente a no hay antijuridicidad penal sin ley penal.

La antijuridicidad formal es consecuencia del principio de legalidad dominante en las legislaciones penales, donde aquel rija la determinación de lo antijurídico se hará sobre la base de la antijuridicidad formal. Sólo cuando el criterio de legalidad perdiera vigor prevalecería la antijuridicidad material

La violación a las obligaciones plasmadas en las normas jurídicas o el ataque a los derechos de los gobernados, es lo que tiene el carácter de antijuridicidad material, pues viola intereses vitales de la organización social, intereses que al ser protegidos por el estado constituyen el bien jurídico. Por lo que respecta al contenido formal, si bien es cierto, toda sociedad necesita establecerse en un orden formal, porque las normas naturales o culturales son difíciles de precisar y son esencialmente violables, también lo es que la misión primordial al promulgar las leyes es dotarlas de obligatoriedad y asegurara la coacción que respalde o garantice su eficacia.

La distinción más clara entre una y otra especie de antijuridicidad, se puede apreciar cuando, por un error del legislador sucede una separación entre ambas, es decir, cuando se deja sin protección a una norma o derecho natural y se dicta en cambio una ley que carezca de fundamento sociológico y aún pueda crear y mantener, formalmente, una institución obligatoria ante la fuerza del estado, pero carente de todo sentido de justicia, de equidad y de verdadera orientación hacia el bien público.

Coherente con lo anterior y una vez que han quedado plasmados los conceptos de la antijuridicidad, propuestos por los autores citados en el presente estudio, resulta trascendente para la continuación del presente análisis el de plantear la problemática que surge entre la antijuridicidad y lo antijurídico, así pues tenemos,

que lo antijurídico se ha definido como contrario a derecho, pero cabe mencionar que el ataque o la transgresión a lo jurídico es en el ámbito normativo y no a nivel ley, es decir, el sujeto activo no actúa contra las leyes penales sino actúa en contra de una norma penal precisa.

C). ANTIJURIDICIDAD E INJUSTO:

Después de haber establecido los diferentes conceptos de la antijuridicidad y haber definido su contenido formal y material, resulta necesario estudiar lo relativo a la Antijuridicidad e Injusto, conceptos que corren el riesgo de confundirse y pensar de manera errónea así en la concepción de Welzel, explica lo siguiente: "Antijuridicidad es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre la acción y el orden jurídico. En cambio, lo injusto es la acción antijurídica como totalidad; por lo tanto, el objeto junto con su predicado de valor, es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica, la antijuridicidad, en cambio, solamente una relación, la característica la característica axiológica de referencia en la acción."²⁵

En el mismo sentido el Doctor Carlos Juan Manuel Daza Gómez, explica que: "En la moderna teoría del delito se emplea la expresión de injusto para calificar aquellas acciones antijurídicas subsumibles, como típicas en el supuesto de hecho de una norma penal, y también para determinar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuridicidad"²⁶.

En el mismo orden de Ideas Octavio Alberto Orrellana Wiarco refiere: "el injusto penal se integra por la tipicidad y la antijuridicidad... La antijuridicidad es un juicio de valor objetivo en el sentido de un juicio de valor general... La antijuridicidad

²⁵ Welzel, Hans , Op. Cit. Pág 58.

²⁶ Daza, Gómez Carlos Juan Manuel, Op. Cit. Pág. 140

es una relación (una contradicción entre los miembros de una relación), lo injusto, por el contrario, es algo sustancial; la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Lo injusto es la forma de la conducta antijurídica misma, la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio, la antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentra con el ordenamiento jurídico.²⁷

En palabras de Eugenio Raúl Zaffaroni: "una conducta típica y antijurídica es un injusto penal, la antijuridicidad es un juicio negativo de valor que recae en una conducta humana, en tanto que el injusto es la conducta humana valorada."²⁸

En conclusión a lo anterior se puede arribar a que la antijuridicidad es el resultado de una conducta típicamente adecuada, ante la falta de una causa de justificación, que funciona como un juicio negativo de valoración que recae en dicha conducta mientras que el injusto es esa conducta desvalorada.

Así por ejemplo a lo anterior, tenemos que quien daña a otro en la salud obra no solamente en forma típicamente adecuada, o sea, contrario a la norma sino también antijurídicamente sino concurre a favor de él un fundamento de justificación. El Juez que haya comprobado la adecuación típica, solo necesita para determinar la antijuridicidad realizando un procedimiento negativo de valoración.

1.- ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO: En lo que respecta a la posición de los teóricos causalistas, respecto a que señalan que a lo injusto pertenecen exclusivamente caracteres externos u objetivos, estos se adhieren a la llamada teoría objetiva de la antijuridicidad, donde se prescinde de todo elemento de carácter interno o subjetivo.

²⁷ Orellana, Wiarco Octavio Alberto, Teoría del delito Sistema Causalista y Finalista, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1995, Pág. 105-106.

²⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl., Op. Cit. Pág. 441.

Como ya se ha manifestado anteriormente para la teoría causalista, la antijuridicidad, toma en cuenta solo elementos externos u objetivos, pues los elementos subjetivos son del terreno de la culpabilidad, esta teoría adecuaba estos conceptos a su doctrina en la acción causal, separando la acción como mero proceso causal, del contenido subjetivo de la voluntad. La antijuridicidad quedó en el marco de lo objetivo. Cuando surgió el desarrollo de la doctrina de los elementos subjetivos de lo injusto la teoría causal, sufrió uno de los más duros golpes y trataron de explicar una solución al problema argumentado que los elementos subjetivos de lo injusto eran solo excepciones a la regla.

La existencia de múltiples tipos penales que contenían inmersos elementos subjetivos, contradijo por completo a la propuesta anteriormente señalada, pues en los casos de los delitos de imperfecta consumación, es decir, los delitos en grado de tentativa (acabada e inacabada), era imposible determinarlos, sólo por los elementos objetivos, donde la naturaleza de la propia tentativa el resultado no se produce, por lo que a nivel objetivo no se podía determinar la intención del ánimo doloso del activo del delito que se trate.

El finalismo puso en énfasis la voluntad de la acción final no en el mero resultado, sino colocando al dolo como elementos subjetivos del tipo penal de lo injusto. Dentro de los elementos subjetivos que se encuentran en el sistema finalista de la acción se encuentra en primer lugar al dolo; ahora bien, la antijuridicidad es siempre para los finalistas la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado, es decir, una conducta injusta por estar referida a una persona concreta.

D) CAUSAS DE JUSTIFICACION.

La teoría de la antijuridicidad, tiene como finalidad establecer, en que condiciones y en que casos se realiza un tipo penal (en forma dolosa, ya sea dolo

directo, indirecto o eventual; culposa, con representación o sin representación, ya sea de acción u omisión), no es contrario a derecho, es por lo tanto una teoría de autorizaciones, para la realización de un comportamiento típico, hacer mención a que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica delictiva dispuso de un permiso del orden jurídico para actuar como actuó.

En el mismo orden de ideas una acción típica, será también antijurídica, sino concurre a favor del autor una causa de justificación, en consecuencia la tipicidad de una acción es un indicio de la antijuridicidad, precisamente porque la tipicidad señala esta posibilidad de la antijuridicidad, debe confirmarse si existe o no una causa de justificación, esta comprobación es una tarea independiente de la comprobación de la tipicidad y en cierto sentido inverso, es independiente porque solo cabe plantearse la cuestión de la antijuridicidad cuando se ha llegado a la conclusión de que la acción, es típica, es decir, la adecuación concreta al tipo penal y a la vez es inversa porque consisten en la verificación de que el caso no se subsume bajo el supuesto de hecho de una causa de justificación (por ejemplo, la legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, consentimiento del ofendido).

Lo anterior se encuentra sostenido por Hans Welzel, quien refiere que: "Quien actúa de manera adecuada al tipo, actúa, en principio, antijurídicamente. Como el tipo capta lo injusto penal, surge del cumplimiento del tipo objetivo y subjetivo, en principio, la antijuridicidad del hecho; de modo que huelga otra fundamentación positiva de la antijuridicidad. Esta relación de la adecuación típica con la antijuridicidad se ha caracterizado llamando a la adecuación típica el "indicio" de la antijuridicidad. Cuando exista esa relación, sólo surge problema en los casos en que la antijuridicidad está, una vez por excepción, excluida, a pesar de darse la adecuación típica; p.ej., porque el autor actuó en defensa legítima o por consentimiento del lesionado. En tales situaciones de excepción, un actuar adecuado al tipo es adecuado al derecho. Por eso, aquí la antijuridicidad puede ser averiguada mediante un procedimiento negativo, a saber, estableciendo que no existen

fundamentos de justificación, como defensa legítima, autoayuda, consentimiento etc."²⁹

A mayor abundamiento y para entender mejor del porque la adecuación típica es indicio de la antijuridicidad es primordial explicar lo relativo a los tipos abiertos, cerrados y la adecuación social, así tenemos que:

TIPOS ABIERTOS Y CERRADOS: Referente a los tipos cerrados, son aquellos que contienen las características señaladas y determinadas, porque enumeran agotadamente, los presupuestos materiales de la antijuridicidad, frente a ellos hay tipos abiertos, los cuales requieren ser complementados por él interprete, estos no indican de por sí la antijuridicidad, y en los que debe ser fundamentada y en los que debe ser fundamentada ésta a través de un juicio ulterior independiente; en ellos, para determinar la antijuridicidad, no basta el establecimiento de la circunstancia negativa de que no intervienen fundamentos de la justificación.

En otro orden de ideas, actúa adecuadamente al tipo, el que exhorta a la desobediencia contra las leyes; sin embargo, esta acción típica es antijurídica solamente si la ley respectiva es jurídicamente válida, pues la validez jurídica es un elemento del deber jurídico del autor. La antijuridicidad no está todavía indicada con el solo establecimiento de la adecuación típica, sino debe ser averiguada positivamente mediante la comprobación de las características especiales del deber jurídico (validez jurídica, adecuación jurídica, competencia, etc.)

A veces los tipos cerrados tampoco indican a la antijuridicidad, ello se explica en los delitos que implican privación ilegal de la libertad (artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal), es en principio antijurídica por encontrarse típicamente adecuada, pero esa privación de la libertad se Justifica solo en casos de

²⁹ Welzel, Hans, Op. Cit. Pág. 86

excepción (la sentencia condenatoria de un juez), pero existen numerosos casos en que sé atenta contra la libertad de movimiento en las que no surge siquiera la cuestión de una justificación especial, porque forman parte de nuestra vida cotidiana, que resulta completamente normales o como explican Welzel y Roxin "**SOCIALMENTE ADECUADAS**", así por ejemplo en esta Ciudad, a diario se percibe que los transportes de Servicio Público, llámese autobuses, Sistema de Transporte Colectivo metro, Microbuses, Trolebuses, Etc. solo se detienen en determinadas estaciones o paradas, ello implica que en esos caos existe una restricción a la libertad de los usuarios, en la que no surge ni siquiera una justificación de las mencionadas con antelación, pues nunca se entra a la consideración del mencionado problema, no cabe duda alguna que lo anterior se encuentra tipificada, pero dichas conductas se encuentran dentro del marco de los órdenes ético sociales de la vida común y por lo tanto no constituyen delito pues en ellas la adecuación típica no indica a la antijuridicidad, pues la adecuación social no deja surgir a la antijuridicidad como tal, pues dicha conducta es socialmente normal, en tal virtud, es socialmente adecuada, en mismo orden de ideas Hans Welzel, expone lo siguiente: "Así hay una doble excepción al precepto según el cual una conducta adecuada el tipo es en principio antijurídica: la primera la da la conducta socialmente adecuada, que impide, desde un principio, por su normalidad social, que la adecuación típica indique la antijuridicidad; la segunda está fijada por los fundamentos de justificación que eliminan la antijuridicidad indicada, en virtud de determinadas situaciones excepcionales. Aquéllas comprenden actividades que se mueven todavía completamente dentro del margen de los órdenes normales de la vida de la comunidad, conforme al desenvolvimiento; ésta, "en cambio", acciones que se efectúan ya fuera de los órdenes de la vida social en forma preponderante, pero que son justificadas a consecuencia de una situación especial de excepción."³⁰

La característica principal de una causa de justificación es la de excluir por completo la posibilidad de toda consecuencia jurídica no sólo, penal, sino

³⁰ Welzel, Hans. Op. Cit. Pág. 89.

también civil administrativa, etc.; no sólo respecto al autor de la conducta, sino que también a sus copartícipes, es decir, los que lo hayan ayudado o inducido. En el ordenamiento jurídico, el único dato con el que se puede identificar a una causa de justificación, es la exclusión de la pena, esta característica es compartida por las causas de justificación que excluyen a la atribuibilidad, que no alcanzan a los partícipes y que no eliminan a la responsabilidad civil, en el mismo grado como con las excusas absolutorias que solo afectan a la punibilidad.

De lo anteriormente señalado se desprende una interrogante, en el sentido de que ¿cómo sabe el intérprete, que una determinada circunstancia es una autorización o permisión de realizar un hecho típico y no simplemente una disculpa a una exclusión de pena?, éste cuestionamiento conforma el trasfondo de toda discusión relativa a si el estado de necesidad es una causa de justificación o de inculpabilidad o simplemente una excusa absolutoria, así como la del miedo insuperable se debe considerar una causa de justificación, o si la legítima defensa es una causa de justificación o inimputabilidad. Tampoco es válido desentrañar lo anterior en base a lo plasmado por la ley penal, pues no se puede elaborar un catálogo definitivo de causas de justificación.

La única manera de establecer una distinción es recurrir a principios prelegales que determinan cuales son las circunstancias que tienen carácter de justificante. Se llaman principios prelegales porque son necesarios para interpretar la ley y no sería posible, por lo tanto, deducirlos de la ley.

Estos principios dieron origen a dos teorías: *la teoría monista de la justificación y la teoría pluralista de la justificación*. La primera funciona con un principio único y la segunda opera con más de uno.

1. *Las teorías monistas* tienen que acudir a un alto grado de abstracción para poder incluir los supuestos que consideran justificantes. Coherente con lo anterior, se ha sostenido que son causas de justificación los que responden a la idea

de "más utilidad que daño social", o de utilización de un medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico, estos criterios se muestran de manera muy amplia, para permitir una distinción entre causas de justificación y las que no lo son, esto es, todo depende de lo que se considere como socialmente útil, o como adecuado al fin reconocido por el derecho, lo que implica que no explique una diferencia de manera concreta y específica sino que dicha amplitud del concepto da como consecuencia una explicación genérica y abstracta.

Sobre estos puntos hay pocas posibilidades de encontrar una única respuesta. La creencia de que el orden cultural previo al jurídico permitiría esa respuesta única, pasa por alto la cuestión de que el orden cultural, no es un orden único de concepciones jurídicas, sino que es un conjunto de órdenes que cabe, en su diversidad, dentro del orden constitucional, por lo demás, el problema interpretativo se desplaza, pues se trata de interpretar lo que estiman justificado.

2. *Las teorías pluralistas*, por el contrario, proceden de manera distinta, deducen de la naturaleza de lo ilícito una pluralidad de principios, que en realidad pretenden explicar por qué ciertos casos deben considerarse causas de justificación, así se afirma que, considerando la esencia de lo ilícito una lesión de interés social, solo cabe adoptar dos principios de justificación a saber: el principio de la ausencia de interés y el principio del interés preponderante; el primero de ellos hace mención al consentimiento del ofendido. El segundo procura dar cuenta del fundamento justificante de deberes especiales y de los llamados "derechos de necesidad" (estado de necesidad y legítima defensa), en estos casos se afirma que el orden jurídico coloca en un lugar privilegiado a un bien jurídico sobre otro u otros, y, por lo tanto, la lesión producida en esas circunstancias deben ser justificadas. Sin embargo, no puede dejar de señalarse que el principio del interés preponderante se interpreta de manera diversa en cada caso: en un caso es preponderante la salvación de un bien jurídico protegido de más valor que el que se sacrifica (estado de necesidad); en los otros, prepondera un interés que es independiente del de los bienes jurídicos en juego (cumplimiento de un deber; legítima defensa).

En el mismo sentido y si se acepta que el interés preponderante es independiente del valor preponderante de los bienes jurídicos en colisión, el principio pierde todo contorno definido; las causas de inculpabilidad podrían ser consideradas también como causas de justificación; sobre todo en los casos que se han dado en llamar de la no-exigibilidad de otra conducta.

3.- La tendencia actual: es la de disminuir sensiblemente el valor explicativo acordado en los principios de la justificación, así se puede desprender como ejemplo que como consecuencias de la intervención de una contranorma debe caer o eliminarse tanto lo ilícito del resultado como lo ilícito de la acción, más no es posible decir lo anterior de todas las causas de justificación, dado que en particular éstas se basan en muy diversas combinaciones de factores justificantes.

En el mismo orden de ideas, se confirma que no se puede establecer un catálogo de las causas de justificación, pues éste nunca quedaría cerrado o de que de causas de justificación no puede determinarse definitivamente, o de que el proceso de concreción y tipificación de los principios justificantes ha sido reemplazado por una decisión referente a los casos que deben regirse por las reglas que gobiernan esta categoría, es decir, lo que sienta las bases para determinar la calidad de una circunstancia como causa de justificación es la decisión referente a que la circunstancia debe tratarse de acuerdo a las reglas de justificación.

4. Los elementos de la justificación: Con relación al concepto de ilícito se discute si éste requiere un disvalor de acción y un disvalor de resultado, en el momento de la negación del ilícito cabe preguntarse si la justificación depende de: a) Sólo la concurrencia de los elementos objetivos de una causa de justificación, b) De la concurrencia de los elementos objetivos de una causa de justificación y del conocimiento de ellos por parte del autor (elemento subjetivo), o c) Simplemente de la creencia del autor en la existencia de las circunstancias objetivas de una causa de justificación.

De lo anteriormente señalado se deriva la posición dominante que se refiere a que existe la concurrencia de los elementos objetivos de la justificación, como además, la de los llamados elementos subjetivos de justificación.

El punto de vista puramente subjetivo, para el que la justificación depende exclusivamente de la suposición de la concurrencia de la situación objetiva, aunque ésta no se dé en verdad, siempre y cuando el autor de la conducta haya verificado a conciencia la concurrencia de los elementos objetivos y no haya podido despejar su error. Un punto de vista que combine los criterios objetivos y subjetivos resulta ser, en verdad, el que mejor responde a una estructura de lo ilícito que reconoce un disvalor de resultado como del disvalor de la acción.

5. Los efectos de las causas de justificación y sus condiciones: como ya se ha hecho de referencia en líneas arriba, la Justificación determinan:

a) Exclusión completa de responsabilidad penal y civil por la realización del hecho típico para el autor;

b) Exclusión completa de la responsabilidad penal y civil por la colaboración en la realización del hecho típico (artículo 13 fracción III del Código Penal para el Distrito Federal) o la inducción del mismo (ordinal 13 fracción V del Código Penal para el Distrito Federal), el que induce a otro a defenderse dentro de los límites de la defensa necesaria, o a obrar dentro del estado de necesidad, o presta ayuda en esas circunstancias, está justificado de la misma manera que el autor.

c) Exclusión de la posibilidad de defensa necesaria contra el que obra justificante.

Estos efectos dependen de las siguientes condiciones:

a) La creación intencional de la situación que da lugar a la permisión (provocación de la situación) excluye el efecto justificante;

b) La justificación se limita a la acción necesaria para salvar el bien jurídico; es decir, la acción será justificada si dadas las condiciones de la causa de justificación concreta al autor no podía, realizar ninguna otra acción para salvar el bien jurídico y;

c) El autor debe haber obrado con conocimiento de las circunstancias de la causa de justificación de que se trata.

