

308909

29
29.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

INCORPORADA A LA

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA DE DERECHO**

**"ANTI JURIDICIDAD, UN ELEMENTO
DEL DELITO"**

T E S I S

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

P R E S E N T A :

BENJAMIN OROZCO MANJARREZ

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO, 1987



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

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

El estudio de la antijuridicidad es sin lugar a dudas, - uno de los más apasionados que existen en el Derecho Penal. Es - - aquí donde las ideas jurídico-penales más relevantes, tienen el cam po propicio para su discusión. En consecuencia, es el lugar donde doctrinas y corrientes jurídicas se cuestionan unas a otras.

La antijuridicidad, es un concepto que se filtra en todos los campos de la ciencia penal.

La antijuridicidad es en un primer plano, lo contrario - al Derecho. Pero, ¿qué es lo contrario al Derecho?; lo primero - que se nos ocurre es hacer una disertación filosófica sobre lo contrario al Derecho. Hablaríamos del ser y deber ser de las cosas, - del bien y el mal, de la virtud y el pecado, de lo justo y lo inju sto, etc. La filosofía del Derecho nos puede llevar por caminos - - realmente apasionantes en torno a estas ideas, sin embargo el concepto de antijuridicidad que nos ocupa, será tratado en estas páginas desde un punto de vista técnico. Esto es, como un elemento del delito. Dicho de otro modo, trataremos a la antijuridicidad como - el concepto que nace en un campo específico y objetivo: El Derecho Penal.

Por otra parte, veremos como los autores no se ponen de acuerdo al definir la naturaleza de la antijuridicidad o injusto, y es a partir de ese momento donde llegan a posiciones muy distintas entre sí; los que opinan que la antijuridicidad es sólo una, y los que sostienen que hay distintas clases de antijuridicidad.

Será una desordenada alabanza propia intentar dar a luz ideas revolucionarias en torno a estas cuestiones, sobre todo después de que muchos y muy notables Doctores del Derecho, han agotado el tema con elegancia y sabiduría jurídica.

Lo que este trabajo pretende, es simplemente presentar una investigación sobre los conceptos que actualmente estén en torno a uno de los elementos más importantes del delito.

No obstante lo anterior, en las conclusiones del presente estudio manifestaremos cuál es nuestra interpretación en torno al tema y el por qué de ella.

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

En Roma no existía el concepto positivo de la antijuridicidad, solo existía el concepto formal de la misma, o sea lo contrario al Derecho, pero ¿Qué es lo contrario al Derecho?, ellos no lo definieron. Además, siempre se ha considerado a los Romanos como juristas eminentemente prácticos, que pretendían un dinamismo en sus instituciones jurídicas sin llegar a consideraciones muy profundas.

Jiménez de Asúa nos dice: "No es posible que pretendamos encontrar en el derecho Romano una doctrina sobre lo antijurídico en su aspecto afirmativo, pero sí hallamos, conforme a un sistema que procura hasta nuestros días, la enunciación de los casos en que lo injusto está ausente. En el Derecho de Roma se encontraban varios de estos casos, como son: la legítima defensa, el estado de necesidad, el derecho de matar al ladrón nocturno y al adúltero sorprendido en flagrante delito. Debe advertirse también, que la naturaleza fundamental que puede asignarse a los casos expresamente considerados por los romanos, fue vacilante y hasta a menudo enfocada erróneamente por aquellos jurisconsultos que estimaron excluida, no

la antijuridicidad del acto, sino su culpabilidad, puesto que invocaban la ausencia del dolo requerido en los delitos a que esas causas afectaban. Lo mismo ocurre en el derecho Medioeval de Alemania y de Italia, así como en las Leyes de España". (1)

Como es de apreciarse, los juristas de aquellas épocas - no se habían ocupado de estudiar este concepto, lo que dió lugar a confusiones muy serias con la culpabilidad. Si en pleno siglo XX, donde se ha estudiado profundamente el concepto de injusto, han habido corrientes que prácticamente confunden lo injusto con la culpabilidad (Nacional Socialismo), con mayor razón en todas las épocas anteriores al último tercio del siglo XIX.

De este modo de concebir la antijuridicidad, lo encontramos en Ortolán, que sin conocerla, la siente, y su intuición jurídica lo lleva a acariciar el concepto sin darse cuenta. El habla de las "Causas de no culpabilidad penal", y las resume en cinco: La edad juvenil, la demencia, la legítima defensa y la orden de la ley con mandamiento de la autoridad legítima, y dice: "Comúnmente, se aplica a todas esas causas en un lenguaje usual, la calificación de hechos justificativos o causas de justificación". (2)

(1) "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Madrid, 1970, Tomo III, Página 963.

(2) "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Traducción de Melquíades Pérez Rivas, Madrid, Librería de Leocadio López, 1895, Página 83.

Pero hace una aclaración: "En efecto, justificar es en términos propios hacer justo; hay justificación cuando se ha demostrado que el acto es justo conforme a Derecho. Pues bien, eso es lo que sucede en los casos de la legítima defensa de orden de la ley con mandamiento de la autoridad legítima, porque entonces se ha demostrado que el agente tenía derecho para hacer lo que hizo, pero eso no sucede en los casos de edad juvenil, locura y violencia, donde no dan derecho a matar, de incendiar ni de ejecutar acto alguno perjudicial. La verdad es que falta alguna de las condiciones de la imputabilidad, a saber, la razón moral o la libertad. El acto no puede pues atribuirse al agente, no puede hacerse penalmente responsable". Así, nosotros distinguiremos: 1.- Las causas de la no imputabilidad, en número de tres a saber: la edad juvenil - desprovista de discernimiento, la demencia o falta de la razón y la violencia o falta de voluntad. 2.- Las causas de justificación, en número de dos a saber: la legítima defensa y la orden o precepto de la ley con el mandamiento de la autoridad judicial. Unas y otras son causas de no culpabilidad, expresión general que las comprende todas". (3)

Ortolán, maneja la idea de las causas que excluyen lo injusto con las causas que excluyen la imputabilidad y la culpabilidad, situación ésta que han repetido muchos códigos penales hasta hoy en día.

(3) "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Traducción de Melquiades Pérez Rivas, Madrid, Librería de Leocadio López, 1895.

El deslindar la antijuridicidad de la culpabilidad, empieza desde el momento en que "la legítima defensa fue la primera que a fines del siglo XVIII, se desliga de su unión con el homicidio y busca su propio sitio en la Parte General, como característica muestra de las causas de justificación en que la antijuridicidad está ausente, pero justo es decir que todavía en el Código Francés de 1810, ese instituto justificante sigue figurando entre los homicidios". (4)

El origen más antiguo del concepto lo encontramos en Bohemero (siglo XVIII), quien empieza a distinguir entre ilícito y culpabilidad, al menos en el caso del homicidio, diferenció entre la antijuridicidad y el dolo, deduciéndose claramente de su tesis donde la acción humana sólo será punible cuando sea antijurídica.

Como se puede apreciar de los párrafos anteriores, es muy poco lo establecido en torno a la antijuridicidad durante toda esta época. Será hasta principios del último tercio del siglo XIX, cuando en realidad se inicie la historia de la antijuridicidad.

Son los juristas alemanes los que comienzan a finales del siglo XIX la construcción del concepto positivo de la antijuridicidad.

(4) Jiménez de Asúa, Luis, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Buenos Aires, 1970, Tomo III, Pág. 963.

Es Adolfo Merkel, quien en 1867, encabeza este movimiento y pone las bases para la construcción positiva del concepto de la - antijuridicidad, en su obra "Kriminalistische Abhandlungen"; sin embargo, este autor no entra al fondo del estudio que nos ocupa, simplemente establece una pauta.

Rudolf Von Ihering, en su trabajo "Das Schuldmoment im - Römischen Privatrecht (el factor de culpa en el Derecho Privado Romano) de 1867, planteó la división entre antijuridicidad y culpabilidad, otorgándole, como dice Olga Islas, independencia como elemento específico del delito. (5). Esto es, concibió en todo momento la antijuridicidad con un sentido objetivo.

Será Carlos Binding (1872), quien en realidad se avoquó al estudio de lo injusto, convirtiéndose así, en punto de partida - básico en la historia del concepto. Jiménez de Asúa, expresa que es Binding "quien analizando los conceptos formales del delito y denunciando los errores cometidos por la dogmática de su tiempo, señala la naturaleza esencial del acto injusto y punible que consiste - en ser lo opuesto a la norma". (6)

Con estas ideas, Carlos Binding, dió el gran paso que llamó la atención de los demás juristas, e inició el estudio a fondo - del concepto de lo injusto, llegando después a convertirse, para mu

(5) "Revista de la Facultad de Derecho de México", Tomo XXI, No. - 120, Sep. Dic. 1981, Méx. D. F.

(6) "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Tomo III, Pág. 964.

chos, en la esencia del delito.

Pero continúa Jiménez de Asúa, diciendo que: "al concebir Binding el delito como violación de la norma, no sólo destaca el verdadero sentido jurídico de la infracción, sino que sitúa la antijuridicidad en el primer plano aunque él se presente como defensor de la antijuridicidad formal y subjetiva. La doctrina se quedó en las postrimerías del siglo XIX a mitad del camino. Es necesario penetrar en la centuria en que vivimos para que la obra que de completa". (7)

Serán juristas como Graf Zu Dohna, Sauer, Fischer, Max Ernst Mayer, Mezger, Franz Von Liszt, Wegner Heinitz, Meyer-Allfeld, Paul Merkel, Roberto Von Hippel, Stooss, R. Schmidt, etc., los que integrarán la corriente de la antijuridicidad en su sentido positivo.

Especial atención merece Max Ernst Mayer, quien a nuestro juicio, es el hombre que viene a coronar las ideas existentes en torno a la antijuridicidad. En 1903, Mayer publica su obra "Rechtsnormen und Kulturnormen", con la cual da las bases de su teoría de las "Normas de Cultura", las cuales fundamentan sólidamente a la teoría unificadora de la antijuridicidad y el concepto del injusto.

(7) "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Tomo III, Pág. 964.

Sin duda, Mayer le concede a la antijuridicidad una existencia que sobrepasa lo jurídico, pero que finalmente trasciende en éste. Las ideas de Mayer serán revisadas más adelante al comentar el concepto de la antijuridicidad.

La doctrina alemana supera con mucho a las doctrinas francesa e italiana, con excepción de Carrara, quien dijo, que el delito es la contradicción entre el hecho del hombre y el derecho. Serán autores como Vannini, en 1932 y Rocco, los que se ocupen un poco más de este tema.

Haciendo un paréntesis en este punto, es curioso observar, cómo los autores italianos no se ocupan al principio del estudio de la antijuridicidad, y cómo hoy en día la consideran la esencia misma del delito, en vez de verla, como característica propia.

Respecto a los franceses, es muy poco lo que se pueda decir, ya que la doctrina francesa prácticamente ha ignorado el estudio de estas cuestiones; quizás los únicos que se escapan un poco sean René Garraud y Emilio Durkheim, influenciados por Carlos Bin-dign.

Hay una nueva corriente entre los jóvenes juristas como Robert Vovin, que ya consideran a lo injusto como elemento del delito, pero lo ven aún en su aspecto negativo (lo que no tiene justifi-

cación es antijurídico). Sin embargo, esto ya es un buen principio.

Por su parte Mariano Jiménez Huerta, al referirse a la historia de la antijuridicidad nos dice: "Para que una conducta pueda considerarse delictiva, necesario es que lesione un bien jurídico y ofenda a los ideales valorativos de la comunidad." Surge así la antijuridicidad como el segundo elemento que reviste el delito. Según el parecer de Von Hippel, el conocimiento profundo de la naturaleza e importancia de la antijuridicidad como elemento conceptual del delito, es tan sólo conquista de la época reciente, ya que hasta el año 1870 no se destaca con claros perfiles. La antijuridicidad se ofrece así como un dato capaz de ser separado conceptualmente del hecho mismo, en cuanto constituye un plus y un quid espiritual que puede o no existir. No obstante esta afirmación, el propio Hippel reconoce que tanto el derecho penal romano-italiano como el germánico antiguo y el común, regulaban algunos casos singulares del derecho de matar, legítima defensa, estado de necesidad, etc. En el siglo XVIII Bohemero, implícitamente admite ser la antijuridicidad un elemento del delito, El primero brote del concepto en Italia, sitúase por Petrocelli (L'Antijuridicità, Parte, S. Padova, 1947) en Carrara. Se suele repetir con cierta insistencia, dice Petrocelli, que el concepto de antijuridicidad es fruto de una formulación del todo reciente, ignorada hasta hace pocos años por la doctrina italiana, la cual permanecía anclada en la bipartición tradi-

cional del delito en elemento objetivo y elemento subjetivo, sin mirar la antijuridicidad. Esta afirmación tiene que ser revisada, ya que la necesidad del tercer elemento fue notoriamente advertida por Carrara, pues cuando éste afirma que el delito es un 'ente jurídico que necesita para subsistir de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales, el conjunto de los cuales constituye su unidad, pero lo que completa su ser es la contradicción de esos elementos con la ley jurídica' (Programa, párrafo 35), no hace otra cosa que poner junto al elemento subjetivo al tercer elemento de la antijuridicidad. También Massari (IL momento ejecutivo del reato - P. 136, Nota) subraya, que la consideración del delito como hecho antijurídico se encuentra acogida en la notable definición de Carrara, para quien el delito es un ente jurídico constituido por la relación de contradicción entre la ley y el hecho del hombre. Asimismo, Maggiore observa, que el principio 'sin antijuridicidad no hay delito', fue ya advertido luminosamente por Carrara antes de que fuera investigado en la sistemática del delito por obra de los dogmáticos alemanes. Toda la teoría carrariana del delito como ente jurídico, agrega, está fundada sobre el concepto de la antijuridicidad". (B)

Por su parte Sergio Vela Treviño, al referirse también a la historia de la antijuridicidad comenta: "Fue hasta que Carrara lo apuntó en 1859, que se inició la verdadera construcción de un -

(B) "La Antijuridicidad", México, Imprenta Universitaria, 1952, - Pág. 9 a 11.

concepto de la antijuridicidad y de lo injusto; en Alemania, Adolfo Merkel puso en 1867 las bases para la conceptualización, pero fue en -- realidad Binding quien al concebir el delito como violación de la -- norma, no sólo destaca el verdadero sentido jurídico de la infrac -- ción, sino que sitúa la antijuridicidad en el primero plano". (9)

Así pues, los autores se ponen de acuerdo en que el padre de la antijuridicidad es Carrara, no obstante de reconocer que hubieron otros antecedentes que culminan con él. La corriente más -- fuerte que en este siglo se ha ocupado del estudio de la antijuridi -- ción es la escuela alemana.

Existen muchos autores más que se han ocupado en algún mo -- mento del estudio de la antijuridicidad. En el transcurso de esta tesis veremos el pensamiento de algunos de ellos.

(9) "Antijuridicidad y Justificación", Ed. Porrúa, México, 1976, - Pág. 8.

CAPITULO II

CONCEPTO DE LA ANTIJURIDICIDAD.

En la difícil construcción del concepto, el primer problema que se presenta es el de la voz o palabra que se emplea para designar a la antijuridicidad.

Veamos que nos dicen algunos autores al respecto:

Jiménez de Asúa expresa: "Binding, que trata del asunto más profundamente, cree que unrecht (injusto) es sólo no derecho y que lo antijurídico es ya un anti. Creemos con Mezger que si bien puede ser exacta la observación de Binding, debemos emplear indistintamente con carácter sinónimo tanto la voz injusto como la de antijurídico. Biagio Petrocelli dice que Antijuridicidad, ilicitud, injusto y entuerto se pueden usar indistintamente". (10)

Jiménez de Asúa, al igual que Mezger y Biagio Petrocelli emplean indistintamente los términos.

