

I N D I C E:

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO PRIMERO.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE NORMA Y ANTIJURIDICIDAD.

- 1.1 PRIMER DATO HISTÓRICO DE UNA NORMA.
- 1.2 ORIGEN DE LA CODIFICACIÓN.
- 1.3 ANTECEDENTES Y ORIGEN DEL DERECHO MEXICANO.

CAPITULO SEGUNDO

LA NORMATIVIDAD Y LA JURIDICIDAD.

- 2.1 LA NORMA DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIOLOGICO.
- 2.2. LA IDEA DE LA NORMALIZACIÓN.
- 2.3 LA NORMA Y EL DEBER.
- 2.4 LA EXISTENCIA DE LA NORMA Y EL NACIMIENTO DEL DEBER JURÍDICO
- 2.5 NORMAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS. (NORMAS DE CONDUCTA Y NORMAS DE SANCIÓN)
- 2.6 ESTRUCTURA DE LA NORMA PENAL
- 2.7 LA TEORÍA DE LAS NORMAS DE BINDING

CAPITULO TERCERO

ESENCIA DE LA NORMA JURÍDICO PENAL.

- 3.1 NORMA DE VALORACIÓN O NORMA DE DETERMINACIÓN.
- 3.2 LESIVIDAD DEL DERECHO Y CONTENIDO DE LA NORMA.
- 3.3 DETERMINACIÓN DE LOS ESTADOS DE COSAS QUE SE QUIEREN PROMOVER O EVITAR.

CAPITULO CUARTO

ANTI JURIDICIDAD PENAL Y SISTEMA DEL DELITO.

- 4.1 PRESUPUESTOS PARA LA ANTIJURIDICIDAD PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NORMA.

4.2 NACIMIENTO DEL CONCEPTO ANTIJURIDICIDAD EN EL SISTEMA DEL DELITO.

4.3 LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN LA ANTIJURIDICIDAD

4.4 RELACIÓN DE TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

PRIMER POSICIÓN.

SEGUNDA POSICIÓN.

CAPITULO QUINTO

ELEMENTOS GENERALES DE LA ANTIJURIDICIDAD PENAL.

5.1 REQUISITOS DE LA ANTIJURIDICIDAD PENAL.

5.2 ANTIJURIDICIDAD PENAL FORMAL Y MATERIAL

5.3 ANÁLISIS DEL CONCEPTO DOGMÁTICO DEL "BIEN".

5.4 EL CONCEPTO DE LA UTILIDAD

5.5 EL CONCEPTO DEL INTERÉS

5.6 DIFERENCIA ENTRE INTERÉS, BIEN, Y UTILIDAD.

5.7 DIFERENCIA ENTRE INTERÉS Y DESEO.

6.8 RELACIÓN ENTRE "VOLUNTAD", E INTERÉS.

CAPITULO SEXTO

ESTUDIO DEL CONCEPTO DOGMÁTICO DE LA ANTIJURIDICIDAD. ANÁLISIS DE LA LESIÓN, DE LA ACCIÓN DAÑOSA Y PELIGROSA.

6.1 DELITO COMO LESIÓN Y COMO AMENAZA DE BIENES E INTERESES

6.2 EL CONCEPTO GENERAL DE DAÑO. (EN VARIAS RAMAS DEL DERECHO)

6.3 EL CONCEPTO JURÍDICO DEL DAÑO.

6.4 DEFINICIÓN DEL CONCEPTO "DAÑO" (PSICOLÓGICO, SOCIOLOGICO Y JURÍDICO)

6.5 DAÑO Y LESIÓN, IMPOSIBILIDAD DE DISTINGUIR.

6.6 EL CONCEPTO DE PELIGRO Y SU IMPORTANCIA.

6.7 LA TEORÍA SUBJETIVA DEL PELIGRO.

CAPITULO SÉPTIMO

EL CONTENIDO MATERIAL DE LA ANTIJURIDICIDAD PENAL EN EL ESTADO DE DERECHO.

7.1 ANTIJURIDICIDAD PENAL Y ADMINISTRATIVA.

7.2 LA TIPICIDAD PENAL COMO BASE DE LA ANTIJURIDICIDAD

PENAL.

7.3 DESVALOR DE RESULTADO Y DESVALOR DE LA CONDUCTA EN LA ANTIJURIDICIDAD PENAL

CAPITULO OCTAVO EL BIEN JURÍDICAMENTE PROTEGIDO EN EL DERECHO PENAL.

- 8.1 OBJETO JURÍDICO (BIEN JURÍDICO) Y OBJETO MATERIAL
- 8.2 FUNCIÓN DEL BIEN JURÍDICO
- 8.3 EL BIEN JURÍDICO COMO FIN DE LA NORMA
- 8.4 EL BIEN JURÍDICO FRENTE AL CONSENTIMIENTO
- 8.5 INEFICACIA DEL CONSENTIMIENTO.
- 8.6 PERDÓN DEL OFENDIDO Y BIEN JURÍDICO FRENTE AL CONSENTIMIENTO
- 8.7 OBJETO MATERIAL
- 8.8 DIFERENCIA ENTRE OBJETO MATERIAL Y BIEN JURÍDICO.
- 8.9 DIMENSIÓN SOCIAL DEL BIEN JURÍDICO
- 8.10 CONDUCTA Y RESULTADO LESIVO EN LA ANTIJURIDICIDAD PENAL
- 8.11 LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN EL INJUSTO PENAL.
- 8.12 LA AUSENCIA DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

CAPITULO NOVENO CASUALISMO Y FINALISMO. SU RELACIÓN CON LA ANTIJURIDICIDAD.

CAPITULO DÉCIMO LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU DIFERENCIA CON LA ANTIJURIDICIDAD EN TIPO PENAL.

- 10.1 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.
- 10.2 DE LAS PROPIAS E IMPROPIAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.
- 10.3 LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU RELACIÓN CON EL TIPO PENAL.
- 10.4 LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD.

CAPITULO DÉCIMO PRIMERO

EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD.

11. 1 ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

TESIS DOCTORAL

DOCTORANDO

ABOGADO DANIEL ESPINOSA LICÓN

TUTOR

DOCTOR JUAN MANUEL BLANCH NOUGUÉS

UNIVERSIDAD SAN PABLO CEU.

MADRID, ESPAÑA

TEMA DE TESIS

EVOLUCIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD

Y SU UBICACIÓN EN EL SISTEMA DEL DELITO

EN MÉXICO.

INTRODUCCIÓN.

Al inicio de mi carrera de abogado, me extrañaba al leer las determinaciones ministeriales, es decir, aquel acuerdo, en el que el Agente del Ministerio Público (ministerio fiscal), órgano monopolizador del ejercicio de la acción penal, en el sistema penal mexicano; al emitir su respectiva acción punitiva, en contra de algún indiciado, se expresaba casi en forma unánime que la conducta del indiciado era típica, antijurídica, culpable y punible, y me preguntaba a qué se refería la ANTIJURIDICIDAD. Ahí surgió mi inquietud por el concepto de ésta figura jurídica, y esto me llevo a otros estudios, como son; el sistema del delito, la filosofía del derecho, la sistemática jurídica, la hermenéutica, la dogmática jurídica, y muchos temas más, que tuvieron que ser motivo de estudio previo, para llegar a la inquietante figura de la antijuridicidad, y ahora me pregunto, ¿si cada vez que se invoca la antijuridicidad, los abogados, sabemos a que nos referimos o de que estamos hablando o el alcance jurídico de dicha acepción, y dudo que sea en sentido afirmativo.

Actualmente, cuando hablo con mis alumnos, estudiantes de derecho, de cómo opera la antijuridicidad, y se les explica que en determinados países, y en ciertos casos el desconocimiento de la prohibición, es un factor que atenúa, incluso, excluye la pena, ello despierta, una extrañeza de la medida, y ponen de manifiesto su temor a que con ello la ley penal, acabe convertida en letra muerta, habida cuenta que el ciudadano común desconoce los límites entre lo prohibido y lo permitido, sin embargo, no por ello se ha resquebrajado el estado de derecho en países que operan con este tipo de sistema del delito, verbi gracia: España, Italia, Alemania, Argentina, entre otros. En México, específicamente en materia Federal se prevé en el Código Penal para la Federación el Error de Hecho y el Error de Prohibición, lo que la legislación del Estado de Jalisco, es renuente a aceptar, ya que como regla general para el caso se ha sostenido por los Jueces y Tribunales que *"el desconocimiento de la ley no excluye de su cumplimiento"*, lo que impide en determinado momento la aplicación de los errores tanto de tipo como de prohibición.

Es muy discutido el material de conocimiento de la antijuridicidad y seguramente con poca claridad ganada. En el específico debate Mexicano, no se ha logrado cambiar la idea del legislador, de Magistrados o Jueces en torno a la importancia que reviste en el sistema del delito, la antijuridicidad, su ubicación específica, sus alcances en torno al error de tipo y de prohibición. Así, se ha polemizado demasiado sobre la ubicación del concepto en el sistema de la teoría del delito, sin haberse profundizado todo lo que es preciso en la determinación de que significa precisamente la afirmación de que un sujeto ejecutó una conducta antijurídica. La doctrina ha sido polémica respecto a dicha figura y en razón de que los tribunales poco tenían que decir, han dejado que éstos, hayan resuelto según criterios de derecho, del caso, cuándo había conciencia de la antijuridicidad y cuándo no, y las consecuencias de lo uno y lo otro.