En conclusión, en las causas de Justificación de la antijuridicidad el agente obra en condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad consiente, pero su acto no es delictivo por ser justo, ajustado a derecho, la situación especial en que cometió el hecho constituye una causa de justificación de su conducta. Como consecuencia de la licitud de ésta no será posible exigirle responsabilidad alguna, ni penal, ni siquiera civil, pues del que obra conforme a derecho no puede decirse que ofenda o lesione interese jurídicos ajenos.

E). CAUSAS DE JUSTIFICACION EN PARTICULAR.

En el vigente Código Penal para el Distrito Federal, las causas de justificación se encuentran contempladas en el ordinal 15, confundidas con las restantes causas eximentes de la responsabilidad criminal, con las que poseen el carácter de causas de inimputabilidad y con las de exclusión de la culpabilidad.

Como ya se ha hecho de referencia, el número total de causas de justificación, es casi imposible de precisar; todas las causas de justificación confieren un derecho para obrar, es decir, cuentan con un carácter permisivo ya sea dejando sin efecto una prohibición o liberando el cumplimiento de un mandato. Existen tres casos en que la doctrina y la jurisprudencia reconoce que el fundamento de ese permiso proviene de la especial situación del autor y del bien jurídico en el momento de la acción, por tal razón dichos casos se tratan por separado. Cuando el permiso para obrar, está condicionado por la agresión ilegítima de otro (defensa

necesaria), por la colisión de bienes jurídicos (estado de necesidad) o por el acuerdo del titular del bien (consentimiento del ofendido), junto a estos existen otros casos cuyo número es indeterminado, en los que se trata fundamentalmente de la colisión del deber general de no realizar una acción típica con el deber especial de realizarla o con la autorización especial para ejecutarla (son casos de cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho).

1. LEGÍTIMA DEFENSA: Es la defensa necesaria para rechazar una agresión real, actual, inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor.

Desde la época antigua, a la legítima defensa se le consideró como una causa que exime a la pena y actualmente prevalece dicho criterio.

Entre las diversas teorías que se han utilizado para fundamentarla la más acertada es la sostenida por la escuela clásica, la cual descubre tal fundamento en la necesidad. Ante la imposibilidad momentánea en que el estado se encuentra de evitar la agresión injusta y de proteger al injustamente atacado, es justo, permitido e ilícito que el agredido repela la agresión realizando acciones de defensa, la defensa privada según esta teoría viene a ser un sustitutivo de la defensa pública cuando la necesidad lo exige.

Cuando en la vida cotidiana se presentan situaciones de ésta índole y la autoridad no puede acudir en auxilio del injustamente agredido, no es posible en tal situación de desamparo imponerle que permanezca inactivo y sucumba a la agresión injusta. Su reacción contra la agresión sufrida es perfectamente justa y conforme a derecho, luego entonces, su acción no es antijurídica y por lo tanto no existe delito que perseguir. De igual manera la escuela positiva reconoce la juridicidad y la justicia de la defensa legítima, está representada por el ejercicio de un derecho y es justa pues como el agresor muestra su temeridad, cuanto se haga para repelerla constituye un acto de justicia social.

El fundamento de la defensa necesaria (propia o de un tercero) se establece en el principio de Welzel, que refiere que la idea fundamental de la defensa legítima es: "el derecho no precisa ceder, ante lo injusto."³¹

No solo se acuerda un derecho de defensa individual, sino también de ratificación del orden jurídico como tal. Por este motivo, el agredido no está obligado, en principio, a evitar la agresión mediante un medio distinto de la defensa, por ejemplo huyendo. La condición primordial de la defensa legítima, es la necesidad de la misma, en principio no se requiere de proporcionalidad entre el daño que se le causa con la defensa del agresor y el daño que hubiera causado la agresión. El derecho de protección que concibe la legítima defensa, es de carácter individual, luego entonces, no es posible la legítima defensa de un ente comunitario (pueblo, estado, etc.), en consecuencia sólo se pueden defender las personas ya sean naturales o jurídicas (en este sentido también el estado pero solo en aquellos casos en que aparezca como titular de bienes jurídicos y derechos como persona individual).

Nuestra legislación penal en vigencia, exige como condición de legitimidad e la defensa la concurrencia de determinados requisitos:

a) Un ataque o agresión: Es la amenaza de lesión mediante una acción humana, de intereses vitales, es decir la agresión debe partir de un ser humano, la defensa frente animales, no está regida, por la defensa legítima sino por el estado de necesidad, sin embargo cuando estos son azuzados, si puede verificarse, por otra parte la agresión puede tener lugar en forma activa (acción) o pasiva (comisión), esta debe ser contra intereses jurídicamente protegidos del que se defiende o de otra persona. Acerca de los intereses o bienes jurídicos que pueden ser objeto de defensa, no existe un completo acuerdo, así tenemos que no existe duda alguna que la defensa de la vida es ilícita, así como la defensa de la integridad corporal, de la libertad y del patrimonio, pero en cuanto a la defensa del pudor, esta solo puede

³¹ Welzel, Hans Op. Cit. Pág. 91

existir ante el peligro de la violación, sin embargo el Código Penal en vigor para el Distrito Federal, (artículo 15 fracción IV), establece que cualquier bien jurídico, puede ser objeto de una agresión y por lo tanto es defendible. En orden a lo anterior existe un problema el cual estriba en que, si se puede o no considerar como agresión la desplegada por un incapaz de culpabilidad o del que obra por error, por lo que respecta a los enfermos mentales o de un niño, se restringe la amplitud de la defensa, en razón de que frente a tales sujetos, carece de sentido la defensa del orden jurídico como tal y solo queda un derecho individual de defensa.

Dicha agresión deber ser por medio del empleo de la violencia ya sea física o moral, por lo que dicha violencia traducida en una agresión debe ser injusta, es decir, en oposición al contenido de las normas penales y no ajustada a ninguna norma de carácter permisivo, por ello se considera legítima la violencia que se ejerce en estricto apego a la permisión derivada de una norma jurídica. En el mismo orden de ideas la Suprema Corte de Justicia a través de la siguiente Jurisprudencia definida ha proporcionado el concepto de AGRESIÓN en los siguientes términos:

"LEGITIMA DEFENSA. CONCEPTO DE AGRESION. *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 Época: Amparo directo 5966/57. Rafael Espinosa Díaz y Coags. 6 de octubre de 1958. Cinco votos. 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 Peralta. 29 de marzo de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 4772/60. Manuel Rodríguez Araiza. 27 de septiembre de 1960. Cinco votos. Sexta Época. Instancia: Primera Sala Fuente: Apéndice de 1995. Tomo: Tomo II, Parte SCJN. Tesis: 188. Página: 108.*

La Legítima defensa puede ser realizada por un sujeto distinto del que recibe la agresión, con lo cual se generan tres distintos supuestos, el primero es la defensa propia, en segundo lugar la defensa de un pariente y por último la defensa de un extraño.

b) Actual o inminente y sin derecho: La agresión deber ser actual e inminente, es decir, dicha agresión a los bienes jurídicos protegidos deber ser real, por ello no debe ser posterior o futura, ante la falta del primero de los mencionados la legítima defensa degenera en venganza y ante la presencia del segundo la legítima defensa resulta injustificada, que la agresión sea real significa que no sea hipotética o imaginaria y además presente o muy próxima, así en palabras de Enrique Bacigalupo la actualidad de la agresión resulta ser: "La agresión es actual mientras se está desarrollando. La inminencia de la agresión, es decir, la decisión irrevocable del agresor de dar comienzo a la agresión es equivalente a la actualidad."³²

Lo anterior obedece a un principio lógico, pues la agresión sufrida al bien jurídico protegido debe ser real o inminente pues antes de que tal peligro aparezca, no es necesaria la defensa y cuando el peligro ha cesado es superflua, sin embargo Welzel menciona que la agresión al Bien Jurídico persiste aún después de la formal consumación de un delito y por ello refiere que: "No es necesario que la agresión haya llegado ya hasta una tentativa en sentido penal... la agresión persiste también después de la formal consumación de un delito, tanto tiempo cuanto ella intensifica aún la lesión de un bien jurídico; por eso es admisible defensa legítima contra quien huye con la presa hurtada."³³

Welzel, habla de que la afectación al bien jurídico tutelado se mantiene firme; y por ello mantiene una continuidad, asimismo refiere, que sucede lo mismo con la agresión, por ello la agresión se prolonga y es válido referir que la agresión

³² Bacigalupo, Enrique Op. Cit. Pág. 226

³³ Welzel, Hans. Op. Cit. Pág. 92

persiste durante dicha prolonga (por ejemplo en los delitos permanentes en donde la agresión perdura en un lapso de tiempo, privación ilegal de la libertad, etc.). La anterior afirmación, encuentra sustento en la siguiente Jurisprudencia que a la letra se reproduce:

"LEGITIMA DEFENSA. El ataque es actual cuando reviste caracteres de inminencia o dura todavía, de tal suerte que lo que importa para los efectos del derecho penal, es la amenaza creada por aquel, 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 esta persista, esto es, en tanto que pone en peligro la integridad corporal o la vida de quien se defiende y aun la de un tercero. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 201/88. José, Nieves Nieves y otro. 23 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José, Galván Rojas. Secretario: Jorge Nuñez Rivera. Amparo directo 423/88. José, Dorado Revelez. 8 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Jorge Nuñez Rivera. Amparo directo 73/91. Willebaldo Mantilla Méndez. 12 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispín Campos Ramírez. Amparo directo 59/93. Jorge Quiroz Ortega. 4 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna. Amparo directo 464/93. Pedro Garista Garista. 21 de octubre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván."

Por otra parte, una agresión sigue siendo tal mientras la lesión al bien jurídico no se ha consumado totalmente, por ello en los delitos de imperfecta consumación, que permanecen en grado de tentativa, es suficiente que existan indicios suficientes que permitan percibir una agresión, real actual e inminente

Ahora bien por lo que respecta a que dicha agresión deber ser sin derecho, debe decirse, que tal ataque debe contener un contenido de ilegitimidad,

es decir la agresión es ilegítima cuando es antijurídica, en otras palabras la agresión debe ser contraria a derecho, es decir, debe ser contraria a las normas dictadas por el Estado; el que agrede no ha de tener a su favor ningún fundamento jurídico para ello.

C) La Necesidad de la defensa de bienes jurídicos propios o ajenos: La defensa que se ha de ejercer debe ser la indispensable e ineludible, es decir, el ataque del cual es víctima el sujeto de ser inevitable por otro medio menos lesivo, esto debe analizarse en base, a las condiciones objetivas presentes en el momento del ataque, así como en los elementos cognoscitivos del agredido, los medios de que disponía en el momento para evitar la agresión, el tiempo en que se sufrió y del lugar de la agresión, esto es, los elementos objetivos y subjetivos que se presenten al momento de que se ejerce la defensa. Lo anterior equivale a decir que no exista otro medio de evitar el mal que amenaza, si éste fuese evitable por otros medios no violentos la defensa realizada perdería su carácter de legitimidad.

La acción debe ser necesaria para la defensa, es decir, la necesidad se determina de acuerdo, con la fuerza real de la agresión; la defensa puede ir tan lejos como sea requerido para la defensa real del ataque, pero nunca más allá de lo que es absolutamente necesario para ello, por ello el agredido debe aplicar siempre el medio mínimo, que, sin embargo, puede ir en cada caso dado, hasta la muerte, cuando ésta sea el último medio para la defensa; la necesidad debe juzgarse desde el punto de vista del que realiza la acción.

La defensa es necesaria si la acción del agredido, es la menos dañosa de cuantas estaba a su disposición para rechazar la agresión en el caso concreto; el requisito de que la necesidad sea racional se puede explicar de la siguiente manera: La necesidad de la acción de defensa es racional cuando ésta se adecua para impedir o repeler la agresión, la relación que existe entre el ataque y la acción necesaria para impedirlo o repelerla debe ser tal que se puede afirmar que, de acuerdo con las circunstancias del hecho, la acción concreta de defensa era la

adecuada para repeler o impedir la agresión concreta. No se debe confundir la relación que debe haber entre la agresión y la defensa y la proporción entre el daño que causaría la agresión y el causado por la defensa. La racionalidad de la necesidad de la defensa sólo se vincula con la primera cuestión.

Para determinar la necesidad de la acción, es imprescindible tomar en cuenta las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión injusta, antes de comenzar la acción de defensa y establecer, si la emprendida, es realmente hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño.

En resumen, al referirnos que la defensa debe ser la necesaria, quiere decir que, que no exista otro medio de evitar el mal amenaza, si éste fuese evitable por otros medios no violentos la defensa realizada perdería su carácter de legitimidad, dicha apreciación de su necesidad es subjetiva y se ha de apreciar desde el punto de vista de quien se defiende, es decir, el que es agredido no tiene la obligación de huir.

Pese a que lo anterior es cierto, no hay que perder de vista que siempre hay que atender al caso concreto, pues si bien es cierto, que la repulsa debe ser la necesaria, es decir la mínima requerida para repeler la agresión, también es cierto que debido a la naturaleza del ser humano y las diversas maneras de actuar de cada individuo ante una situación violenta, que amenaza algún bien jurídico protegido, pues no tenemos la capacidad de medir absolutamente los efectos de nuestras acciones, a esto se refiere Welzel al ejemplificar lo siguiente "Si un tiro de larga distancia es la defensa necesaria, entonces está justificado, también si pega mortalmente, a pesar de que hubiera bastado lograr la incapacidad para la lucha, pues no tenemos la capacidad de medir absolutamente los efectos de las acciones.

Sin embargo, si la diferencia es tan relevante, que fue evitable para el autor bajo las circunstancias dadas, entra en cuestión la culpa.³⁴

D) La existencia de una necesidad racional entre la defensa empleada y el ataque. Este elemento hace referencia a la proporcionalidad de la agresión y los medios empleados para repelerla, lo que se puede traducir en el análisis del bien jurídico lesionado o puesto en peligro y el ataque dirigido al agresor, en el sentido de no resultar válido proteger un interés de menor valor en perjuicio de otro de mayor valor. En consecuencia, la reacción del agredido, debe ser objetivamente la indispensable para detener la violencia injusta de que es víctima, pues en caso contrario nos encontraríamos en presencia de un exceso en la legítima defensa.

El derecho a la legítima defensa debe tener un límite, donde la gravedad de la lesión sea socialmente intolerable, en razón de la irrelevancia de la agresión, por ejemplo: la muerte del agresor, por robar una manzana de un huerto, esto es, que la legítima defensa es necesaria y admisible dentro del marco de una defensa proporcional.

En palabras de Bustos Ramírez: "La Legítima defensa se basa en la idea fundamental de que el derecho no está en situación de soportar lo injusto. Es por eso que en la legítima defensa no está en primer plano el criterio de la proporcionalidad sino en la necesidad racional."³⁵ Es decir, la necesidad de establecer cual de todas las posibilidades, es la adecuadamente necesaria para repeler la agresión.

Es necesario hacer una distinción entre proporcionalidad y racionalidad, el primero de los supuestos, se refiere al orden jerárquico que mantiene los bienes jurídicos tutelados y las afectaciones jurídicas que recaen sobre ellos, en el ordenamiento legal, éste ordenamiento jurídico va a establecer las bases abstractas y objetivas acerca de la importancia de cada bien jurídico protegido y la gravedad de

³⁴ Welzel, Hans, Op. Cit. Pág. 93

³⁵ Bustos Ramírez Juan, Op. Cit. Pág. 232.

su lesión, por el contrario en la racionalidad, no se puede determinar, por medio de esas bases abstractas y objetivas, sino hay que atender al caso concreto y sus circunstancias, las cuales se deberán verificar a efecto de analizar la situación en la que se encontraba el agredido (situación persona y circunstancial), ello conforme a su criterio de racionalidad (es decir, su nerviosismo o su alteración), en consecuencia, se transforma en una circunstancia abierta, que tendrá que ser complementada por el juzgador.

Este requisito de racionalidad en el medio empleo, constituye un freno para las prácticas excesivas, escudadas bajo el principio de legítima defensa.

E). La ausencia de provocación: Lo anterior se refiere a la característica del sujeto activo, es decir que el ataque sea inminente y sin derecho, pero que no deje opción alguna al agredido y en consecuencia que no haya existido provocación previa por parte de éste para que el agresor desplegara una conducta positiva traducida en agresión, pues de no ser así, caemos ante un supuesto diverso, como es la inversión del carácter del agredido en agresor y viceversa.

Debe entenderse como el comportamiento voluntario del sujeto que induce o motiva la agresión, por lo tanto no es necesario que sea un delito en grado de tentativa, tampoco es suficiente que el sujeto se sienta moralmente mortificado o humillado, por ello se afirma que la provocación debe ser suficiente, es decir, la adecuada que sea capaz de motivar en el sujeto una provocación que determine el desenvolvimiento de un actuar positivo.

De los anteriores requisitos, que han sido objeto de análisis en el presente estudio, el más importante es la agresión injusta, de la cual surge la necesidad de defensa y como ya se ha hecho de referencia la respuesta a la agresión no debe sobrepasar el límite de lo racional y proporcional, pues de acontecer lo anterior se caería en un exceso en la legítima defensa, lo cual implica un dolo y como consecuencia, anula el derecho a la defensa.

Este requisito de ausencia de provocación por parte del agredido, se convierte en el antecedente del primero, si hubo provocación no se puede alegar defensa alguna, al haber iniciado la provocación no se puede alegar defensa alguna, por parte del promotor de la agresión y en atención al caso concreto, se podría estar en presencia de un duelo o de una riña (artículo 308 del Código Penal vigente para el Distrito Federal). Cuando se enfrentan dos sujetos con ánimos de dirimir sus controversias de manera violenta, ninguno de los contendientes puede alegar frente al otro que obro bajo la legítima defensa. Otra cosa sería que uno de los contendientes de obra sobrepase la medida de la lucha y saque alguna arma o el otro abandone la lucha, en estos casos la legítima defensa es admisible.

LEGITIMA DEFENSA PRESUNTIVA: El Código Penal en vigencia para el Distrito Federal, establece esta figura y se presenta en el caso de que alguien haga daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agredido al de su familia, a sus pertenencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender el 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, en orden a lo anterior se pueden establecer las siguientes hipótesis:

a) Causar daño a quien por cualquier modo trate de penetrar, sin derecho al hogar al ahogar del agente, al de su familia o a sus dependencias.

b) 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.

c) Causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al sitio donde se encuentran bienes propios o ajenos a los que tenga la obligación de defender.

d) Causar daño a quien encuentre en su hogar, en el de su familia o en sus dependencias en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

La legítima defensa presuntiva establece dos momentos diversos, el primero cuando se encuentra una persona en el momento de penetrar o pretender penetrar a un lugar sin autorización de quien legítimamente puede disponer de él, y segundo cuando dicha persona se encuentra dentro del lugar en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

Debe agregarse que la presunción de la legítima defensa, es *juris tantum*, es decir que admite prueba en contrario, por lo tanto solo se logra demostrar cuando concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el agente dirija una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en contra del agredido;
- b) Que el agredido se encontraba en necesidad de defensa;
- c) Que el agredido utilizó de manera racional los medios empleados, y
- d) Que el agredido no incurrió en provocación dolosa, suficiente e inmediata.