Lo mismo sucede con Mariano Jiménez Huerta, cuando hace referencia a las distintas voces:

(10) "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Tomo III, Pág. 960.

"Estas expresiones: antijuridicidad o injusto, se emplean actualmente como sinónimos. Algunos escritores se esforzaron por establecer entre las mismas, diferencias". (11)

Ahora veamos los autores que difieren de estas opiniones:

Welzel al ser citado por Jiménez de Asúa analiza lo siguiente:

"Mientras la antijuridicidad, como mera relación contradictoria entre el tipo realizado y las exigencias del derecho, es una y la misma para todo el Derecho; existen en las distintas esferas jurídicas especies diferentes de hechos típicos (materia de prohibición, y en consecuencia añade que en esto descansa la diferencia de los conceptos de antijuridicidad e injusto". (12)

Por su parte Sauer al ser citado por Jiménez Huerta, considera que injusto abarca la valoración y el hecho, y lo antijurídico sólo la valoración. (13)

Mayer considera una distinción que no tiene razón de ser al decir que se emplea la palabra injusto cuando nos referimos al -

(11) "La Antijuridicidad", México, Imprenta Universitaria, 1952, - ob. cit. Pág. 14.

(12) "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Tomo III, Pág. 960, - CFR. Hans Welzel, Compendio, 7a. Edición, Págs. 48-49.

(13) "La Antijuridicidad", México, Imprenta Universitaria, 1952, - Pág. 9 a 11.

Derecho Civil y Antijuricidad, cuando nos referimos al Derecho Penal. (14)

Creemos que el autor que sostiene con más energía la diferencia en las distintas voces, es Sergio Vela Treviño: "Nuestra idea en este aspecto terminológico, tan importante para claridad en la exposición subsecuente, es en el sentido de que tenemos que precisar en un primer aspecto, que hay una absoluta diferencia entre el concepto de antijuricidad o antijurídico, vocablos éstos los más empleados y lo justo o antijurídico. La antijuricidad o antijuricidad es una característica que corresponde a la conducta, lo que equivale a decir que es un adjetivo que califica al sustantivo que expresa desconformidad, que resulta entre la conducta y el orden jurídico general; lo antijurídico o injusto por otro lado, es precisamente el objeto valorado como antijurídico. De estas fijaciones surgen aspectos de relevante interés, como son la existencia de una sola antijuricidad, bajo una concepción unitaria que más adelante será estudiada como doctrina aceptables y una multiplicidad de injustos o conductas antijurídicas, tantos como campos del derecho existen". (15)

Vela Treviño, parte de esta diferenciación en los conceptos de antijuricidad e injusto, para exponer la idea de que sólo

(14) Idem.

(15) "Antijuricidad y Justificación", Ed. Porrúa, México, 1976, Pág. 7.

hay una antijuridicidad y muchos injustos, dependiendo del campo - del derecho donde el último nazca.

Welzel, Sauer y Vela Treviño, manejan los mismos conceptos para establecer la diferenciación entre ambas voces (antijuridicidad e injusto).

Pero no queda solamente la controversia entre las voces - antijuridicidad e injusto, para designar el concepto, sino que además otras corrientes han sumado las voces ilicitud y entuerto, lo - que hace caer en confusiones mucho más serias; tenemos el ejemplo de Kelsen, los ególogos argentinos y los italianos.

Jiménez de Asúa, opina que: "Actualmente los partidarios de Kelsen y, sobre todo los ególogos argentinos, al combatir la noción de lo antijurídico, destierran ese término y lo reemplazan por el de ilicitud. Desde mucho antes los italianos han empleado el - término lo ilícito para designar la antijuridicidad, y más adelante nos dice: "No dista mucho de este punto de vista el parecer de Carnelutti: frente al negocio jurídico, el delito pertenece al grupo de los actos ilícitos, cuya nota característica estriba en que - son violaciones de una obligación. El carácter del delito desde - este punto de vista es ilicitud. La doctrina moderna del Derecho - Penal gusta descomponer este carácter en dos momentos que llama antijuridicidad y culpabilidad. Aunque el término ilicitud se use como

hemos dicho, por los italianos y por los ególogos argentinos, acaso con distintos designios en unos y otros, nos vemos precisados a rechazar aquel vocablo. Lejos de precisar más la idea, la diluye en un contenido vasto e impreciso. La ilicitud significa más que lo - antijurídico, lo ilícito es lo opuesto a la moral y también al derecho), y puesto que el círculo ético es de mayor radio que el jurídico, al decir acto ilícito, en vez de acto antijurídico, lejos de - aproximarnos a un lenguaje exacto propio del jurista, nos desviamos a él y caemos en la imprecisión de hablar corriente". (16)

Algunos italianos como Carnelutti, al igual que cierta corriente argentina, han empleado una expresión más imprecisa que la de "lo ilícito", y que es, "el entuerto" o torto; definitivamente - torto o entuerto es de todas las voces la menos indicada.

Las opiniones arriba expresadas las podríamos agrupar de la siguiente manera: Los que hablan de antijuridicidad e injusto - de un lado, y los que hablan de ilícito del otro. La diferencia de opiniones radica, a nuestro juicio, en que ambas posturas tienen - una distinta concepción del delito; los primeros piensan que el delito es la violación o puesta en peligro de los bienes jurídicos - que protege el orden jurídico general, en tanto que los defienden - la voz de ilícitud, lo hacen porque consideran que el delito es un ac

(16) "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Tomo III, Pág. 962 y 963.

to ilícito en sí mismo, y el carácter de ilicitud está dado por la misma ley, olvidando si hay o no violación o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos.

Más adelante estas ideas serán retomadas con mayor profundidad.

Ahora bien, los que toman los conceptos de antijuridicidad e injusto a su vez se dividen en dos grupos:

- a) los que piensan que antijuridicidad e injusto son la misma cosa y,
- b) los que piensan que expresan cosas distintas.

QUE ES LA ANTIJURIDICIDAD.

Con el fin de no perdernos en la exposición, debo aclarar que en camino para llegar al concepto de la antijuridicidad hay varias corrientes de pensamiento. Los que consideran que sólo hay una antijuridicidad y los que consideran que hay muchas antijuridicidades, teoría unificadora y teoría deversificadora respectivamente. Hago esta aclaración ya que al tratar de construir el concepto de la antijuridicidad se forman estos dos grupos.

Jiménez de Asúa habla de que a la antijuridicidad se le debe dar un concepto valorativo y dice: "El tipo de la descripción; la antijuridicidad la estimativa del acto" (17) (juicio objetivo de valoración), empieza por citar diversos autores con el fin de encontrar el concepto o "fórmula valorativa" de la antijuridicidad; cuando habla de Carlos Binding dice lo siguiente: "Carlos Binding (alemán) en 1872 comenzó su obra DIE NORMEN UND IHRE UBER-TRETUNG, con la siguiente afirmación: 'El delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal'. ¿Qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro?, estar de acuerdo con el artículo pertinente de un código penal; - no se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la - conveniencia y el ordenamiento jurídico, se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. No matarás es una norma del - decálogo el que mata quebranta la norma, mas no la ley. Por eso - dice Binding que 'la norma crea lo antijurídico, la ley crea la - acción punible', dicho de otra forma la norma valoriza, la ley des - cribe". (18) Luego entonces el bien jurídico está protegido por la norma. El delito ataca al bien jurídico y a la norma, pero a pesar de ser un gran adelanto técnico deja sin contestar una pre - gunta ¿Qué es la norma?, "La norma queda flotando en una vaga zona extra o supra legal". (19)

(17) "La Ley y el Delito", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1978, - Pág. 273.

(18) La ley y el Delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1978, - - Pág. 274.

(19) Idem.

Binding, a: decir que lo antijurídico es lo contrario a - las normas, normas que son más amplias que las jurídicas, está reco - nociendo que el derecho solamente tiene una función reguladora y - protectora, más no constitutiva.

Es de reconocer que el derecho sanciona lo antijurídico - no por ser su capricho, sino porque así lo manda la norma. Norma - que le da valor a las cosas. El problema es, que no especifica a - qué normas se refiere. Binding no llega más lejos, pero Alejandro Graf Zu Dohna va más adelante y dice que las normas o institutos - jurídicos no se agotan en sí mismos, sino que son medios para la - consecución de fines, fines que deben ser justos, o sea que el cum - plir con las normas jurídicas o institutos jurídicos es cumplir con un medio justo para llegar a un fin justo, de manera que el que no cumpla con esto cae en el concepto de la conducta injusta y por tan - to antijurídica. Considero que Graf Zu Dohna es un buen antecedente del finalismo. (20)

Pero se pregunta el autor alemán cuáles son esos fines - justos y cuáles son los medios justos, y dice: "La misión del Dere - cho consiste en regular la vida social en común de los miembros del cuerpo social; por tanto, una norma corresponde a su determinación (finalidad) de ser medio justo para cumplir un fin justo cuando ofre

(20) Citado por Jiménez de Asúa, La ley y el Delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1978, Pág. 275.

ce un manejo (aplicación) adecuado para la adecuada regulación de la vida social común, esta última (la vida social etc.), a su vez encuentra sus condiciones de existencia en el último hecho de que cada individuo elija fines objetivamente justificados y aplique los medios adecuados a su consecución". (21)

La tesis de Graf Zu Dohna, se expresa así: "La característica surge unas veces recibida de modo expreso en los tipos del Código Penal de Reich, otras veces tácitamente presupuesta, y por tanto debiendo añadirse al tipo que no la expresa, ha de entenderse en el sentido de que con ella debe caracterizarse una conducta que contradice a la idea del Derecho, a la máxima para la conducta justa, conducta que por tanto no puede ser pensada como medio justo para el fin justo". Más adelante nos dice: "Llegamos al resultado siguiente: En sentido de nuestra legislación del Reich, una conducta antijurídica es ante todo una conducta que no puede ser reconocida como medio justo para el fin justo; una condición ulterior de la antijuridicidad constituye una aclaración de Derecho Positivo". (22) Esto es la declaración que debe hacer el orden jurídico de lo que es antijurídico.

A pesar del gran esfuerzo hecho por Graf Zu Dohna, como se observa en los párrafos transcritos, el gran problema de la antijuridicidad queda sin adecuada solución.

(21) Idem.

(22) La ley y el Delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1978, Pág. 275.

Por otra parte, el pensamiento de Franz Von Liszt se desenvuelve así: "La antijuridicidad material significa una conducta contraria a la sociedad y por eso sería conforme a la norma, toda conducta que responda a los fines del orden público y por tanto a la misma conveniencia humana". (23) Advertimos que esto es un gran paso hacia la solución.

La mayor parte de los autores consideran que el paso final hacia nuestro concepto positivo de la antijuridicidad lo dió en 1903, Max Ernest Mayer, con su doctrina de las normas de cultura, quien según Jiménez de Asúa, llega a la siguiente conclusión: "El orden jurídico es un orden de cultura y como infracción de las normas de cultura concibe lo antijurídico. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. Es antijurídico aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el estado. Se debe repetir una vez más que para fundamentar el orden jurídico y no para suplantarlo es preciso retrotraer la teoría hasta aquel complejo de normas jurídicas de las que se obtiene el derecho". (24)

Con Mayer culmina la idea de que la antijuridicidad es única, ya que existe en un mundo anterior al Derecho; y que al nacer en el mundo jurídico y dependiendo del lugar en que haya nacido

(23) Idem.

(24) Citado por Jiménez de Asúa, Luis, La ley y el Delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1978, Pág. 278.

(Derecho Civil, Penal, Fiscal, etc.), se podrá hablar de los distintos injustos (civil, penal, fiscal, etc.)

Estas ideas de Mayer son fielmente respetadas por Jiménez de Asúa, quien las defiende de sus opositores así: "Binding, Nagler, Fischer, etc., en Alemania, Emilio González López en España y Soler en la Argentina, todos ellos que profesan del orden jurídico un celoso concepto de pureza legalista, rechazan con verbo encendido esa concepción de Mayer, que denominan extra jurídica por --- creer que es intolerable la intrusión de las normas de cultura en el orden del Derecho. Los defensores de la doctrina Mayeriana empezamos por oponernos a que se denomine extra jurídica esa tesis. Lo dice Mayer que no suplanta sino que fundamenta el orden jurídico".

(25)

Podemos decir que el iniciador de la teoría unificadora de la antijuricidad, es Binding (aunque él no lo supo), la que culmina con Mayer y su teoría de las normas de cultura que son las que le dan unidad a la antijuricidad.

Pero en torno a las ideas de Mayer y la teoría unificadora veamos algunas opiniones más.

(25) "La ley y el Delito", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1978, - Pág. 278.

Sergio Vela Treviño, está de acuerdo con Mayer y agrega - que "se han precisado tres aspectos que son esenciales para la de - terminación de la antijuricidad bajo una concepción unitaria: la - existencia de un orden jurídico general, la sumisión a ese orden y la determinación de la conformidad o inconformidad entre el orden - jurídico y un sujeto actuante". (26)

ORDEN JURIDICO - - - - - Lo respaldan el patrimonio -
cultura o normas de cultura.

Conformidad o inconformidad - - - - - Sólo el juez competente pue -
entre el orden jurídico y - de determinarlo.
el sujeto actuante. (determinación de la antiju -
ridicidad).

Raúl Carranca y Trujillo, al igual que Vela Treviño, - defiende la teoría de Mayer y nos habla de las normas de cultura y la unidad de la antijuricidad. En virtud de la clara exposición que hace Carranca, transcribimos varios párrafos de su obra "Dere - cho Penal Mexicano":

"Las (normas) culturales expresan el deber ser por fuerza

(26) Antijuricidad y Justificación, Ed. Porrúa, México, 1976, - Pág. 52.

de la necesidad moral y tan sólo aspira a la permanencia, pues el hombre puede dejar de someterse a su imperio se inspiran tan sólo en una cierta valoración de la conducta humana son reglas de conducta denominadas 'Normas', para deferenciales de la leyes físicas su finalidad específica es como dice Stammler, 'la comunidad de hombres libres', y son obligatorias por exigencia de la vida en sociedad humana. Tales son las normas de cultura: Entendemos que la antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el estado. Cuando decimos oposición a las normas no nos referimos a la Ley. Nos referimos a las normas de cultura, o sea aquellas órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses (M.E. Mayer). Cuando estas normas de cultura son reconocidas por el estado la oposición a ellas constituye lo antijurídico. Como expresa Mezger, las leyes, emanación positiva del Derecho, sólo son posibles con arreglo a determinados presupuestos que constituyen el total complejo de la cultura. Las normas de cultura son por tanto, los principios esenciales de la convivencia social regulados por el Derecho como expresión de una cultura. Entendido el delito como disvalor jurídico, la conducta humana no significa oposición o infracción a la Ley positiva, ya que ésta ni manda ni prohíbe. En el articulado del Código Penal encontramos preceptos y sanciones, no órdenes ni prohibiciones. En el fondo o debajo, o por encima del precepto, está la norma de cultura de que el precepto se nutre y con el que se vivifica. La norma 'no matarás' del Decálogo se halla subsumida en el -

art. 302 c.p. 1931 del Distrito: 'Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro'. Este precepto ni ordena ni prohíbe - la conducta humana causal de un homicidio no lo infringe, lo que infringe o viola es la norma de cultura inmersa en el precepto, el - 'no matarás'. La norma como la raíz del árbol, no se ve, pero sin ella que lo alimenta no existiría el precepto, como sin la raíz el árbol. Cuando la norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento jurídico, se hace posible la antijuridicidad, o sea la violación y oposición o negación de la norma. La norma crea lo antijurídico, la ley el delito. La ley, hija de un estado de hecho, expone Jiménez de Asúa, -- tiene un telos y valora fines, nace de una serie de hechos y por ello tiene una base fáctica. Supone un estado de cultura que la norma dirige y encauza, siendo ésta su base - axiológica. Frente al ser, a la realidad como proposición normativa, frente a la realidad de la vida, las normas de cultura imponen el deber ser por medio del Derecho y por medio del Derecho Penal imponen la sanción para quien las viola. No es por eso, el Derecho Penal reparador (no puede devolver la vida al que ha sido muerto en delito de homicidio) sino sancionador, y para sancionar una conducta se la somete a un juicio de valor, a una valoración, o sea al juicio que se propone definir si es antijurídica, por ser la antijuridicidad oposición a las normas de cultura, no puede ser más que una, pero toda vez que las reglas de conducta están recogidas en el Derecho con sus varias especialidades, puede hablarse de una antijuridicidad en la especie penal, lo mismo que en otras. En aten-

ción a ello Welzel entiende que la 'antijuridicidad' es la relación de discordancia entre una acción y un concreto orden jurídico, lo que es válido para todo el orden jurídico mientras que la acción - misma valorada como contraria al Derecho, constituye el 'injusto'".
(27)

Con el profundo comentario de Carrancá, quien es partidario de Mayer, tenemos pues el concepto positivo de la antijuricidad, consistente en la oposición a las normas de cultura reconocidas por el estado, ésta es la corriente unificadora de la antijuricidad; aún cuando no todos piensan igual.