En el derecho español, Bacigalupo Zapater hace el señalamiento que en la teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo

que condiciones y en que casos la realización de un tipo penal no es contraria al derecho, es decir el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico¹. Se trata sin duda de un paso muy importante en el proceso de subjetivización de la responsabilidad penal al acentuarse la vinculación de la existencia y la medida de dicha responsabilidad a las capacidades individuales concretas de cada ciudadano. Ello supone también un avance garantista en la protección del ciudadano frente al Estado, que intenta muy a menudo que los costos de la confusión normativa creada por él mismo a través de su órgano legislativo, corran a cargo de sus ciudadanos. Éstos, sin posibilidades reales de evitar la represión, quedan atrapados bajo la hipertrofia legislativa. Sin embargo la otra cara de la moneda constituye un riesgo de beneficiar con esa medida, al menos en parte, al irresponsable o, mucho peor, al desconsiderado que se despreocupa de las reglas de la convivencia. Bajo esa tesitura, en la presente investigación se analiza cuales son los contornos del conocimiento de la antijuridicidad, tanto para distinguirlos conceptualmente de las

¹ BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal parte general*, Editorial Akal/iure, 4ª edición,

situaciones de error, como para utilizarlo como punto de referencia en el establecimiento de la sensibilidad del mismo.

Además la presente investigación es una pretensión de "REDUCCIÓN DE LA COMPLEJIDAD" a fin de ganar precisión, para una aplicación materialmente convincente de las disposiciones legales relativas al conocimiento de la antijuridicidad. El camino por el que se opta es de un estudio de los conceptos de las diversas corrientes doctrinarias, y concluir con un estudio crítico de la evolución del tema en Alemania, Italia, España y la herencia de estos problemas en el sistema Mexicano. De forma idéntica se analiza si el concepto y alcance tiene connotación general y universal o en su defecto, se ajusta a determinadas corrientes y determinada materia; se realiza un análisis doctrinal y su evolución, así como de la Jurisprudencia emitida por los Tribunales de diversos países y los que ha emitido La Suprema Corte de la Nación Mexicana.

Al examinar estos problemas, he advertido

hasta que punto el conocimiento de la antijuridicidad no es concepto psicológico universal y general, sino normativo, vinculándose su interpretación a la norma positiva y vigente de cada país, y en México en cada Estado, ello dado a que en la Nación Mexicana se conforma por treinta y un Estados y un distrito federal, y cada uno de los Estados, cuenta con su propio Código Penal y de Procedimientos Penales, y uno más en Materia Federal, por lo que cada Estado regula la antijuridicidad de manera diferente y cada Estado ha generado Jurisprudencia por sus respectivos Tribunales Superiores de Justicia, los que serán materia de análisis.

CAPITULO PRIMERO.

EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE NORMA Y ANTI JURIDICIDAD.

1.1 PRIMER DATO HISTÓRICO DE UNA NORMA.

Las leyes, en su significación más extensa, no son más que las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de las cosas, y en este sentido,

todos los seres tienen sus leyes: la divinidad tiene sus leyes, los animales tienen sus leyes, el hombre tiene sus leyes².

Dios tiene relación con el universo como creador y como conservador; las leyes según las cuales creó son las mismas según las cuales conserva; obra o actúa según las reglas porque las conoce; las conoce porque él las hizo; las hizo porque están en relación con su sabiduría y su poder.

Como vemos que el mundo, formado por el movimiento de la materia y privado de inteligencia, subsiste siempre, es forzoso que sus movimientos obedezcan a las leyes invariables; y si pudiéramos imaginar otro mundo que éste, obedecería a reglas constantes o sería destruido.

Así, la creación, aunque parezca ser un acto arbitrario, lleva implícitas reglas tan inmutables como la fatalidad de los ateos. Sería absurdo decir que el creador podría gobernar el

² MONTESQUIEU. *Grandes Clásicos del Derecho* Volumen 5. Editorial Oxford University Press.

mundo sin aquellas reglas, puesto que el mundo sin ellas no subsistiría, entre esas reglas naturales a que nos referimos se ubican: el día, la noche, las cuatro estaciones del año, la vida la muerte, etcétera.

En el estado natural, el hombre, es impulsado a unirse a diversos miembros en sociedad, en defensa, en búsqueda de alimentos, en lograr su protección, para reproducirse, lo cual podemos calificar como una ley natural.

Tan luego como los hombres empiezan a vivir en sociedad, da lugar a la existencia de derechos y al existir desconocimiento de éstos por otros miembros de la sociedad, se da lugar al nacimiento de conflictos por múltiples índoles, por ejemplo; por una mujer, por alimento, por herramientas, por objetos, por tierra, en fin, lo que motiva la existencia de normas de convivencia dentro de la sociedad, para que exista el respeto al derecho ajeno.

El primer dato histórico de la existencia de

una norma y posteriormente su quebrantamiento, lo encontramos en el libro que seguramente rige en la vida de la mayor parte de la población mundial, la *BIBLIA*, en sus capítulos primero, segundo y tercero denominado *GÉNESIS*, en la que se narra en torno a la creación del hombre, inmediatamente después surge la primera norma emitida por el creador:

Y YAVÉ DIOS LE DIO AL HOMBRE UN MANDAMIENTO; LE DIJO: "PUEDES COMER TODO LO QUE QUIERAS DE LOS ÁRBOLES DEL JARDÍN, PERO NO COMERÁS DEL ÁRBOL DE LA CIENCIA DEL BIEN Y DEL MAL. EL DIA QUE COMAS DE ÉL, TEN LA SEGURIDAD QUE MORIRÁS."

Norma prohibitiva, ubicada dentro de las de *no hacer*, y que preveía como sanción específica la muerte, dicha norma divina fue inmediatamente transgredida, la serpiente indujo a EVA a su quebrantamiento, y ésta a su vez a ADAN, tal como se establece en la narración de *GÉNESIS 3*:

"A LA MUJER LE GUSTÓ ESE ÁRBOL QUE ATRÍA LA VISTA Y QUE ERAN TAN EXCELENTE PARA ALCANZAR

EL CONOCIMIENTO. TOMÓ DE SU FRUTO Y SE LO COMIÓ Y LE DIO TAMBIÉN A SU MARIDO QUE ANDABA CON ELLA. QUIEN TAMBIÉN LO COMIÓ."

Aquí encontramos el primer dato de una norma quebrantada³, la que se puede traducir de dos formas, la primera sosteniendo que: "*existió una actuación contraria a la norma divina*", que ordenó un no hacer (no comer del árbol), lo que se contrarió, con el actuar (comiendo del fruto del árbol) en una explicación simplista y llana, esto sería lo que siglos después los doctrinistas llamarían antijuridicidad; y la segunda traducción sería el sostener: "*que se lesionó el bien divinamente protegido*", la que forzosamente necesitaría para su explicación, analizarse lo que mencionó DIOS en su sentencia, que obra en el antepenúltimo párrafo del capítulo de estudio:

ENTONCES YAVÉ DIOS DIJO:" AHORA EL HOMBRE ES COMO UNO DE NOSOTROS, PUES SE HA HECHO JUEZ DE LO BUENO Y DE LO MALO. QUE NO VAYA TAMBIÉN A EXTENDER SU MANO Y TOMAR DEL ÁRBOL DE LA VIDA, PUES VIVIRÍA PARA SIEMPRE".

³ JAKOBS, Gunther, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Cuaderno de Civitas, Primera

En ese sentido la segunda postura de la lesión al bien protegido, se traduce en que DIOS al crear la norma, su pretensión fue la de proteger que el hombre no gozara de capacidad para discernir del bien y del mal, de ser juez, al comer del árbol prohibido, Adán y Eva lesionaron el bien divinamente protegido, es decir, discernieron del bien y del mal, lo que producía en ellos entre otras cosas, el entendimiento de saberse que estaban desnudos, y tener vergüenza de ello, por lo que cosieron unas hojas de higuera y se hicieron unos taparrabos, y al haber sido buscados por DIOS en el Edén, se escondieron entre los árboles para que DIOS no los viera; así es como se tiene el primer dato histórico de quebrantamiento de una norma y sus consecuencias, lo que se insiste la doctrina en, llamarían siglos después, antijuridicidad.

1.2 ORIGEN DE LA CODIFICACIÓN.

El segundo punto histórico relevante para el tema de investigación, es en torno a la

existencia de la norma, así, cómo y donde surge la idea de conglomerar las diversas normas, consecuentemente se retoma en éste capítulo la época de codificación, la que tiene sus comienzos en el siglo XVII con algunos proyectos preliminares y alcanzó su apogeo en el siglo XIX.

Desde el siglo IV la palabra código aplicó especialmente a las colecciones de leyes, tales como los códigos Gregorianos, Hermogeniano, Teodosiano y al de Justiniano.

La era de la codificación trajo como consecuencia la desaparición de la unidad jurídica europea, esto, debido a que el *IUS COMMUNE* se vio reemplazado gradualmente por el nacionalismo legal que tomó la forma de la codificación⁴

La codificación obedeció a causas políticas e ideológicas, pero además, existió otro factor que fue la necesidad de simplificar y unificar el derecho vigente que se encontraba perdido en medio de la multiplicidad legislativa que existía

⁴, LEONTIN-JEAN Constantinesco, *Tratado de Derecho Comparado*, V. I, Tecnos, Madrid, 1981,

en los países de Europa continental.

En el siglo XVII en Francia, bajo los órdenes de Juan Bautista Colbert, ministro del rey Luis XIV, fueron elaboradas tres importantes leyes: La Ordenanza Civil, Ordenanza Criminal, y Ordenanza Marítima y Mercantil (1667-1681) las que tenían como fin establecer un derecho uniforme en el reino. Cuando Napoleón Bonaparte fue nombrado primer cónsul de Francia, decidió introducir una legislación efectiva en todo el país para lo cual nombró una comisión para la elaboración del código civil, llamado después Código de Napoleón, el que recogió en muchos aspectos el derecho Romano, las costumbres y ordenanzas reales y principios fundamentales de la Revolución Francesa. Seguido entre otros el Código Penal de 1810 y el Código de Procedimientos penales un año después⁵. Napoleón logró implantar obligatoriamente el Código además de en Francia, en los países Bajos. Cuando estuvo exiliado en la isla de Santa Elena, se refería a su Código como el mayor logro de todas sus

victorias: *"Un Waterloo se borra de la memoria, pero mi código civil vivirá por siempre."*

El Código Civil Francés empezó a ser ampliamente conocido, admirado e imitado en la mayor parte de los países de Europa Continental; la idea de la codificación despertó gran interés en Alemania.