La defensa por parte de un extraño debe cumplir por igual los requisitos previstos para la propia, y además que el defensor, no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo,

EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA: Existe el exceso en la legítima defensa cuando el agredido va más allá de los necesarios para repeler la agresión, pues a veces la defensa contra una agresión real, actual e inminente se excede en su derecho rechazando el ataque con medios excesivos o prolonga su actuación

defensiva después de haber concluido la agresión, en el mismo orden Fernando Castellanos explica que el exceso en la defensa se puede explicar como: "La innecesaria intensificación de la reacción defensiva; el injustamente agredido rebasa los límites de un comportamiento legitimado, colocándose en el ámbito de lo antijurídico. Se sanciona como delito culposo."³⁶

En efecto el ordinal 16 del Código Penal en vigor para el Distrito Federal, establece: "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 del delito culposo", ahora bien, el hecho de que nuestra legislación sancione el exceso en la legítima defensa como delito culposo, no implica que contenga tal naturaleza, o sea, el incumplimiento de un deber de cuidado, sino más bien es la intención del legislador de contar con una atenuante en la pena y establecer un mínimo y máximo de conformidad con el artículo 60 del ordenamiento legal multicitado.

2. ESTADO DE NECESIDAD: El estado de necesidad al igual que la legítima defensa descansa sobre el principio de supervivencia, ya sea para evitar un mal propio o ajeno, se lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, se puede traducir en la existencia de una situación de peligro que amenaza determinados bienes jurídicos a raíz de un peligro no causado por el agente y en atención a un comportamiento lesivo a bienes jurídicos pertenecientes a un tercero que pudo haber creado con esa situación de peligro, dicha figura se encuentra prevista en la fracción V del artículo 15 del Código Sustantivo a la materia en vigor para el Distrito Federal que a la letra dice: Fracción V. "Se abre 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 igual

³⁶ Castellanos, Tena Fernando. Op. Cit. Pág. 200.

valor que el salvaguardado, siempre que el peligro sea evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo."

La principal diferencia entre la defensa legítima y el estado de necesidad, radica en que la primera, el ordenamiento jurídico otorga el derecho a defenderse de un peligro real actual e inminente sin derecho, por el contrario en el estado de necesidad, se permite lesionar los intereses de otra persona que no ha realizado ninguna agresión ilegítima, siempre y cuando el bien jurídico protegido tenga mayor relevancia que el daño que se pretende ocasionar al otro individuo.

El estado de necesidad al igual que la legítima defensa son permisos jurídicos para justificar una conducta típica, pero la diferencia más marcada resulta en que la legítima defensa esta condicionada por la agresión de otro y en el estado de necesidad se presenta la colisión de bienes jurídicos.

No debe perderse de vista que el estado de necesidad alude a los instintos básicos, del hombre como el de autoconservación o supervivencia, de lo que se desprende que dicha necesidad natural, legal y filosófica debe ser justificada.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido un concepto de estado de necesidad el cual se define de la siguiente manera (de conformidad en la Jurisprudencia que a la letra se reproduce)

"ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE. *El estado de necesidad como exculpante presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados que impone el sacrificio de uno para que pueda subsistir el otro. Sexta Epoca. Amparo directo 4050/56. Ricardo López Hernández. 10 de septiembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 1866/57. José, María Bejarano Morales. 9 de junio de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 2758/59. Pedro Hernández Vicente. 30 de julio de 1959. Cinco votos. Amparo directo 3685/58. José, Gonzalo Chan Rosado y coags. 7 de*

septiembre de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 5613/60. Segundo Moreno Islas. 29 de noviembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Sexta Epoca. Instancia: Primera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo: Tomo II. Parte SCJN. Tesis: 149. Página: 85."

a) En la historia legal, hay diferentes teoría acerca del estado de necesidad entre las más importantes destacan:

b) La teoría de la vis compulsiva: esta teoría explica que la conducta realizada en el estado de necesidad no es jurídica, sin embargo, no se castiga por razones de igualdad, pues el sujeto actúa mediante una coacción psicológica. Lo anterior coloca al estado de necesidad en un estado de inculpabilidad, al no poder determinar su voluntad de manera libre, sino como consecuencia de la influencia de que es objeto por el peligro en el cual se encuentra,

c) La teoría de la colisión de derechos, ésta parte de la idea del valor que tienen para el derecho el bien jurídico salvado en comparación del afectado, en caso de colisión de bienes protegidos, debe preferirse el de mayor importancia para el ordenamiento jurídico.

d) La teoría de la diferenciación: ésta, entiende que el criterio del conflicto psicológico por la teoría de la igualdad y el principio del interés predominante, destacado por la teoría de la colisión, debe ser utilizado para explicar los dos grupos de estado de necesidad.

e) Teoría de la ausencia de la peligrosidad. En este caso se justifica la acción desplegada por el sujeto, pues su comportamiento deriva del estado de necesidad en que se encuentra y no de su peligrosidad social.

Teoría de la Unificación y Teoría de la Diferenciación.- Para explicar el estado de necesidad se han tratado diferentes teorías entre las cuales sobresalen, la teoría de la unificación, que plantea la problemática de unificar al estado de necesidad en la antijuridicidad o en la culpabilidad y por otro lado de la teoría de la diferenciación, que estima que existe un estado de necesidad exculpante y otro justificante (esta última teoría se encuentra adoptada en nuestra legislación artículo 15 fracción V del Código Penal para el Distrito Federal).

Por lo que hace a la primera de las mencionadas, niega la licitud del acto necesario y ven el estado de necesidad no como una causa de justificación, sino como una causa de exclusión de la pena o una causa de exclusión de la culpabilidad.

Mientras que la segunda por su parte entiende que el criterio del conflicto psicológico señalado por la teoría de la adecuación y el principio de interés predominante, respecto a la idea del valor que tienen para el derecho el bien jurídico salvado en comparación con el afectado, principios que deben ser utilizados para explicar los dos grupos de estados de necesidad.

Estado de necesidad justificante y exculpante.- El estado de necesidad se divide en dos grupos el primero se refiere a aquellos estados de necesidad los cuales el bien protegido son de mayor relevancia que el afectado; a este supuesto se le llama estado de necesidad justificante, mientras que el segundo grupo son aquellos casos en los cuales el interés lesionado es igual e incluso superior en algunas ocasiones, dentro de éste grupo la conducta desplegada puede ser exculpante en caso de que al sujeto se le pueda exigir no lesionar el interés afectado, generalmente este estado de necesidad se presenta cuando está en juego la vida.

Como ya se ha mencionado la fracción V del ordinal 15 del Código Penal en vigor para el distrito Federal, establece los requisitos que debe reunir el estado de necesidad, es por ello que se analizara en el siguiente orden:

a) Se abre por necesidad del salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, este elemento tiene similitud con la legítima defensa, pues se refiere a una conducta que tiene la finalidad de salvaguardar un determinado bien jurídico, puede ser propio o ajeno.

b) Se trate de un peligro real, actual o inminente: Se refiere a que debe existir la amenaza, de una situación que pueda causar daño a alguno de los bienes jurídicos de los cuales es titular una persona. De igual manera éste elemento es similar al que establece la legítima defensa, pero enfocado a un peligro generado por acto, hecho o situación que no depende de la voluntad del agente, a diferencia de la legítima defensa en el cual el peligro surge como consecuencia de un ataque ilegítimo contra un determinado bien jurídico tutelado, no real se establece en contraposición a lo irreal o fantasioso, lo actual refiere un peligro presente, no pasado ni futuro, lo inminente se traduce en que el peligro se presente en el momento en que la persona desenvuelve su conducta para salvaguardar otro bien jurídico.

c) Que el peligro en el que se encuentra el bien jurídico no haya sido ocasionado dolosamente por el agente: La ley precisa expresamente este hecho al excluir las formas intencionales y de grave imprudencia si esto ocurriera, no podría invocarse el estado de necesidad, éste elemento exige que el sujeto no haya sido el causante del peligro, sino que se haya creado una situación de hecho sin la intervención de la voluntad. En el caso de que el sujeto no haya deseado generar el peligro pero éste se produce con motivo de su negligencia, impericia, falta de cuidado, falta de reflexión o imprudencia, entonces el peligro se entiende creado por él y la justificante no resulta válida.

d) Que se lesione otro bien jurídico de menor o igual valor que él salvaguardado. El estado de necesidad justificante demanda la presencia de dos bienes jurídicos que se encuentren enfrentando un peligro y que el sujeto opte por salvar uno de menor o igual valor, a efecto de que comportamiento sea justificado, en

caso de preferirse salvaguardar un bien jurídico de mayor valía, entonces, la causal no resulta válida, lo anterior se puede explicar de la siguiente manera: en el sentido de una proporcionalidad descendente con respecto, del bien jurídico salvado y el sacrificado, lo que implica que el sujeto actúe con máxima discreción y prudencia, que da como consecuencia que la conducta desplegada sea la mínima necesaria para resguardar el bien jurídico, sin excederse, pues en caso ser así entonces puede serle imputada responsabilidad penal a título de culpa.

e) Que el peligro no sea evitable por otros medios. Se refiere a la imposibilidad de evitar el mal por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno, pues si existiera otro menos perjudicial de evitarlo el estado de necesidad desaparece.

f) Que el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo: Eso se refiere a la calidad de garante de un sujeto derivado de un contrato, acuerdo o disposición legal que los obligue a enfrentar peligros cotidianos, luego no resulta aplicable esta causa de justificación cuando rehusan afrontar un peligro cuando tienen el deber jurídico de hacerlo, pues tienen la obligación profesional de exponer su vida.

3. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER: Es indudable que en los casos en que se lesione un bien jurídicamente protegido o se ponga en peligro cuando se cumpla un deber, debe dar a la antijuridicidad, pues el agente adecua su comportamiento en el sentido de la norma, el problema surge cuando el agente realiza algo dictado en contra de la norma jurídica en apego al cumplimiento de un deber que debe y puede observar.

Para determinar que casos se encuentran bajo el resguardo del cumplimiento de un deber, es necesario remitirnos al ordenamiento jurídico que rige dicho acto, así para establecer esta figura en relación el desempeño de un Policía, de un médico, de un militar servidor público etc. es indispensable acudir y revisar la

legislación que regula dichas actividades (en consecuencia, la presente causa de justificación, de torna en una figura jurídica abierta, pues requiere para su configuración, ser complementada por otros ordenamientos distintos al penal) y con ello establecer si su conducta se adecua o no al derecho.

Al igual que la legítima defensa, en el cumplimiento de un deber debe existir la racionalidad del medio empleado, lo que implica que el policía, el médico, el servidor público, no deben excederse de los medios que tienen a su alcance, pues de lo contrario existiría un delito, por ello el contenido de las disposiciones jurídicas en las que se regulan las mencionadas actividades no deben, justificar abusos de autoridad, de poder u otras similares, sin embargo en nuestro país con frecuencia, se dan tan lamentables casos, ello debido, desde mi particular punto de vista, a la falta de cultura y vocación por parte de algunos representantes de la autoridad (en concreto, corporaciones policíacas y milicias) y que implican en primer lugar la lesión de un bien jurídico en perjuicio de otro y en segundo lugar la comisión de un delito por parte del agente de la autoridad, debido a lo anterior tanto la doctrina como la jurisprudencia han, coincidido en establecer límites, estos establecidos, bajo la proporcionalidad del medio empleado.

El Código Penal para vigente en el Distrito Federal, en la fracción VI, establece los límites antes señalados y asienta lo siguiente:

- a) La existencia de necesidad del medio empleado, y
- b) Que el cumplimiento del deber no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

En el caso de racionalidad del medio empleado, alude a dos situaciones, la primera derivada de la condición especial en la que se encuentra el sujeto activo y la segunda se desdobra de los medios que emplea para cumplir el deber, los cuales deben compararse cualitativa (cualidad en el sujeto activo) y cuantitativamente

(cantidad), a sin de establecer si existe proporcionalidad del deber jurídico que se trataba de cumplir y, en su caso, del bien jurídico que se daño o se puso en peligro.

Para el caso de que la lesión o puesta en peligro no se realice con el simple objetivo de perjudicar a otro, alude a los límites de actuar de los servidores públicos, es decir, que la actividad realizada derive de las facultades encomendadas, es decir tratar de evitar el abuso de dichas facultades encomendadas.

4. EJERCICIO DE UN DERECHO: Esta figura tiene como objeto: 1. Precisar que no son antijurídicas las conductas típicas que se realizan en ejercicio de un derecho conferido por cualquier precepto permisivo emergente de cualquier parte del orden jurídico; 2. A través de esa precisión conceptual recalcar, suficientemente la vinculación que mediante la antijuridicidad conecta al derecho penal con la totalidad del orden jurídico como tal.

Como ya se ha hecho de referencia dicha causa de justificación, deriva de una norma permisiva, en consecuencia se trata de un permiso para actuar.

El cumplimiento de un deber contiene una naturaleza cambiante, pues tiene una conexión con todas las ramas del derecho y trae como consecuencia que no se pueda agotar ni precisar sus límites que en general serán las que el derecho permita.

En el mismo sentido el ejercicio de un derecho deriva del reconocimiento del derecho para actuar de manera ilícita aparentemente, en tal caso esos actos aparentemente ilícitos son justos e lícitos, estos derechos como ya se ha manifestado deben estar reconocido en la ley.

El desempeño de ciertas profesiones autorizadas por el estado, constituyen, una causa de justificación, cuando al ejercitarse la actuación profesional

se incurren en actos aparentemente ilícitos, por ejemplo el médico que amputa una pierna con el propósito de que la gangrena no avance, siempre y cuando al realizar dichos actos no se tenga el ánimo de afectar dolosamente al bien jurídico protegido de que se trate, ni tampoco deben exceder de los límites impuestos por la profesión, pues de lo contrario estaríamos en presencia de un delito.

A. Ejercicio de un derecho en los deportes.- En la actividad deportiva resulta frecuente que los deportistas infieran a otro, lesiones e incluso al grado de privarlos de la vida, que en apariencia se verificaría una conducta típicamente adecuada, sin embargo tal comportamiento se encuentra justificado en base a las siguientes reglas.

En los deportes que implican una participación conjunta directa de dos o más individuos: En estos deportes no se encuentra contemplado en sus reglas el combate, no obstante su práctica puede resultar ruda o por lo menos existir una posibilidad de causar daños a los demás competidores en cuya hipótesis de resultar lesiones u homicidio, quienes las infirieran resultarían beneficiados por esta causa de justificación, con lo cual elimina la antijuridicidad del hecho típico resultante a menos que se acredite que existió dolo, y que dichas lesiones se hayan ocasionado fuera de las limitaciones que las propias reglas del deporte en concreto, establecen, sin embargo es difícil que la práctica opere en ese sentido, pues, en la vida cotidiana el observar los deportes en conjunto (fut bol o fut bol americano) resulta normal y frecuente observar lesiones ocasionadas por un deportista en contra de su compañero incluso fuera de las reglas que permite el deporte, sin embargo en virtud de que la sociedad las ha aceptado y no ha reprochado dicha conducta como un delito surge una adecuación social y como consecuencia de igual manera se excluye la antijuridicidad de dicha conducta típica.

Lo mismo acontece en los deportes de combate en donde los contendientes tiene en ánimo de lesionar con la intencionalidad y finalidad lesiva, sin embargo dicha conducta ilícita se justifica, por el hecho de que dicha actividad se encuentra

permitida por el estado y la propia sociedad en donde también acude la adecuación social.

CAPITULO IV

71A

CAPITULO IV EL BIEN JURIDICO TUTELADO

A) CONCEPTO: El bien jurídico, se puede definir como aquel interés, expectativa, derecho subjetivo, expectativa garantizada, interés garantizado.

En palabras de Maurach: "Por regla general, todo bien jurídico requiere y merece protección, valorada y determinante de la norma, existen, sin embargo, situaciones en las que el bien atacado renuncia libremente a la protección de la norma o es desplazado por la presión de intereses contrapuestos, dotados de mayor importancia en el supuesto concreto. El bien que retrocede por no ser merecedor de protección en el caso concreto arrastra tras de sí a la norma."³⁷

Eugenio Raúl Zaffaroni, expone el siguiente concepto de bien Jurídico Tutelado y menciona que: "El bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas."³⁸

Para Hans Welzel, el bien jurídico es: "todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones", pero además dota a éste concepto con un contenido social, pues refiere: "La suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden y por eso la significación de un bien jurídico, no ha de apreciarse aisladamente en relación, al mismo sino solo en conexión con todo el orden social."³⁹

³⁷ Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Edit, Ariel Barcelona, 1962, Pág. 361

³⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op, Cit, Tomo III, Pág. 240

³⁹ Welzel Hans, Derecho Penal Alemán Parte General, 4ª Edición en castellano, Edit, Jurídica de Chile, Chile 1994, Pág. 5.

En orden a lo anterior, Welzel coloca al bien jurídico más allá del derecho y del Estado.

Para Günter Jakobs: "los bienes jurídicos se definen como objetos en relación con las personas unidades funcionales valiosas, potenciales o partícipes, es decir, condiciones de posibilidad e participar en el interés social." ⁴⁰

Jackobs, ofrece el anterior concepto, desde un punto de vista funcional, esto es, todo bien jurídico penalmente protegido, es aquel que desempeña una función para la sociedad o para los ciudadanos, esto en lo individual, pues forma parte de la Sociedad.

B). LA NECESIDAD DEL ESTADO Y DEL DERECHO PENAL DE PROTEGER LOS BIENES JURIDICAMENTE TUTELADOS

La intervención penal del Estado sólo está justificada en la medida que resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política dentro de una concepción hegemónica democrática. Todo lo que vaya más allá de tal medida lo encausa por vía autoritaria, que termina inevitablemente en la suspensión de las bases democráticas del estado, por ello el derecho penal debe entenderse como la última ratio, esto es, solo debe recurrirse a él cuando han fallado todos los demás controles ya sea formales o informales.

Durante mucho tiempo se ha ido reforzando la idea de que la función del derecho penal, es exclusivamente, la protección de bienes jurídicos, es decir, de que el derecho del estado al penar, solo puede ejercitarse para proteger Bienes Jurídicos; en términos concretos, se quiere explicar con lo anterior que todo hecho punible, lo

⁴⁰ Günter Jacobs, Derecho Penal Parte General; Fundamentos y Teoría de la Imputación 2ª, Edición Corregida., Edit, Marcial Pons Ediciones Jurídicas. S. A, Madrid 1997, Pág. 45

es por su referencia a un bien jurídico lesionado o puesta en peligro, por la acción desplegada por un sujeto, y que la pena es, consecuentemente, un instrumento para la protección de bienes jurídicos, en este sentido se dice que el bien jurídico es el límite fundamental al ius puniendi del estado.

La teoría de los bienes jurídicos penalmente protegidos, se constituye, pues; como teoría sobre lesión de bienes jurídicos, son términos equiparables (todo hecho punible es lesión o puesta en peligro).

El hecho punible lo es inicialmente, pues. Por referencia a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y éste lo es, a su vez, por su referencia a un valor cultural generalmente reconocido. En conjunto este hecho punible constituye la materia de prohibición y por tanto la tipicidad penal.

El principio de la necesidad de la pena corre el peligro de ser demasiado abstracto y vago, por ello requiere una base bien cimentada para su substanciación, que señale los límites del sistema, de lo anterior se desprende, que no basta con el principio de necesidad de la pena, sino resulte indispensable señalar que es lo que se tiene que proteger, por ello se afirma que la intervención del estado solo es necesaria cuando se trate de proteger los bienes jurídicamente protegidos por la norma penal, luego entonces, este principio limita el poder punitivo del estado, pues no se pueden establecer o en su caso imponer penas que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídicamente tutelado, ni tampoco se pueden establecer delitos que no tengan como base un bien jurídico.

Para entender ¿qué son los bienes jurídicos?, debe hacerse una breve reseña, así en el siglo XIX, los autores sostenían que el derecho penal defendía derechos y el delito era la lesión a esos derechos, pues el derecho no debe ser disminuidos ni sustraídos, ello puede suceder solo respecto a lo que es objeto de un derecho, es decir, un bien jurídicamente nos pertenece, en términos de la concepción natural, la lesión parecer aquél en que nos referimos a una persona o a una cosa en

especial, aquellos que consideramos nos pertenecen o algo que se considera es un bien, en este orden de ideas, si consideramos, que el delito es una lesión de acuerdo a su naturaleza no está referido a un derecho sino a un bien.