Existen los partidarios de la corriente que considera a la antijuricidad como esencia misma del delito y en consecuencia, - su concepto de antijuricidad será lo expresamente consignado en el tipo penal, o sea lo contrario a la norma penal; esta es la corriente diversificadora de la antijuricidad. Es diversificadora, porque al considerar lo injusto como lo contrario a la norma penal o a la norma civil, o a la fiscal, pues habla de varias antijuricidades o injustos, esto implica serias consideraciones entre tipo y antijuricidad que más adelante veremos.

De esta corriente diversificadora Eugenio Cuello Calón - es un exponente y nos dice: "La antijuridicidad es el aspecto más

(27) Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 1972, México, Págs. 213 y 214.

relevante del delito, de tal importancia que para algunos no es un mero carácter o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza. 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 existente entre la conducta humana y la norma penal, juicio que sólo recae sobre la acción realizada excluyendo toda valoración de índice subjetiva, por lo cual la antijuridicidad tiene carácter objetivo". (28)

Los italianos también consideran la diversificación de la antijuridicidad en virtud de que hablan de distintas clases de "ilícitos" (civil, penal, fiscal, etc.), dependiendo de cual sea la clase de antijuridicidad (civil, penal, fiscal). Rocco dice: "Pero ni la antijuridicidad, ni la punibilidad de la acción, son elementos generales constitutivos del delito, sino la esencia o la naturaleza del delito en sí mismo considerado. El delito es pues un acto penalmente antijurídico, un ilícito del derecho penal, entuerto jurídico penal, o lo que es igual, como ya lo hizo notar Carrara, una infracción de la Ley Penal". (29)

Por su parte Carnelutti, nos habla de lo que en su concepto es el ilícito penal: "El hecho de ser el delito un acto ilícito,

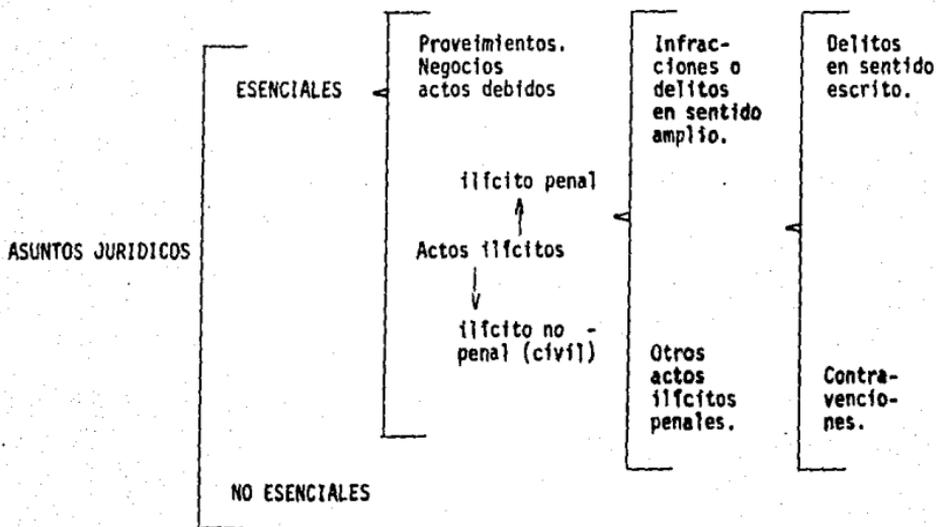
(28) "Derecho Penal", Tomo I, Parte General, Barcelona, 1968, - - Pág. 342.

(29) Blasco y Fdr. de Moreda, "Criminalia", Revista de Ciencias Penales Año IX, No. 7, marzo 1943, México, D. F. Pág. 438.

significa que constituye una variedad de esta especie. Todo delito representa un acto ilícito, pero no todos los actos ilícitos son delitos; por esto, no sólo se contraponen al delito los actos debidos por una parte, sino también por otra los actos ilícitos no delictivos. Por aludir brevemente a esta antítesis, hablamos de los actos ilícitos penales y los actos ilícitos civiles. La fórmula descubre la causa de la distinción. El carácter penal de lo ilícito, esto es, el carácter de delito, deriva de la calidad de la sanción que castiga el mismo acto; en otros términos la distinción entre acto ilícito civil y penal se refiere a la diferencia entre la sanción civil y la penal. Serfa vano, por el contrario, buscar el carácter jurídico y por lo mismo el formal, del delito en la calidad de la norma, además de la sanción. El conocido intento de construir el delito como la violación del derecho a la obediencia, y por lo tanto, de encontrar su fundamento en la naturaleza del precepto violado se deduce de la simple observación de ser la obediencia el cumplimiento del precepto y no su contenido; la ley no manda obedecer, sino un determinado comportamiento; ya que obedecer es el reverso de mandar, la orden de obedecer, y por esto la obligación de obedecer, lo mismo que el derecho de matar, no son más que un paralogsimo, pues no es la diversidad de la norma sino la de la sanción, la que distingue el delito de los demás actos ilícitos. Pero la distinción no podría ser formulada en el sentido de que sea penal lo ilícito reprimido con la pena y civil lo ilícito objeto de otras sanciones, a las cuales, como diversas de la pena, se da el

nombre de sanciones civiles. Semejante formulación sería engañosa por dos razones: ante todo, porque si únicamente al delito se refiere la pena, también se dictan contra él mismo sanciones civiles, en segundo lugar, porque en nuestro ordenamiento jurídico hay una sanción civil que probablemente sólo actúa contra lo penalmente ilícito: La distinción debe ser por lo tanto, propuesta de este modo: hay ilicitud civil cuando el acto está castigado con sanciones diversas de la pena, viceversa, habrá ilicitud penal cuando también se aplica contra ella la pena". (30)

Para Carnelutti la clasificación del delito entre los actos jurídicos, puede resumirse en la siguiente tabla sinóptica:



(30) "Teoría General del Delito" Trad. de Víctor Corce, Ed. Revista de Derecho Privada, Madrid, 1952, Págs. 26 a 29.

Consideramos que esta forma de distinguir la ilicitud civil de la penal, en función de la pena es muy simplista y desesperada.

Este es el error de Carnelutti; querer encontrar muchas - ilicitudes o antijuridicidades, cuando solo hay una, todo a partir de un concepto falso al que llaman ilícito. En el fondo de las ideas de Carnelutti se encuentran las ideas kelsenianas respecto a lo que es el delito y en consecuencia lo que es el injusto. Kelsen es el ejemplo más claro de como se le niega a la antijuricidad su carácter de desvalor, para refugiarse solamente en el capricho exclusivo de la ley misma. Es antijurídico lo que la ley requiere que sea y nada más.

Mariano Jiménez Huerta, al referirse a esta actitud formalista de algunos estudiosos, hace referencia a Hans Kelsen, quien - indudablemente pretende excluir todo factor humano o social de los conceptos e instituciones jurídicas, incluyendo el acto antijurídico:

"Niega Kelsen (Teoría General del Derecho y del Estado, - trad. de García Máynez, 1950, pág. 55) a lo antijurídico su cualidad de desvalor, según los principios de su teoría pura del Derecho, considera que el acto antijurídico no es una violación del derecho,

lo contrario del derecho o la negación del derecho, sino una condición que la ley establece para la aplicación de la sanción, lo mismo que por ejemplo, la celebración de un contrato, su incumplimiento por alguna de las partes y el ejercicio de la correspondiente acción judicial. Esta posición es, a nuestro juicio, inaceptable, ya que implica una construcción formalista divorciada totalmente de los ideales y valores sobre los que descansa la vida social. Certe ramente subraya Eduardo Pallares (El derecho deshumanizado 1944, - Méx. p. 18) que las doctrinas kelsenianas conducen a la deshumanización del derecho, pues ese dar de espaldas a la sociología y a la historia, ese elaborar con un priorismo racionalista que no quiere hacer ninguna concesión al empirismo, forzosamente ha de conducir a una sistemática formalista y a un concepto del derecho deshumanizado, falta de savia, en cierto modo esquelético". (31)

Esta corriente diversificadora de la antijuricidad, consecuentemente considera, ya en el campo penal, que siempre es antijurídica la conducta típica; ellos consideran a la antijuricidad, como el tipo mismo, que es la esencia del delito. A la corriente diversificadora no le importan los intereses jurídicamente protegidos, sólo le importa la violación a la norma; cosa absurda, ya que los intereses protegidos son la razón de ser de la norma.

Sergio Vela Treviño al igual que Jiménez Huerta, refuta -

(31) "La Antijuricidad", México, Imprenta Universitaria, 1952, - Pág. 13.

estas concepciones kelsenianas de la antijuridicidad y dice que siguiendo las ideas de Kelsen, bastaría la sola contradicción entre el hecho y el tipo para que existiera la antijuridicidad. "Uno de los fundamentos que se ha pretendido encontrar para negar a la antijuridicidad el carácter de elemento del delito, al decir de Frías Caballero, es el que considera que la conducta es antijurídica precisamente por ser típica. Esta idea se basa en postulados de Kelsen y es seguida en Argentina por los destacados ególogos Laureano Landaburu y Carlos Cossio. La tipicidad y la antijuridicidad utilizados como sinónimos, se convierten en la condición o antecedente del hecho consecuente que es la conducta, o norma primaria a la manera de Kelsen, que así se torna en la norma necesaria como condición de la pena. La antijuridicidad en esa forma kelseniana, se convierte en un concepto puramente formal y bastaría para que una conducta fuera antijurídica que quedará satisfecha la contrariación hecho - norma, refiriendo la norma al tipo legal de que se trata, ya que el contenido valorativo de la conducta carecía de sentido si con la conducta se satisfacía la condición o antecedente para la ejecución en forma de reacción de la previsión del derecho, o sea de la norma". (32) No obstante todo lo expuesto por la teoría diversificadora, consideramos que la corriente más fuerte es la de la corriente unificadora de la antijuridicidad, que considera al injusto como la violación a las normas de cultura reconocidas por el estado.

(32) "Antijuridicidad y Justificación". Ed. Porrúa, México, 1976, Pág. 21.

CAPITULO III

CARACTERISTICAS DE LA ANTIJURIDICIDAD.

FORMAL Y MATERIAL

En el capítulo anterior, analizamos las distintas opiniones de los juristas que tratan de definir la antijuricidad; la mayoría considera que es una transgresión a las normas de cultura debidamente reconocidas por el estado, esto es, las normas culturales que están consagradas en una ley. De manera que una norma de cultura que no esté debidamente reconocida por la ley (penal) no será materia de obediencia y en consecuencia no será antijurídica su violación.

Ahora bien, en este capítulo estudiaremos distintas características que deben de tener las conductas que van en contra de las normas de cultura reconocidas por el estado.

a) La antijuricidad formal y material:

Se ha considerado por muchos penalistas desde la época de Liszt, que la antijuricidad es de dos clases; formal y material.

Se habla de antijuricidad formal, cuando la conducta se

opone a la norma penal, o sea cuando la conducta se opone a la ley del Estado.

Por otra parte se considera antijuridicidad material cuando la conducta afecta o pone en peligro, a los intereses jurídicamente protegidos por la ley. Dichos intereses son todos los medios que la sociedad necesita para vivir en armonía y que cada individuo necesita para lograr sus fines temporales y trascendentales. Esta armonía significa que todos los derechos y obligaciones de los hombres sean debidamente respetados y cumplidos.

Veamos que dicen varios autores sobre este tema:

Ignacio Villalobos opina que la antijuridicidad formal es la que se opone a la ley del estado y que la material es la que afecta los intereses protegidos por dicha ley (la ley del estado). Considera que la antijuridicidad formal, no excluye a la material; sino que generalmente van unidas y que de acuerdo a su naturaleza y denominación una es la forma y la otra el contenido de una misma cosa. Agrega que en la vida práctica toda sociedad necesita organizarse formalmente, para precisar las normas naturales y culturales. (33)

(33) Derecho Penal Mexicano, Parte General, Ed. Porrúa, S. A. - - México, 1960, Pág. 249.

Biagio Petrocelli por su parte, al tratar el asunto de la antijuridicidad formal y material, expresa: "El contraste entre tendencias formalistas y substancialistas en el campo del derecho penal tuvo una manifestación culminante con la formulación del concepto de una llamada antijuridicidad material, en contraposición a la formal. Según Liszt, la valoración reprobatoria de la acción sería doble; por una lado la acción es formalmente antijurídica, por otro es materialmente antijurídica. La acción es formalmente antijurídica en cuanto la violación de una norma, de un mandato o prohibición del orden jurídico; es materialmente antijurídica en cuanto ataca a los intereses del individuo, de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas, en cuanto lesión o el poner en peligro un interés jurídico". (34)

Petrocelli, nos habla del por qué Liszt hace esa distinción entre acción formal y materialmente antijurídica, al tratar de justificar la previa antisocialidad de las conductas, al mandato del legislador penal (Ley Penal):

"Liszt parece querer atribuir un significado diverso y autónomo a las dos categorías cuando afirma que el contenido material (antisocial) de la acción es independiente de la valoración hecha por el legislador. El contenido material no es creado por la

(34) "La antijuridicidad", traducción de José L. Pérez Hdz. UNAM - 1963, Pág. 79.

norma jurídica, sino que se presenta a ella. La antisocialidad o -socialidad de una acción, debfa decir después Rocco, preexiste al -juicio formulado por el legislador penal respectivamente de la una y de la otra. El legislador en consecuencia no crea la antisociali-dad". (35)

Consideramos que lo que Liszt decía, era cierto, las con-ductas antisociales preexisten a la valoración del legislador penal. Pero creemos que no es válida la conclusión de Liszt, al decir que como la conducta antisocial (antijuridicidad material) es anterior a la valoración del legislador y consecuentemente a la Ley (antiju-ridicidad formal), luego entonces se habla de dos antijuridicidades. La material primero y la formal después.