En 1814 el profesor Romano Antón Friedrich Justus Thibaut publicó su obra *"De la Necesidad de un Derecho Civil para Alemania"*, sus ideas fueron debatidas por la llamada Escuela Histórica cuyo líder era Federico Carlos Von Savigny, el que manifestó que el derecho, al igual que el idioma era parte del genio y cultura de la gente. Finalmente el Código Civil Alemán, conocido como BGB fue promulgado en 1896 y entró en vigor en 1900.

Los supra citados códigos, si bien es cierto difieren en forma, estilo y modo, no menos cierto resulta que tienen similitudes, al basarse en gran medida en el derecho común, con influencia del *IUS COMUNE* romanista, y ambos fueron

preparados en el siglo XIX en el siglo del Liberalismo. Ambos códigos han servido como modelo para muchos de los códigos del mundo.

1.3 ANTECEDENTES Y ORIGEN DEL DERECHO MEXICANO.

En México, una vez consumada la conquista de Tenochtitlan en 1521 los pueblos indígenas quedaron sometidos a la corona Española y los territorios conquistados constituyeron una colonia que se llamó Nueva España.

Entre los ordenamientos que estuvieron en vigor en la Nueva España podemos citar el ordenamiento de Alcalá, Las leyes del Toro, la Nueva Recopilación, la Novísima Recopilación y las Siete Partidas, y la Recopilación de las Leyes de Indias promulgada en 1680⁶.

Consumada la Independencia de México en septiembre de 1821, asumió el poder la llamada Soberana Junta Provisional Gubernativa la que dispuso el 5 de octubre de 1821 que se habilitara y confirmara interinamente a todas las autoridades coloniales.

Por lo tanto la recepción del derecho

⁶ BARRIENTOS, Grandon, Javier, *La Cultura Jurídica en la Nueva España*, UNAM, México, 1993,

romano-canónico en nuestro sistema Mexicano, se realizó a través del derecho castellano, de la enseñanza universitaria, de la práctica jurídica y de la promulgación del Código Civil de Napoleón.

La evolución de nuestra historia como nación independiente se puede seguir de manera fidedigna analizando el trazo sucesivo de nuestras leyes constitucionales. En ellas se han plasmado los principios y doctrinas de cada una de las grandes etapas del desarrollo histórico de México, todos los momentos de profunda transformación de la realidad nacional, desde el movimiento de Independencia hasta la Revolución Mexicana de principios de éste siglo, derivaron en la formulación de una nueva Carta Magna, o de reformas sustanciales a la misma; siempre superando y enriqueciendo la anterior; aunque conservando ciertas normas fundamentales que constituyen la esencia de nuestra tradición constitucional. En efecto, a lo largo de ésta permanente transformación de nuestras normas constitucionales, al impulso de los sucesivos

cambios en el devenir histórico, han prevalecido, sin embargo como un hilo conductor, ciertos grandes principios que forman la médula de nuestro sistema republicano. En primer lugar, y desde la Constitución de Apatzingán, se consagra el principio de la soberanía nacional como el valor supremo que debe proteger y preservar nuestro orden jurídico; de igual modo, los derechos humanos y las garantías individuales han sido parte sustancial de nuestras leyes constitucionales. De la Constitución de 1824 tomamos el federalismo como sustento de nuestra forma de gobierno. La división de poderes y la evolución de la democracia "no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida", forman también parte central de la doctrina constitucional mexicana. Igualmente los derechos sociales, que en forma muy destacada fueron incorporados en la Constitución de 1917, son otra de las notables contribuciones que habrán de perdurar de nuestra trayectoria constitucional, como concreción legislativa de los principios del liberalismo social mexicano⁷.

⁷ "L" Legislatura, *Historia del Pueblo Mexicano*, 2ª edición 1978, Supremo Corte de Justicia de la

En los diferentes Códigos Penales y de Procedimientos Penales, sobresalen los siguientes antecedentes:

Código de Procedimientos Penales de 1880.

Una vez que fue expedido el Código Penal de 1871, era necesaria una ley de enjuiciamiento que lo hiciera aplicable, lo que se logró al promulgar el Código de Procedimientos Penales de 1880 el cual fue permeado por el sistema Inquisitivo y a partir de la revolución francesa se genera el modelo Mixto, con reconocimiento de algunos derechos que tienen su origen en el modelo COMMON LAW inglés.

Se consagran algunos derechos para el procesado, como el derecho de defensa, la inviolabilidad del domicilio, la libertad caucional, etc; y en cuanto a la víctima del delito, se instituye la obligación para el delincuente, de reparar el daño.

Código de Procedimientos Penales de 1894.

En cuanto a la víctima del delito, declaró sus derechos de naturaleza civil. También introdujo algunos aspectos novedosos que el momento histórico exigía fueran reglamentados, tales como la Policía Judicial, a quien marcó sus atribuciones; el Ministerio Público, cuyas funciones son únicamente la persecución de los delitos y los actos de acusación en contra de los criminales ante los órganos judiciales competentes. Introdujo un nuevo principio procesal: la inmediatez o inmediatividad, y en materia de prueba dominó el sistema mixto.

Para impugnar las resoluciones judiciales, se incluyen modificaciones al sistema anterior, otorgándose mayores derechos, tanto al acusado como al defensor.

Código de Procedimientos Penales en Materia Federal de 1908.

El 18 de diciembre de 1908, se expidió el Código de Procedimientos Penales en materia federal, cuyas disposiciones regulan la actividad

de quienes intervienen en el procedimiento; y, aunque se puede decir que el Código del Distrito sirvió de modelo para su elaboración, sin embargo, contiene entre otras innovaciones: las facultades que se conceden al juez para la comprobación del cuerpo del delito, el arbitrio judicial, etc.

Código de Procedimientos Penales de 1929 y 1931 para el Distrito Federal y Federal de 1934.

La Ley Procesal que siguió en turno a la anterior fue la expedida el 15 de diciembre de 1929. Entre otros aspectos, al referirse a la víctima del delito, indicaba que la reparación del daño era parte de la sanción del hecho ilícito; por lo cual, sería exigida oficiosamente por el Ministerio Público, en consecuencia, no la entendía como una acción civil, sino más bien penal.

Por otra parte, como los ofendidos o sus herederos quedaban facultados para ejercitar la acción mencionada, la función del Ministerio Público en ese caso, pasaba a segundo término.

El distinguo que en este orden se pretendió establecer, creó un sistema absurdo, de tal manera que la falta de congruencia en ese aspecto, su inoperancia y otros defectos más que se le señalaron, dieron lugar a que fuera sustituido el 17 de agosto de 1931 por el Código de Procedimientos Penales vigente hasta la fecha y por el Código Federal de Procedimientos Penales de 23 de agosto de 1934.

De la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece el actual sistema penal, y tiene su origen desde el año 1917 específicamente en sus artículos 16 y 19, se hablaba del concepto CUERPO DEL DELITO, es decir el TETBESTATH, y no fue sino hasta 1993, que se modificó el sistema del delito, para hablar del TIPO PENAL, y en el año 1998 se da lo que los mexicanos llamamos la contrarreforma, en la que se regresa al concepto CUERPO DEL DELITO, entendido como el conjunto de elemento objetivos o externos que constituyen la conducta ilícita, dejando para diversa etapa (de juicio) los elementos subjetivos y normativos del tipo penal.

CODIFICACIÓN DEL 18 DE JUNIO DEL AÑO 2008.
(MODELO ACUSATORIO Y ORAL).

El 18 dieciocho de junio del año 2008 dos mil ocho, se aprobó la reforma a los siguientes diez artículos: 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo diversos plazos para que cobrara vigencia dicha reforma.

De la lectura de los transitorios, se advierte que se estableció un periodo de ocho años para que cobrara vigencia el proceso acusatorio y oral, por su parte para el modelo de reinserción social y la figura de jueces de ejecución de sanciones, el plazo otorgado fue de tres años.

Por lo que ve al *vacatio legis*, para el proceso acusatorio y oral, habrá de cambiarse los métodos, procesos, formas, conductas y actores de la justicia penal para ello es necesaria la capacitación, depuración, creación de plazas y construcción de la infraestructura necesaria para poder operar en el nuevo modelo de justicia. El tamaño de la reforma ha sido poco valorada en la

sociedad en general, motivada claro por la poca o nula difusión que se le ha dado a la misma, los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, no han tenido la sinergia necesaria para coincidir en la necesidad de ocuparse lo suficiente por el tema, por otro lado, la percepción es que ahora los juicios solamente serán orales, sin advertir toda la reforma al sistema penal y que se trata de un cambio estructural al modelo de justicia tradicional.

El actual sistema de justicia que existe en México, consiste en un modelo preponderantemente *inquisitivo*, lo que se refiere que no hay una clara diferencia en las funciones de las personas que participan en el proceso (jueces, ministerios públicos, policía, etcétera); el proceso es muy lento, parte de la presunción de culpabilidad del acusado y toda la información que se utiliza para resolver el caso (testimonios, pruebas, argumentos) se presentan en forma escrita desahogadas ante el ministerio público y ésta no se encuentra disponible para el conocimiento público, por lo que las sentencias que dictan los jueces suelen ser poco transparentes y la sociedad

duda de su certeza. En efecto, la percepción generalizada de la población es que prevalece una impunidad muy elevada, juicios lentos, caros, opacos y poco confiables para la sociedad; Según datos de la exposición de motivos para la reforma en comento, de cada cien delitos que se denuncian en México, tan solo dos llegan a sentencia condenatoria, y en promedio se tardan esos juicios tres años, y al Estado le cuesta en promedio setenta mil pesos cada proceso. (*Informe de banco Interamericano de desarrollo y Banco Mundial*), lo que motivó la reforma Constitucional.