El estado tiene que garantizar la protección a los bienes, que por igual son otorgados a los hombres por su naturaleza y son el resultado de su desarrollo social, luego entonces, solo el derecho y el estado pueden reconocerlos; no alterantes ni modificantes ni establecerlos en cuanto a los conceptos de la naturaleza y desarrollo social, su reconocimiento jurídico está condicionado, por lo que respecta al primero, de manera histórica y en cuanto al segundo tiene su base en el derecho positivo.

Coherente con lo anterior el estado reconoce a los bienes jurídicos, pues es su obligación y dicha protección adquiere eficacia jurídica cuando estos se establecen en la norma jurídica y que es inherente a ella, pues cada norma jurídica penal lleva en sí un propio bien jurídico, la norma como imperativo prohibitivo o mandato es lo que infiere es lo que se desobedece.

Debe establecerse la noción natural y la noción del desarrollo social, pues lo que respecta a la primera los bienes jurídicos giran alrededor del hombre y por lo tanto éste es el bien máximo y por lo que respecta al segundo, los bienes jurídicos giran alrededor del estado y éste es el bien jurídico supremo.

Ahora bien, el autor que le dio una nueva línea de investigación de la teoría del bien jurídico fu Frantz V. Litz, para éste autor el bien jurídico es el interés jurídicamente protegido; y por ello debe precisarse el concepto de "interés" y "bien":

INTERES: Es el valor de producción o no producción a una determinada transformación para el sujeto.

BIEN: A diferencia de aquel interés; es aquello para lo cual tal transformación es de valor, lo que es ese algo, en cuyo interés, eso da la producción

o no producción de una transformación en el mundo exterior, el actuar o no de los conciudadanos por ello afirma que todo derecho está para fortalecer al ser humano, todo derecho está para proteger intereses vitales del hombre, el ser del hombre es pues, el bien jurídico de las diferentes configuraciones de éste ser, resulta la división de los bienes Jurídicos, en resumen, para Liszt, es el ser humano el bien jurídico supremo, su protección es el más elevado objetivo del ordenamiento jurídico, pero el ser humano aparece ya como ser del individuo considerado aisladamente o como ser único en el conjunto de los ciudadanos.

Liszt, en cierto modo retoma la concepción naturalista, pero lo despoja de todo iusnaturalismo y racionalismo viéndolo desde el punto de vista político en cuanto se trata de una vida organizada y porque la organización ha de tener por finalidad la vida, el hombre; por eso en todo derecho penal, la norma, el delito, la pena y aún su ejecución, tiene como finalidad primordial la protección de bienes jurídicos.

Para Welzel, el orden social gira en torno del hombre y su dualidad, de lo que se desprende, que para éste autor, el bien jurídico tiende a cumplir una función fundamentadora y garantizadora.

De lo anteriormente vertido se advierte que existen dos corrientes, acerca de la teoría del bien jurídico, la primera coloca al bien jurídico, más allá del ordenamiento positivo, pues señala que los bienes jurídicos son establecidos por el contenido natural de las cosas o bien en la vida social o cultural y por lo que respecta a la otra tendencia, coloca al bien jurídico dentro del sistema legal positivo.

Ahora bien por lo que hace a la primera de las mencionadas, cuenta con inconveniente, el cual se traduce en el hecho, de que al colocar al bien jurídico por encima del ordenamiento jurídico, lo deja desprovisto de efectividad, pues no debe perderse de vista que la función del orden jurídico en relación con los bienes jurídicos es proteger y sancionar la lesión o puesta en peligro.

Y por lo que respecta a la segunda deja vacía de contenido y función al bien jurídico, con lo cual, éste pasa a ser un concepto inútil, a lo más integrado por conceptos interpretativos.

En el mismo orden de ideas para construir un concepto de bien jurídico debe, de cierta manera, hacer una mezcla de las dos corrientes ya señaladas con antelación, es decir, un concepto con una función garantizadora inmerso en el ordenamiento jurídico positivo.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, el concepto de bien jurídico se constituye en la relación que mantiene el titular de éste con la intervención del estado en proteger los bienes jurídicos tutelados y ofrece el siguiente concepto: "Bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto protegido por el estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que la afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas."⁴¹

En el mismo orden de ideas, el autor expone que el individuo mantiene una relación con los bienes jurídicos, traducidos en objeto como lo son, la vida, el patrimonio, la integridad corporal, etc. y que dichos objetos, cuentan con una disponibilidad a favor del sujeto, los cuales se ven afectados por una conducta ilícita.

Todos los bienes jurídicos con los que exista una relación con el individuo, pueden ser disponibles por él, en consecuencia no hay bienes jurídicos disponibles e indisponibles, con la condición de que sea el titular quien disponga de ellos y que sea el único titular.

A mi juicio este concepto es individualista y excluye el interés colectivo en la protección de bienes jurídicos protegidos, pues la tutela es de interés social.

⁴¹ Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Edit. Ediar. Buenos Aires Argentina. Pág. 249.

Durante mucho tiempo se ha ido reforzando la idea de que la función del derecho penal es, exclusivamente la de proteger a los bienes jurídicos penalmente protegidos, es decir, de que el derecho del estado a penar sólo puede ejercitarse para proteger bienes jurídicos.

En términos concretos, se quiere explicar con ello que todo hecho punible, lo es por su referencia a un bien jurídico lesionado, o puesto en peligro, por la acción desplegada por un sujeto, y que la pena es, consecuentemente, un instrumento para la protección de bienes jurídicos. En este sentido se dice que el bien jurídico es el límite fundamental del ius puniendi del Estado.

A simple vista parece inimaginable la complejidad, que se encierra en esa simple formulación. No es de extrañar esa dificultad, sin embargo si se toma en consideración que en torno al contenido y significado de la teoría del bien jurídico gira no sólo la sistemática de los hechos punibles y gran parte del contenido material del delito, sino también una teoría de la pena y de la legitimación del ius puniendi, del estado.

Las consecuencias perjudiciales del delito no se localizan directamente en el sistema social, ni se miden en relación, a él sino en el mundo de lo espiritual o de lo externo-organicista-mecanicista. El punto central del interés penal no son, pues, los efectos sociales del delito sino la relación desvalorativa que supone con el mundo cultural del entorno social.

En efecto, con razón se sigue diciendo actualmente, que el problema fundamental que afecta a la teoría del bien jurídico, es y sigue siendo, el de qué bienes jurídicos penalmente protegidos, entrar a formar parte del ámbito de protección penal, ello dependerá precisamente, de la capacidad o incapacidad del concepto de bien jurídico, para servir de límite al ius puniendi estatal. Pronto se instruyó que los peligros de Infinitud en la incriminación de conductas deberían ser

afrontados mediante una teoría del bien jurídico de naturaleza restrictiva. No es idónea a tal fin, sin embargo, la tradicional concepción espiritualizadora del bien jurídico, ya que nada le impide concebir los códigos penales como códigos morales.

No cabe duda que la fundamentación transcrita va más allá de la propia teoría del bien jurídico, ya que alude a la posible punición de hechos no lesivos de bienes jurídicos. Pero no es menos aceptable, que toda teoría del bien jurídico de remisión valorativo espiritual-cultural es capaz de explicar la punición de tales conductas, simplemente inmorales, como conductas lesivas de bienes jurídicos, precisamente por ser la moralidad de un valor cultural constatable y concretable en cada modelo de sociedad.

No se puede fundamentar la ausencia de la cualidad del bien jurídico de determinadas convicciones morales en base, a que los simples sentimientos o valoraciones generales no merecen el reconocimiento como bien jurídico.

En realidad la teoría del bien jurídico no es apta para introducirse a un concepto material de la antijuridicidad capaz de servir de límite material al derecho a penar del Estado. Por el contrario su virtud se concentra en el ámbito jurídico como teoría de los valores ideales expresa el contenido material del delito, como hecho anticultural y no es apta, para ejercer un límite al *ius puniendi* estatal. Su inutilidad al respecto tiene que ver mucho con el fundamento de su teoría de la legitimación del derecho penal por el reconocimiento general.

El proceso histórico de identificación del derecho penal de determinados valores culturales, es a la vez, el proceso de sistematización del derecho penal, en consecuencia, preguntarse por la gestación del sistema del derecho penal moderno es, a la vez, preguntarse por la función del bien jurídico para el mismo.

En este sentido el término de bien jurídico deja de ser un concepto abstracto para pasar a concretarse en objetos (valores), cuya protección debe ejercerse penalmente, el término no designa los objetos para cuya protección son

necesarias y están justificadas sanciones penales. Encontrando tales objetos se descubre con ello un primer criterio clasificatorio para las normas penales, la teoría de los bienes jurídicos se constituye pues, como teoría sobre la lesión de los bienes jurídicos; son términos equiparables. Lo anteriormente referido se ha criticado, con la pretensión de demostrar que la teoría del bien jurídico puede ser válida como teoría de la sociedad, pero la identificación entre el bien jurídico y su lesión imposibilita tal tesis ya que las consecuencias perjudiciales del delito se localizarán en el daño a estos bienes jurídicos dispersos, en vez de, por abstracción, mantenerse en el ámbito de la a-socialidad del derecho punible (disfuncionabilidad para el sistema social). La equiparación entre selección de bienes jurídicos y lesión de bienes jurídicos, según esta opinión, disgrega el significado identificatorio de valores sociales de la teoría el bien jurídico y permite así ignorar el efecto social del delito al referir tales efectos al disperso mundo de las lesiones de valores.

Esta polémica tiene una concreta trascendencia jurídico penal, pues se trata de dilucidar si la consecuencia de la tipicidad y antijuridicidad (injusto penal) como lesión de bienes jurídicos es capaz de ofrecer una idea material del delito de referencia social. De ello dependerá a su vez que el bien jurídico sea capaz de ejercer como límite material al ius puniendi estatal o no; desde el anterior punto de vista la crítica parece acertada, es decir, el intento de deducir de la lesión del disperso mundo de los bienes jurídicos una teoría de la asociabilidad, del delito parece condenado al fracaso, en efecto si se quiere acceder a un concepto social del hecho punible es imprescindible abandonar la vía liberal de la protección de valores culturales dispersos y de la pena como instrumento actuado frente a la lesión de los mismos.

Pero lo correcto de esta perspectiva (como crítica al concepto espiritual del bien jurídico y de su lesión) no invalida la tesis inicial propuesta de que la teoría de la protección de bienes jurídicos como protección de bienes jurídicos como protección de valores culturales se basa en la equiparación con la lesión de los mismos; de ahí se deduce, precisamente la función sistemática que históricamente

ha tenido el bien jurídico y de ahí también que sea una teoría liberal del delito como teoría de lo anticultural y no de lo social (la asociabilidad del delito no se deduce directamente, es decir, de la puesta en relación con el funcionamiento del sistema social, sino que se deduce a través del contenido anticultural de la lesión del bien jurídico, en referencia a la oposición frente a un valor cultural). La base de esta teoría del delito es, pues, que todo hecho punible de lesión o puesta en peligro de los valores espirituales, ideales, que están protegidos por la norma penal.

En cada época histórica, en cada ámbito cultural, la sistemática de los bienes jurídicos estaría reflejado o dibujando una criminilización selectiva de lo anticultural, entendido históricamente, es decir, como proceso no concluido; estas delimitaciones concretas de los valores necesitados de protección penal constituyen, pues, procesos de criminilización, el hecho penal es una realidad normativa condicionada por la cultura; el acto legislativo es el necesario momento de concreción en un inconcluso proceso de criminilización las causas; las causas de esa estigmatización hay que buscarlas fundamentalmente en la evaluación, que concede la sociedad a los objetos (bienes materiales o también valores no corporales físicos) que son lesionados o puestos en peligro, evaluación que no se rige por el criterio social sino por la conciencia cultural de la sociedad expresada normativamente, existe, pues una clara dependencia respecto a la evolución cultural que encuentra acomodo en la política criminal de cada momento y que debe encontrar reflejo también en la idéntica definición del delito con que deberá operar la criminología.

El hecho punible lo es, inicialmente, pues, por referencia a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y éste lo es, a su vez por su referencia a un valor cultural generalmente reconocido, en conjunto este hecho punible constituye la materia de la prohibición y por ende la tipicidad penal.

En efecto las anteriores consideraciones tienen importancia también para la comprensión del injusto penal y no solo de la tipicidad penal; apoyándose en esta teoría la protección de bienes jurídicos, se ha mantenido recogiendo una antigua

tradición jurídica, por lo demás ya superada por su causalismo naturalista, aunque arranca de allí, que en los delitos de resultado el injusto es desvalor del resultado; lo que se deduce precisamente de la consideración de que los resultados son materia de prohibición; que se prohíben.

Para Günter Jakobs: "la contribución que el derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas, la garantía consiste en que las expectativas imprescindibles, para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente no se dan por perdidas en caso de que resulten defraudadas, por eso aún contradiciendo el lenguaje usual, se debe definir como el bien a proteger, la firmeza de las expectativas, normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tienen el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en la práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico penal."⁴²

El derecho penal no cumple la función de garantizar la existencia de los bienes penalmente protegidos, sino solo frente a los ataques

C) CONCEPTO SOCIAL DE BIEN JURIDICO

La interpretación social de bien jurídico, pretenden acceder a un concepto material de la lesión al bien jurídico penalmente protegido (de lo prohibido en el injusto penal), que tenga contenido social. Dentro de ésta pretensión, es preciso diferenciar nitidamente aquellas teorías que siguen ancladas en la teoría espiritualista liberal, del bien jurídico, aunque combinan con una última referencia material del daño o perjuicio social de aquellas otras que prescinden ab initio de

⁴² Günter Jakobs, *Ibidem*, Pág. 45.

cualquier mediación valorativo cultural y refieren directamente la lesión del bien jurídico al perjuicio social.

D). TEORIA LIBERAL DEL PERJUICIO SOCIAL

La primera de estas tesis acepta que en la lesión del bien jurídico existe un perjuicio para la sociedad que justifica la comprensión del delito como conducta socialmente dañosa, esto no es más que el punto final de la teoría del bien jurídico, es decir, la lesión de un bien jurídico es, básicamente, lesión de un bien individual, de un valor espiritual, pero como quiera que la sociedad no puede funcionar sin preservar dichos valores o bienes individuales, estos adquieren también un contenido social, o expresando concisamente bienes jurídicos individuales, son aquellos presupuestos que las personas necesitan para su auto-realización en la vida social, entre otros se encuentra la vida y la integridad física, por ejemplo, así como la vida, la libertad sexual, el honor etc. junto a ellos se colocan los bienes directamente comunitarios como la seguridad social, la impartición de justicia, la salud pública etc. Pero ambas categorías de bienes jurídicos delimitan al ser lesionado, un ámbito de perjuicio social, ya que constituyen condiciones fundamentales del funcionamiento de la sociedad. En cada situación histórica y social de un grupo humano los presupuestos imprescindibles para una existencia en común se concretan en una serie de condiciones valiosas, de las que por ejemplo, la vida la integridad corporal, la propiedad, todo el mundo las tiene presentes; en una palabra, los llamados bienes jurídicos; y el derecho penal tiene que asegurar esos bienes jurídicos penando su lesión en determinadas condiciones. En el estado moderno, junto a esa protección de bienes jurídicos previamente dados, aparece la necesidad de asegurar, si es necesario con los medios del Derecho Penal, el cumplimiento de las prestaciones públicas de las que depende el individuo en el marco de la asistencia social por parte del estado; se trata pues, de proteger un doble objetivo; los bienes jurídicos individuales constitutivos de la sociedad y las prestaciones públicas necesarias.

La lesión del bien jurídico sigue siendo oposición a un valor y solo en última instancia, ahora bien, el contenido del injusto penal se explica normalmente como perjuicio social, la materia de la prohibición se complementa como juicio valorativo ecléctico, es decir, ético, espiritual o cultural, en cuanto afecta a bienes jurídico útiles para el libre desarrollo del individuo y social, en un doble sentido, en cuanto a los bienes jurídicos son constitutivos de la sociedad y en cuanto a la materia de prohibición puede también referirse a una prestación pública directamente.

Ahora bien la bipartición entre bienes jurídicos protegidos que lo son por su utilidad directa para el libre desarrollo del individuo y aquellos otros que lo son por su utilidad directa para el funcionamiento del sistema social y a través de ese funcionamiento, es decir indirectamente, para el desarrollo del individuo.

E) LA EVOLUCION FUNCIONALISTA.

El desarrollo de esta pretensión doctrinal se ha canalizado de manera especial a través de las teorías funcionalistas, de los sistemas sociales, con muy distintos resultados y vinculaciones, en cuanto a la concreta teoría del bien jurídico, pero con un punto en común, el *ius puniendi*, podrá ejercitarse contra determinados hechos disfuncionales para el funcionamiento de los sistemas sociales. El perjuicio social es pues, disfuncionalidad en el sistema social.

En el mismo orden de ideas, la cuestión central, a partir de esa constatación, será buscar el acomodo del concepto de bien jurídico en teoría sobre la disfuncionalidad social, la pretensión que se ha estado analizando se centra en la definición e investigación del bien jurídico como concepto de contenido social. No pretende, pues, renunciar a la definición de la función del Derecho penal como protección de bienes jurídicos, sino complementar tal función como protección del funcionamiento de los sistemas sociales; protección frente a perjuicios sociales y no frente a desvalores morales, espirituales, culturales, etc. En este contexto, los

concretos bienes jurídicos han de ser concreción de los elementos de funcionalidad aludidos; así podrá decirse que la protección de esa funcionalidad se opera a través de la protección de los bienes jurídicos.

El punto esencial para estudiar la criminalización, depende de la evaluación que concede la sociedad a los objetos que son lesionados o que se han colocado en peligro por una conducta delictiva, evaluación que su vez depende de: 1.- frecuencia de las conductas peligrosas; 2.- intensidad de la necesidad que se tiene del objeto o bien y 3.- grado de la amenaza, par los mismos. Por los demás como ya se señaló anteriormente, estos criterios de evaluación no son objetivos o, lo que es lo mismo, su realidad o efectividad en el proceso de criminalización es objetiva, natural asistólica, sino que se conforma como reflejo de la conciencia cultural de la sociedad expresada en las normas penales.

Dicha teoría es realista del bien jurídico por lo que depende exclusivamente de las racionales directrices político criminales. La cuestión de la definición, jerarquía y protección de bienes jurídicos es, pues, una cuestión de política criminal racional, por ello, para esta teoría no existe un criterio más concreto para delimitar materialmente el bien jurídico, es decir, para limitar materialmente el ius puniendi, para responder en fin, a la eterna cuestión que se formula, en relación, al bien jurídico del cual es criterio de selección de los bienes jurídicos a proteger penalmente.

La base de esa política criminal racional sería. Precisamente, la teoría del bien jurídico que tenga presente el anterior doble punto de partida.

En el mismo orden de ideas, la protección de los bienes jurídicos depende del rango de cada uno de ellos, por lo que será cuestión previa la identificación de criterio de graduación jerárquica. Como se puede apreciar, aquí reside el núcleo de divergencia entre todas las teorías del bien jurídico ya que es precisamente, la búsqueda del criterio de referencia de esa graduación la que ha llevado a la identificación del bien jurídico con objetos físicos, valores espirituales, culturales o

perjuicio sociales, con la pretensión ulterior de graduar valorativa o socialmente, sus lesiones, es decir, de jerarquizar los distintos bienes jurídicos y la consecuente conminación penal (gravedad del hecho y gravedad de la pena).