Petrocelli al criticar los motivos de Liszt para hablar de antijuridicidad formal y material, hace las siguientes conside-raciones:

"En primer término es preciso observar para ser más exac-tos, que lo que preexiste no es la antisocialidad en sí, sino una -valoración social del carácter dañoso o no de la acción y, conse- -cuentemente no una realidad natural, sino, si acaso, otro juicio -de valor. Además, cuando existe este juicio es variable en rela- -ción con la misma acción, según los tiempos y lugares, y en los mis

(35) Idem, Pág. 80.

mos tiempos y lugares, según las diversas orientaciones de la conciencia social. Pero hay algo más, esta valoración social puede incluso no presentarse sólo en tiempos normales y en el tranquilo desarrollo de comunes exigencias sociales, el juicio legislativo puede constituir el efecto y la maduración de un juicio social. El juicio del legislador es, por otro lado, decisivo para restablecer además de la existencia del ilícito, su diversa gravedad". (36)

Petrocelli, considera que la distinción entre antijuridicidad formal y material es ociosa y no existe, ya que finalmente sólo será antijurídica la conducta antisocial que esté reconocida por el legislador, y el Juez sólo aplicará ésta y no otras conductas antisociales (materiales), no legisladas.

Mariano Jiménez Huerta, por su parte, opina respecto a la antijuridicidad formal y material:

"Se discute de consumo si lo antijurídico es simplemente la formal contradicción a la norma, o si por el contrario, esta simple y formal contradicción es insuficiente para integrar su verdadera esencia, habida cuenta de que lo que en verdad, juega en orden a la fijación del concepto, es la comprobación de que la conducta enjuiciada constituye una real y efectiva ofensa a los intereses

(36) "La Antijuridicidad", traducción José L. Pérez Hdz., UNAM - 1963, Pág. 80.

tutelados por la norma. Esta diversa manera de contemplar la cuestión ha dado lugar desde la época de Liszt, a una concepción dualista de la antijuricidad que en puridad, carece de razón y de sentido, pues trata de escindir en dos partes diversas, lo que no es más que aspectos distintos y parciales de un mismo concepto. La distinción entre antijuricidad formal y material se encuentra por vez primera en Liszt, quien considera que la reprobación jurídica que recae sobre el acto es doble: 1º.- El acto es formalmente contrario al derecho, en tanto que es trasgresión de una norma establecida por el estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico; y 2º.- El acto es materialmente ilegal en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial). Están a favor de esto Hippeí, Florian, Rocco, Maggiorè. Están en contra Beling, Nagler, Heinitz, Mezguer, Antolisei, Bettioi, Ranieri, Petrocelli, Moro y Jiménez de Asúa. Lo antijurídico es pues, un concepto integral e inescindible, resulta totalmente falsa la concepción dualista que frente a una antijuricidad formal, sitúa otra material o substancial. Un hecho es antijurídico dice Bettioi, porque contradice aquel particular bien que la norma tutela. Una concepción teológica de la antijuricidad se presenta como una síntesis de la concepción formal y la substancial, y siempre reviste carácter unitario. Ya Beling había subrayado que en toda antijuricidad están unidas la forma y la materia. Heinitz tiene también afirmado que fundamentalmente existe una sola antijuricidad determinada por el

sistema jurídico, la unidad indisoluble de forma y substancia, de forma y materia, es asimismo defendida por Petrocelli, Antolisei y Nuvoione". (37)

Consideramos, igual que las opiniones anteriores, que no es posible separar lo formal de lo material, uno vive del otro. - No trasciende la antijuridicidad material sin la formal, y al re - vérs, no podrá existir la antijuridicidad formal (tipo) sin una antijuridicidad material (conducta antisocial).

Hecha la aclaración de que no podemos separar a la antijuridicidad en formal y material, hablaremos pues, sólo de ellas - como características de la misma.

Al respecto de la característica de formalidad, Cuello - Calón dice que la antijuridicidad formal es una consecuencia del - principio de legalidad dominante en legislaciones criminales - - - "... donde aquél rija la determinación de lo antijurídico se hará sobre la base de la antijuridicidad formal. Solo cuando el criterio del legislador perdiera vigor prevalecería la antijuridicidad material. Así sucedió en Alemania donde el principio de legalidad sufrió enorme quebranto por la reforma de su Código Penal por la - Ley de 28 de junio de 1935, hoy anulada, que introdujo como fuentes

(37) "La Antijuridicidad", México, Imprenta Universitaria, 1952, Pág. 30.

de derecho 'El Sano Sentimiento Popular' y la analogía. La orientación del derecho penal alemán en formación en los años que inmediatamente precedieron a la última guerra tendía a una antijuridicidad material fundada sobre la estimación del sano sentimiento popular". (38).

Luis Jiménez de Asúa, comenta al respecto: "Fue el nacionalismo quien elevó a la máxima escala esa integración de lo injusto y lo culpable, tratando de hallar sin embargo, en una nueva norma de cultura, la noción de lo antijurídico. Hans Frank, el director de justicia del tercer Reich, dijo que la antijuridicidad consistía en la transgresión de las normas de vida establecidas por el Partido Nacionalsocialista-Raza: Suelo, Trabajo, Imperio y Honor, que encarnan en la sana conciencia popular y que la ley penal secunda y protege. Ahora bien, al querer mediante esas nociones normativas, atrapar la voluntad criminal que se opone a ellas, borróse todo límite entre la antijuridicidad y culpabilidad". (39).

Mariano Jiménez Huerta, continúa su exposición respecto de la antijuridicidad formal: "Tan íntima relación tiene el elemento de la antijuridicidad, como carácter fundamental del delito, con la máxima nullum crimen sine lege que correlativa a ésta, podría -- formularse otra así concebida: no hay antijuridicidad penal sin ley penal". (40)

(38) "Derecho Penal", Tomo I, Parte General, Barcelona, 1968, Pág. 345.

(39) "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, Tomo III, Pág. 1022.

(40) "La Antijuridicidad", México, Imprenta Universitaria, 1952, - Pág. 32.

Por tanto, la adecuación del hecho al tipo (tipicidad), - es el modo de exteriorización o manifestación de su antijuridicidad; la tipicidad es el indicio más importante de la antijuridicidad. - Cuando la ley declare punible un hecho sólo establece una presunción de antijuridicidad contra la que puede existir la prueba en contrario de la concurrencia de una causa de justificación.

Raúl Carrancá y Trujillo opina: "... La acción ha de encajar dentro de la figura de delito creada por la norma penal positiva, pues de lo contrario al faltar el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal, que lo es la tipicidad penal, dicha acción no constituiría delito. Por esto puede decirse asimismo que la antijuridicidad es elemento constitutivo del delito pero no lo es del tipo; es ratio cognoscendi éste de aquella como el humo del fuego (Mayer), pero sin que se confunda con ella por no ser su ratio essendi". (41)

Creo que la mayoría de los autores están de acuerdo en que la tipicidad es un elemento indispensable e inicial en un orden lógico para que podamos hablar de la antijuridicidad, pero esto no significa que ambos (tipicidad y antijuridicidad), sean la misma esencia indisoluble. Weizel comparte esta misma idea en torno a la diferencia entre ambas.

(41) "Derecho Penal Mexicano", Ed. Porrúa, 1972, Pág. 214.

Sin embargo, hay opiniones en contrario que consideran - que la conducta es antijurídica, precisamente por ser típica. Esta idea se basa en postulados de Kelsen y es seguida en Argentina por los ególogos Lauriano Landaburu y Carlos Cossio. (42)

Existen algunas corrientes modernas que piensan lo mismo, igual sucede con Sauer y Arnoldo García Iturbe, al atacar a Welzel cuando se refieren a que la conducta típica siempre es antijurídica. (43).

Rocco por su parte, considera que son la misma o idéntica cosa la denominada conformidad al tipo y la antijuricidad o ilicitud jurídica de la acción.

Vela Treviño repudia la idea de que tipo y antijuricidad sean lo mismo; al respecto nos dice: "La tipicidad y la antijuricidad utilizados como sinónimos, se convierten en la condición o antecedente del hecho consecuente que es la conducta, o norma primaria a la manera de Kelsen, que así se torna en la norma necesaria como condición de la pena. -Vela refuta esta concepción kelseniana de la antijuricidad y dice que- la antijuricidad en esa forma kelseniana, se convierte en un concepto puramente formal y bastaría para que una conducta fuera antijurídica que quedara sa-

(42) Vela Treviño, "Antijuricidad y Justificación", Ed. Porrúa, México, 1976, Pág. 21.

(43) García Iturbe Arnoldo, "Relación Criminológica", año 2, No. 2. 1969, Valencia, Venezuela, Pág. 25.

tisfecha la contrariación hecho-norma, refiriendo la norma al tipo legal de que se trata. Si se toma en consideración que la antijuridicidad es valorada doblemente, tenemos que aceptar que la simple contrariación formal (Kelsen) es insuficiente para la existencia - del delito, por lo que se refiere a la antijuridicidad. En efecto, cuando el legislador crea los tipos, lo hace por medio de una valoración general y abstracta, por lo que se considera que las conductas que como típicas describe en forma hipotética son contrarias al Derecho y deben ser punibles. La segunda valoración corre a cargo del juzgador, cuando tiene que resolver si en un caso particular y concreto que es de su conocimiento, quedó satisfecha la antijuridicidad prevista por el legislador al acuñar el tipo de que se trata..." (44)

Veamos ahora el criterio de nuestra Suprema Corte de Justicia en relación con este punto.

"ILICITO CIVIL E ILICITO PENAL.- Aunque normalmente se habla de ilícito civil e ilícito penal, lo cierto es que la antijuridicidad de un hecho se precisa cuando a través de un juicio de apreciación objetiva, se concluye teniéndolo como contrario a las normas o lesivo a los bienes tutelados por el derecho; de ahí que se afirme que el campo de la antijuridicidad es sólo uno y que es impropio hablar de ilicitud civil e ilicitud penal, ya que un acto traerá consecuencias de uno u otro orden según la consecuencia que

(44) "Antijuridicidad y Justificación", Ed. Porrúa, México, 1976, Pág. 37.

la ley asocie al mandato de obrar o de abstenerse. En el caso concreto, el quejoso estima que como los daños fueron causados en un muro cuya propiedad es común por tener carácter de medianero, contra la pretensión de la ofendida de que el mismo es de su exclusiva propiedad, tendría que resolverse previamente la cuestión civil para después proceder penalmente por el delito de daño en propiedad ajena y que, por otra parte, la supuesta ofendida tiene derecho a una acción civil de pago de daños y perjuicios, pero es el caso que tal argumentación en principio fundada, resulta inaplicable al caso porque, aún en el supuesto de que la pared sea medianera y por lo tanto existe respecto de ella una copropiedad, el procesado realizó actos que causaron daños en la misma sin el consentimiento o aviso previo a su copropietaria, integrándose por ello los elementos del delito de que se la acusa". Amparo directo: 469/959/1- Luis Martínez Velasco. Resuelto el 7 de julio de 1959, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Juan José González Bustamante. Srío. Lic. Francisco H. Pavón V. 1a. SALA.- Informe 1959, Pág. 42.

Esta tesis es perfecta para demostrar que la Suprema Corte de Justicia no hace la distinción entre la antifuridicidad formal y material, por considerarlas ambas, integrantes de un todo indivisible.

Es importante también esta tesis, porque expresa la posición de la Suprema Corte de Justicia a favor de la teoría unificada

ra de la antijuricidad, al manifestar que lo injusto es una sola -
esencia que se manifiesta en las distintas ramas del Derecho.

Comentemos ahora algunas ideas sobre la característica de
materialidad consistente en la lesión o puesta en peligro de un - -
bien o interés jurídicamente protegido por la ley.

La ley penal existe para proteger los bienes o intereses
de las personas que viven en la sociedad, de ahí que la lesión o -
puesta en peligro de los mismos, sea un acto antijurídico, concreto,
material.

La antijuridicidad material es la acción que encierra una
conducta socialmente dañosa para M.E. Mayer, dicha materialidad de
la antijuridicidad se encuentra en la transgresión de las normas de
cultura reconocidas por el Estado.

Nosotros creemos que la antijuridicidad material, es la -
antijuridicidad propia, (y que la antijuridicidad formal no es otra
cosa que la tipicidad). Así pues, es material cuando dicha conduc-
ta viola el orden, la tranquilidad, la justicia, la seguridad, el -
bien común, etc., dicho de otro modo, es cuando se violan intereses
vitales de la organización social.

Pero ¿qué sucede cuando las personas consienten en la lesión o puesta en peligro de sus bienes o intereses?, ¿tiene la ley penal la obligación de seguir protegiendo esos intereses?, ¿existe una justificante de la antijuridicidad?

En este trabajo no se incluyen las causas de justificación de la antijuridicidad, sin embargo es necesario en este punto entrar en el tema de hablar del consentimiento del ofendido.

Pavón Vasconcelos al respecto escribe: "Al decir de Gustavo Labatut, la operancia del consentimiento del interesado está íntimamente relacionada con los motivos de la ley penal para tutelar un interés jurídico determinado". (45). Consideremos que esto es totalmente congruente, toda vez que ambos deben tener los mismos motivos para proteger los bienes protegidos.

Pavón Vasconcelos considera que desde el derecho Romano, con algunas limitaciones, se aceptó la exclusión de pena para ciertos hechos delictuosos realizados con consentimiento del interesado, siempre que los mismos no influyeran en un Derecho Público. Afirma que la idea *volenti non fiat iniuria*, fue posteriormente desconocida por derechos sucesivos, y que sólo aparece excepcionalmente en el artículo 123, in fine, del Código de Bavaria de 1823, cuando se

(45) "Manual de Derecho Penal Mexicano", Ed. Porrúa, 1978, México, D. F., Pág. 341.

trataba de la destrucción de la propiedad sin peligro alguno para la cosa pública. Para Mezger, si la lesión de intereses representa el contenido de toda conducta antijurídica, dos son las causas para la admisión de toda justificante: la ausencia de interés y el interés preponderante. (46)

Ahora bien, Pavón Vasconcelos, citando a Soler expresa: - "Al ocuparse (Soler) de los fundamentos del consentimiento, señala como razón de su eficacia que los bienes jurídicos a los cuales la tutela se refiere son bienes jurídicos (objeto de tutela) en cuanto el privado los considera y trata como valiosos, de modo que al otorgar permiso para su destrucción, ellos se tornan inidóneos como objeto de una valoración jurídica, ya que no son protegidos en su materialidad por el derecho, sino en cuanto son objeto de interés por parte del privado. La ausencia de interés del titular hace permitida la conducta, por permanecer en el ámbito de lo no prohibido, - - constituyendo en esa virtud una causa de justificación, aspecto negativo de la antijuridicidad". (47)

Ahora bien, la clase de consentimiento que nos ocupa tiene dos aspectos. Puede ser una causa de atipicidad o puede ser una causa de justificación.

(46) Idem, Pág. 341, CPR, Mezger, "Tratado de Derecho Penal" I.P. 410, Madrid, 1955, trad. José Arturo Rdz.

(47) Idem, Pág. 32, CPR, Soler, "Derecho Penal Argentino", I.P. 373, Edición 1951.

Porte Petit considera que es necesario indagar si el tipo exige una conducta contra la voluntad del sujeto pasivo, ya que en tal situación, el resultado de otorgar el consentimiento es el de evitar la adecuación de la conducta al tipo. (48)

Jiménez de Asúa reconoce en tal caso, que el consentimiento constituye un abstráculo para realizar los elementos de la figura delictiva: "La afirmación de que el consentimiento tiene nulo valor justificante, no se desplaza por el reconocimiento de que existen ciertos delitos que llevan como elemento esencial, el supuesto de que acontece contra la voluntad del sujeto pasivo. No habrá en efecto, robo, violación, raptó de fuerza, detención ilegal, etc., si la persona robada, violada, raptada o secuestrada ha consentido. Lo que acontece realmente es que se impide que el delito nazca por falta de uno de los elementos característicos de la especial figura delictiva de que se trata". (49).