Los diputados del Congreso de la Unión, afirman en su exposición de motivos, que la víctima u ofendido del delito son la parte más débil del sistema penal. Después de resentir el daño cometido en su integridad física, moral o en sus bienes materiales, las víctimas luego son víctimas de un orden jurídico y de una praxis tanto ministerial como judicial que, en lugar de facilitarle las cosas, se las dificulta de manera real, sistemática y estructural a grado tal, que resulta ineficaz el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Sostienen que no sólo sufren por el daño que les causa el delincuente sino que, además, tienen que defenderse contra la falta de protección jurídica que se da por las antinomias, defectos y lagunas normativas en el contenido esencial de sus derechos fundamentales.

La víctima u ofendido están indefensos. No se encuentran en igualdad de armas para enfrentar al ministerio público, al juez, al inculpado y a su defensor. La ley, por un lado, tiene un alcance restringido y los jueces, por su parte, no tienen una vocación garantista para desarrollar el discurso de los derechos pro víctima.

Su iniciativa, por tanto, tiene por objeto avanzar en el fortalecimiento de los derechos fundamentales del ofendido o víctima del delito, a partir de tres propuestas: el derecho fundamental al defensor público; el fortalecimiento del derecho fundamental a la reparación del daño; y el derecho fundamental a impugnar el no ejercicio de la acción penal y su desistimiento y sus actos equivalentes, por medio del control de legalidad,

así como perfeccionar su control constitucional frente a sus problemas actuales.

Sostienen además que la víctima debe ser la protagonista en el proceso penal, ya que nadie como ella tiene el interés de defender el bien jurídico que se le ha afectado, equilibrando la respuesta de los órganos de control social, pero protegiendo y garantizando el respeto de los derechos de las víctimas. Por tal razón, propone otorgar garantías individuales que salvaguarden los derechos inherentes de todo ofendido o víctima del delito, a fin de que tengan la posibilidad de proteger sus derechos, consolidando lo anterior a nivel constitucional.

Finalmente, plantea que el Estado tiene la obligación de prestar apoyo total y protección inmediata a la víctima del delito, satisfaciendo así uno de los reclamos más sentidos de la población, crear mecanismos para garantizar los derechos y las garantías de las víctimas y los ofendidos del delito.

Por otra parte, en torno al imputado, el nuevo

sistema mexicano, se sustenta en la presunción de la inocencia, se convierte en un sistema acusatorio-adversarial; uno donde el peso de la prueba reside en el ministerio público que acusa, con una policía que investiga. Deberá de crearse la figura de jueces de control, jueces especializados en el procedimiento oral y jueces en ejecución de sanciones.

Se afirma en dicha exposición de motivos la crisis del actual sistema de justicia penal el incremento de la inseguridad pública provocada por el delito y la impunidad propiciada por la falta de funcionalidad de los órganos encargados de investigar y perseguir el delito, de procurar y administrar justicia.

La reforma constitucional de 2008 fue producto de diversas propuestas provenientes tanto de legisladores como del Ejecutivo Federal, de la participación en el proceso que tuvieron distintos organismos académicos públicos y de la sociedad civil, así como de algunos organismos internacionales.

A raíz de la reforma de junio de 2008, algunas entidades federativas tomaron la iniciativa para emprender reformas a su sistema procesal penal e implantar los juicios orales, como sucedió en Nuevo León, Chihuahua, Estado de México, Oaxaca, Querétaro y Zacatecas, ya sea de manera parcial o integral. Por lo anterior, existe diversidad de criterios con relación a ciertos contenidos constitucionales y a los alcances de diversas instituciones que prevé la reforma, así como del modelo procesal acusatorio y oral a seguir.

En diversos estudios, encuentros y foros judiciales, se ha concluido en la necesidad de avanzar en el proceso de codificación uniforme, comprobándose que éste proceso no atenta contra la soberanía de las entidades federativas y resulta perfectamente compatible con el federalismo, tal y como lo demuestran las experiencias de países federales como Brasil y Alemania, lo anterior tomando en cuenta que los 32 treinta y dos Estados del País y la Federación tienen su propio Código, esto es existen en el país 33 Códigos de Procedimientos Penales, con las consecuencias de

interpretación, doctrina y jurisprudencia diversa dependiendo de la legislación que se estudie.

Con la reforma se pretende unificar la legislación procesal penal, para que los criterios político criminales que habrán de observarse en el procedimiento penal igualmente se unifiquen en todos sus aspectos, y así evitar que en el país haya distintas formas de procurar y administrar justicia.

Que la nueva legislación procesal penal prevea los mecanismos necesarios y adecuados que permitan, por un lado, hacer efectivos los principios y garantías previstos en la Ley Fundamental, característicos del sistema procesal acusatorio, y por el otro, hacer realidad los principios y garantías propios del Derecho Penal Sustantivo o material de corte democrático y liberal, que igualmente tienen su base en la Constitución y que expresa o tácitamente se encuentran consagrados en los Códigos Penales.

Establecer límites del poder penal y garantía de protección de los derechos humanos de los

actores del juicio penal, así como brindar a la sociedad un sistema penal que garantice de manera más efectiva la protección de sus bienes jurídicos frente al delito, que se combata eficazmente la delincuencia y la inseguridad pública provocada por ésta, al igual que la impunidad y la corrupción, entre otros males que aquejan al sistema.

Considerar la realidad sociocultural, política, económica y jurídica de la Nación mexicana y de cada una de las Entidades federativas en particular, para que la reforma sea una respuesta a sus necesidades.

Si bien el legislador mexicano debe tomar en cuenta las experiencias del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal Comparado, no debe simplemente trasplantar algún modelo procesal ajeno; debe esforzarse en autogenerar un modelo nacional partiendo de la base constitucional.

Precisar las transformaciones que tanto orgánica como funcionalmente habrán de experimentar las diversas instituciones del

sistema de justicia penal, como el Ministerio Público y sus auxiliares, el Poder Judicial y el órgano encargado de la ejecución penal, así como el papel que la víctima y el defensor deben desempeñar en el proceso penal.

Aplicar los juicios orales al mayor número de casos, sobre todo los más graves. Asimismo, sugiere el uso de las salidas alternas o la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias para despresurizar el actual sobresaturado sistema penal y así generar un sistema más ágil donde los juicios orales puedan cumplir con su función.

Otorgar una intervención más amplia a la víctima, al ofendido y a su asesor legal, tanto en la etapa de investigación como durante el proceso, para que aporten directamente las pruebas, ya sea para el ejercicio de la acción penal o para la acreditación de los presupuestos necesarios para la imposición de una pena o medida de seguridad, así como para el aseguramiento o la restitución de sus derechos y el embargo precautorio para

garantizar la reparación de daños y perjuicios causados por el delito.

Así el 1 primero Julio del año 2013 dos mil trece, se logró reformar el artículo 73 fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la que se faculta al Congreso de la Unión, para lograr una CODIFICACION UNICA para todo el país, quitando ésta facultad a los Estados, a partir de ello, se inician los trabajos para la codificación única y el 04 cuatro de marzo del año 2014 dos mil catorce de pública, para cobrar vigencia al día siguiente de su publicación el CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA LA REPÚBLICA MEXICANA, mismo que se irá aplicando gradualmente en la medida que los Estados realicen los ajustes para que se aplique dicha normativa.

CAPITULO SEGUNDO

LA NORMATIVIDAD Y LA JURIDICIDAD.

2.1 LA NORMA DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIOLÓGICO.

Emile Durkheim afirmaba que una sociedad que presenta solidaridad mecánica se caracteriza por su *derecho represivo*. Como las personas son muy similares en este tipo de sociedad, y como la totalidad de sus miembros suelen creer profundamente en una moralidad común, cualquier ofensa contra su sistema de valores compartido suele ser de la mayor importancia para la mayoría de los individuos. El transgresor suele ser severamente castigado si comete una acción considerada como una ofensa contra el sistema moral colectivo. Por el contrario, una sociedad con solidaridad orgánica se caracteriza por su *derecho restitutivo*. En lugar de ser duramente castigados por la más mínima ofensa contra la moralidad colectiva, a los individuos se les suele pedir en ese tipo de sociedad más moderna que tan sólo cumplan con la ley o que recompensen-restituyan- a los que han resultado perjudicados

por sus acciones. En una sociedad con solidaridad mecánica, la administración del derecho represivo está en poder de las masas, pero el mantenimiento del derecho restitutivo es responsabilidad única de entidades especializadas (por ejemplo, la policía y los tribunales). Esto concuerda con la creciente división del trabajo de las sociedades con solidaridad orgánica⁸.

Max Weber comenzó su análisis de las estructuras de autoridad de un modo coherente con sus suposiciones a propósito de la naturaleza de la acción. Definía la *dominación* como *la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos (o para toda clase de mandatos). La dominación puede tener diversas bases, tanto legítimas como ilegítimas, pero lo que sobre todo absorbió a Weber fueron las formas legítimas de dominación a lo que llamaba *autoridad*. La autoridad legitimada sobre fundamentos *racionales* descansa en una creencia en la legalidad de las ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la

⁸ RITZER George, *Teoría Sociológica Clásica*, 3ª Edición, Universidad de Mariland, Mc Graw Hill,

autoridad⁹.