Como ya se ha asentado este criterio lo deciden las orientaciones político criminales, la política criminal funcionalmente racional en los términos descritos. Para esta tendencia no existe la posibilidad de un criterio más concreto, y por lo demás, éste evita referencias valorativas. Ahora bien la remisión a la política criminal no significa, que la cuestión del bien jurídico y su graduación se deje a la libre decisión del legislador, sino que este se encuentre vinculado al contexto histórico cultural, el legislador interpretaría pues, el acuerdo social sobre el valor del bien jurídico, el acto de legislación significa el necesario acto de concreción de dicho acuerdo.

La teoría del funcionalismo define a los bienes jurídicos como posibilidades de participación en los sistemas sociales, estas posibilidades u oportunidades, para la participación se concentra en objetos concretos, que constituyen la relación o mediación natural de la estructura social con el sujeto y su conducta, o dicho, esquemáticamente, las posibilidades de interacción o participación se concretan en bienes jurídicos; el funcionamiento del sistema se protege a través del ejercicio del ius puniendi contra las lesiones de estos objetos. De lo anterior se supone, por un lado, un concepto social de bien jurídico, es decir, una definición de su lesión como perjuicio social y por otro un límite al ius puniendi, ya que los objetos que sirven de concreción al perjuicio social impiden que el individuo se pierda en medio de la abstracción del perjuicio o la utilidad social, y se limita así la posibilidad de intervención del ius puniendi estatal.

Como se puede apreciar se trata de una síntesis laboral social, de un concepto ecléctico de bien jurídico, que sigue afecto al sistema de garantías individuales, pero remite el bien jurídico y su lesión a criterios sociales, en vez de culturales espirituales. La pretensión es: Si el derecho penal ha de proteger los

sistemas sociales, es solo en cuanto que ello, supone la defensa del individuo, en resumen el bien jurídico tiene siempre un contenido social, la protección de bienes jurídicos es, en todo caso; protección del sistema social.

Sin embargo dicha pretensión, podría ir más lejos. En efecto, se dijo antes que esta complementación del concepto de bien jurídico no podía estar desvinculada de la teoría de la pena, más aún, que se deducía directamente de la teoría de la pena como prevención general, esto es, dirigida a la motivación del colectivo social. Se trataba, pues, como se dijo, de definir materialmente el perjuicio social como necesidad preventivo general de la penal.

No cabe duda alguna de que esta necesidad de la pena puede determinarse con independencia de la concreta lesión al bien jurídico, es decir, que el perjuicio social puede establecerse directamente sin la mediación del bien jurídico lesionado, aunque teniendo como punto de partida la referencia al hecho cometido, según criterios de prevención general. Esta perspectiva supone consecuentemente la renuncia, también al principio de la culpabilidad.

Hasta aquí, la teoría del bien jurídico ha producido un discurso sobre el hecho punible, más concretamente sobre lo injusto penal, que puede resumirse de la siguiente forma: a) el concepto espiritual y valorativo del bien jurídico y del injusto ha quedado superado, dada su inaptitud para servir de límite a la criminalización de conductas no perjudiciales socialmente y dada también su incapacidad para asumir el sistema de causas de justificación y explicar su significado negador del injusto penal, así como su incapacidad para asumir y explicar los aspectos sociales que también fundamentan el desvalor de la acción.

La teoría del injusto penal como hecho anticultural centrado en el resultado ofrece, actualmente, sin embargo, un concepto material del proceso de criminalización de la materia de prohibición contenida en el tipo y de la antijuridicidad, que supera los antiguos términos causalistas. Sin embargo, al remitir la cuestión de

los límites al ius puniendi a un asunto político criminal, o sea, al separar la política criminal de la teoría del bien jurídico, y al seguir manejando una teoría espiritualista moral de los valores, confiesa ya la inutilidad del concepto del bien jurídico, como límite y como garantía pero sobre todo como eje de un proceso de criminalización, que debe ser comprendido como expresión utilitaria e la necesidad social de la pena. Por eso esta teoría priva en gran parte de contenido al principio de irrelevancia del hecho típico.

Como concepto social del bien jurídico y del injusto, la teoría del bien jurídico es útil, por el contrario, en cuanto a que permite solo la criminalización de las conductas perjudiciales socialmente y posibilita, así además, una explicación coherente el sistema de causas de injustificación como solución social de conflictos. El concepto del bien jurídico es válido en principio, para ejercer una función de límite al ius puniendi y se ordena sin dificultades en un proceso de criminalización entendido como una expresión utilitaria de la necesidad social de la pena.

Sin embargo, éste concepto social de bien jurídico, y del injusto, que de él se deduce, debe ser sometido a las siguientes correcciones, para seguir siendo útil:

a) El bien jurídico debe ser, en todo caso y directamente, un concepto de contenido social, es decir, expresión directa de funcionalidad:

b) El perjuicio social, que es el criterio por el que se dirige el proceso, de criminalización, se identifica con la necesidad preventivo general de penar;

c) En consecuencia, el injusto penal deducido de ese proceso de criminalización se refiere a peligros para los bienes jurídicos y no a su afectiva lesión (lo que quiere decir que el desvalor del resultado sea intrascendente al respecto) y a hechos objetivamente innecesarios ex ante (lo que no es idéntico a la ausencia de causas de justificación).

CAPITULO V

88A

**CAPITULO V. ANALISIS DOGMATICO DE LA FRACCION III DEL
ARTICULO 15 DEL CODIGO PENAL EN VIGOR PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

A) TEORIA DEL CONSENTIMIENTO.

1. **HISTORIA:** En el derecho penal la teoría del consentimiento, encuentra su cimiento en el libro 47 del digesto (D.47.10.1.S) de Ulpiano y en específico en la frase "nulla iniuria est, quae in voletem fiat", lo que significa: lo que se realiza con voluntad del lesionado no constituye injusto, posteriormente dicha frase se transformó dando lugar a la máxima jurídica "volenti non fit inouria", es decir, frente a aquel que lo quiere no tiene lugar a ningún injusto.

Para los ius naturalistas y después para los hegelianos, dicha teoría contaba con limitaciones, pues el consentimiento, era eficaz solo en la renuncia de los derechos subjetivos, en cuanto a estos estaban sujetos a la facultad de disposición del titular y de ahí que la intervención no atentaba contra la voluntad objetiva común.

Por el contrario, la escuela Histórica del derecho; rechazaba la influencia del consentimiento sobre la punibilidad, porque el derecho penal como la forma de manifestación histórica del orden estatal no puede estar sujeto, a la disposición del individuo.

Nuestros bienes jurídicos penalmente protegidos, están sujetos a disposición de su titular, en esa medida, el consentimiento del titular excluye la realización del delito (ya sea como causa de atipicidad o como causa justificante), entonces solo es incumbencia de quien consiente (solo en algunos casos como se verá más adelante).

El consentimiento es equiparable al término civilista de "acuerdo", sin que sea aplicable la terminología en materia penal únicamente las reglas generales, del acuerdo, pero se han modificado en determinados delitos.

La fórmula que se emplea en el consentimiento, en el sentido, de que basta la concurrencia fáctica de voluntad, es correcta en la medida de que el acuerdo no contravenga el ordenamiento jurídico y a las buenas costumbres pero en lo demás, dicha fórmula no es del todo correcta.

También la fórmula funciona, en que, para obtener la voluntad no debe mediar la violencia (física o moral), pues el acuerdo procedente de las amenazas no impide la consumación del delito de extorsión, el acuerdo que excluye al tipo, en estos delitos debe estar libre de coerción.

El consentimiento no debe estar viciado tampoco por error o engaño, pues ya sea el error o las maquinaciones realizadas para obtener realizadas para obtener un lucro o hacerse de una cosa, no excluye al delito de fraude, pues el consentimiento debe encontrarse libre de error o engaño, para la entrega de la cosa.

Existen dos motivos para el efecto excluyente del tipo, por acuerdo del titular del bien jurídico, por una parte se trata de la renuncia de un bien jurídico penalmente protegido basado en la voluntad, digna de respeto, acuerdo, que surte sus efectos en virtud del contenido de la libre discricionalidad y por el otro lado se trata de que se quiera una situación en la que pertenece necesariamente al abandono del bien

La suposición errónea excluye al dolo, si el error fue evitable, se responde por imprudencia.

El consentimiento en la lesión del bien de lo que su titular tiene derecho a disponer, excluye el tipo, los bienes de los que se puede disponer libremente, en los

que el consentimiento ya excluye la realización del tipo, son, sobre todo; la propiedad el patrimonio, los bienes personalísimos, como la libertad ambulatoria, el honor, el secreto de correspondencia e incluso la integridad física, esta última solo en la medida en que la misma funcione como medio para desarrollar libremente otras actividades (por adecuación social, o aceptación del riesgo entre los contrincantes), como puede ser en los deportes o lesiones por prácticas sexuales.

Solo el titular del bien jurídico, con derecho a disponer, puede consentir válidamente en la injerencia. Su consentimiento no puede transgredir al derecho Público, solo puede consentir acerca de bienes personalísimos, sin embargo no se debe soslayar que al manifestar el consentimiento para la disposición de un bien jurídico disponible, ello no obsta para que se transgredan otros ordenamientos legales e incluso delitos especiales (aquellos contenidos en cuerpos de leyes distintos al Código penal), así por ejemplo el dueño del un animal consiente para que éste sea torturado, en dicho sentido queda excluido el delito de daño en propiedad ajena, sin embargo se viola lo preceptuado por la ley de protección a los animales.

Si varias personas tienen derecho a disponer de un bien jurídico conjuntamente, solo el consentimiento conjunto de todas ellas es válido.

En el consentimiento excluyente del delito, siempre y cuando el bien jurídico debe estar a entera disposición del titular del mismo.

Existen dos tipos de consentimiento (que explican las consecuencias deseadas), el consentimiento final y el consentimiento no final, el primero se refiere a que las consecuencias del comportamiento son queridas mientras que en el segundo las consecuencias no son deseadas, sin embargo pretenden determinada clase de contrato social, y acepta sus inconvenientes, la solución a ello no puede darse en el sentido de que cualquier consecuencia, prevista del contrato social

quede cubierta por el consentimiento, pues entonces cualquier participante podrá abusar del contrato social.

Así, el consentimiento, en materia penal, se puede definir, como la posibilidad de sacrificar, un bien jurídico penalmente protegido, sin que exista la posibilidad, de fincar un reproche en contra del autor.

B) CONSENTIMIENTO EXCLUYENTE DE TIPICIDAD.

Esta se da, en aquellos delitos en que en la acción típica presupone ya conceptualmente, un actuar contra o sin la voluntad del lesionado, es decir, en aquellos delitos que guardan inmersos, dentro de sus descripciones legislativas al elemento, "consentimiento", aquí pertenecen principalmente los delitos de coacción, esto es, si alguien esta de acuerdo con la pretensión de otro no existe una coacción justificada, sino ninguna coacción, así por ejemplo el ordinal 260 del Código Penal para el Distrito Federal, estipula "...Al que sin consentimiento, de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutar dicho acto...", cuando una persona consiente en que se realicen tocamientos en su cuerpo; sin la intención de llegar a la cópula, no da lugar al delito de abuso sexual. Artículo 265 del Código subjetivo penal que establece: "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de 8 a 14 años...", de dicha descripción legal, se puede apreciar que no contiene el elemento "consentimiento", dentro de su estructura, no implica que no sé de una causa de atipicidad, pues el hecho de que la cópula se obtenga en virtud del acuerdo emitido por la víctima, excluye a la violencia física o moral. Artículo 285: "Se impondrá de un mes a dos años de prisión, y multa de diez a cien pesos, al que, sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, se introduzca furtivamente o con engaño o con violencia o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un

departamento, vivienda, aposento o departamento de casa habitada"; dicha figura delictiva no es típica desde el momento, desde que la intromisión aun departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada, se hace con el beneplácito del dueño de la casa o quien tenga facultades para ello. Artículo 367 "Comete el delito de robo el que se apodera de cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley", conducta que de existir la autorización del titular para que otra persona disponga de sus bienes muebles, dicha conducta no sería adecuadamente típica, se hace la mención a los anteriores delitos en virtud, de que los mismos, requieren una acción en contra de la voluntad del afectado, es decir, el activo atenta contra la voluntad del pasivo. Cabe hacer un breve paréntesis, en el presente apartado para hacer notar lo señalado por el ordinal 262 del Código Penal que establece: "Al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo el consentimiento por medio de engaños, se le aplicará de tres a cuatro años de prisión", de la anterior descripción, se puede inferir a simple juicio, que el sujeto activo que obtenga la cópula con un mayor de 12 años y menor de 18, obteniendo su consentimiento sin que medie el engaño, queda exento de la comisión del delito, sin embargo no resulta así, en primer lugar porque el bien jurídico que protege la norma en mención no es la libertad sexual, sino el normal desarrollo psicosexual de los menores, bien que no se encuentra a disposición legal de sus titulares (lo que se explicará más adelante) y en segundo lugar dicho consentimiento adolece de la falta de capacidad jurídica por parte del externante.

C). CONSENTIMIENTO JUSTIFICANTE

Este, es otro aspecto del consentimiento, pues cuando se verifica dentro de este ámbito, tiene el efecto de justificación, esto es, no excluye la realización del tipo, así en los delitos de daño y lesión todos los elementos que los conforman se acreditan, pues si el propietario permite que su bien jurídico penalmente protegido, se dañe o se lesione, el consentimiento de éste no remedia que el bien resulte

afectado, en este caso el consentimiento, solo excluye la antijuridicidad, nuestro máximo Tribunal a establecido los siguientes criterios al respecto del presente tema:

“CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO. Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurídico lesionado en virtud del proceso delictivo, siendo anterior o coetáneo a la acción, destruye la antijuridicidad o el tipo; es decir, si el pasivo de una conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice, esta, no resulta afectado el bien jurídico que se tutela, siempre que el consentimiento recaiga sobre bienes jurídicos disponibles. El consentimiento destruye el tipo, esto es, impide que, este se integre, cuando en la descripción legal se consagra como elemento constitutivo del delito la ausencia del consentimiento por parte del titular. Ejemplo de esto último es el robo, y de lo primero el daño en propiedad ajena, en el cual se tutela el patrimonio de las personas, que es un bien jurídico disponible. En el caso, estando demostrado el consentimiento para que la destrucción de unos cuartos se llevara al cabo, no puede sostenerse que la conducta realizada por los quejosos sea antijurídica; no hay delito sin antijuridicidad y no puede imponerse pena cuando la conducta realizada no es antijurídica. Amparo penal directo 4699/52. Scolari Llaguno Humberto y coagraviado. 22 de noviembre de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Rafael Matos Escobedo. La publicación no menciona el nombre del ponente.”

El consentimiento no tiene eficacia general, esta depende del poder de decisión que el orden jurídico otorgue sobre el mantenimiento del bien jurídico al particular que es el titular del mismo.

En principio este poder de decisión sólo se le reconoce al particular con respecto a la posesión, la propiedad y el patrimonio en general, la libertad personal y la integridad corporal (en los casos que se estudiarán más adelante).

D) LA REPRESENTACION EN EL CONSENTIMIENTO

Si él titular del bien jurídico penalmente protegido, carece de capacidad de entendimiento, o se trata de una persona jurídica, puede otorgar el consentimiento para disponer del bien jurídico en su lugar, el tutor legítimo o el Representante legal que autorización para ello. Según en el derecho vigente, en el caso de los menores de edad, son generalmente los padres los legitimados o en su defecto el tutor y en el caso de las personas jurídicas el apoderado legal, con su respectivo poder general para pleitos y cobranzas con clausura especial para tal efecto. Para el caso de los incapaces (ya sea mayores o menores de edad), se puede nombrar a través de un juez a un curador, en estos casos el consentimiento, externado por el representante legal o el legitimado legalmente para otorgarlo es eficaz solo para el caso de los bienes patrimoniales, con sus respectivas limitaciones, pues cuando éste sea emitido se deberá analizar el otorgamiento del consentimiento, con el propósito de evitar abuso por parte de los representantes legales, ya sea en la concesión o en la negativa, pues ello, no debe ir más allá, de lo necesitado por el representado ni debe negarse en caso de necesidad.

La exclusión del consentimiento del legitimado legalmente para otorgarlo solo puede quedar excluido, cuando se trata de decisiones irrepresentables, como por ejemplo en los delitos que afectan la integridad corporal, así como los que dañen la libertad sexual, pues a falta de comprensión exigible en tal caso, el consentimiento en los delitos de dicha índole no puede operara, pues el hecho de dejar en manos de un curador la integridad física o libertad sexual de un incapaz (refiriéndonos a sujetos con discapacidad mental) es socialmente inadecuado.

En el mismo orden de ideas, no solo los menores o incapaces pueden contar con representante legal para otorgar consentimiento a su nombre y representación, pues una persona que se encuentre fuera del país, puede designar

a alguna persona, para que en su caso, otorgue su consentimiento en lo que se refiere a su patrimonio.

En conclusión a todo lo anteriormente señalado, es completamente válido, manifestar o transmitir un consentimiento a través de un emisario.

Para efectos del presente capítulo el consentimiento, del ofendido, es la renuncia del titular del bien jurídico a la protección del derecho penal

E). DIFERENCIA ENTRE ACUERDO Y CONSENTIMIENTO

Resulta necesario, para el presente capítulo hacer una distinción entre los conceptos de acuerdo y consentimiento, pues debido a que ambos conceptos, a menudo suelen ser confundidos.

El acuerdo se traduce solo en la voluntad interna de quien la otorga aún cuando esa voluntad no se haya manifestado al exterior, por el contrario, en el consentimiento es requisito sine qua non, que la voluntad de quien consiente sea manifestada al exterior a través de acciones o palabras.

El acuerdo presupondría para su eficacia, solo la voluntad natural de la víctima, incluso cuando a ésta le faltare de comprensión por su edad o perturbación.

En el consentimiento es presupuesto para su eficacia que el afectado goce de capacidad (de goce y ejercicio, pero no en todos los casos como se estudiara con posterioridad) y equilibrio mental necesario para comprender el alcance de su manifestación y estar en posibilidad de entender los pros y contras. Los vicios de voluntad (error, engaño y fuerza), serían irrelevantes para el acuerdo, pero haría ineficaz el consentimiento.

En el caso de que el activo, desconozca la aprobación del portador del bien jurídico, solo da lugar a la tentativa, por el contrario, en el delito de lesiones si el autor nada sabe del consentimiento, de la víctima se puede llegar a la aceptación de un delito consumado, pues desde este punto de vista se da el resultado típico y también el dolo.

En la suposición errónea de una aprobación inexistente, si la misma afecta a un acuerdo, excluye sin mas al dolo.

F). QUE EL BIEN JURÍDICO SEA DISPONIBLE.

1. Disponibilidad del bien Jurídico:

Todas las causas de justificación como ya se ha hecho de manifiesto, sientan sus bases, por el principio de preponderación de intereses y de necesidad, es decir, en una situación de conflicto de intereses es inevitable, el sacrificio del menor valorado por el ordenamiento jurídico, cuando dicho sacrificio es necesario para salvaguardar un interés mayor, sin embargo en el consentimiento, no está en juego un conflicto de intereses entre el activo y el que consiente.

Sin embargo, en el consentimiento se puede dar una preponderación, pero no, a nivel particular (entre individuos) sino a nivel de interés colectivo. En consecuencia queda excluido de antemano un consentimiento de bienes jurídicos, cuya lesión se dirige contra la comunidad e incluso cuando se trata de una persona individual la que resulta afectada por el hecho, ella no puede consentir en la lesión ya que el bien jurídico penalmente protegido no está a su disposición, pues por ejemplo en la falsificación de documentos privados a pesar de existir el consentimiento, el mismo no es eficaz debido a que el bien protegido resulta ser la veracidad y autenticidad documento y no el interés individual, así también la bigamia, por el hecho de que uno de los cónyuges otorgue su consentimiento para que su consorte contraiga nupcias sin disolver la anterior, es intrascendental, pues el bien

jurídico que la norma penal protege el estado civil de las personas, traducido, en ordenamiento matrimonial Estatal, esto no implica que los órganos de protección estatal tengan la facultad de acciones que resulten peligrosas para el estado, ello tiene su base en el principio de: "el particular no puede consentir válidamente en la lesión de bienes jurídicos de la colectividad".