Hans Welzel comenta Vasconcelos, comparte el criterio de esa doble función al considerar que puede el consentimiento tener en Derecho Penal, distinta significación. Puede excluir el tipo, - lo cual ocurre cuando la norma penal se construye tomando en cuenta un actuar contra la voluntad del afectado, impidiendo en tales casos la integración del elemento tipicidad. Puede excluir la anti-

(48) Idem, Pág. 342, CPR. Porte Petit, "Programa de la Parte General de Derecho Penal", P. 542, México 1958.

(49) Idem, Pág. 342 y 343, CPR. Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal", Losada, Tomo IV, P. 596, ed. 1951.

juricidad, lo cual supone la adecuación de la conducta a la norma, pero no su ilicitud.

Por último, son importantes las siguientes citas que hace Francisco Pavón Vasconcelos:

"Antolisei sustenta igual opinión al distinguir una forma positiva de una negativa en la voluntad del titular del bien protegido por el Derecho; el hecho no es conforme a la figura típica, - por ausencia de uno de sus requisitos, cuando la falta del consentimiento es requerida para la existencia de una determinada figura - delictuosa. En otros casos la función del consentimiento es diversa, pues dándose todos los presupuestos exigidos en una norma incriminadora particular, el efecto de la voluntad del titular hace venir a menos la punibilidad del hecho. 'El consentimiento en estas hipótesis elimina en el hecho la nota de la ilicitud y constituye una - justificación'". (50)

Ilustrativa resulta sobre el tema tratado, la tesis sustentada por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en las páginas 1348-1349 del Tomo CXXII del Semanario Judicial de la Federación, en la cual acéptase esa doble función del consentimiento: "Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurí

(50) Idem, Pág. 343, CFR. Antolisei, "Manuel di Diritto Penale". p. 112, Milano, 1947.

dico 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 la conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice, 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 éste se integre, cuando en la descripción legal se consagra como elemento constitutivo del delito de 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 disponible. En el caso, estando demostrado el consentimiento para que la destrucción de unos cuantos se llevara a cabo, no puede sostenerse que la conducta realizada por los quejosos sea antijurídica..." (51)

Ahora bien, este consentimiento que otorga el sujeto pasivo respecto de la lesión o puesta en peligro de sus intereses, tiene limitaciones. Esto es, no todos los bienes protegidos son disponibles por parte de dicho sujeto.

Manzini opina que los derechos patrimoniales, cuya renuncia o transferencia son permitidos, constituyen generalmente bienes disponibles. (52)

(51) Idem. Pág. 343.

(52) Idem, Pág. 344, CFR. Manzini, "Tratado de Derecho Penal", II P. 27, Ediar. Buenos Aires.

Se pueden considerar bienes disponibles, los derechos reales y los derechos de obligación. En contraparte son bienes indisponibles, los derechos no patrimoniales típica o medianamente públicos, los derechos sociales de familia y los derechos personalísimos.

Uno de estos bienes no disponibles es el derecho a la vida, que aquí lo podemos llamar la obligación a la vida, o la obligación a vivir la vida. (53)

Carrancá y Rivas, cita a Mezger en el punto referente al consentimiento como causa de justificación:

"El problema respecto a sí, el consentimiento es apropiado para excluir la antijuridicidad -escribe Mezger- y en consecuencia, la punibilidad de la acción no puede hoy -y esto es lo único seguro- ser resuelto de manera terminante para el total ámbito del derecho penal en sentido afirmativo ni negativo. Se impone tomar en cuenta la naturaleza de los diferentes grupos de delitos. El contenido material del injusto es decisivo en materia de consentimiento, ya que la eficacia del mismo suele depender de si el lesionado que consiente posee o no sobre el bien jurídico de que se trata una facultad de disposición. Son alineables de acuerdo con

(53) Carrancá y Rivas, "El Homicidio Consentido", Revista de la Facultad de Derecho, Tomo XX, No. 121, México, D. F. Pág. 39.

la más importante tradición jurídica, los derechos patrimoniales, - transferibles por naturaleza, e inalienables los derechos de la personalidad. Ahora bien, el contenido material del derecho corresponde al bien jurídico protegido según Mezger. De dicho bien jurídico, como objeto de protección del delito, ha de separarse el objeto de la acción, entendido como el objeto contra el que la acción corporalmente se dirige. Si se habla de consentimiento del ofendido ha de pensarse en el consentimiento del titular del objeto de la acción. - En consecuencia, la eficacia del consentimiento deberá resolverse según que el titular del objeto de la acción lo sea o no también del objeto de protección. Cuando el titular del objeto de la acción -dice Mezger- y el del objeto de protección son la misma persona, el consentimiento será eficaz; mientras que cuando esto no ocurra, subsiste la antijuridicidad de la acción a pesar del consentimiento del ofendido". (54)

En conclusión, conocer el contenido material del injusto - es indispensable para determinar si el consentimiento del ofendido hace posible o no la existencia de la antijuridicidad.

(54) Cfr. Idem, pág. 45. CFR. Edmundo Mezger, "Tratado de Derecho Penal". P. 421.

CAPITULO IV

CARACTERISTICAS DE LA ANTIJURIDICIDAD
OBJETIVA Y SUBJETIVA

El punto fundamental en el estudio de la antijuridicidad, es precisamente el relativo a la objetividad y subjetividad del injusto. Es aquí donde las distintas corrientes de opinión vienen a encontrarse. Es también aquí donde las nuevas ideas relativas al injusto, encunetran el campo más prolífico para su desarrollo.

El determinar el grado de objetividad o subjetividad del injusto, depende en realidad del concepto de delito que se tenga. Luego entonces al aventurarnos en este terreno, examinaremos díversas opiniones que pertenecen a la Teoría General del Delito.

Las corrientes principales de pensamiento son las siguientes:

- 1.- Los que consideran que la antijuridicidad tiene un contenido exclusivamente objetivo.
- 2.- Los que consideran que la antijuridicidad tiene un alto contenido subjetivo.

3.- Los que consideran que la antijuridicidad es de contenido objetivo fundamentalmente, pero consideran que esa valoración en ocasiones, debe tomar en cuenta algunos elementos subjetivos que el mismo tipo penal contiene.

Con gran sencillez y claridad Mariano Jiménez Huerta, al referirse al tema que tratamos, expone lo siguiente: "Discútase también enconadamente si la determinación de lo antijurídico debe hacerse con base exclusiva en la objetiva conducta enjuiciada o, por el contrario en función del autor. Una y otra forma de enfocar el problema, ha dado origen a sendas teorías, objetiva y subjetiva, sobre la antijuridicidad. Y en la línea divisoria de ambas, sitúase la llamada doctrina de los elementos subjetivos de la antijuridicidad, que aunque enmarca dentro de la teoría objetiva, implica en realidad, un correctivo de ésta y una concesión parcial a la teoría contraria". (55)

La teoría objetiva. cuyos principales exponentes son Beling, Goldschmidt y Mayer, fue considerada la que mejor resolvía la naturaleza de la antijuridicidad; la conducta que choca con el derecho, con el orden jurídico, es evidente, se puede ver sin necesidad de apreciar los motivos o intenciones que hubiere tenido el agente.

(55) "La Antijuridicidad", México, Imprenta Universitaria, 1952, -
Pág. 33.

Podríamos afirmar que los que pertenecen a la teoría causalista del delito, son los que participan de la antijuridicidad objetiva.

Ihering considera que la antijuridicidad es una contradicción objetiva entre la acción y el ordenamiento jurídico.

Olga Islas Magallanes al referirse a estas ideas de Ihering dice: "La concepción objetiva de la antijuridicidad así formulada, es propia de las teorías del delito construídas a partir de un concepto causal de acción": (La vieja teoría de la Causalidad). En este marco, el juicio de la antijuridicidad, como lo expresará más tarde Rodríguez Mourullo, "comprende el impulso voluntario propio de la acción... pero no aún el contenido de la voluntad que pertenece al posterior juicio de culpabilidad". (56)

Ignacio Villalobos también es partidario de la objetividad de la antijuridicidad y afirma que: "La valoración de los actos es netamente objetiva: el homicidio es antisocial, inconveniente; el homicidio es un desvalor jurídico o un antijurídico. Por tanto es acertada la fórmula que declara que la antijuridicidad es la violación de las normas objetivas de valoración. Nada importan

(56) Olga Islas Magallanes, "La Antijuridicidad, su estructura y - Consecuencias ante las nuevas Doctrinas", Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXI, No. 120, Sep.-Dic. 1981, México, D. F. CFR. Rodríguez Mourullo, "Derecho Penal, Parte General", Edit. Civitas, Madrid, 1978, Pág. 324.

los rasgos subjetivos de quien cometa el acto: sea su autor un infante, un hombre maduro y normal o un enajenado, el homicidio es antijurídico. (57). En tanto que Jiménez Huerta piensa:

"La diferencia entre la antijuridicidad y la culpabilidad, es que mientras la primera se basa con la relación existente entre conducta y las normas objetivas de valoración recogidas por el ordenamiento jurídico, la culpabilidad se funda en la diversa relación que existe entre la conducta y las normas de determinación que en relación concreta al agente, se derivan del orden jurídico. Consecuentemente con estas premisas, se establece también una línea divisoria entre las causas que excluyen la antijuridicidad, y aquellas otras que excluyen la culpabilidad, según se afecten, respectivamente, a la valoración objetiva del hecho o a la determinación subjetiva de su autor". (58). Sobre la directriz planteada - el propio Jiménez Huerta, cita a otros autores:

"Mezger considera que una acción es antijurídica cuando - contradice las normas objetivas del derecho, pues concebido éste como una ordenación objetiva de vida y el injusto como la lesión de dicho ordenamiento resulta antijurídica toda conducta de seres humanos capaces o incapaces de acción, culpables o inculpables, que lesione las indicadas normas de valoración. Delitalia afirma que el

(57) Ob. Cit. Pág. 251.

(58) Ob. Cit. Pág. 34.

concepto de antijuridicidad debe ser fijado objetivamente, sin tener en cuenta la culpa o la imputabilidad del sujeto. Es antijurídico - todo comportamiento que, objetivamente considerado, contradice los - fines propios del ordenamiento jurídico. Maggiore cree fundadísima la opinión dominante en orden al carácter objetivo de la antijuridicidad, pues si la esencia de lo injusto consiste en una relación de contradicción entre la acción del reo y del derecho objetivo, de su objetividad no es posible dudar". (59)

Beling, Ihering, Goldshmidt y Von Liszt, son los objetivistas más radicales. No aceptan ninguna cuestión subjetiva en el ámbito de la antijuridicidad.

Fischer, Hegler, Mayer, Franco Guzmán, Jiménez Huerta, - Vela Treviño y Villalobos, son a nuestro parecer, los modernos objetivistas; sólo que ahora, agregan a su teoría del injusto algunos elementos subjetivos. Al llegar a la teoría de los elementos subjetivos del injusto estudiamos esto con más detalle.

Respecto a la teoría subjetiva de la antijuridicidad veamos opiniones: los subjetivistas, explica Franco Guzmán, "parten - de la teoría de los imperativos que como es sabido tiene un origen Kantiano. El Derecho se concibe como una voluntad que como fuerza

(59) Cit. por Jiménez Huerta. Ob. cit. Pág. 37.

psicológica (con la ayuda de la amenaza de la pena) actúa sobre la voluntad misma del sujeto, que por lo tanto está obligado a no quebrantar el orden estructural de la ley; de modo que ya sea el cumplimiento de la obligación como el acto de violación a la voluntad de la ley resultan ser forzosamente procesos voluntarios. De este modo sólo serán ilícitas las acciones que se encuentran en contraposición con el Derecho en su esencia de mandato legislativo. Así, como sagazmente se ha observado, los autores de actos antijurídicos sólo serán los imputables, ya que únicamente en éstos es donde se puede encontrar una base al elemento psicológico contrario a la esencia ordenadora propia del Derecho. Para los subjetivistas por tanto, el núcleo de todo orden jurídico está constituido por la obligación". (60)

Por su parte, Pavón Vasconcelos considera que la corriente subjetiva que ha tenido en Hold Von Fereck a un gran precursor, ha pretendido encontrar en la antijuridicidad una contradicción subjetiva entre el hecho humano y la norma, y expresa lo siguiente al citar a Aldo Moro: "El Derecho, aclara Aldo Moro, es presentado por los imperativistas como voluntad que se impone a la voluntad del sujeto, motivándolo de manera que el acatamiento lo mismo que la violación son necesariamente procesos de voluntad, de donde resulta que la acción para ser ilícita, debe provenir de un sujeto -

(60) "La subjetividad en la ilicitud", Ed. Cajica, Puebla, Méx. - 1959, Pág. 24.

imputable y por ello culpable". (61)

Ricardo Franco Guzmán, al referirse a Von Fereck, explica: "Afirmar como lo hace Von Fereck que no puede expresarse el juicio de antijuridicidad más que en el ámbito mismo de la culpabilidad, significa desconocer la real esencia de la antijuridicidad, y sin más trastocar los conceptos cuando se acepta que la sola contrariedad de la voluntad a las obligaciones jurídicas produzca la antijuridicidad del hecho, porque como sagazmente se ha observado: 'Si la contrariedad de la acción al Derecho se agotara en la violación al deber, entonces bastaría la culpabilidad para dar vida al delito', y consiguientemente la ilicitud sería un concepto vacío, sin contenido y sin razón de existir". (62)

Lo mismo opina Pavón Vasconcelos, y escribe esto equivalente a fundir en un solo concepto los elementos de antijuridicidad y culpabilidad, y agrega: "No podemos en esa virtud aceptar lo antijurídico como violación del deber, pues como sostuvo Max Ernest Mayer, tal concepto constituye una referencia entre el autor de la conducta (acción) y la norma, materia a tratarse en el capítulo de la culpabilidad, criterio éste seguido también por Jiménez de Asúa cuando explica: 'Lo contrario al Derecho es el proceso objeti

(61) "Manual de Derecho Penal Mexicano", Ed. Porrúa, México, 1978, Pág. 272.

(62) "La Subjetividad en la ilicitud", Ed. Cajica, Puebla México, 1959, Pág. 29, CFR. Messina, L'Antigiuridicità nella teoria del Reato, 1942, Pág. 11.

vo del que juzga: El Juez compara la acción con la norma; en cambio, lo contrario al deber es lo que debe captar el agente en el elemento intelectual del dolo". (63)

De esta manera, Pavón Vasconcelos se refiere a Petrocelli, quien se ha opuesto a la antijuridicidad objetiva, a la cual considera como la valoración realizada por el Derecho ligada al mandato jurídico, de allí deduce la asociación entre las funciones valorativas e imperativa, resultando de ello inútil pretender construir el concepto de antijuridicidad fuera de términos subjetivos; en tanto que Antolisei está de acuerdo con Petrocelli, al decir "Para mí siempre, y sin excepción, un hecho no puede considerarse antijurídico si no se considera el elemento subjetivo. Piénsase por ejemplo, en la circulación de monedas falsas ¿cuántas veces no le habrá sucedido a uno de nosotros recibir una moneda falsa y hacerla circular sin saber que era tal?; ahora, ¿podrá decirse que el que pone en circulación una moneda falsa sin saberlo, realiza una acción antijurídica?; no, ciertamente, el hecho será antijurídico sólo cuando el agente conociese la falsedad de la moneda". (64)

Jiménez Huerta por su parte agrega que: "los defensores de un criterio subjetivo en orden a la determinación de la antijuridicidad, consideran que ésta sólo puede concebirse en función del

(63) Ob. cit. pág. 271.