Mientras la autoridad legal nace de la legitimidad de un sistema legal racional, la *autoridad tradicional* se basa en la pretensión de los líderes y en la creencia, por parte de los seguidores, de que existen virtudes en la santidad de las normas y los poderes antiguos. En tal sistema, el líder no es un superior, sino un maestro. El personal administrativo está constituido no por funcionarios, si no principalmente por partidarios personales. En palabras de Weber, la lealtad personal, no el deber impersonal de los funcionarios, determina la relación de la plantilla administrativa con el maestro. Mientras el personal burocrático le debe fidelidad y obediencia a las normas promulgadas y al jefe que actúa en nombre de esas normas, el personal dependiente del líder tradicional obedece debido a que éste encarna el peso de la tradición y ha sido elegido para esa posición del modo tradicional¹⁰.

Para definir el *derecho*, Weber no se refiere a las creencias, definiciones y actitudes de la gente en general, sino más bien a un cuerpo de normas. Además, este cuerpo de normas es externo y coercitivo para los individuos y para sus pensamientos y acciones. Weber no se ocupa de cómo las personas crean el derecho, cómo lo interpretan o cómo lo aplican diariamente, sino de su efecto coercitivo sobre el individuo. El objetivo no es crear un cuerpo de derecho racional, general y sistemático, sino la producción de precedentes de utilidad práctica para tratar las situaciones recurrentes. Como esos precedentes están ligados a problemas específicos del mundo real¹¹.

En general, Talcott Parsons suponía que los actores solían ser receptores pasivos en el proceso de la socialización. Los niños aprenden no sólo cómo actuar, sino también las normas y los valores, la moralidad, de la sociedad. La socialización se define como un proceso conservador en el que las disposiciones de necesidad (que están moldeadas en buena parte por la sociedad) ligan a los niños con el sistema

¹⁰ Idem a la nota al pie número 7, Pág. 289.

social, el cual proporciona los medios para poder satisfacer las disposiciones de necesidad. Como las normas y los valores inculcados durante la infancia tienden a ser muy generales, no preparan a los niños para diversas situaciones específicas en las que pueden encontrarse en su madurez. Así, la socialización debe complementarse con una serie de experiencias socializadoras más específicas. A pesar de ésta necesidad en la madurez, las normas y los valores aprendidos en la infancia tienden a ser estables y, con un ligero refuerzo, tienden a permanecer durante toda la vida.

Un sistema funciona mejor cuando recurre con poca frecuencia al control social.

La socialización y el control social constituyen los principales mecanismos que permiten al sistema social mantener el equilibrio. Debe permitirse una pequeña cantidad de individualidad y desviación, pero sus formas más extremas requieren mecanismos reequilibradores. Así, el orden social es la base de la estructura del sistema social de Parsons: Sin una

¹¹ Idem a la nota al pie 7. Pág 301.

planificación deliberada por parte de nadie, en nuestro tipo de sistema social y, correspondientemente, en otros, se han desarrollado mecanismos que dentro de ciertos límites son capaces de prevenir e invertir las profundas tendencias a la desviación en la fase del círculo vicioso que la sitúa más allá del control de las sanciones ordinarias de aprobación-desaprobación y recompensa-castigo¹².

El funcionalista RALF DAHARENDORF afirmó que la sociedad se mantiene unida informalmente mediante normas, valores y una moralidad común. Los teóricos del conflicto creen que todo orden en la sociedad nace de la coerción ejercida por quienes ocupan las posiciones más altas. Mientras los funcionalistas se centran en la cohesión creada por los valores sociales comunes, los teóricos del conflicto acentúan el papel que desempeña el poder en el mantenimiento del orden de la sociedad¹³.

¹² RITZER George, *Teoría Sociológica Moderna*, 5ª Edición, Universidad de Mariland, Mc Gram Hill, Pág. 125.

¹³ Idem a la nota al pie anterior. Pág. 151

2.2. LA IDEA DE LA NORMATIZACION.

Se concibe a los individuos humanos como animales inteligentes, el código conforme al que se conducen es exclusivamente el siguiente: satisfacción o insatisfacción, expresado de modo más cortés: interés en la producción de un acontecimiento o en su ausencia. Si no se avanza más allá de esta perspectiva, los conceptos normativos son meras metáforas que han de ser reconocitividadadas para que pueda desentrañarse su contenido. Las instituciones sociales, el derecho y el deber, la propiedad, el contrato, etc. han de traducirse a un cálculo de oportunidades o riesgos de que se produzcan o no se produzcan determinados acontecimientos. Así los hechos, la propiedad debe entenderse como la oportunidad de poder hacer uso de cosas con la aprobación de una administración central; los deberes deben consistir en el riesgo de sufrir una sanción en caso de no llevar a cabo una determinada conducta, etc. Tal descripción del derecho y de su lesión, el delito es posible; el derecho se convierte en el sinónimo de las regulaciones que

aparecen en la administración de individuos inteligentes. Hobbes, en la descripción del estado de naturaleza, se esforzó por establecer esta perspectiva puramente cognoscitiva: los individuos inteligentes se conectan entre ellos a través de toda una serie de hebras sabiamente hiladas pero no hay nada que sea vinculante¹⁴.

La idea plasmada por KANT y analizada por el maestro JAKOBS, en su obra, se torna a conceptualizar la norma como: *"el derecho se convierte en el sinónimo de las regulaciones que aparecen en la administración de individuos inteligentes"* comparto la idea, aunque no como sinónimo, sino como la regulación misma de los individuos en sociedad.

Tomando lo anterior como punto de partida, la norma surge como estructura de la sociedad.

De las posiciones sociológicas anteriores, caben diversas reflexiones, en torno a la norma, de la regulación de conducta, de hacer y cómo hacer o no hacer, y los motivos por los que se

¹⁴ JAKOBS Gunther, *Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*. Cuadernos Civitas,

incumple o se quebranta la misma, por falta de conocimiento, por no estar de acuerdo el infractor con la misma, por tener deseo de transgredir el bien jurídico protegido, o porque espera que el resto de los sujetos sometidos a la norma también la inobserven y nos podemos plantear inclusive el hecho de la sanción, por que la norma existe para regular conductas esperando su cumplimiento, y en caso de incumplir la misma, proceder a la sanción por el incumplimiento mismo a la norma, o protegiendo el bien jurídico, o inclusive por el simple efecto de castigar, ante su inobservancia.

Un ejemplo de las reflexiones anteriores, pudiera ser la persona que se pasa un señalamiento de alto que le marca el semáforo, lo hace por la prisa que lleva, porque piensa que otros no la respetan y él no tiene por qué hacerlo, que no pasará nada, que con ello no evita impactos con otros vehículos y arrollar a peatones, o que nadie lo verá y que nunca será sancionado, o esperando el incumplimiento de esa diversa norma por parte del agente de Tránsito

que al descubrirlo cometiendo la infracción, que no proceda a levantar el respectivo folio de notificación en el que se impone una sanción (multa) a cambio de entregarle dinero. Otro ejemplo ilustrativo, sería el sujeto que utilizando un espacio de estacionamiento público no paga el estacionómetro, y podemos dar de nuevo las premisas anteriores, por las cuales la persona no cubre el importe insertando una moneda en pago al derecho.

2.3 LA NORMA Y EL DEBER.

En una primera aproximación podría decirse que la contrariedad a la norma exige dos requisitos. En primer lugar es preciso que exista una norma con un contenido definido, lo que quiere decir que el legislador dicta una disposición prescriptiva en la que se determina que algo "debe ser"; en segundo lugar, es necesario que la realidad acabe "no siendo" de la manera prescrita. Salta a la vista que ésta primera aproximación es todavía muy rudimentaria, entre otras cosas porque hasta ahora no aparece por ninguna parte la figura del obligado por la norma (salvo que se entienda que el destinatario es la propia realidad que "debe ser", lo que no tendría ningún sentido). La norma y su infracción no se refieren a la mera divergencia entre cualquier realidad y un modelo, sino a la *divergencia entre las acciones humanas concretas y el modelo de acción descrito en la norma*. Por esta razón hay que modificar el esquema anterior introduciendo la figura del sujeto que actúa; del obligado. La norma sería entonces una disposición prescriptiva en la que se determina

que alguien "debe hacer" algo -se fija un modelo de comportamiento-, y la infracción de la norma consistiría en que el sujeto no hace ese algo -se comparan el modelo y el comportamiento real y se comprueba su divergencia-

2.4 LA EXISTENCIA DE LA NORMA Y EL NACIMIENTO DEL DEBER JURÍDICO

Un comportamiento es contrario a una norma directiva de conducta cuando infringe el [deber hacer] impuesto por ella. La norma fija un modelo de comportamiento debido que el obligado no cumple. El requisito previo que debe darse para poder afirmar que alguien ha infringido una norma es evidentemente que tal norma *exista*. Como ha destacado Von Wright el problema ontológico de las normas, es esencialmente la cuestión de qué significa que *hay* (existe) una norma a tal y tal efecto¹⁵. El interés por determinar los requisitos de existencia de las normas es relativamente reciente, pero ha adquirido un gran peso en la moderna Teoría General del Derecho¹⁶.