En el consentimiento en el particular de homicidio (vida bien jurídico individual), es totalmente inoperante, que la voluntad del pasivo en que se le prive de la vida, no suprime la posibilidad del hecho sino que la atenúa artículo 312, mismo que establece: "Al que preste auxilio o introdujera a otro para que se suicide, será castigado con una pena de uno a cinco años de prisión, si se lo prestare al punto de ejecutar el mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años", del artículo anterior, pese a que existe la acción consistente en que el activo priva de la vida al pasivo, con el consentimiento de éste, la pena no corresponde a la del homicidio el cual prevé una penalidad hipotética a imponerse de 8 a 20 años de prisión, por lo tanto como se dijo líneas arriba la pena correspondiente al suicidio con auxilio de otro (privación de la vida con el consentimiento del su titular), la pena disminuye, nuestro máximo órgano de justicia se ha impuesto al respecto con la siguientes tesis que a la letra se reproduce:

"SUICIDIO. HOMICIDIO SOLICITADO. El suicidio, "acto por el que una persona se priva voluntariamente de la vida", no es delito, ni cuando se consuma ni cuando se frustra, pero la participación de otros en el suicidio ajeno, sí lo es. Así pues, analizando la parte final del artículo 312 del Código Penal, en el sentido de que la participación material tan completa que realiza una persona hasta el punto de causar la muerte de otro, determina la represión penal, en virtud de que nuestra legislación no prevé, como causa que excluye la incriminación, tal participación en el delito, independientemente del consentimiento de la víctima, pues sin desconocer que, con arreglo a la doctrina la que por cierto sustentan otras legislaciones, el consentimiento del ofendido constituye el ejemplo clásico de la exclusión de lo injusto con arreglo

al principio de la ausencia del interés, en virtud de que supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disponer sobre el bien jurídico protegido, lo cierto es que, conforme a nuestra legislación, quien presta auxilio o cooperación a la víctima que desea privarse de la vida, hasta el punto de que el agente participe realice materialmente la acción eficiente para la privación de la vida, tal conducta es objeto de represión penal, en virtud de que comete el delito de homicidio, quien priva de la vida a una persona. Amparo directo 1926/57. Honorio Ruiz Alba. 22 de agosto de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen XIV, Segunda Parte. Tesis: Página: 219. Tesis Aislada."

Lo importante del presente punto estriba que pese a que existe la voluntad del titular del bien jurídico penalmente protegido, para que otro persona disponga de su vida, dicha conducta por ese simple hecho no se encuentra justificada, sin embargo es punible pero no a la magnitud de un homicidio sin la concurrencia del consentimiento por parte del dueño del bien. No obstante, que la vida es un bien jurídico personalísimo, no debe soslayarse que resulta ser como ya se mencionó el bien jurídico supremo, pues de él derivan perspectivas de gozar de los demás bienes jurídicos, pues el hecho de que un individuo disponga de manera de su vida (suicidio), resulta ser socialmente reprochable, pues un consentimiento influido, por alteraciones psíquicas, puede causar daños irreparables, de modo que la víctima debe ser protegida también de sí misma, por ser la vida humana el bien jurídico supremo, se le debe otorgar plena protección

Para encontrar el fundamento de la justificación, en el consentimiento, debe atenderse a la relación que existe entre los bienes jurídicos con los titulares de los mismos, el conflicto social depende de una relación de determinado género, entre el bien jurídico y su titular, dependiendo de la realización de tipo de la configuración de dicha relación.

Desde el punto de vista del Derecho Público, el derecho penal necesita aclaración que un injusto típico penalmente dependa de la voluntad del lesionado.

Quien conscientemente renuncia a la protección penal, por ende al abandono voluntario de un bien disponible en la creencia errónea de su carácter indisponible no constituye consentimiento por falta de conocimiento de la consecuencia de la renuncia tanto si se atiende a la voluntad de renuncia a la protección penal, como muy atenuadamente a la voluntad de simple renuncia al Juicio de reprochabilidad.

Para determinar la disponibilidad o indisponibilidad de un bien jurídico, así como sus delimitaciones, se puede acudir a la teoría de la preponderación, confrontando a la importancia social del ejercicio de las posibilidades de disposición, por una parte y del interés general en la conservación de los bienes por otra, de todos modos no puede tratarse en lo que respecta al interés general, de un interés en la conservación de un bien, pues este interés tendría que incluirse en la ponderación no solo en caso de lesión en caso de lesión a otro con su consentimiento, sino en una causa de lesión propia.

Por lo que respecta a las lesiones, en este caso existe la libre disposición, sobre el propio cuerpo, sin embargo solo deben ser eficaces aquellas lesiones que no tenga una repercusión social, o sea, aquellas lesiones no graves, mismas que se encuentran establecidas en el ordinal 289 del Código Penal para el Distrito Federal, por consiguiente quedan excluidas aquellas alteraciones a la salud que pongan en peligro la vida (artículo 293), que dejen cicatriz perpetuamente notable en cara (artículo 290), perturbe para siempre la vista, o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite un miembro o mutilación de los mismos (artículos 291 y 292, todos los artículos del Código Penal vigente en esta ciudad), e incluso las inferidas en riña (artículo 297), pues a pesar, de que en las mismas se pueda dar la confusión de que los contendientes consiente inferirse lesiones mutuamente, ello, no es así pues, lejos de consentir a que se les infiera una lesión, el contendiente actúan, en un

mismo plano de ilicitud, al decidir dirimir sus controversias de manera violenta, en donde cada uno de ellos cuenta con un dolo de causar lesiones al otro.

El sentir de lo expresado con antelación resulta similar a lo señalado para el homicidio con auxilio de una persona, pues el hecho en que algún consiente en autorizara a otro u otros para que le infieran lesiones de la dimensión antes referida, pone de manifiesto las alteraciones psicológicas que sufre, quien las consiente, pues como se apuntó resulta un deber del estado y del derecho penal proteger a las personas con dichas conmociones de si mismas.

Raúl Zaffaroni, da una noción en términos generales de disponibilidad pues al respecto manifestó: "Todos los objetos con que el individuo se halla en relación que constituyen bien jurídico, son jurídicamente disponibles por él. Así no hay bienes jurídicos indisponibles o no disponibles: todos los son a condición de que sea el titular quien disponga y que éste sea titular único o de que lo haga en la forma legalmente admisible. La vida humana también es un bien jurídico disponible"

En atención al anterior concepto, debe decirse, que ello no es contrario a todo lo vertido en este capítulo, pues para Zaffaroni, la "disponibilidad", no es otra cosa que la posibilidad de disponer, sin que sea válido dentro del orden jurídico establecido por el estado, destruir los bienes jurídicos penalmente protegidos con mayor ponderación, así Zaffaroni explica: "La idea de disponibilidad suele entenderse mal, porque suele identificársela con la posibilidad de destruir el ente con el que se relaciona el sujeto. Este es un equívoco que proviene de asimilar todos los bienes jurídicos a la propiedad, entendida ésta un sentido quirritario. Disponibilidad no significa otra cosa que posibilidad de disponer, pero en la vida social organizada por el moderno estado social de derecho, la disposición debe entenderse como un uso que de ciertos objetos hacen los ciudadanos para autorealizarse. Es decir que se dispone "usando", y disponibilidad no sería, pues, otra cosa que "posibilidad de uso", de empleo, de utilización. Nadie se pasa la vida usando las cosas con un martillo, porque precisamente es una curiosísima manera de "usar" (es la manera

de dejar usar). Entendido desde el punto de vista nuestro modo de pensar, se verá que la vida es la más disponible de todos los bienes jurídicos, porque disponiendo de ella a cada momento y porque de ella dependen todos los bienes jurídicos restantes.⁴³

Por lo que hace al estado, éste puede disponer de sus bienes jurídicos, pero claro está, en el hecho, de que si entendemos al estado como una organización jurídica política y social, luego entonces dicha disponibilidad sólo se puede ejercer con el consentimiento conjunto de todos sus titulares.

En cuanto a la disposición existe un límite, el cual estriba en que la aquiescencia de una persona es ineficaz cuando implique un impedimento a la disposición de los demás titulares; atendiendo a este límite, el sujeto carece de disponibilidad, pues tratándose de bienes jurídicos con titulares múltiples, la disponibilidad termina para cada uno cuando impide la disponibilidad del otro.

Coherente con lo anterior, los bienes jurídicos disponibles, son aquellos que están sometidos a la disposición privada y esto solo ocurre con grupos de intereses, pues como ya se ha venido manifestando, el titular que hace uso de sus bienes jurídicos penalmente protegidos, no puede hacer uso pleno de todos ellos.

En el caso de los bienes jurídicos colectivos, no cabe concebir el consentimiento en delitos estrictamente supraestatales.

En consecuencia a lo anterior el consentimiento del ofendido, solo tiene relevancia jurídica en los hechos punibles contra el sujeto individual (pero no en todos pues tiene limitantes), pues del consentimiento del titular del bien jurídico, quedan excluidos los llamados bienes jurídicos irrenunciables, que son aquellos que a pesar de encontrarse a disposición del ofendido, resulta necesaria su protección penal, para evitar el abuso y el autodaño, pues como ya se ha asentado con

⁴³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Ibidem*, Tomo III, Pág. 240.

antelación, para la disposición de un bien jurídico penalmente protegido, debe tomarse como antecedente la racionalidad de la disposición.

El que existan, bienes jurídicos disponibles (renunciables), de los cuales ya se ha hecho una delimitación, no implica que la renuncia de uno de ellos, proferida por su titular pueda excluir en todos los casos al delito, como ya se ha hecho mención.

En el mismo orden de ideas para encuadrar el consentimiento justificante que dan los supuestos en que la sola voluntad del autorizado a disponer no proporciona ya un motivo que sea justificador suficiente para intervenir en sus bienes, sino que debe tener integrado, un empleo racional de tales bienes, pues ninguna, pérdida de un bien jurídico (que a pesar de ser propio, su lesión afecta al interés social en general) se considera razonable por el consentimiento, lo que implica que debe existir racionalidad del medio empleado.

Como ya se ha analizado en el capítulo anterior, resulta necesario hacer una distinción entre proporcionalidad y racionalidad, el primero de los supuestos, se refiere al orden jerárquico que mantiene los bienes jurídicos tutelados y las afectaciones jurídicas que recaen sobre ellos, en el ordenamiento legal, éste ordenamiento jurídico va a establecer las bases abstractas y objetivas acerca de la importancia de cada bien jurídico protegido y la gravedad de su lesión, por el contrario en la racionalidad, no se puede determinar, por medio de esas bases abstractas y objetivas, sino hay que atender al caso concreto y sus circunstancias, las cuales se deberán verificar a efecto de analizar la situación en la que el titular del bien jurídico penalmente protegido va a otorgar su consentimiento para su disponibilidad (situación personal y circunstancial), ello conforme, a su criterio de racionalidad, en consecuencia, se transforma en una circunstancia abierta, que tendrá que ser complementada por el juzgador.

Este requisito de racionalidad en el medio empleo, constituye un freno para las prácticas excesivas, escudadas bajo el principio de exclusión del delito por consentimiento del titular del bien jurídico disponible.

Por ejemplo en el caso de un sujeto que le ruega a otro para que lo prive de la vida (externación del consentimiento) y éste así lo hace en atención a dicha aprobación para disponer de la vida, en principio y en atención a lo ya mencionado, en apariencia dicha conducta sería justificada, sin embargo carece de ese carácter y por lo tanto sería punible ya que esta sirve para garantizar la prohibición de matar.

En este orden de ideas se puede mencionar que las lesiones en la integridad corporal en casos médico con fines curativos, las alteraciones corporales (esterilización), las intervenciones estéticas, así como el consentimiento de las lesiones en los deportes, tendrán carácter de excluyente, siempre que se trate del consentimiento al riesgo de ser provocadas.

En resumen es posible, hacer mención a que no todos los bienes jurídicos penalmente protegidos, se encuentran disponibles, ello en virtud, de la existencia de ciertos bienes jurídicos de interés para la sociedad entera y pertenecen al ámbito del derecho público, pero el carácter deja de ser público en la medida en que la ley autoriza su sacrificio, por lo general derechos del carácter subjetivo y patrimoniales, con las reglas establecidas por la racionalidad como previamente se ha apuntado.

En oposición, no son renunciables los derechos típicamente públicos o de naturaleza colectiva o social (ello refiriéndonos en lo individual, pues como ya se ha hecho de referencia el hecho de que concurra el consentimiento de toda una colectividad provoca la exclusión del delito), tampoco aquellos derechos personalísimos del sujeto, como la vida y la integridad corporal (con la salvedad de las provocadas en los deportes, mismas que no resultan ser antijurídicas por encontrarse socialmente adecuadas, siempre y cuando, no sea provocadas fuera del límite, de las reglas establecidas por el deporte en concreto)

Para el caso de la eutanasia o el homicidio por piedad, sea jurídicamente válido, se necesita que se encuentre legislada a través de una norma, como tal (por piedad) mientras no se encuentre regulada, el consentimiento por parte del titular que se le prive de la vida por piedad, resulta punible, como homicidio simple intencional.

G). QUE EL TITULAR DEL BIEN JURIDICO TENGA CAPACIDAD JURIDICA PARA DISPONER LIBREMENTE DEL MISMO

Respecto a este punto, la mayor parte de los tratadistas, refieren que la capacidad jurídica con la que debe contar el titular del bien jurídico protegido, se debe estudiar desde dos puntos de vista, la primera se refiere al bien jurídico, respecto del cual se otorga el consentimiento que supone la ausencia de una limitación de dominio, y por otro lado se refiere a la capacidad de goce y ejercicio, sobre este punto en particular, se podría entender que quien tiene ambos requisitos, cuanta con la plena capacidad para disponer de sus bienes jurídicos, tal y como se estipula como regla general dentro de los elementos de validez en el consentimiento en materia civil, sin embargo contra dicha regla general, en la rama penal, existe una particular, pues como se verá dentro de este punto, los menores de edad (que aun no cuenta con capacidad de ejercicio), pueden otorgar su consentimiento (el cual será completamente válido) a efecto de que se disponer de su patrimonio (solo en caso de bienes muebles) en el particular caso de los menores emancipados, que cuenten con bienes patrimoniales propios, en el mismo orden de ideas a efecto de dar una mejor explicación, resulta imperante definir el concepto de capacidad, mismo que según la doctrina civil, es el primer atributo de la personalidad y se debe entender como: "la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas, en forma personal y comparecer a juicio por mutuo propio".

Según el anterior concepto, la capacidad comprende dos aspectos, uno substancial o de fondo, la cual implica la posibilidad de la titularidad señalada y que suele denominarse capacidad de jurídica y más frecuentemente, capacidad de goce y la otra por su parte es adjetiva, procedimental y cuya dinámica tiene lugar mediante el otorgamiento de actos jurídicos; se trata de la capacidad de obrar y más conocida como capacidad de ejercicio.

A su vez la capacidad de ejercicio da lugar a dos posibilidades la de ejercitar derechos y contraer y cumplir obligaciones por una parte y la intervenir en juicios por la otra.

La capacidad de goce, como la personalidad jurídica, se tiene desde la concepción y se pierde con la muerte. La capacidad de ejercicio, en cambio, se va alcanzado gradualmente en la madurez mental; se parte más bien de una plena incapacidad de ejercicio hasta una cabal capacidad de ejercicio, sin más limitaciones que las establecidas por la ley.

1.- CAPACIDAD DE GOCE

Insistimos, en que la capacidad de goce, es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, esta la tiene el ser humano desde su concepción por el solo hecho de serlo, es decir, es consubstancial al hombre; no puede concebirse la personalidad jurídica sin la capacidad de goce. La capacidad de goce condiciona a la de ejercicio; para tomar a esta en cuenta, debe darse aquella por supuesta.

La capacidad de goce en sus diversas formas, admite ser objeto de una graduación; ciertamente decíamos, hay varios grados de ella, pues un sujeto puede carecer de esa capacidad para determinadas situaciones jurídicas, no obstante el

principio general, según el cual el ser humano por naturaleza y hasta esencia, tiene desde su concepción aunque sea un mínimo de capacidad de goce, lo que a su vez implica su personalidad. Lo que sigue, será encaminado a establecer una relación de la situación en la que diversas personas, por razones de edad, nacionalidad o enajenación mental, cuentan con una capacidad de goce con más o menos posibilidades de ser titulares de derecho y por consiguiente poder disponer de ellos (por medio del legítimo representante).

a) El menor de edad

Las limitaciones de los concebidos, dentro del campo jurídico, tienden a desaparecer ante la capacidad alcanzada por los ya nacidos aún durante su minoría de edad, pues estos pueden, adquirir por cualquier medio, sea sucesorio, contractual o por prescripción.

b) El mayor de edad privado de sus facultades mentales

Una limitación a la capacidad de goce de los mayores de edad, es la privación de sus facultades mentales; esa incapacidad no se manifiesta en los derechos de carácter patrimonial, pues el enajenado mental, puede ser propietario, usurario, habituario, acreedor deudor, etc. sin embargo para que pueda disponer de sus bienes jurídicos (que en él presenta caso solo se permiten los patrimoniales), solo lo podrá hacer a través de su legítimo representante o tutor.

c) El extranjero

En cuanto a los derechos patrimoniales lo extranjeros carecen de capacidad jurídica para adquirir bienes inmuebles en una franja que corre de 100 kilómetros a partir de las fronteras y de 50 desde las costas, por toda la periferia del territorio nacional, pues así lo dispone la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en lo establecido por el ordinal 4ª de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera,

los extranjeros tiene prohibido participar en sociedades que se dediquen a radio, televisión, transporte automotor urbano inter urbano y en carreteras federales, transportes aéreos y marítimos nacionales, explotación comercial, distribución de gas y otros objetos sociales en dicho precepto. Solo inversionistas mexicanos pueden participar en el capital de tales empresas.

2.-CAPACIDAD DE EJERCICIO

Definición: La capacidad de ejercicio es la aptitud del sujeto para ejercitar derechos, contraer y cumplir obligaciones personalmente y para comparecer en juicio por derecho propio.

El medio para ejercicio de derechos, para contraer y cumplir obligaciones y para promover ante los tribunales en su caso, es el otorgamiento de actos jurídicos; así, la capacidad de ejercicio implica encontrarse en aptitudes legales de otorgar dichos actos y éstos consisten a su vez en manifestaciones de voluntad.

Con relación a la capacidad de goce pueden considerarse diversos grados en los que se atienden limitaciones más o menos de consideración a la mencionada capacidad en las personas físicas y a los que, como ya se ha hecho referencia, se encuentra la edad, la nacionalidad y la situación mental, y en relación con la capacidad de ejercicio, es factible observar graduaciones, de los que se desprende desigualdad de posiciones en relación con esta.