(64) Idem, Pág. 272.

autor de la conducta enjuiciada, no basta la simple oposición de la conducta con el orden jurídico, sino que se requiere que la misma - puede reprocharse a su autor para implicar una lesión a las normas - de determinación que le son impuestas en cuanto súbdito del Derecho. Amalgámase así lo ilícito y lo culpable, y se cancela toda distinción entre la antijuridicidad y la culpabilidad. (65)

Lo mismo le sucede a Adolfo Merkel, quien afirma también, que todo lo que vaya en contra de las normas siempre es culposo.

Para reafirmar la postura subjetivista de Binding, Jiménez Huerta afirma de él lo siguiente: "Es en la doctrina de las normas de Binding, en donde la teoría subjetiva de la antijuridicidad halla en verdad, su más sólido fundamento". (66). Según esta doctrina la base de cualquier intervención punitiva del Estado se encuentra en el hecho de que la conducta infringe el derecho subjetivo del Estado derivado del precepto objetivo o norma. Correlativo a este derecho subjetivo del Estado, existe un deber de obediencia por parte del súbdito.

Independientemente de las ideas de Binding, Jiménez Huerta continúa haciendo una crítica a la teoría subjetiva:

(65) Jiménez Huerta, Ob. Cit. Pág. 343 y 344.

(66) Idem, Pág. 37.

"La teoría subjetiva es todavía más inaceptable (que la objetiva), pues aunque es exacto como afirma Petrocelli, que de la voluntad ha de depender la vulneración del derecho ya que de la voluntad depende su actuación, niegan sus defensores que la antijuridicidad tenga propia autonomía, habida cuenta de que su existencia o inexistencia se resuelve en la culpabilidad, ya que la teoría subjetiva dice que no puede haber antijuridicidad sin culpa. La teoría subjetiva conduce de modo irremisible a las incorrectas consecuencias siguientes: el incapaz de actuar culpablemente, imputable, no puede cometer acto antijurídico alguno, es imposible actuar en legítima defensa contra el ataque proveniente de un incapaz. (67).

Una vez examinadas las posturas objetivo-subjetivas y antes de seguir con la teoría de los elementos subjetivos, posición intermedia, quisiéramos detenernos en otra teoría que debe examinarse desde otro ángulo, fuera del contexto que aquí tenemos, me refiera a la teoría finalista de la acción, cuyo principal expositor es Hans Welzel.

a) El Finalismo

Welzel, es objetivista, es decir, considera a la antijuri

(67) Idem, Pág. 44.

dicidad como un juicio de valoración objetivo. La mayoría de los autores piensan lo contrario, que es subjetivista. Lo particular en el finalismo de Weizel es que traslada de la culpabilidad a la tipicidad el concepto de dolo; quizá por eso considerado subjetivista. Pero a pesar de haberlo hecho, lo valora objetivamente en el campo de la antijuridicidad. La verdad es que valora la culpabilidad en el ámbito de lo ilícito.

Esta posición finalista, va encaminada más que nada, en contra de la teoría causalista o naturalista que concibe la acción como un mero proceso de causalidad. Como dice Franco Guzmán con carácter objetivo y externo, es decir, como realización causal de la voluntad, sin conceder importancia alguna al contenido propio de ésta, ni a la conciencia del agente. (68). (Los causalistas, son los partidarios de la ilicitud objetiva).

Los finalistas en cambio dicen que la acción no es solamente un cambio del mundo externo, sino algo mucho más importante: constituye una obra de personalidad. (69)

"La palabra acción -dice Weizel-, en el sentido más restringido y rígido, indica la actividad finalista del hombre en este sentido, la acción no es un evento causal, sino un resultado o -

(68) "La Subjetividad en la Ilícitud", Ed. Cajica, Puebla, México, 1959, Pág. 82.

(69) Idem, Pág. 84, CFR, Werner Niese, "La Teoría Finalística della zione nel di ritto penale tedesco", revista Jus, Milán, 1951, Págs. 256 a 271.

Los finalistas afirman que los delitos dolosos y los culposos son categorías absolutamente independientes.

Es este uno de los graves problemas a los que se enfrenta el finalismo. No saben cómo explicar la finalidad en los delitos - culposos o imprudenciales.

Weber defensor del finalismo, también afirma que los delitos dolosos y culposos deben considerarse de manera diferente. El legislador hace esta diferencia al incluir en el tipo penal "la eficacia causal del comportamiento" (culposos), o la "voluntad que se encuentra instada en él", (dolosos). (73).

La conducta es ilícita, no porque realice algo en contra del Derecho, sino porque es la actuación reprochable de una voluntad dirigida a causar tal situación. Dicho de otra manera, la ilicitud está a lo largo del camino que se sigue para llegar a un fin - que es contrario al Derecho. En ese camino el dolo es parte integrante, ya que busca el fin delictivo. Luego entonces, el dolo es elemento general subjetivo del tipo que se presenta en todos los delitos dolosos; los culposos pertenecen como ya dijimos, a otra categoría.

Respecto de los delitos culposos, los finalistas sostie -

(73) Idem, Pág. 86, CFR, Weber, Grundriss des Tschechoslowakischen - Strafrechts, 1929, CFR. La Teoría dell'azione "finalistica" - nella piu recente dottrina tedesca, Giuffrè, Milano, 1950, Pág. 5.

nen que la acción no es causal-ciega, sino que el hecho puede ser - evitable en forma finalista. Como dice Welzel, son causaciones im- pedibles en vista a un fin, es decir, el factor finalista actúa como un simple momento de referencia. (74).

En efecto, consideramos que en la antijuridicidad debemos aceptar algunos elementos subjetivo, pero de ahí como dice Franco Guzmán, llegar a la conclusión extrema de que el dolo es elemento - general subjetivo de la ilicitud, significa destruir las justas bases de una dogmática sana. Pueden existir delitos en los cuales la intención sea "finalista" y no incluya dolo. El dolo y la finali- dad no son la misma cosa. (75) Es confundir los elementos subje- tivos de la ilicitud con el dolo.

Otro error es el relativo a los delitos culposos. Cita- mos una vez más a Franco Guzmán, al criticar este punto del finalis- mo: "La elaboración de un sistema que permita distinguir los deli- tos dolosos en la acción finalista, y los culposos mediante los - - principios del dogma causa -a pesar de que en los últimos la finali- dad funcional aparece como simple momento de referencia- es incon- sistente. La solución que ofrece esta teoría acerca de los delitos en los cuales puede ser considerado como autor solamente aquel que realiza la acción dirigida a la producción del resultado querido y

(74) Idem, Pág. 89.

(75) Idem, Pág. 97.

adecuado al tipo legal, parece aceptable sin gran dificultad; pero en cambio, no lo es la afirmación de que en los delitos culposos se debe considerar autor a cualquier sujeto que realice la condición - (que sería la acción causal-ciega) que produce el resultado. Sobre el mismo punto encontramos otra falla de la teoría finalista porque rompe su propio concepto de acción final y considera la conducta - culposa como una forma tan distinta de aquella, que en realidad le da existencia autónoma; y de este modo la acción dolosa es la única que participa de la característica del finalismo". (76)

El finalismo es una teoría equívoca pero original. Sin embargo, esta afirmación no parece muy cierta cuando tratamos el punto de la tentativa punible.

b) La tentativa punible.

Sergio Vela Treviño, en un estudio realizado, nos dice:

"... Que la tentativa contiene siempre una conducta final, impregnada de dolo y que solamente así puede entenderse el indicio de antijuridicidad que la tipicidad proporciona conforme a un principio reconocido del derecho penal como protector de bienes jurídicos; creemos conveniente ratificar o mejor fuera, ampliar nuestra

(76) *Idem*, Pág. 98, CFR. La Porta, "La Teoría Finalística della condotta", revista La Giustizia Penale, enero de 1952, 2a. parte. Pág. 5.

idea respecto del acierto del finalismo en este orden específico. - Dice Welzel que la finalidad, característica de la acción que matiza toda la construcción de la nueva teoría, -se basa en la capacidad de la voluntad de pensar en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirla según un plan, hacia la obtención del objetivo, la voluntad consciente del objetivo que dirige al acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista. En congruencia con esta idea y buscando el concepto de la tentativa acorde con la nueva sistemática, el propio Welzel dice que 'como lo injusto punible no radica solamente en el acarreo de la lesión de un bien jurídico, sino precisamente en la índole de la comisión (en el disvalor de la acción) que está descrita plásticamente en el tipo', así empieza el hacer merecedor de una pena en la actividad con la cual comienza el autor para ejecutar inmediatamente la acción adecuada al tipo". De esto resulta - el concepto welzeliano de tentativa punible enunciando como la concretación de la realización de un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución del delito. Siguiendo el razonamiento y la exposición del autor, debe aceptarse que existe una indisoluble vinculación entre la conducta que está impregnada de decisión final de penetrar al tipo, el tipo particular y el contenido del propio tipo en orden a la tutela del bien jurídico; esto significa en otras palabras, que sólo cuando de origen la conducta está matizada por el dolo típico concreto puede ser idónea para efectos de la tentativa punible. (77).

(77) "La Antijuridicidad en la Tentativa", Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal, (1981, UNAM, Pág. 126).

La tesis tradicional por otra parte, puede plantearse en esta forma: el fundamento de toda pena de la tentativa es la resolución del autor de cometer un delito. Independientemente de lo cuestionable que pueda resultar el fundamento dado, puesto que va contra el principio reconocido que se enuncia diciendo que el pensamiento no es punible (*cogitationis poenam nemo patitur*) sino los actos resolutorios en que se manifiesta exteriormente: no hay una base cierta de precisión acerca del contenido de la conducta en lo que a la voluntad criminosa se refiere y menos aún el criterio mensurador que brinda el bien jurídico que se afecta. Así viene a darse el caso de que una idea de la conducta sin contenido de dolo no es suficiente para la integración de la tentativa punible por su estrecha vinculación con el tipo y su contenido en orden a la tutela de los bienes jurídicos. Esto nos lo da el sistema de la acción finalista y no así la tradicional y ortodoxa tesis causalista. No pretendemos retomar o reabrir cuestiones que cada vez se discuten menos, tan sólo nos interesa precisar que para la tentativa punible es preferible aceptar una idea más amplia de la conducta, sin que esto implique la exclusión total de causalidad. Es evidente que como siempre lo ha sostenido el finalismo; la causalidad no tiene por qué desestimarse y menos en la tentativa, que requiere que los actos realizados vayan directa e indirectamente encaminados a la realización del delito, o lo que es igual, con vinculación causal, que se rompe por una causa o factor extraño que impide la consumación. Por tanto concluimos -dice Vela Teviño-, con la ra-

tificación de que la tesis preferible es la que reconozca que la manifestación de la conducta debe ser con conocimiento de la antijuridicidad contenida en el tipo". (78)

Nosotros no estamos de acuerdo con el pensamiento anterior y por ello marcaremos algunos comentarios respecto al dolo típico o específico a que se refiere Vela Treviño en líneas anteriores, y que es producto de las teorías alemanas.

c) Dolo específico.

Scipione Piacenza considera, que el dolo específico es considerado erróneamente Franco Guzmán está de acuerdo. Es como si fuera un dolo en sí mismo, consistente en aquello que de más se agrega al dolo genéricamente entendido. (79). Piacenza, dice Franco Guzmán, refiere lo que nosotros llamamos elementos subjetivos de la antijuridicidad a los casos del llamado dolo específico.

Marcelo Finzi, tampoco está de acuerdo con el término "dolo específico" que al identificarse con "los elementos subjetivos de la ilicitud" lleva a graves errores. Para redondear más la opinión de Finzi, Ricardo Franco Guzmán comenta de él lo siguiente:

(78) Vela Treviño Sergio "La Antijuridicidad en la Tentativa", Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal, (1981, - UNAM, 1982, Págs. 126 y 127).

(79) Franco Guzmán, ob. cit. pág. 112, CFR. Piacenza, Saggio di un'indagine sul dolo specifico, Torino, 1943, Pág. 61.

"Finzi sostiene que en ciertos casos la ley considera necesario - además del dolo, una intención particular del agente, y que esta intención es denominada comúnmente en las doctrinas italianas y argentina y en general hispano-americano, con el nombre de 'dolo específico'. Los alemanes en cambio hablan de delitos de intención (Absichts delikte). Esta terminología según Finzi, debe rechazarse por que los llamados conceptos de dolo específico, dolo especial y - - Absichtsdelikte, no indican la verdadera naturaleza de esta forma intencional (151), e insistir en ello equivale a querer conservar a toda costa un concepto equívoco". (80)

Raúl Carrancá y Rivas, en su Código Penal anotado (81), - denomina a los elementos subjetivos del injusto como "dolo específico".

Creemos que es muy mala la denominación que le dan a esos elementos subjetivos integrados del tipo. Respecto a este punto, - Jiménez de Asúa comenta que en México Franco Guzmán, se ha ocupado de los "elementos subjetivos del injusto" aunque lo ha hecho en directa referencia a la "Teoría Finalista de la Acción" tras de exponer la teoría de Welzel. Franco Guzmán critica de modo especial, - la concepción del dolo como elemento subjetivo general de la antijuridicidad, porque su distinción de la culpabilidad se hace muy di -

(80) Idem, Pág. 122. CFR. Finzi, "El llamado dolo específico, en el Derecho Penal Argentino y comparado". Buenos Aires, 1943, Págs. 5 y 6.

(81) Carrancá y Trujillo, Raúl, Código Penal Anotado, México, D. F. 1981, Ed. Porrúa.

fcil, incluso porque de este modo se confunden los elementos subjetivos de la ilicitud, que no tienen nada que ver con el dolo, con el dolo mismo.

A nuestro parecer, los elementos subjetivos del injusto son meras referencias del tipo psicológico contenidas en el tipo, mientras que el dolo que se contiene en la culpabilidad, es una valoración de la conducta debida: Juicio de reprochabilidad.

d) Teoría de los elementos subjetivos

La tercera de las corrientes, es la doctrina de los elementos subjetivos de la antijuridicidad; esta adopta una postura más razonable que las anteriores; considera en primer término, el carácter objetivo de la antijuridicidad, pero reconoce que hay tipos penales que contienen elementos subjetivos,

Como dijimos en el capítulo anterior, consideramos que los que sostienen esta teoría de los elementos subjetivos, son los modernos objetivistas. Al respecto Jiménez Huerta, se adhiere y dice que esta doctrina se ensambla al criterio objetivo determinante del injusto y funciona sobre su base, aunque en realidad implica un correctivo del mismo y por tanto, una concesión parcial al subjetivo.