Son distintos los sentidos en que se puede hablar de existencia de una norma, pero no todos tienen interés para cuestión del concepto de antijuridicidad que aquí estamos analizando. Puede

¹⁵ GONZÁLEZ Laguer, Daniel, *Norma y acción*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1995. cit., p. 123

¹⁶ ALCHOURRON, Carlos E./BULYGIN, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Fontamara. México 1997 (inicialmente publicado por Universidad de Carabobo. Valencia (Venezuela 1979).

hablarse de existencia de las normas al menos en tres sentidos, que se corresponden a su vez con los tres elementos que suelen barajarse al analizar el concepto de Derecho. Como ha indicado Alexy, los tres elementos que deben utilizarse para dar cuenta de las normas del derecho son, su legalidad conforme con el ordenamiento jurídico (adecuada promulgación), su eficacia social y su corrección material (ética), con los que corresponden tres conceptos de validez: Jurídico, sociológico y ético¹⁷. Si el concepto positivista del derecho, basado en lo que Alexy ha denominado [tesis de la separación] entre derecho y moral¹⁸, sirvió para acentuar sobre todo el concepto jurídico y también el social de validez¹⁹, dejando en un segundo plano la cuestión de la corrección ética, hoy se percibe un renacimiento de esta última perspectiva²⁰. De estos tres conceptos nos interesa el primero, que es el que alude directamente a la existencia de las normas en cuanto a directivos de conducta. La determinación

¹⁷ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*. Gedisa. Barcelona 1994. (Traducción de Jorge M. Seña del original en Alemán, Begriff und Geltung des Rechts, V. Karlalber. Friburgo/Munich 1992).

¹⁸ *Ibidem*, al anterior nota p. 13.

¹⁹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*. 5ª edición. universidad Nacional Autónoma de México. México 1986. (Traducción de Roberto J. Vernengo de la 2ª edición. en alemán: Reine Rechtslehre. Franz Deuticke. Verlag. Viena 1960).

²⁰ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, *ibidem* nota 18 pp.26 y ss.

de las circunstancias que condicionan la contrariedad a una norma así entendida es independiente de su efectividad social y su corrección moral.

2.5 NORMAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS.

Denominadas también como de conducta (primarias) y de sanción (secundarias). La eficacia de las normas directivas de conducta depende de distintos aspectos. Los más importantes son la creencia en la legitimidad de quien las emite y su propia idoneidad instrumental para facilitar las interacciones sociales, que al ser percibida por los destinatarios favorece su cumplimiento espontáneo. Pero un ordenamiento jurídico debe contar además con instrumentos coactivos que apoyen el cumplimiento de las normas cuando el sujeto, por las razones que sean, sea proclive a su infracción.

El punto central de un sistema jurídico son sus normas de conducta, por lo que el aseguramiento de una norma frente a su eventual

infracción sólo puede conseguirse mediante otras normas que impongan a otros sujetos, la obligación de reaccionar frente al incumplimiento. Estas normas de nivel inferior no se distinguen estructuralmente de las anteriores: También ellas van dirigidas a ciertos sujetos (en este caso los órganos de la justicia) y les imponen la obligación de realizar algo en una determinada situación. Su única peculiaridad es que su condición de aplicación es precisamente la infracción de una norma de orden inferior. Se trata, por ello, de normas que tienen por objeto otras normas: Sirven para apoyar su cumplimiento y sancionar su infracción. Por esta razón son generalmente denominadas normas secundarias, aunque en Derecho penal hoy es más frecuente aludir a ellas como normas de sanción. Las normas a las que brindan apoyo y frente a cuya infracción reaccionan son las denominadas normas primarias o simplemente normas de comportamiento.

Consecuentemente al tomar esta clasificación es importante destacar tres puntos; Primero, que aunque son normas distintas no tienen diferente estructura; segundo, que las normas de

ambos tipos forman parte del ordenamiento jurídico, el cual no puede reducirse a una de las dos categorías, ni tampoco a una única categoría compleja que resultara de unir ambas normas en una unidad superior; tercero, que los conceptos "primaria y secundaria" implican una relación entre normas y además una relación específica (lógica y teleológica), y que por ello no se trata de una clasificación necesariamente equivalente a la que distingue entre norma de comportamiento y de sanción.

Ahora bien, entre las normas primarias y las secundarias no hay ninguna diferencia estructural. Se trata de normas directivas de conducta emitidas por el legislador para ciertos destinatarios con un contenido preceptivo. Por ello la contraposición "norma de comportamiento" "norma de sanción" puede resultar equívoca si no se precia, ya que no es una distinción absoluta, sino relativa. En realidad ésta última clasificación sólo es aceptable si se enfoca desde la perspectiva del obligado por la norma primaria. Para éste, la norma de comportamiento, de la que es destinatario, le indica qué debe o no deber

hacer, mientras que la norma de sanción incluye todos los presupuestos que condicionan el que se le aplique una sanción, entre los que se encuentra la vulneración de su norma de comportamiento (la antijuridicidad de la conducta). En éste sentido, la norma de sanción no sería para él una auténtica norma ya que no es su destinatario, sino su objeto. La norma de sanción del ciudadano es a la vez norma de comportamiento del juez. Le indica qué debe hacer si el ciudadano infringe la norma primaria.

2.6 ESTRUCTURA DE LA NORMA PENAL

En la definición propuesta de derecho penal se parte de normas que asocian determinadas *consecuencias jurídicas* (penas, medidas de seguridad y responsabilidad civil) a ciertos *presupuestos* (delito, estado peligroso, desequilibrio patrimonial). Al mismo tiempo que el contenido diferencial de la norma penal, ello describe su *estructura*, que no es específica de ella, sino común a toda norma jurídica formalmente completa. *Supuesto de hecho*²¹ o supuesto por un lado, y *consecuencia jurídica*, por otro, constituyen los dos momentos esenciales a la estructura de toda norma de derecho²².

Rodríguez Devesa, J. María, considera preferible esta terminología a la de *precepto y sanción* utilizada por un sector de la doctrina,

²¹ Así suele traducirse, en este contexto, la palabra alemana Tatbestand (por ejemplo, en la trad. De E. GIMBERNAT ORDEIG de la obra de K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1966, pág. 167), la cual se traduce, en cambio, como “tipo” cuando se emplea como categoría e la teoría del delito. Ciertamente, la duplicidad no es satisfactoria, pero la respetamos porque se halla ya consagrada y sirve para expresar los importantes matices diferenciales de ambos usos de la palabra Tatbestand.

²² Por ejemplo, K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 164; F. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., p. 7; J. Ma. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, cit., p. 141; C. CAMARGO HERNÁNDEZ, *Introducción al estudio del derecho penal*, cit., ps. 162 y siguiente.

puesto que, a su juicio, no es exacto que el precepto se limite a una parte de la ley penal, ya que la ley es una unidad en la que el precepto va unido indisolublemente a la sanción²³. Sería equivocado para "precepto" y "presupuesto", porque el presupuesto no es por sí solo ningún precepto.

En conclusión: 1) Desde el punto de vista de la estructura *lógica* es válida la distinción de presupuesto y consecuencia jurídica; 2) la distinción precepto-sanción alude al significado imperativo, más que a la estructura formal, de la norma penal; pero, para que sea válida a ese nivel, debe completarse distinguiendo entre norma primaria y norma secundaria.

²³ RODRÍGUEZ Devesa, José María/SERRANO Gómez. *Derecho penal español, Parte General*, 18º edición, Dykinson. Madrid, 1995 cit., p. 141.

2.7 LA TEORÍA DE LAS NORMAS DE BINDING

Bindig partió, de la formulación hipotética de las proposiciones jurídico-penales. En este sentido el delincuente no *infringe*, sino *cumple* la ley penal, puesto que viene a realizar la hipótesis imaginada por la ley, que no se formula como prohibición o mandato al ciudadano que puedan ser infringidos por éste, sino como mandato dirigido al juez cuyo presupuesto se cumple con la realización de un delito. Lo que para BINDING, vulnera el delincuente es la *norma*, que concibe como el imperativo dirigido al ciudadano que *precede* conceptualmente a la ley penal (el “¡no matarás!” que precede a “el que matare a otro será castigado”). *Las normas* de BINDING, pertenecientes al derecho público general no específicamente penal-, pero lo normal es que se *dedujesen*, implícitamente, de las mismas disposiciones hipotéticas de la ley penal. Según esto, la ley penal expresaría de forma explícita un mandato destinado al juez (en nuestra terminología: Norma secundaria) y encerraría implícitamente una norma dirigida al ciudadano (en

nuestra terminología: Norma primaria).

La teoría de las *normas de cultura* de M. E. Mayer presentó una continuación, en versión sociológica, de la construcción de BINDING, quien, no obstante, la rechazó duramente. Para M. E. Mayer, las normas de cultura son mandatos y prohibiciones a través de las cuales la *sociedad* exige de los ciudadanos comportamientos adecuados a los intereses de la misma. El legislador penal parte de esas normas sociales a la hora de decidir qué debe ser castigado. Tras cada ley penal hay, entonces, una norma de cultura dictada por la sociedad.

Ambas formulaciones, la de BINDING y la de MAYER, vienen a coincidir en lo esencial: La ley penal no expresa un imperativo dirigido al ciudadano (norma primaria), sino sólo un mandato dirigido al juez (norma secundaria); la norma primaria es *previa*, y *externa*, a la ley penal en sentido estricto. La diferencia entre las dos teorías es que Binding, considera de naturaleza *jurídica* (pública) a las normas previas, mientras que Mayer les atribuye carácter *social* (pre-

jurídico).

Pero Maurach defiende la teoría de las normas con otros argumentos. Por una parte, afirma la *necesidad lógico-jurídica* de normas previas a la ley penal. Por otra parte, las considera imprescindibles desde la perspectiva de la *dogmática jurídico-penal*. La necesidad *lógica* de las normas nace, para Maurach, de la insuficiencia de la *sola* idea de la lesión de bien jurídico para fundamentar la pena, insuficiencia que se deduciría de que la ley no castiga *todos* los ataques concebibles contra los bienes jurídicos, sino, a menudo, sólo ciertas *modalidades* de ataque -las más graves- de esos bienes. La consecuencia de la mencionada insuficiencia de la lesión de bien jurídico para acotar el campo de lo punible sería que para la punición de una lesión de bien jurídico es precisa, *lógicamente*, la existencia previa de una *norma* que prohibía dicha lesión.