Para estudiar los grados a los que nos hemos referido, resulta necesario observar las salvedades siguientes: 1. Nos encontramos en diversos grados de incapacidad, pues suponer una plena capacidad de ejercicio, implica encontrarse ajeno a las restricciones; estas en la medida de su presencia, se traducen en incapacidad a ellas circunscrita. 2. Coherente con lo anterior, la incapacidad será mayor conforme se tengan más restricciones; de tal manera cuantas más imposiciones de incapacidad haya, habrá un grado mayor de incapacidad y

viceversa, es decir, cuantas menos restricciones haya en un sujeto respecto a la capacidad de ejercicio, su grado de incapacidad será menor. 3. En relación a la incapacidad de ejercicio, ésta si puede ser plena, como sucede con el nasciturus; Su situación se traduce, según lo anticipamos en el inciso anterior, en una carencia total de capacidad de ejercicio. 4. Con las salvedades de que cada caso se ira haciendo en su oportunidad, la graduación de la incapacidad de ejercicio, tiene como parámetro a la madurez mental del sujeto. El menor de edad no emancipado, por ejemplo tiene una incapacidad de ejercicio mayor que la que la que tiene el emancipado y éste a su vez, tiene una incapacidad de ejercicio más grande que la del mayor de edad. 5. El estudio de los grados de incapacidad de ejercicio será en orden decreciente, en la medida que razonablemente ello sea factible; hay situaciones en las ciertas personas en condiciones diversas pueden estar en posiciones parecidas, como sucede con los menores de edad y los mayores de edad enajenados mentalmente.

Plena incapacidad del concebido: Los concebidos no nacidos, no tienen ni la posibilidad mínima de participar en la vida jurídica, cuentan con incapacidad de ejercicio total y definitiva, los actos legales de cuya celebración se requiere para la adquisición de los derechos de los que pueden ser titulares o para contraer obligaciones relacionadas con los estatus factibles de estar incorporados en la personalidad de estos sujetos, esto es, tener contar con la calidad de heredero, legatario y donatario, en el aspecto patrimonial, en este caso y relación a dichos bienes, el consentimiento de disposición deberá otorgarse por quienes tengan su representación social, es decir, su padre o madre por lo menos, según se presente el caso en concreto y en este caso como ya se ha hecho de manifiesto, el Juzgador, deberá vigilar las razones para manifestar dicho consentimiento, con el objeto de evitar abuso, esto, claro atendiendo a la condición suspensiva (si el concebido es viable o no).

El menor de edad no emancipado: El estatuto legal de los menores de edad en cuanto a su capacidad de ejercicio, se ha tratado de manera extensa, por el

legislador, pues ha tenido gran cuidado, en señalar una hilera de disposiciones generales aplicables a los bienes que les pertenezcan.

El tratamiento legal en general resulta aplicable a los actos jurídicos posibles de realizarse por un menor de edad no emancipado respecto de bienes e su propiedad, se establece tanto en el capítulo de los efectos de la patria potestad, respecto de los bienes del hijo, así como en el capítulo del desempeño de la tutela. De los anteriores preceptos se desprende lo siguiente:

Primero. Los bienes propiedad de un menor de edad, pueden haber sido adquiridos por él, bien sea por su trabajo o bien por cualquier otro título. Segundo. El menor no puede realizar acto jurídico alguno, ni siquiera de administración, respecto a los bienes por él adquiridos, por medio diverso a su trabajo, pues como lo estipula el ordinal 430 del ordenamiento legal en cita, si bien es cierto esos bienes pertenecen al menor, la administración corresponde a quien sobre él ejerce la patria potestad. Lo mismo puede suponerse del tutor según lo indica el artículo 537 en el primer párrafo de su fracción IV. Tercero, por el contrario y de conformidad en lo dispuesto por el artículo 429 del Código Civil para el Distrito Federal, refiere, el menor de edad, así esté sujeto a patria potestad, tendrá administración de los bienes adquiridos por el producto de su trabajo. Existe otro precepto igual en relación con los menores sujetos a tutela pues a la luz del numeral 537 del Código Civil en vigor para esta ciudad capital, mismo que señala en su segundo párrafo, fracción IV, la administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo, le corresponde a él y no al tutor. Cuarto. Los actos de dominio, no pueden ser objeto de otorgamiento personal, por el menor, esto es, en todo caso deberá otorgarse, por sus representantes legales, ascendientes o tutor en su caso. Cinco. En el mismo orden, quien o quienes tengan la patria potestad y el tutor en su caso, tiene la representación del menor en juicio, así lo señalan los artículos 427 y 537 Fracción V del Código Civil.

La capacidad de ejercicio que alcanza el emancipado: Se puede considerar a la emancipación como la situación jurídica, en que un menor de edad se encuentra la cual proviene de algún acontecimiento previsto en la ley, que lo libera de la patria potestad o la tutela general en su caso, y que disminuye su incapacidad de ejercicio.

La menor incapacidad puede ser, porque el menor tenga la administración de todos sus bienes, pero sin tener el derecho de disponer libremente de ellos. Puede ser, también, por estar en la posibilidad de disponer libremente de sus bienes muebles. Se observa en general, en todos aquellos que le significa la posibilidad de alcanzar algún aspecto de lo que la capacidad de ejercicio significa.

El único medio por el cual la emancipación de un menor tiene lugar en la actualidad, es contraer matrimonio, así lo estipula el artículo 641 del Código Civil, según el cual el matrimonio del menor de 18 años produce de derecho la emancipación, aunque el matrimonio se disuelva, el menor se liberará de la patria potestad.

En principio, la situación jurídica del emancipado, se traduce en relación con lo dispuesto por el artículo 643 del Código Civil, en que aquel tiene la libre administración sobre sus bienes, pero mientras no alcance la mayoría, requerirá de autorización judicial para enajenar y gravar sus bienes raíces y de un tutor que lo represente en juicio.

Del contenido del Código Civil en vigor para el Distrito Federal, encontramos una aparente contradicción entre lo señalado por el precepto que se acaba de citar y el ordinal 173, conforme a la cual el marido y la mujer menores de edad tendrán la administración de los bienes en los términos que precede (libre administración, sin restricción, salvo los términos de la capitulación), pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales". Así como podrá observarse, que ambos preceptos se refieren a la misma cuestión, es decir, a la capacidad de los menores de edad

casados, y también, en términos generales, las mismas soluciones, o sea, que esas personas tienen la libre administración de sus bienes tanto muebles como inmuebles y que requieren representante legal para sus asuntos judiciales.

La diferencia entre los anteriores textos, se encuentra en lo señalado por el ordinal 173 del ordenamiento legal en comento, el cual exige la autorización judicial para la enajenación, gravamen e hipoteca, de todos los bienes del menor, sean muebles o inmuebles; en cambio el artículo 643, establece la necesidad de obtener esa licencia solo cuando el acto de disposición a realizar sea respecto de bienes raíces, por ello, para dichos actos, cuando su objeto sean bienes muebles, e inmuebles no raíces, no requieren de tal autorización.

De lo anterior surge la duda, de si los menores de edad casados pueden enajenar libremente todos sus bienes con la mera excepción, de los raíces, o por el contrario, en todo caso requieren, de autorización judicial para hacer ello.

Son varias las razones, en principio, para concluir la libre disposición de esos bienes por parte de los menores indicados; en verbigracia el contenido del artículo 643 del Código Civil, deja sin efectos al ordinal 173 del mismo ordenamiento, pues no solo es posterior al número, si no además el artículo 643, regula específicamente la emancipación.

Asimismo, se encuentra lo previsto por el artículo 451 del Código Civil, según el cual el emancipado tiene incapacidad legal solo respecto de los actos señalados en el artículo 643, ello hace prevalecer en el caso de la regla general del artículo 1798, en el sentido de que son hábiles para contratar los no excluidos por la ley y el emancipado no lo está. En consecuencia el emancipado está condicionado a celebrara libremente cualquier acto jurídico, con la mera excepción de los señalados por el ordinal 643 del ordenamiento legal en cita.

Coherente con lo anterior resulta necesario, citar como disposición de referencia en concreto a actos del menor emancipado, el artículo 499 del Código; de él se desprende que la tutela para asuntos judiciales del menor emancipado siempre será dativa, es decir, éste, en todo caso, para ese tipo de asuntos, designará su tutor. Asimismo, de conformidad con lo establecido por el artículo 623 de dicho ordenamiento se le permite designar a su curado en tanto que en el artículo 731 contiene una posibilidad para constituir el patrimonio de la familia.

Los mayores de edad incapacitados: Otro grupo de personas que ostentan una incapacidad de ejercicio, casi total por cierto, son aquellas que se encuentran privadas de sus facultades mentales, dicha situación, los hace no ser dueños de los actos que realizan, por ello, dichos actos no se les puede imputar o atribuir desde el punto de vista legal.

Además de los menores de edad, el artículo 431 del Código Civil, señala como incapaces a los mayores disminuidos o perturbados en su inteligencia, aún cuando tenga momentos lúcidos, y a quienes en general, también mayores no pueden gobernarse y obligarse por si mismos o manifestar su voluntad por algún medio debido a una limitación o alteración en la inteligencia. Provocada a su vez por adición a sustancias tóxicas como alcohol, psicotrópicos o estupefacientes o por una afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial.

Quienes se encuentren dentro de los supuestos referidos, siempre deberán hacerlo por medio de su tutor. Mas aún, hay actos jurídicos que por sus consecuencias, no pueden otorgarse por cualquiera de las personas señaladas ni siquiera por la intervención de su tutor, dado que para dichos actos y los efectos jurídicos que estos producen no se padece de incapacidad de ejercicio sino de goce.

La mayoría de edad: La plena capacidad de ejercicio que permite al sujeto disponer libremente de su persona y de sus bienes, así como comparecer en

juicio, en todo caso mediante la celebración y otorgamiento directos y personales de cuanto acto jurídico fuere necesario para ello, se alcanza cuando se es mayor de edad.

Los preceptos del Código Civil que en su conjunto aluden a las afirmaciones contenidas en el párrafo anterior son numerosas. Conforme al artículo 23 la minoría de edad y el estado de interdicción, como incapacidades establecidas en la ley, restringen como lo indican textualmente dichos preceptos, la personalidad jurídica (se trata en realidad de la capacidad de ejercicio), pero los incapaces, según se admite en ese mismo dispositivo, podrán ejercitar sus derechos con la intervención de sus representantes legales. El artículo siguiente por su parte confiere al mayor de edad la posibilidad de disponer libremente de su persona y de sus bienes con solo las limitaciones establecidas por la propia ley; ello se reitera en el artículo 647 del mismo ordenamiento civil, el 646 en tanto, señala los 18 años cumplidos como el inicio de la mayoría de edad.

Así, los menores de edad son incapaces por su razonable inmadurez mental; también los enfermos mentales lo son, precisamente por ese padecimiento; igualmente los ebrios consuetudinarios y los drogadictos, debido a los trastornos provocados en sus mentes por dichos vicios. En general son incapaces todos aquellos sujetos sin condiciones mentales de otorgar actos jurídicos.

**H). QUE EL CONSENTIMIENTO SEA EXPRESO O TÁCITO, SIN QUE
MEDIE ALGÚN VICIO, O BIEN, QUE EL HECHO SE REALICE EN
CIRCUNSTANCIAS TALES QUE PERMITAN FUDADAMENTE PRESUMIR QUE,
DE HABERSE CONSULTADO AL TITULAR, ESTE HUBIESE OTORGADO EL
MISMO.**

1. MANIFESTACION EXPRESA Y TACITA: La manifestación de la voluntad expresa, se da cuando la declaración de la misma, tiene lugar por cualquiera de los medios por los cuales el ser humano se comunica con sus

semejantes, sea la palabra la escritura, las señas, gestos y ademanes mímicos. Es tácita cuando sí bien no se declara por cualquiera de los medios adecuados para la manifestación expresa de voluntad, se hace derivar de hechos y actos que permiten presumir lo querido por el sujeto.

Expresa es la que consiste en el empleo de medios sensibles, que sean de uso cotidiano en la vida. En primer término, la palabra oral y la escrita, los signos por medio de la cabeza y de la mano, una acción positiva o una omisión cuando, según el modo corriente de entender estas últimas, sirvan a manifestar el acto volitivo. Declara de modo expreso, su voluntad, no solo quien habla o escribe, sino también el mudo que se expresa por señas y el comerciante que, a petición de comparar la mercancía por un cierto precio, responde sin más, entregando aquella.

Tácita, es la manifestación, cuando se realizan ciertos actos que no se dirigen propiamente a exteriorizar una voluntad, pero se deduce ésta de la conducta o comportamiento de una persona.

2. VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO:

Error: La opinión dominante refiere que el error resta eficacia al consentimiento en materia penal. Se puede cometer, un error respecto a la cualificación de las personas, es decir, aquellas personas que se dicen estar calificadas para el desempeño de una actividad, sin embargo al realizar de manera incorrecta, produce un resultado típico, pues el consentimiento se ha visto afectado. Así por ejemplo el curandero que se hace pasar por médico y realiza unas lesiones.

En materia penal no se puede aplicar las normas del derecho civil, respecto a los vicios de la voluntad pues las manifestaciones que adolezcan de alguno de estos principios, son válidos y posteriormente pueden ser impugnadas a la libre decisión del manifestante, por el contrario en el derecho penal debe determinarse al momento de la intervención del Juzgador sin el consentimiento es eficaz o no.

Al respecto se ha desarrollado una teoría restrictiva, según la cual un engaño convierte en eficaz al consentimiento cuando éste se refiere al bien jurídico, es decir, cuando se yerra, sobre el modo, dimensión o peligrosidad. En orden a lo anterior Claus Roxin los siguientes ejemplos y explicación: "Ejemplo 3: A consiente en que B le ponga una inyección calmante. B le oculta que la inyección tiene efectos perjudiciales para la salud.

"Ejemplo 4: A manifiesta a una organización de ayuda que está dispuesto a donar sangre por un honorario de 50 marcos. Sin embargo el representante de la organización le ha engañado sobre la capacidad de pago, de modo que A se va con las manos vacías.

En el ejemplo 3 existe un error relativo del bien jurídico que, según la teoría expuesta, hace ineficaz el consentimiento, pues A no estaba enterado de la dimensión del perjuicio corporal que había ocasionado, por el contrario en el ejemplo 4, el error no afecta la intensidad y la peligrosidad de la intervención corporal, sino solo a la contraprestación; por lo tanto, el consentimiento será aquí válido y con ello excluiría un castigo por lesiones. En cambio, según la doctrina tradicional habría que afirmar una lesión en ambos casos."⁴⁴

Coherente con lo anterior el consentimiento solo puede ser eficaz, en la medida que el hecho se ha presentado, y se sostiene que el error con relación al bien jurídico es ineficaz y cuando versa respecto a una contraprestación es completamente válido.

El error afecta, el consentimiento del titular del bien jurídico penalmente protegido cuando este se da en la medida que el bien jurídico corre peligro o no, pues si se da un error en el consentimiento del ofendido sin que su bien jurídico

⁴⁴ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte general, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito, Edit. Civitas, Madrid España, 1997.

corra peligro alguno, es ineficaz, ello se debe a la medida en que las personas estén calificadas para el desempeño de sus actividades, así por ejemplo dos pasantes de medicina trabajan en una clínica rural, prestando su servicio social y practican intervenciones de rutina a pacientes quienes los toman como verdaderos médicos, en los casos absolutamente sencillos, como los que dichos pasantes practican, se da una excepción, pues cuando otro experto en la materia, un practicante o una enfermera, pueden prestar la ayuda necesaria de manera correcta y con tanta seguridad como un galeno, no se puede hablar de la existencia del error.

El error sobre la condición de médico no afecta la autonomía del poder de decisión del titular del bien jurídico, porque implica ya un punto insignificante, si por el contrario el estudiante de medicina hubiera practicado una operación de apendicitis, entonces el error en que ha incurrido el paciente excluirá la eficacia del consentimiento.

Sin embargo existen excepciones en que solo el error respecto a bienes jurídicos excluye al consentimiento, pues en el caso de que una persona convenga a otra de que un familiar sufrió un accidente y para salvar su vida necesitan un cambio de riñón, este acepta, sin embargo este órgano, no es usado para un trasplante, sino es usado para venderlo o tirarlo para causar un daño a la persona, en este caso el error no recae sobre el bien jurídico, pues el sujeto pasivo sabe perfectamente que es lo que está entregando, más bien el pasivo yerra respecto en el fin para el cual el mencionado órgano iba a ser utilizado

También deberá considerarse ineficaz, el consentimiento cuando el autor simula a la víctima una situación semejante al estado de necesidad, pues el error estriba en la disposición del bien jurídico penalmente protegido, para salvar a otro de mayor o menor valía o para evitar daños.

En el caso del delito de violación, aún cuando el consentimiento se encuentre viciado por engaño, éste resulta eficaz para excluir el delito, pues no debe

perderse por desapercibido, que dicho tipo, tiene inmerso en su estructura a la violencia, en consecuencia fuera de estos casos si concurre el consentimiento del pasivo, aún y cuando éste se encuentre viciado por error o engaño.

En los casos médicos, el galeno tiene el deber de informar a los pacientes sobre las posibles consecuencias de su intervención y de esta manera el paciente tiene el deber jurídico de eliminar posibles interpretaciones equivocadas; pues el médico, en caso contrario, sería penalmente responsable, por lesiones ya sean dolosas o culposas.

En consecuencia en las intervenciones médicas el consentimiento es eficaz, cuando el médico ha cumplido con su deber de información y a pesar de ello persiste en su error.

El error es una falsa representación de la realidad que concurre a determinar la voluntad del sujeto. El consentimiento no debe provenir de un error, ni haber sido obtenido mediante amenazas o engaño, solo bajo esta condición, el consentimiento es un acto autónomo y, por lo tanto, de esta manera eliminar la lesión al bien jurídico.

La eficacia del consentimiento depende, por lo tanto ante todo, del consentimiento correcto del que consiente respecto de la extensión del daño.

Amenazas y violencia: En principio no todas las amenazas causan la ineficacia del consentimiento, sino solamente aquellas que afecten seriamente a la psique del titular del bien jurídico penalmente disponible. Por ejemplo: A consiente en que B destruya un objeto de su propiedad con la amenaza de que le retirara su amistad, B así lo hace, en este caso en consentimiento es eficaz, pues B bajo esa amenaza no estaba obligado a realizar tal conducta y destruir el objeto de A.

Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que sean de tal magnitud, que hagan emitir al titular del bien jurídico, expresar su consentimiento para la disposición del bien jurídico de su propiedad.

3. CIRCUNSTANCIAS FUNDADAS QUE PERMITAN PRESUMIR QUE EL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO, HUBIESE DADO SU CONSENTIMIENTO PARA DISPONER DEL BIEN JURÍDICO (CONSENTIMIENTO PRESUNTO): Se trata de la interpretación de la dirección de la voluntad del afectado por la acción delictiva, en una presunción del consentimiento.

El consentimiento presunto tiene los mismos presupuestos que el consentimiento real, es decir, que el bien jurídico sea disponible, que él titula del bien jurídico, tenga capacidad para disponer libremente de él, que el consentimiento sea expreso o tácito sin que medie ningún vicio.

Se trata de un juicio de probabilidad que expresa que el afectado, si hubiera poseído, conocimiento de la situación del hecho, desde un punto de vista personal hubiese consentido la acción ilícita.

El que actúa, tiene que contar con el pleno conocimiento previo, que permita suponer fundadamente que de haber consultado al titular del bien jurídico, éste, hubiera emitido su consentimiento para disponer de su bien.

El estado de necesidad justificante y el consentimiento presunto guardan una estrecha similitud, sin embargo, se diferencian, por el hecho de que el consentimiento presunto, no depende de una preponderación objetiva de bienes sino de la voluntad hipotética de bienes jurídicos.

El consentimiento presunto solo deberá operar, cuando sea imposible contar con el consentimiento real; pues no se debe correr el riesgo de interpretar equivocadamente la voluntad real del titular del bien jurídico penalmente disponible.

Coherente con lo anterior, lo normal es actuar con el consentimiento presunto en interés ajeno, pero también en una actuación por interés propio se puede presentar el consentimiento presunto. Por ejemplo:

A se introduce a la casa de su amigo B, quien se encuentra ausente y para ello brinca la cerca, de la casa de B, para guarecerse de la lluvia, pues A, confía en que si hubiera estado presente B, éste hubiera consentido en darle permiso para entrar.