Creemos que dada la naturaleza de ciertos delitos, es necesario incluir ciertos elementos subjetivos, sin los cuales no es posible tipificar adecuadamente; lo que obliga a la antijuridicidad a incluirlos en el juicio de valoración objetiva, pero esto no quiere decir que por el hecho de incluirlos dentro del campo de la antijuridicidad, se está traicionando el carácter objetivo de ésta. Es simplemente el estudio objetivo de un elemento subjetivo del delito. Como el estudio objetivo que realiza un psicólogo, continúa Jiménez Huerta:

"El más remoto antecedente de esta doctrina, hállase en Carrara; el genial maestro intuyó el problema en forma magistral; Mezger dice al defender la doctrina: 'El injusto, escribe, es contradicción objetiva con las normas del Derecho. Las referencias anímicas subjetivas del infractor respecto al injusto cometido por él, el saber que se infringe el ordenamiento jurídico y los fundamentos positivos de dicho saber, la intención de actuar contra el Derecho, son sólo de importancia en lo que concierne a la imputación personal del injusto, por tanto en la teoría de la culpabilidad; pero sería erróneo querer afirmar este principio sin excepción alguna, y referir en consecuencia, todo lo objetivo al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad, concibiendo el primero sólo objetivamente y sólo subjetivamente la segunda. En lo que concierne a la determinación del injusto, puede depender en ciertos casos, de deter

minados momentos subjetivos. Una conducta que exteriormente es - siempre la misma, puede una vez ser conforme al Derecho y otra anti jurídica, según el sentido que el autor conecte con su acto, según la situación o disposición anímica en que se ejecute la acción. El sutil y complicado juego de los intereses de los hombres, no se desarrolla tan tosca y exteriormente que puede decirse que en la delimitación entre injusto y Derecho, no importen en absoluto aquellos factores anímicos. 'Tratado, Vol. I pp. 290 y 291'. La teoría objetiva concebida rígidamente, esto es, en el sentido de que lo que se pone en contradicción con el orden jurídico, es tan sólo el acto en su materialidad externa y que por ende, toda referencia anímica pertenece a la culpabilidad, olvida en primer término, que lo que se pone en contradicción con el Derecho, es la conducta en la integridad de sus elementos, psicológico, externo y finalístico, y no tan sólo el simple acaecimiento material". (82)

Por su parte Cuello Calón, nos dice lo siguiente en torno a la teoría de los elementos subjetivos: "Pero aún reconociendo un carácter predominantemente objetivo, se ha observado particularmente por penalistas alemanes, que determinados hechos delictivos - presentan un marcado carácter subjetivo, muestran una específica actitud psicológica del agente, dirigida a un determinado fin. Una - misma conducta exterior, se ha dicho, puede ser conforme al derecho

(82) "La Antijuridicidad", México, Imprenta Universitaria, 1952, - Págs. 44 y 45.

o antijurídica, según el sentido que el agente atribuya a su acto, según la disposición anímica con 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 será equivocado atribuir todo lo objetivo al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad; dicha presencia tiene lugar en los delitos denominados 'de intención' o 'de tendencia': como el hurto y el robo, - en los que la acción sólo integra estas infracciones cuando el agente obra con el ánimo específico de apropiarse o de utilizar la cosa ajena (ánimo de lucro), como en las lesiones causadas con intención de injuriar (art. 422), y en la mutilación con el fin de eximir del servicio militar (art. 425); para estos delitos la antijuridicidad comprende no sólo los elementos objetivos de la figura de delito - sino también intenciones o propósitos específicos del agente cuando concurren a constituir el tipo delictivo". (83)

En conclusión, la teoría de los elementos subjetivos significa traer al campo de la objetividad elementos subjetivos.

Como ya hemos dicho, la teoría de los elementos subjetivos es la más aceptada por la mayoría de la doctrina y las legislaciones. Nuestra Suprema Corte de Justicia también está de acuerdo.

(83) "Derecho Penal", Tomo I, Parte General, Barcelona, 1968, Pág. 343.

Para ilustrar lo dicho veamos algunas ejecutorias: RAPTO. "No es preciso que el agente alcance la finalidad perseguida con el delito. Como elemento constitutivo de la figura, el legislador establece que el apoderamiento sea 'para satisfacer algún deseo erótico sexual o para casarse', pero si el agente no alcanza una u otra finalidad, no por ello queda impune su conducta, dado que por la forma de redacción del precepto se entiende que se castiga el solo propósito, previa verificación del apoderamiento por medios violentos, engañosos o seductivos". Directo 326/1959.- José Justo Damián. Resuelto el 29 de abril de 1959, por unanimidad de 4 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srio. Lic. Rubén Montes de Oca. 1a. Sala.- Boletín 1959, pág. 311.

RAPTO, apoderamiento en el.- "La figura del rapto no tutela situaciones de orden sexual, sino el libre desplazamiento de la mujer; lo que sucede es que en el tipo se comprende un elemento finalístico de contenido sexual que debe estar presente para que el tipo se integre, pero mientras no haya apoderamiento no hay rapto. Es bien sabido que cuando se habla de apoderamiento en la figura a estudio, se significa una grave restricción impuesta al libre desplazamiento ya sea por la sustracción al medio habitual de la mujer o por la retención de la misma cuando el desplazamiento no le fue impuesto por alguno de los medios señalados en la figura del rapto". Directo 5035/1960. Epigmenio López Pérez. Resuelto el 5 de julio -

de 1961, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado - Alarcón. Srío. Lic. Javier Alba Muñoz. 1a. Sala.- Boletín 1961, - Pág. 446.

De las tesis que acabamos de transcribir, podemos ver como la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación, reconoce que existen elementos subjetivos en los tipos penales, lo que hace necesaria su comprobación objetiva, con el fin de determinar si existe o no el tipo; Consecuentemente al entrar al estudio de la antijuridicidad se valoran objetivamente esos elementos subjetivos.

La antijuridicidad puede y debe, en la inmensa mayoría de los casos, determinarse objetivamente; en algunos de ellos el juicio de ilicitud está condicionado a la presencia de elementos finalistas de carácter subjetivo que son decisivos para establecer también el carácter culpable del comportamiento.

Creemos que la anterior afirmación es correcta, sobre todo después de ver lo que opina la Suprema Corte de Justicia de la Nación; y después de constar que ciertos tipos penales, recogen estas mismas ideas. Ejemplo de ello es el artículo 323 del Código Penal - para el Distrito Federal que dice: "Se da el nombre de parricidio: al homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco".

Para que el tipo del parricidio pueda darse, es necesario que se demuestre que el indiciado sabía del parentesco entre él y su víctima. Sabía que era su padre o su madre; esto ya es un elemento subjetivo (lo que otros llaman dolo específico).

Otro ejemplo era el artículo 356 del mismo Código Penal, actualmente derogado, cuando definía a la injuria.

"Injuria es: toda expresión proferida a toda acción ejecutada para manifestar desprecio a otro, o con el fin de hacerle una ofensa".

Respecto de este delito de injurias la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho: "La intención de ofender es indispensable en nuestra legislación para que exista el delito de injurias, pues las expresiones 'para manifestar desprecio a otro' y 'con el fin de hacerle una ofensa' que emplea el segundo párrafo del art. 348 c.p., que define el concepto de injuria, así lo demuestran. La concurrencia de la intención de ofender puede acreditarse por cualquier de los medios probatorios que la ley autoriza, o sea por prueba directa o por prueba indirecta. Juan P. Ramos expresa: 'en resumen los medios de que pueden valerse los magistrados para determinar si en el caso examinado existe el dolo, son: el modo de obrar del agente, el modo empleado por él en la divulgación de la frase o es -

crito difamatorio, teniendo bien en cuenta su tendencia a producir -
ofensas contra las personas; el hecho de haber habido precedentes -
rencores o enemistad entre injuriante e injuriado, de pleitos pendien-
tes entre ellos o sus parientes, de enemistad por espíritu del parti-
do o por disentimientos administrativos, del exagerado sistema de de-
fensa o de los desmentidos que se haga' (Los delitos contra el honor,
Buenos Aires, Págs. 146 y 147))T.S., 6a. Sala, sept. 18, 1941). -
Según la denominación del título del c.p. que contiene el capítulo -
relativo al delito de injurias, éste atenta contra el honor de las -
personas, de manera que si de las expresiones empleadas por el incul-
pado no aparece el propósito del mismo de manifestar desprecio a - -
otro o el fin de hacerle una ofensa, o sea de atentar contra su ho-
nor, y en cambio aparece su propósito de atentar contra la paz y se-
guridad del quejoso, no cometerá el delito de injurias sino otro dis-
tinto. Para ello no obsta el hecho de que el inculcado usara pala-
bras procaces al atentar contra la paz y seguridad del quejoso, pues
tales palabras no fueron proferidas para manifestarle desprecio ni -
hacerle una ofensa, y fundamentalmente el delito de injurias supone
el animus injuriandi, que consiste según Tolomei, en 'la intención
de inferir una afrenta al ofendido por el placer de exponerlo a) des-
precio general y privarlo de la estimación de los demás' y según -
Pessina, en 'el propósito de manifestar falta de estimación al otro'
y según De Cola Proto, en 'la intención de ocasionar a los demás un
dolor moral o un perjuicio' y en el 'fin de dañar' y en 'la maligni-

dad del propósito', y según Capello, en la 'conciencia de decir o hacer alguna cosa que ultraje la honorabilidad, fama o decoro de una persona', y según Fulci, en 'el propósito del ofensor de causar un dolor moral en el ánimo del ofendido y hacerle perder la estimación pública'; cita de autores que puede verse en Eugenio Florian, Teoría psicológica de la difamación, México, 1902; Págs. 11 a 13 - (T.S., 6a. Sala, Jun. 26, 1941). Cuando en un escrito presentado, o en un discurso pronunciado ante los tribunales, se hiciere uso de alguna expresión difamatoria o injuriosa, no se castigará como delito de injurias o difamación, sino que el juez o magistrado de los autos pondrá el correctivo procedente (S.J., t. II, Pág. 1622)".

Veamos pues como la ley penal y su interpretación, se ponen a lado de la corriente de los elementos subjetivos de la antijuridicidad.

Ahora bien, no siempre están expresamente consignados esos elementos subjetivos en los tipos penales; en ocasiones esos elementos subjetivos del injusto están incorporados por la naturaleza misma del tipo, sin hacer referencia a ninguno en particular; por ejemplo; la mayoría de los delitos contra la propiedad, donde el elemento subjetivo es el "animus lucrandi".

En conclusión, la corriente de los elementos subjetivos -

del injusto, es la más apropiada. Creemos que sabe establecer la - frontera entre la antijuridicidad y la culpabilidad, permitiendo que cada una realice su función sin confusión alguna; situación esta última que han provocado las corrientes modernas como los finalistas y los logistas. De los logistas hablaremos más adelante.

Las ideas de Ricardo Franco Guzmán, son las más acertadas para explicar la teoría de los elementos subjetivos; creemos al -- igual que él, que la confusión en torno a estas cuestiones, se debe a considerar todo elemento subjetivo como elemento de culpabilidad.

Existen elementos subjetivos psicológicos, que no deben ser considerados como elementos dolosos (culpabilidad) dentro de los tipos penales; aquí el error del finalismo y de los logistas.

Franco Guzmán, distingue dos tipos de elementos subjetivos, y los denomina así: motivo, al referirse a los elementos subjetivos de culpabilidad, y fin, al referirse a los elementos subjetivos de ilicitud. El autor expresa estas ideas referentes al motivo y fin, de la siguiente forma:

"Así vemos que el tipo legal contiene por lo tanto, no solamente elementos subjetivos que sirven para la calificación de culpabilidad del autor, sino también elementos de carácter psíquico que

están provistos de un contenido y una estructura diversa y tienen como finalidad la de integrar el juicio de ilicitud de la acción. Para poder entender nuestro pensamiento, puede ayudar a explicarlo la importante división entre el motivo y el fin de la voluntad del autor del delito. Es indispensable establecer una noción precisa para cada uno de estos dos conceptos, porque se ha demostrado que psicológicamente, no son iguales ni tienen la misma naturaleza. Cuando esta constatación se pone en relación con el Derecho Penal, adquiere una gran importancia, ya que el motivo sirve para distinguir los elementos psíquicos sobre los cuales se funda la culpabilidad, mientras que el fin distingue a los elementos psíquicos que se refieren a la ilicitud de la acción. Por muchos autores ha sido destacada la diferencia a la que aludimos, pero es necesario insistir aún sobre estos dos conceptos: el motivo en el delito, es la causa viciada que impulsa al sujeto a realizar una determinada acción, el cual tiene importancia sobre todo para el juicio de culpabilidad; el fin, en cambio, es aquella intención dirigida hacia un determinado objeto; este fin último, este objeto final es el que da la coloración de ilicitud a la acción. El motivo, en suma, está constituido por la representación de un hecho por parte de un sujeto, es decir, consiste en un estado psíquico determinado, en una especial situación del alma o del espíritu. El fin, en cambio, tiene un carácter distinto y una función diversa; y si bien es cierto que en algunos casos el motivo y el fin tienden a unificarse, en general el uno y el otro pueden separarse sin gran dificultad. Todo consiste en la observación y en el estudio cuidadoso de

los diversos tipos legales; sin duda alguna éstos contienen sin embargo, elementos subjetivos que sirven al mismo tiempo a la descripción de la conducta objetiva antijurídica y a la formación del juicio de culpabilidad. Pero aún admitiendo la existencia de estos casos, es difícil llegar a la afirmación del todo errónea, consistente en la identificación entre las dos funciones, en todos los tipos legales que presentan elementos subjetivos; afirmar que los mencionados elementos pertenecen a la ilicitud y a la culpabilidad al mismo tiempo, como quisiera Mezger, es una aseveración que nos parece necesario rechazar enérgicamente. Cuando se habla de elementos subjetivos del tipo, que contribuyen a la integración del juicio de antijuridicidad, no se debe hacer referencia a la culpabilidad. Los elementos subjetivos de la ilicitud no se asocian a la culpabilidad, sino que sirven solamente al juicio de tona antijurídico de la acción". (84)

Franco Guzmán con esta distinción, pone en su lugar con toda claridad nuestra teoría, además de que hace notar el error de las demás doctrinas modernas que confunden el fin con el motivo, al hacer esto, obviamente incluyen elementos de culpabilidad en la ilicitud.

(84) "La Subjetividad en la Ilicitud". Ed. Cajica, Puebla México, - 1959, Págs. 138 y 139.

CAPITULO V

MODERNAS CORRIENTES

CORRIENTE ESPAÑOLA:

Existe en España una nueva corriente de la antijuridicidad, encabezada por Mir Puig, Rodríguez Devesa, Gimbernat Ordeig y Rodríguez Mourullo.

Olga Islas Magallanes, nos dice lo siguiente, al comentar a estos autores: "Mir Puig se refiere a la antijuridicidad al estudiar la estructura de las normas penales; afirma que la estructura completa de toda norma penal, contiene en forma exhaustiva, al supuesto de hecho y a la consecuencia jurídica, y que por lo mismo para obtener la estructura completa, es imprescindible relacionar entre sí diversos artículos del Código Penal; esto, porque una norma penal es algo distinto de los concretos artículos de los ordenamientos penales. (85).

(85) "La Antijuridicidad, su estructura y consecuencia ante las nuevas doctrinas", Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXI, No. 120, Sep-Dic. 1981. Méx. Pág. 756, CFR. Mir Puig, "Introducción a las bases del Derecho Penal", Edit. - - Bosch, Barcelona, 1976, Págs. 40 a 46 y "La Reincidencia en el Código Penal", Ed. Bosch, Barcelona, 1974.

Dicho de otra forma, Mir Puig considera que el tipo penal se integra por la fusión de distintos elementos, como son: causas de justificación, causas de inculpabilidad, atenuantes, agravantes, etc. Dice que es necesario mezclar los conceptos de la Parte General del Derecho Penal, con los conceptos de la parte especial, y que sólo -- así podremos hablar de tipos penales. Esta idea descansa sobre la teoría de los elementos negativos del tipo, difundida por modernos partidarios como Engisch, Schroder, Von Weber, Stratenwerth y Arthur Kaufmann. De manera que Mir Puig se considera partidario de la anti-juridicidad típica (86); y por otra parte, concibe al tipo como un conjunto de elementos positivos y negativos; asimismo, que el tipo es "ratio essendi" de la antijuridicidad (87). Consiguientemente -- para dicho autor, la antijuridicidad es la antijuridicidad tipificada.