También para la *dogmática jurídico-penal* reputa Maurach necesaria la teoría de las normas. Sin ella no cree posible una solución de la teoría de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

CAPITULO TERCERO

ESENCIA DE LA NORMA JURÍDICO-PENAL

3.1 NORMA DE VALORACIÓN O NORMA DE DETERMINACIÓN.

Quienes conciben la norma penal como "norma de valoración" la entienden como expresión de un "*juicio de valor*", que distingue lo lícito penal de lo antijurídico penal. Según ésto, al contemplarse el delito de homicidio en el Código Penal, no significa sino un juicio de desvalor sobre la acción de matar a otro. Este concepto no encerraría un *imperativo*, dirigido al ciudadano, de no matar.

Por el contrario, la teoría *imperativa* considera a la norma penal como norma de *determinación*, esto es, como *mandato o prohibición* dirigida al ciudadano. El ordenamiento jurídico consiste, en este sentido, en manifestaciones de voluntad del legislador que reclaman un determinado comportamiento de los partícipes de la comunidad jurídica, y sus normas son prohibiciones de deber ser que deben cumplir los hombres a

quienes afectan.

3.2 LESIVIDAD DEL DERECHO Y CONTENIDO DE LA NORMA.

La clasificación anterior pone de relieve que la valoración del comportamiento de una persona en atención a sus efectos sobre las realidades valiosas que se quieren proteger puede aparecer como presupuesto de aplicación de distintas normas con distintos destinatarios. En primer lugar aparece como contenido de las propias normas dirigidas al autor del hecho. Pero además aparece también como posible condición de aplicación de normas dirigidas a terceros para que eviten la acción disvaliosa del sujeto, para que no participen en ella, para que apliquen ciertas consecuencias jurídicas al autor.

Con este punto de partida podemos entender mejor algunas de las ideas habituales sobre el concepto de antijuridicidad no culpable y su relación con la infracción del contenido de la norma y con la valoración jurídica del hecho.

La idea de que la norma tiene un *contenido objetivo* que traduce la *valoración jurídica del*

hecho y que es por ello capaz de dar cuerpo a un concepto como el de antijuridicidad, es tan sencilla como aparentemente incontrovertible, y creo que precisamente por ello la doctrina penal es casi unánime en defender la distinción de antijuridicidad y culpabilidad y a la vez pensar que esta distinción puede ser fundada en el marco de la teoría de la norma.

Para comenzar es aconsejable fijar de nuevo las circunstancias que están presentes en una acción normativa simplificada, entendiendo por tal el proceso de gestación de una norma o directivo por parte de su emisor.

Cada persona, o cada grupo social, tiene una noción más o menos exacta de los estados de cosas que quiere promover o evitar, por más que en ocasiones pueda equivocarse acerca de sus verdaderas necesidades o de las implicaciones secundarias que se derivan de sus elecciones. Lo que me interesa destacar en este momento es cómo se relacionan los juicios de valor de un sujeto o de un grupo con los instrumentos (especialmente con las normas) utilizados para la consecución de

estados de cosas valiosos o evitación de los disvaliosos.

Un juicio de valor, positivo o negativo, puede tener por objeto muy distintas situaciones. Tanto puede desvalorarse la conducta de personas - un homicidio-, como de animales -la mordida de un perro-, plantas -la rotura de un tendido eléctrico por ramas de un árbol-, u otros sucesos naturales -muerte de una persona por vejez o por la caída de un rayo-. Si alguien desvalora un acontecimiento, sea o no una conducta humana, como contrario a sus intereses, es lógico que, en la medida de sus fuerzas, intente evitarlo si es posible. Claro es que la valoración en sí es independiente de cualquier acción que se emprenda para modificar la realidad según lo valorado, de forma que incluso acontecimientos inaccesibles a cualquier influjo directo o indirecto por nuestra parte pueden ser desvalorados: Por ejemplo alguien puede quejarse de que el sol caliente demasiado o de que haya nubes. Todo ello es evidente y no necesita más aclaración.

La norma no es un instrumento de acción

directo sino *indirecto*, pero no está de acuerdo la doctrina en éste punto: según Villey la función del derecho no es la de infle en la conducta de sus destinatarios sino en dar a cada uno lo suyo. Quien crea o mantiene la norma espera conseguir algo a través de terceros. En unos casos, los más, se trata sencillamente de evitar que esos terceros lesionen bienes valiosos según el criterio del emitente. En otros, numéricamente muy inferiores se intenta motivar a un tercero para que con su acción impida estas mismas lesiones, tanto si la situación de peligro creada procede de personas, incluyendo al propio autor, como de animales o acontecimientos naturales. En estos últimos el carácter instrumental e indirecto está muy claro: Para atajar una situación de peligro de cualquier fuente se utiliza la acción salvadora de una persona a la que se accede por el mandato normativo. Éste es el caso de los delitos omisivos, en los que se impone una conducta.

En los delitos activos el carácter directo de la acción se ve enmascarado por el hecho de que la norma se dirige a evitar los riesgos procedentes de la acción voluntaria de una persona

a través de una actuación sobre el proceso motivador de dicha persona. Frente a los posibles impulsos presentes en la psique humana que puedan derivar en la lesión de algún bien jurídico, se intenta mediante la norma incorporar al proceso de decisión otros impulsos inhibitorios que contrarresten el efecto de los anteriores. Pero la forma de operar es idéntica en ambos casos. La norma sólo puede operar si consigue introducirse como un factor relevante en el proceso decisorio de su destinatario, si aparece como una razón para la acción.

Todo ello está relacionado con la función directiva (instrumental) de la norma que obliga a tener en cuenta determinadas circunstancias referentes a la comunicación y a la capacidad del destinatario para actuar, pero en principio ello parece ser independiente del contenido de la norma, esto es, de la conducta activa u omisiva que el legislador intenta evitar promover y que refleja su valoración del hecho desde una perspectiva objetivo-general.

En una primera aproximación parece

perfectamente posible distinguir entre el *contenido de la norma*, que expresa la valoración jurídica del legislador sobre el hecho, y el *resto de circunstancias* de eficacia instrumental de la norma. Lo primero reflejaría la lesividad objetiva del hecho y podría, en consecuencia, servir de pauta para un primer nivel de enjuiciamiento -la antijuridicidad-, tanto de cara a la propia evaluación del hecho del autor, como de cara a la aplicación de normas de terceros. Lo segundo no aludiría al desvalor del hecho en sí, sino sólo a las circunstancias subjetivas que condicionan la eficacia instrumental de la norma (que coinciden con las condiciones de imputación subjetiva del hecho al autor), y que, por ello, servirían de pauta para un segundo nivel de enjuiciamiento del autor -la culpabilidad-. Éste segundo nivel afectaría solo a la evaluación del comportamiento del autor, y por tanto sería determinante para la aplicación de una norma secundaria de sanción, pero en principio sería indiferente para el resto de normas -protectoras, defensivas, de participación, etc.,- dirigidas a terceros.

3.3 DETERMINACIÓN DE LOS ESTADOS DE COSAS QUE SE QUIEREN PROMOVER O EVITAR.

El desvalor de resultado desde la perspectiva de su emisor, la norma, como cualquier otro directivo, aparece como un instrumento para la consecución de determinados fines. Dado que en los directivos se pretende de otro la realización de un determinado comportamiento activo u omisivo, resulta tentador identificar simplemente esta pretensión del emisor con los fines inmediatos que persigue con la emisión de la norma, y, efectivamente, ésta correspondencia se dará en la mayor parte de los casos. Quien pide a otro que le ayude a llevar una maleta pesada o quien prohíbe fumar en un vagón de tren generalmente pretenden compartir el peso de la maleta y conseguir que no se fume en el tren²⁴. Ello no quiere decir que con ésta explicación teleológica hayamos agotado el universo de las posibles motivaciones del autor: Es probable que entendamos mejor el directivo si lo conectamos con estadios sucesivos de la motivación de su emisor, como pueden ser, en el

²⁴ MACCORMICK, Donald Neil, *“Legal obligation and the Imperative Fallacy”*, en A.W.B. Simpson (editor), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, pp. 100-130. Clarendon Press. Oxford

ejemplo, evitar una lumbalgia o favorecer la salud de los viajantes del tren. Ahora bien, aunque resulta indudable que cuantos más pasos demos en la indagación del proceso decisorio de un sujeto mejor podremos comprender el sentido de su decisión, ello no quiere decir que siempre necesitemos remontarnos hasta las últimas causas, ni tampoco que la existencia de éstas desnaturalice el carácter voluntario o el significado de los estadios anteriores. Si alguien que necesita dinero para pagar una importante deuda que ha contraído, mata a un pariente para heredar su patrimonio, en nada favorece al carácter voluntario de la muerte, el hecho de que pueda demostrarse que de haber tenido dinero no hubiera llevado a cabo el homicidio ya que no tenía nada personal contra la víctima.

El primer paso que debe dar el legislador para elaborar una norma es determinar qué es lo que quiere conseguir o evitar con ella. En éste primer escalón pueden darse las dos siguientes alternativas: En primer lugar, que lo querido coincida con una acción u omisión de uno o más

sujetos; en segundo lugar, que coincida con estados de cosas que no consistan en acciones humanas.

En el primer caso los problemas para determinar el contenido de la norma se reducen, ya que al legislador le basta con reflejar la acción querida o no querida como acción prescrita o prohibida. En el segundo aparece un problema añadido que es determinar las concretas acciones u omisiones sometidas a norma pero su relación con el estado de cosas que se quiere evitar o promover.