Respecto al consentimiento presunto, se debe atender a las decisiones vinculadas con la personalidad, pues el consentimiento presunto, debe encontrarse en circunstancias especiales que hagan lógica la suposición de que el titular del bien jurídico, este de acuerdo con la intromisión.

Habrà que justificar el consentimiento presunto en las operaciones que le van a salvar la vida a un paciente que se encuentre incapaz de emitir su voluntad, pues aquí no es necesario que dicha intervención, por parte del médico, tenga que estar reforzada con otros elementos, pues resulta obvio que la pérdida de la vida es irreversible.

También deben tomarse en cuenta las decisiones existenciales, esto es, aquellas decisiones que versan sobre la vida y la muerte, sobre todo en los casos médicos en los cuales el paciente se encuentra inconsciente y por ende incapacitado para expresar su consentimiento, en estos casos el médico deberá a que el paciente recobre el sentido, siempre y cuando el esperar no afecta la salud del paciente, que si bien es cierto algunas religiones prohíben las intervenciones quirúrgicas o bien algunas personas, pueden pensar que preferirían, la muerte en vez de vivir sin un miembro de su cuerpo, también lo es, que la idea de vivir o de supervivencia, puede hacer cambiar la opinión a los sujetos, pues lejos de la creencias religiosas sociales o morales, prevalece el instinto de la supervivencia, lo que implica una idea

existencia, luego entonces se deberá salvar la vida del paciente en arras de su consentimiento presunto.

Por lo que toca a las actuaciones por interés propio, como ya se ha mencionado habrá que vincularse siempre con la personalidad, pues habrá que rechazar el consentimiento, presunto cuando no existan circunstancias concretas del caso particular que permita inferir que el titular del bien jurídico penalmente protegido, esté de acuerdo.

Lo anterior debe entenderse también a los indicios de las costumbres del titular del bien jurídico penalmente protegido, pero a veces hay que atender a las costumbres de éste en relación con las demás personas con las que convive y que estas puedan actuar por alguna costumbre o hábito del titular del bien jurídico, es decir, un grupo de personas que son cercanas al titular, que conocen sus costumbres y que en reiteradas ocasiones ha contado con su consentimiento expreso y si estas personas actúan en menoscabo de los bienes del titular, podrá acudir en dichas circunstancias el consentimiento presunto, siempre y cuando dicho actuar se vea reforzadas, por prácticas reiteradas llevadas a cabo anteriormente, con el consentimiento expreso, en consecuencia el consentimiento presunto habrá operado.

También podrá operar con otras personas a las que el titular del bien jurídico se les tenga un poco de simpatía, cuando los intereses del titular del bien jurídico sean completamente irrelevantes.

No debe soslayarse, en la presente tesis recepcional, que con las nuevas disposiciones del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que entrará en vigor (12 de noviembre del 2002), el contenido y requisitos del consentimiento (como causa de atipicidad o de excluyente de responsabilidad), que se encuentra actualmente prevista en la fracción III del artículo 15 del Código penal para el Distrito

Federal, no sufrió modificación alguna, solo fue trasladado al artículo 29 del nuevo Cuerpo de Leyes en cita, mismo que a la letra dice:

"Artículo 29.- (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando: ...III (consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente el bien; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicios del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiese otorgado el consentimiento.

CONCLUSIONES.

1.- Al analizar el consentimiento, resultó indispensable, hacer referencia en primer lugar a la teoría del tipo, pues cuando el consentimiento del titular del bien jurídico penalmente protegido, se encuentra inmerso, como elemento integrante de algunas figuras delictivas, la ausencia de dicho elemento, provoca que la conducta sea atípica. Así las cosas, la creación del tipo penal por Beling, en 1906 se estructuró bajo el principio de *nullum crimen sine lege*, lo que determinó por un lado, la responsabilidad en que puede incurrir el individuo ante la ley penal y por el otro, el derecho de ese individuo, a que solo el exacto encuadramiento, de su conducta al tipo, produzca una sanción; de otro modo resultaría imposible; principio que hasta la fecha sigue vigente.

Al tipo se le atribuyen las siguientes funciones: Una función sancionadora, respectiva de las conductas que se ubiquen dentro del tipo (tipicidad), es decir, una función de selección de los comportamientos humanos penalmente relevantes. Una función de garantía, pues solo las conductas típicas, podrían, llegar a ser sancionadas, lo que se traduce en el principio de *nullum crimen sine lege*. Una función, preventiva, el tipo penal pretende que la prohibición contenida en la ley sea suficiente para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar la conducta tipificada.

2.- En atención a lo anteriormente vertido, resultó oportuno proponer un concepto de tipo penal, partiendo de la base, que el tipo es una figura conceptual, que describe mediante conceptos, formas posibles de conductas humanas, fraccionando tal mención tenemos que: a) figura conceptual, que implica que está conformado por definiciones que tiene por objeto explicar que la conducta que se establece se encuentra prohibida para el ámbito legal, finalidad que nos permite entender el siguiente elemento b) formas posibles de conductas humanas, esto es, la finalidad de explicar conceptos es regular las posibles conductas humanas y en relación a lo anterior que: c) la norma prohíbe la realización de estas formas de conductas, que se traduce en la necesidad de regular las formas de conducta, es por ello que dichas conductas se

encuentran prohibidas y si alguien realiza una conducta que se encuentra prohibida por la normatividad, es una descripción concreta de la conducta prohibida. Además, dichas conductas deben encontrarse dirigidas, a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido. De lo anterior se arribó a que tipo: Es la adecuación concreta a la norma penal establecida por el legislador, abarcado los elementos de la voluntad dirigida en una determinada finalidad y manifestación de esa voluntad.

3. En el presente estudio resultó preponderante realizar una distinción entre tipo, tipicidad y juicio de tipicidad. Así tenemos en primer lugar que:

a) Tipo es un instrumento legal, es decir, una creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta a los preceptos penales, o sea, es un dispositivo que se haya en la ley.

b) Juicio de tipicidad, debe entenderse que es estudio o análisis dogmático que se hace a un tipo penal, esto es, la Tipicidad se deriva de un tipo mediante un juicio, por el que se establece si la acción delictiva es típica o no, y

c) Tipicidad esta se define como la encuadración de una conducta al tipo penal, es decir, a la descripción hecha en la ley, en este orden de ideas tenemos que habrá tipicidad, cuando la conducta de alguien encaje en el tipo penal, pero no es así de simple, a lo anterior es necesario agregar que la tipicidad es el resultado del Juicio de Tipicidad realizado a un tipo penal.

4.- No debe soslayarse que al hablar de tipicidad, resultó necesario, el estudio del aspecto negativo de la tipicidad, es decir, la atipicidad, pues como se ha sostenido en esta tesis recepcional, el consentimiento del titular del bien jurídico penalmente protegido, se encuentra integrado a algunos tipos penales y cuando falta éste elemento se producirá, en consecuencia, la atipicidad. Esta, se traduce en la ausencia de alguno o todos los elementos esenciales que componen al tipo, es la ausencia de la adecuación de la conducta concreta al tipo penal. En tal sentido, se hizo distinción entre

ausencia de tipo y tipicidad, la primera se presenta cuando el legislador a propósito o inadvertidamente, no hace la descripción de una conducta, que según el sentir general debería encuadrarse dentro de los delitos, y es aquí, en donde se produce la ausencia del tipo. Por el contrario existe la atipicidad, cuando existe el tipo, pero la conducta dada no se adecua a éste.

5.- Una vez que se asentó en contenido de la tipicidad y su aspecto negativo (atipicidad), resultó menester en el presente estudio, analizar a la Antijuridicidad, pues la tipicidad es indiciaria de la Antijuridicidad, ya que toda conducta típica resulta antijurídica, mientras no concurra una causa de justificación. Así la Antijuridicidad es el resultado de una conducta típicamente adecuada ante la falta de una causa de justificación. No debe pasar por desapercibido que el objeto de la Antijuridicidad es la acción, pues esta valora su ilicitud. La Antijuridicidad cuenta con un concepto dual, esto es, un contenido formal que se refiere a la relación de oposición entre la acción y la norma penal, y el material que se traduce en la afectación o puesta en peligro de bien jurídico protegido.

6.- En orden a lo anteriormente afirmado, se hizo imperante referir lo relativo a las causas de justificación, pues dentro de éstas se encuentra incluido el consentimiento del ofendido como causa justificante, pues una conducta puede encontrarse típicamente adecuada, sin embargo al concurrir el consentimiento del agraviado, dicha conducta se encuentra legalmente justificada. Hacer mención a que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica delictiva dispuso de un permiso del orden jurídico para actuar como actuó, en tal orden de ideas, las causas de justificación y por ende el consentimiento del titular del bien jurídico penalmente protegido o el legitimado para otorgarlo determinan:

Exclusión completa de responsabilidad penal y civil por la realización del hecho típico para el autor. Exclusión completa de la responsabilidad penal y civil por la colaboración en la realización del hecho típico (artículo 13 fracción III del Código Penal para el Distrito Federal) o la inducción del mismo (ordinal 13 fracción V del Código Penal

para el Distrito Federal), el que induce a otro a defenderse dentro de los límites de la defensa necesaria, a obrar dentro del estado de necesidad, o prestar ayuda en esas circunstancias, está justificado de la misma manera que el autor. Exclusión de la posibilidad de defensa necesaria, contra el que obra justificadamente. La justificación se limita a la acción necesaria para salvar el bien jurídico, es decir, la acción será justificada si dadas las condiciones de la causa de justificación concreta al autor no podía, realizar ninguna otra acción para salvar el bien jurídico. El autor debe haber obrado con conocimiento de las circunstancias de la causa de justificación de que se trata.

7.- En conclusión en las causas de Justificación de la Antijuridicidad, el agente obra en condiciones normales de imputabilidad y con voluntad consiente, pero su acto no es delictivo por ser justo, ajustado a derecho, la situación especial en que cometió el hecho constituye una causa de justificación de su conducta. Como consecuencia de la licitud de ésta no será posible exigirle responsabilidad alguna, ni penal, ni siquiera civil, pues el que obra conforme a derecho no puede decirse que ofenda o lesione interese jurídicos ajenos. Todas las causas de justificación confieren un derecho para obrar, esto es, cuentan con un carácter permisivo ya sea dejando sin efecto una prohibición o liberando el cumplimiento de un mandato. Existen tres casos en que la doctrina y la jurisprudencia reconoce que el fundamento de ese permiso proviene de la especial situación del autor y del bien jurídico en el momento de la acción, por tal razón dichos casos se tratan por separado. Cuando el permiso para obrar, está condicionado por la agresión ilegítima de otro (defensa necesaria), por la colisión de bienes jurídicos (estado de necesidad) o por el acuerdo del titular del bien (consentimiento del pasivo o el legitimado para otorgarlo), junto a estos existen otros casos, en los que se trata fundamentalmente de la colisión del deber general de no realizar una acción típica con el deber especial de realizarla o con la autorización especial para ejecutarla (son casos de cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho).

8.- El bien jurídico, se definió como aquel interés, expectativa, derecho subjetivo, expectativa garantizada, interés garantizado. Todo bien jurídico requiere y merece protección de la norma, sin embargo, existen situaciones en las que el bien atacado renuncia libremente a la protección de la norma o es desplazado por intereses contrapuestos, dotados de mayor importancia en el supuesto concreto. El bien que retrocede por no ser merecedor de protección en el caso concreto arrastra tras de sí a la norma. El bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto legal, la cual es protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas.

9.- Los bienes jurídicos penalmente protegidos, están sujetos a disposición de su titular, en esa medida, el consentimiento del titular excluye la realización del delito (ya sea como causa de atipicidad o como causa justificante), entonces solo es incumbencia de quien consiente.

10.- El consentimiento excluyente de tipicidad, se da en aquellos delitos en que la acción típica presupone ya conceptualmente, un actuar contra o sin la voluntad del lesionado, es decir, en aquellos delitos que guardan inmersos, dentro de sus descripciones legislativas al elemento, "consentimiento", aquí pertenecen principalmente los delitos de coacción.

Ahora bien, el consentimiento justificante, es otro aspecto del consentimiento, pues cuando se verifica dentro de este ámbito, tiene el efecto de justificación, esto es, no excluye la realización del tipo, así en los delitos de daño y lesión todos los elementos que los conforman se acreditan, pues si el propietario permite que su bien jurídico penalmente protegido, se dañe o lesione, el consentimiento de éste no remedia que el bien resulte afectado, en este caso el consentimiento, solo excluye la antijuridicidad.

11.- Coherente con lo anterior y en lo relativo al estudio dogmático de la fracción III del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, se concluyó:

a) Que los bienes jurídicos disponibles, son aquellos que están sometidos a la disposición privada y esto solo ocurre con grupos de intereses, el titular que hace uso de sus bienes jurídicos penalmente protegidos, no puede hacer uso pleno de todos ellos. En el caso de los bienes jurídicos colectivos, no cabe concebir el consentimiento en delitos estrictamente supraestatales.

Por lo que, se concluyó que el consentimiento del ofendido, solo tiene relevancia jurídica en los hechos punibles contra el sujeto individual (pero no en todos ya que tiene limitantes), pues del consentimiento del titular del bien jurídico, quedan excluidos los llamados bienes jurídicos irrenunciables, que son aquellos que a pesar de encontrarse a disposición del ofendido, resulta necesaria su protección penal, para evitar el abuso y el auto daño, pues para la disposición de un bien jurídico penalmente protegido, debe tomarse como antecedente la racionalidad de la disposición.

En el mismo orden de ideas, para encuadrar el consentimiento justificante que dan los supuestos, en que la sola voluntad del autorizado a disponer, no proporciona ya un motivo que sea justificado suficiente para intervenir en sus bienes, sino que debe tener integrado, un empleo racional de tales bienes, pues ninguna pérdida de un bien jurídico (que a pesar de ser propio, su lesión afecta al interés social en general) se considera razonable por el consentimiento, lo que implica que debe existir racionalidad del medio empleado.

b) Que el titular del bien jurídico tenga capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, al respecto resultó imperante definir el concepto de capacidad, mismo que según la doctrina civil, es el primer atributo de la personalidad y se debe entender como la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas, en forma personal y comparecer a juicio por mutuo propio.

Considerando lo anterior, la capacidad comprende dos aspectos, uno substancial o de fondo, la cual implica la posibilidad de la titularidad señalada y que

suele denominarse capacidad jurídica y más frecuentemente, capacidad de goce y la otra por su parte es adjetiva, procedimental y cuya dinámica tiene lugar mediante el otorgamiento de actos jurídicos; se trata de la capacidad de obrar y más conocida como capacidad de ejercicio.

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito, 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, este hubiese otorgado el mismo. La manifestación de la voluntad expresa, se da cuando la declaración de la misma, tiene lugar por cualquiera de los medios por los cuales el ser humano se comunica con sus semejantes, sea la palabra la escritura, las señas, gestos y ademanes mímicos. Es tácita, cuando sí bien no se declara por cualquiera de los medios adecuados para la manifestación expresa de voluntad, se hace derivar de hechos y actos que permiten presumir lo querido por el sujeto. En cuanto a los vicios del consentimiento, el error se definió como una falsa representación de la realidad que concurre a determinar la voluntad del sujeto. El error afecta, el consentimiento del titular del bien jurídico penalmente protegido cuando este se da en la medida que el bien jurídico corre peligro o no, pues si se da un error en el consentimiento del ofendido sin que su bien jurídico corra peligro alguno, es ineficaz.

En materia penal, no se puede aplicar las normas del derecho civil, respecto a los vicios de la voluntad pues las manifestaciones que adolezcan de alguno de estos principios, son válidos y posteriormente pueden ser impugnadas a la libre decisión del manifestante, por el contrario en el derecho penal debe determinarse al momento de la intervención del Juzgador sin el consentimiento es eficaz o no. Asimismo se constituye como vicio del consentimiento, las amenazas y violencia; en principio no todas las amenazas causan la ineficacia del consentimiento, sino solamente aquellas que afecten seriamente a la psique del titular del bien jurídico penalmente disponible.

Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que sean de tal magnitud, que hagan emitir al titular del bien jurídico, expresar su consentimiento para la disposición del bien jurídico de su propiedad.

Y en lo relativo al consentimiento presunto, se hizo un análisis en el que se determinó que se trata de un juicio de probabilidad que expresa, que el afectado si hubiere poseído conocimiento de la situación del hecho, desde un punto de vista personal hubiese consentido la acción ilícita. El que actúa, tiene que contar con el pleno conocimiento previo, que permita suponer fundadamente que de haber consultado al titular del bien jurídico, éste, hubiera emitido su consentimiento para disponer de su bien. El consentimiento presunto solo deberá operar, cuando sea imposible contar con el consentimiento real; pues no se debe corre el riesgo de interpretar equivocadamente la voluntad real del titular del bien jurídico penalmente disponible, resultando importante mencionar, que el consentimiento presunto cuenta con los mismos presupuestos que el consentimiento real.

BIBLIOGRAFIA.

1. Bacigalupo Enrique. Derecho penal Parte General. Segunda edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1987.
2. Bustos Ramírez Juan. Manual de Derecho Penal Español Parte General. Primera Edición. Editorial Ariel. Barcelona 1984.
3. Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal Parte General. Vigésima novena edición. Editorial Porrúa. México 1991.
4. Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal Tomo I. Parte General. Décima sexta Edición. Editorial Bosh. Barcelona. 1971.
5. Daza Gómez Carlos Manuel. Teoría general del Delito. Segunda Edición. Editorial Cárdenas Editores. México 1998.
6. Huerta Tocildo Susana. Sobre el Contenido de la Antijuridicidad. Primera Edición. Editorial Tecnos. España. 1984.
7. Jescheck Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Trad. Santiago Mir Puig. Primera edición. Editorial Bosch. Barcelona 1978.
8. Maurach Reinhart. Derecho Penal Parte General. Primera Edición Editorial Astrea. Buenos Aires Argentina. 1994.
9. Muñoz Conde Francisco. Teoría General del Delito. Segunda Edición. Editorial Tirant lo Blanch. España 1989.
10. Orellana Wiarco Octavio Alberto. Teoría del Delito, Sistema Causalista y Finalista. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México 1995.
11. Plascencia Villanueva Raúl. Teoría del Delito. Primera Edición. Editorial, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. Primera Edición. México 1998.
12. Reyes Echandia Alfonso. Tipicidad. Primera Reimpresión. Editorial Temis. Santa fe de Bogotá Colombia. 1997.
13. Roxin Claus. Teoría del Tipo Penal. Tipo Abiertos y Elementos del Deber Jurídicos. Primera Edición. Editorial palma. 1979. Primera edición.

14. Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Quinta edición. Editorial Porrúa. México 1990.
15. Welzel Hans. Derecho Penal Parte General. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Primera Edición. Editorial Cárdenas Editores. México 1998.
16. Wilhelm Gallas. La Teoría del Delito en su Momento Actual. Primera Edición. Editorial Bosch. Traducción Juan Córdoba. España 1959.
17. Zaffaroni Eugenio Raúl. Teoría del Delito. Primera Edición. Editorial Ediar. Buenos Aires Argentina. 1973.
18. Zaffaroni Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Primera Edición. Editorial Cárdenas Editores. México. 1998.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- 1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Primera Edición. Editorial Alco, México 2001.**
- 2. Código Penal para el Distrito Federal. Primera Edición, Editorial Delma, México Distrito Federal 2001**
- 3. Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Primera Edición, Editorial Sista, México Distrito Federal 2002**
- 4. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Primera Edición, Editorial Sista, México Distrito Federal 2002.**