Por su parte Rodríguez Devesa, sostiene las mismas ideas que Mir Puig, es partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo (88).

Gimbernat Ordeig está de acuerdo plenamente, con la teoría de los elementos negativos del tipo; dice que en el tipo "tienen cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta, cuya no comisión se requiere motivar. La problemática de qué es lo que pertenece al tipo, es la problemática de cual es la conducta

(86) Idem, Pág. 749.

(87) Idem, Pág. 756.

(88) Idem, Pág. 757, CFR. Rodríguez Devesa, "Derecho Penal Español", Parte General, cuarta edición, Madrid, 1974 p.p. 348 y 349.

que el legislador quiere evitar". (89). Gimbernat Ordeig, igual - que los anteriores autores, incluyen todo en el tipo, antijuridici - dad, causas de justificación, culpabilidad, causas de no culpabilidad, atenuantes, agravantes, etc.

Rodríguez Mourullo no comparte la teoría de los elementos negativos del tipo, ya que esta teoría desconoce la naturaleza del tipo y además, provoca una "identificación poco deseable entre tipicidad y antijuridicidad" (90), igualmente provoca problemas al comprender en el tipo a la culpabilidad.

La Teoría Lógica:

Olga Islas al referirse a la teoría del modelo lógico, ha - ce una estupenda síntesis (91), comenta lo siguiente: "La teoría - de la violación del deber jurídico (antijuridicidad), en el modelo - lógico, está determinada por una nueva teoría del derecho penal; esto hace necesarias para la adecuada exposición del tema, algunas consi - deraciones previas: "Las acciones y omisiones humanas, calificadas en función de su trascendencia social, pueden ser benéficas o perjudi - ciales o neutras; de todas ellas, al legislador penal le interesan - solamente las que perjudican, por ser éstas las únicas que son antisu -

(89) Idem, Pág. 757 CFR. Gimbernat Ordeig, "Delitos calificados por el resultado y relación de causalidad", Madrid, 1966, Pág. 60.

(90) Idem, Pág. 758 CFR. Rodríguez Mourullo, "Derecho Penal, Parte - General", Edit. Civitas, Madrid, 1978, Pág. 239 y 240.

(91) Idem, Pág. 761.

ciales". (92).

Los partidarios de esta teoría consideran que en el camino para atacar las acciones y emisiones antisociales, el último recurso, es la aplicación de las normas penales. Ellos consideran que sólo - por extrema necesidad deben ser instrumentadas.

Apoyando estas ideas, continúa Olga Isias su exposición, - diciendo que "el análisis metódico del Código Penal pone en evidencia que éste contiene dos grandes categorías de normas penales: las dirigidas a los sujetos imputables y las elaboradas para los inimputables permanentes. Esta distinción no debe perderse de vista en todos los ámbitos de la teoría y pero especialmente en los renglones del deber jurídico penal y de la antijuridicidad". (93).

En esta teoría comparte la idea de que la norma penal no - es sólo un artículo del Código Penal, sino que es como dice Olga Is - las, "un sistema normativo estructurado con artículos no sólo de la - llamada 'Parte Especial', sino también de la llamada 'Parte General', e incluso por artículos comprendidos en otras codificaciones. (Estas ideas respecto a la norma penal, tiene semejanza con los conceptos - del tipo propuestos por los modernos españoles).

(92) Idem, Pág. 761, CFR. Zaffaroni, "Teoría del Delito", Ediar, - Buenos Aires, 1973, Pág. 441.

(93) Idem, Pág. 762.

Siguiendo con la diferenciación entre imputables e inimputables, dice que "El exacto contenido del tipo está determinado en una buena parte por la punibilidad o por la medida de seguridad, según el caso. Por ello, la interpretación de los textos legales que conforman el tipo, nunca debe desvincularse de la punibilidad o de la medida de seguridad, respectivamente". (94).

La teoría incluye contundentemente en el tipo, la figura de la pena y de la medida de seguridad; esto lo hace con el fin de poder distinguir los delitos para imputables y los de inimputables.

Ahora bien, el que comete un delito cuyo tipo contiene además, una medida de seguridad, es porque es inimputable y no sabía de la prohibición e ilicitud del hecho; en cambio, para los que cometen un delito cuyo tipo penal contiene una pena, los llamados imputables, es porque si son capaces de comprender la prohibición y la ilicitud del hecho concreto que dicta una punibilidad.

De lo antes dicho, Olga Islas sostiene que es válido afirmar que el tipo legal dirigido a imputables, contiene una prohibición, es decir, impone a dichos sujetos un deber jurídico penal; asimismo, es válido afirmar que el tipo elaborado para inimputables permanentes, no contiene prohibición alguna, esto es, no impone a dichos sujetos ningún deber jurídico penal.

(94) Idem, Pág. 763.

Vemos pues como esta teoría busca primero la forma de incluir en el tipo a la pena y a la medida de seguridad. Después dice, que el que comete un delito que tiene pena, viola un deber jurídico penal, y el que no la tiene (medida de seguridad) no viola ningún deber. Esta violación del deber jurídico penal es para ellos la antijuridicidad.

Luego entonces, sólo los imputables cometen actos antijurídicos. Conclusión que nos parece equívoca, ya que los inimputables también los cometen, pero no son culpables de sus actos.

Por otra parte dejan de manifiesto, como incluyen en el tipo los conceptos de antijuridicidad y de culpabilidad; además, para poder complementar su postura, dicen que las causas de justificación o excluyentes de antijuridicidad, son actividades o inactividades dolosas o culposas, que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos y que tienen que soportarse.

Nosotros no creemos que estos sea posible, la causa de justificación no es una conducta dolosa o culposa, es simplemente una conducta conforme a derecho.

"En el modelo lógico, afirma Olga Islas, la exigibilidad con su correspondiente aspecto negativo, se sustraen del ámbito de

la culpabilidad y se les incluye en el de la violación del deber jurídico. En el modelo lógico, la actividad o inactividad dolosa o culpable, que sin necesidad lesiona o pone en peligro al bien tutelado, contradice exclusivamente al deber, que está implícitamente dado en el propio tipo legal. (95)

En conclusión, tenemos un profundo respeto profesional por los maestros de la ciencia jurídica que apoyan la teoría del método lógico. Pero consideramos que en ese afán de hacer más justa y dinámica la ciencia penal, comete algunos errores, como lo es el traslado al tipo los conceptos de antijuricidad y culpabilidad.

(95) Idem, Pág. 764.

CONCLUSIONES

- 1.- Es hasta principios del último tercio del siglo XIX, cuando en realidad se inicia la historia de la antijuridicidad. (Con juristas Alemanes).
- 2.- El primer concepto importante de antijuridicidad que se tiene, es de Carlos Binding, al decir que lo injusto es lo opuesto a la norma; no obstante que hay importantes precedentes como Bohemero en el siglo XVIII.
- 3.- La voz que debe emplearse para designar a la antijuridicidad, es precisamente esa... "Antijuridicidad", sin distinción alguna con "injusto" - que significa lo mismo. No deben emplearse las voces "ilícito y "entuerto".
- 4.- En el camino para llegar al concepto de la antijuridicidad hay varias corrientes de pensamiento. Los que consideran que sólo hay una antijuridicidad y los que consideran que hay muchas antijuridicidades, teoría unificadora y teoría diversificadora respectivamente.

- 5.- Graf Zu Dohna, es un buen antecedente del finalismo.
- 6.- Con Mayer culmina la idea de que la antijuridicidad es única, ya que existe en un mundo anterior al Derecho; y que al nacer en el mundo jurídico y dependiendo del lugar en que haya nacido (Derecho civil, penal, fiscal, etc.), se podrá hablar de los distintos injustos (civil, penal, fiscal, etc).
- 7.- Podemos decir que el iniciador de la teoría unificadora de la antijuridicidad, es Binding --- (aunque él no lo supo), y la cual culmina con Mayer y su teoría de las normas de cultura.
- 8.- Las normas de cultura de que habla Mayer, deben ser reconocidas por el estado.
- 9.- El concepto positivo de la antijuridicidad, consiste en la oposición a las normas de cultura reconocidas por el estado.
- 10.- La teoría diversificadora se equivoca al querer distinguir muchas antijuridicidades, cuando sólo hay una.

- 11.- En el fondo de la teoría diversificadora se encuentran las ideas Kelsenianas respecto a lo que es el delito y consecuentemente lo que es el injusto.
- 12.- Kelsen es el ejemplo más claro de como se le niega a la antijuridicidad su carácter de desvalor para refugiarse solamente en el capricho exclusivo de la ley misma. Es antijurídico lo que la ley quiere que sea y nada más.
- 13.- Consideramos al igual que Petrocelli, que la distinción entre antijuridicidad formal y material es ociosa, ya que como dice Jiménez Huerta, es tratar de escindir en dos partes diversas lo que no es más que aspectos distintos y parciales de un mismo concepto.
- 14.- La tipicidad es el indicio más importante de antijuridicidad, pero la primera no contiene a la segunda necesariamente.
- 15.- El consentimiento puede ser en algunos casos, la causa que destruye la materialidad de la antijuridicidad y de la formal también.

- 16.- Ahora bien, este consentimiento que otorga el sujeto pasivo, respecto de la lesión o puesta en peligro de sus intereses tiene limitaciones. Esto es, no todos los bienes protegidos son disponibles por parte de dicho sujeto.
- 17.- El Derecho a la vida no es un bien disponible.
- 18.- Conocer el contenido material del injusto, es indispensable para determinar si el consentimiento del ofendido, hace posible o no la existencia de la antijuridicidad.
- 19.- La antijuridicidad es de contenido objetivo fundamentalmente, pero, en ocasiones, debe tomar en cuenta algunos elementos subjetivos (psicológicos) que el mismo tipo penal contiene.
- 20.- Podemos afirmar que los que pertenecen a la teoría causalista del delito, son los que participan de la antijuridicidad objetiva.
- 21.- La teoría subjetiva niega a la antijuridicidad su propia autonomía.

- 22.- Donde se hace más aceptable la teoría finalista, es en el caso de la tentativa punible.
- 23.- Los elementos subjetivos de la ilicitud no tienen nada que ver con el dolo, sino con la anti-juridicidad.
- 24.- Los elementos subjetivos del injusto son meras referencias del tipo psicológico contenidas en el tipo, ya que el dolo está contenido en la culpabilidad y es una valoración de la conducta debida.
- 25.- El incluir ciertos elementos subjetivos en la anti-juridicidad, no significa traicionar su carácter objetivo.
- 26.- La corriente de los elementos subjetivos del injusto es la más apropiada, creemos que sabe establecer la frontera entre la anti-juridicidad y la culpabilidad.
- 27.- Creemos que la confusión entorno a estas cuestiones se debe a considerar todo elemento subjetivo como elemento de culpabilidad.

28.- La moderna corriente española viene a revolucionar el concepto de tipo, ya que le concede unas fronteras ilimitadas; en realidad el tipo comprende toda la materia del delito.

I N D I C EINTRODUCCION**I.- Evolución Histórica de la Antijuridicidad.**

- a) Roma
- b) Boehmero
- c) Adolfo Merkel
- d) Rudolf Von Ihering
- e) Carlos Binding
- f) Max Ernst Mayer
- g) Carrara

II.- Concepto de la Antijuridicidad.

- a) Que es la Antijuridicidad.
- b) Teoría Unitaria.
- c) Teoría Diversificadora.

III.- Características de la Antijuridicidad.

- a) La antijuridicidad formal y material.
- b) La tipicidad y la antijuridicidad.
- c) El consentimiento del ofendido. (El homicidio consentido).

IV.- Características de la Antijuridicidad:

La antijuridicidad objetiva y subjetiva.

- a) El finalismo
- b) La tentativa punible
- c) El Dolo específico
- d) Teoría de los Elementos Subjetivos.

V.- Modernas Corrientes.

- a) Corriente española.
- b) La Teoría Lógica.

VI.- Conclusiones.

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

Antolisei "Manuale di Diritto Penale", Milano 1947.

Blasco y Fernández de Moreda, Francisco "Criminalia",
Revista de Ciencias Penales Año IX No. 7, marzo 1943,
Méx. D.F.

Carnelutti Francisco, "Teoría General del Delito", -
Trad. de Víctor Corce, Ed. Revista de Derecho Privado,
Madrid, 1952.

Carrancá y Trujillo Raúl, "Derecho Penal Mexicano", -
Ed. Porrúa, 1972.

Carrancá y Trujillo, Raúl, "Código Penal Anotado", -
México, D. F. 1981, Ed. Porrúa.

Cuello Calón, Eugenio, "Derecho Penal", Tomo I, Parte
General, Barcelona 1968.

Franco Guzmán, Ricardo, "Delito e Injusto", Editorial
Cajica, México, 1959.

Franco Guzmán, Ricardo, "La Subjetividad en la Illici-
tud", Ed. Cajica, Puebla México, 1959.

García Iturbe Arnoldo, "Relación Criminológica", Año 2, No. 2, 1969, Valencia, Venezuela.

Giuseppe Maggiore, "Derecho Penal", parte especial, - Volumen IV, Ed. Temis, Bogotá, 1955.

Graff Zu Dohna, Alexander, "La Ilícitud", Edit. Jurídica Mexicana, México, 1959, Traducción de Faustino - Ballue.

Islas Magallanes, Olga, "La Antijuridicidad, su estructura y consecuencias ante las nuevas Doctrinas", Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXI, No. 102, Sep-Dic. 1981, Méx, D.F.

Jiménez de Asúa, Luis, "La Ley y el Delito", Ed. Sudamericana, Buenos Aires 1978.

Jiménez de Asúa, Luis, "Tratado de Derecho Penal", - Ed. Losada, Tomo III.

Jiménez de Asúa, Luis, "Tratado de Derecho Penal", - Ed. Losada, Tomo IV, 1951.

Jiménez Huerta, Mariano, "La Antijuridicidad", México, Imprenta Universitaria, 1952.

Mezger, Edmundo, "Tratado de Derecho Penal", 1, Madrid, 1955, Trad. de José Arturo Rodríguez.

Mir Puig, "Introducción a las bases del Derecho Penal", Edit. Bosch, Barcelona, 1976, y "La Reincidencia el Código Penal", Ed. Bosch, Barcelona 1974.

Ortolán M. "Tratado de Derecho Penal", Traducción de Melquiades Pérez Rivas, Madrid, librería de Leocadio López, 1895.

Pavón Vasconcelos, Fco. "Manual de Derecho Penal Mexicano", Ed. Porrúa, 1978, México, D. F.

Petrocelli Biagio, "La Antijuridicidad", Traducción de José L. Pérez Hernández, UNAM, 1963.

Porte Petit Candaudap, Celestino, "Programa de la Parte General de Derecho Penal", México, 1958.

Vela Treviño, Sergio, "Antijuridicidad y Justificación", Ed. Porrúa, México.

Vela Treviño, Sergio, "La Antijuridicidad en la Tentativa", Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal, 1981, UNAM, 1982.

Villalobos, Ignacio, "Derecho Penal Mexicano", Parte General, Ed. Porrúa, S. A. México, 1960.

Weber, Grundriss des Tscheoslowakischen Strafrechts, 1929.

Welzel Hans, Compendio, D.S. 7a. Edición.

Werner Niese, "La Teoría Finalística dellazione nel diritto penale tedesco", Revista Jus, Milán, 1951.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Teoría del Delito", Ed. - - Ediar, Buenos Aires, 1973.