De las dos situaciones posibles la más habitual es la segunda, y en los sistemas normativos jurídicos es posiblemente la única²⁵. La prohibición o prescripción de acciones se deriva de su potencial efecto sobre estados de cosas valorados o desvalorados que no sean acciones u omisiones humanas. En el caso del derecho penal, las normas penalmente sancionadas regulan comportamientos activos u omisivos especialmente graves por su posible efecto sobre bienes

²⁵ BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, *"Causalidad, consecuencialismo y deontologismo"*, Doxa-6

jurídicos fundamentales, así que en todas ellas los comportamientos prescritos son malos (en el caso de los delitos activos) o buenos (en el caso de los omisivos) atendiendo a los estados de cosas que pueden producir o no evitar. Ello no quiere decir que la producción de un resultado aparezca necesariamente como un elemento de la norma. Puede haber normas en las que sólo se contenga una acción u omisión (los delitos de simple actividad o de pura omisión en la expresión habitual) y otras en las que aparezca también como elemento del tipo el resultado que se quiere evitar (delitos de resultado activos u omisivos). Pero es muy importante destacar que en ambos casos y no sólo en el segundo nos encontramos ante una misma situación.

Partimos, entonces, del presupuesto de que las normas penales tratan de evitar que se produzcan estados de cosas desvalorados o de promover estados de cosas valorados. Es preciso realizar ahora algunas consideraciones generales sobre dichos estados de cosas que constituyen el fundamento último que explica la existencia de

normas, lo que además nos permitirá aclarar el término "desvalor de resultado", habitual en la doctrina penal, pero no siempre preciso en sus contornos y significado.

La determinación de los estados de cosas que se quieren proteger constituye un primer esencial paso en el génesis de las normas, y así es interpretado habitualmente por la doctrina, como muestra el que incluso los autores que han negado cualquier virtualidad al desvalor de resultado como co-constitutivo del injusto, paradigmáticamente los autores de la escuela de Bonn, hayan insistido en la necesidad de conectar la gestación de normas con las valoraciones iniciales del legislador acerca de lo bueno o lo malo²⁶.

²⁶ KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Verlag Otto Shwartz & Co. Cotiga 1954. Traducción Enrique Bacigalupo Zapater y Ernesto Garzón Valdés, título Teoría de las Normas. Fundamento de la dogmática penal moderna. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1977. pp. 69 y ss.

ZIELINSKI, Diethart *Handlungs- und Erfolgsunwert*, (Traducción al castellano Marcelo A. Sancinetti: Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires 1990. Pág.123.

SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y desvalor de acción*, Editorial Hammurabi. Buenos Aires 1991. Pág. 32.

CAPITULO CUARTO
ANTI JURIDICIDAD PENAL Y SISTEMA DEL DELITO

**4.1 PRESUPUESTOS PARA LA ANTI JURIDICIDAD PENAL
DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NORMA.**

El concepto de antijuridicidad surge como un elemento central en el análisis del derecho. El derecho es un orden regulador del comportamiento humano en sociedad, lo que presupone, por un lado, la delimitación de los comportamientos correctos y los intolerables, y por otro, la imposición de los primeros y la prohibición de los segundos. Ambas cosas se realizan mediante normas jurídicas. El concepto de antijuridicidad surgió históricamente, como acredita su propia etimología, para expresar la contradicción entre el comportamiento de una persona y lo jurídicamente prescrito. "Antijuridicidad" y "antinormatividad" son, por ello, términos que en la mayor parte de las teorías se utilizan expresa o tácitamente como sinónimas, y cuando se habla de la antijuridicidad en estos términos suele adjetivarse con la

expresión "formal".

Aún siendo la más utilizada, no es la contrariedad a la norma la única manera de delimitar la antijuridicidad como contrariedad a derecho. El interés por destacar el aspecto material de la lesividad del hecho, unido a las dificultades que plantea la teoría de la norma para la correcta delimitación de lo lesivo ha llevado a algunos autores a romper en cierta manera la identificación entre antijuridicidad y antinormatividad. Pero los mismos problemas que plantea la teoría de la norma jurídica y que han motivado esta solución, en cierta forma extrema, han ejercido una influencia constante, y siempre perturbadora, en la evolución de la teoría de la antijuridicidad desde sus inicios, y especialmente a la hora de configurar un injusto al margen de la culpabilidad del autor. Es preciso, pues, determinar *bajo qué condiciones sería posible una distinción de antijuridicidad y culpabilidad desde la perspectiva de la norma*. No se trata de realizar en este momento un examen exhaustivo de la norma jurídica, cuestión que se aborda en la segunda parte de esta investigación, sino más bien

de fijar a grandes rasgos los presupuestos elementales de los que parten la práctica total de quienes ven en la antijuridicidad, ante todo, una relación de contrariedad entre la acción o el hecho y lo que disponen las normas jurídicas.

Antes de examinar estos presupuestos es necesario realizar una previa puntualización acerca del tipo de norma a la que se refiere la antijuridicidad, para despejar algunos de los equívocos que de forma recurrente afectan a la discusión.

Hay dos maneras de concebir la antijuridicidad desde la norma: PRIMERO: O bien se identifica con la infracción de una norma de comportamiento, SEGUNDO: o bien con el supuesto de la aplicación de una norma de sanción²⁷. Sólo en el primer caso la antijuridicidad es genuinamente antinormatividad, y el haberlo destacado de forma definitiva para la ciencia penal es mérito, sin duda, de la teoría de las normas de Binding²⁸. Las normas fijan los comportamientos debidos o

²⁷ MOLINA FERNANDEZ, Fernando, *Sobre las relaciones entre norma de comportamiento y sanción*, Cap. 11, Pág. 612. Editorial Bosch, 2001, Barcelona, España.

²⁸ BINDINGM Karl, *Die Normen und Ihre Ubertretung*. Reimpresión Facsímil T:I: de la 4 edición

prohibidos de los ciudadanos y la antijuridicidad en este primer sentido es la infracción de lo dispuesto en la norma. Este es el sentido primario y básico del concepto formal antijuridicidad.

Pero hay otro camino para llegar al concepto de antijuridicidad desde la norma, aunque en este caso ya no puede hablarse de antijuridicidad como *infracción de la norma*. Una buena parte de las disposiciones de un ordenamiento jurídico tienen como finalidad la reacción institucionalizada frente a hechos o situaciones que el propio ordenamiento desapruueba. Cuando ésta reacción consiste en infligir un mal al autor del hecho, la norma se define como norma de sanción. El derecho penal es el ejemplo más característico de un conjunto sistemático de normas de sanción. Cuando los hechos o situaciones ante los que se reacciona consisten precisamente en una infracción de una norma de conducta como las examinadas mas arriba, entonces la antijuridicidad aparece como presupuesto de aplicación de estas normas de segundo nivel. La norma de sanción es a la vez una norma secundaria

que intenta favorecer el respeto a la primaria. Las discusiones históricas sobre las diferencias y afinidades entre el injusto civil y el penal, la causa de ésta discusión se encuentra en el derecho romano, pues es un supuesto penal como era el de daño injustamente causado de la ley Aquilia que sufrió una transformación histórica respecto de la acción cuya función pasó de orientarse hacia una pena (poena) a dirigirse a la obtención de un resarcimiento (res). Por eso, modernamente se conceptúa como un típico ilícito civil, pero en origen, era penal. Otro supuesto era el de las injurias (iniuriae) que pasaron a ser recogidas por los códigos penales modernos pero mantuvieron su naturaleza de delito privado por ser perseguible a instancia de parte. Son el germen de la actual concepción de la antijuridicidad en la teoría del delito, eran discusiones sobre los presupuestos de aplicación de las normas de responsabilidad civil y penal.

No es necesario insistir mucho en que el concepto de antijuridicidad al que se llega por estos dos caminos es perfectamente coincidente (por definición) siempre que el presupuesto de la

norma de sanción al que llamamos "antijuridicidad" sea realmente la infracción de una norma primaria y no otra cosa (en otras palabras, siempre que la norma de sanción sea a la vez norma secundaria²⁹). Pero como la determinación de qué presupuestos de aplicación de una consecuencia jurídica son infracción de una norma primaria y cuáles no depende de cómo definamos el contenido y correlativamente la contrariedad a dicha norma de conducta, entonces una definición general de antijuridicidad debe obtenerse a partir de la elaboración de una teoría de la contrariedad a la norma de comportamiento. Para evitar equívocos es importante insistir en que esta forma de proceder es obligada sólo si lo que buscamos es un concepto de antijuridicidad general que exprese a la vez la contrariedad a la norma de comportamiento y el presupuesto de aplicación de las normas secundarias de sanción cuya finalidad sea reaccionar frente a la infracción de una norma de comportamiento. Puede parecer innecesario insistir

²⁹ Aunque es habitual identificar norma primaria y norma de comportamiento por un lado y secundaria y de sanción por otro, en realidad tal identificación es incorrecta. Así como la denominación primaria-secundaria presupone una relación entre normas, la de norma de comportamiento y de sanción puede entrañar dicha relación, que es lo habitual, y superponerse a la anterior, pero es también perfectamente aplicable a normas sin conexión entre ellas. Una norma de sanción puede ser una norma que no sea secundaria de ninguna otra y una norma de comportamiento puede no llevar aparejada ninguna sanción para su infracción.

en algo que es analíticamente cierto, pero es que ello es importante, como veremos, para resaltar la diferencia entre lo que en ocasiones se dice y lo que posteriormente se hace al examinar la antijuridicidad como elemento del delito.

Por un lado, el presupuesto teórico de la mayor parte de las concepciones de la antijuridicidad es que el hecho antijurídico es un hecho contrario a la norma³⁰. Pero posteriormente, en el examen de la antijuridicidad penal, se produce un cambio de perspectiva: El centro de atención se desplaza desde la contrariedad a la norma de conducta a otros presupuestos de la aplicación de la pena, sólo parcialmente coincidentes con el anterior. Con ello se produce una duplicidad del concepto de antijuridicidad, no expresamente reconocida, que permite en ocasiones a quien lo mantiene acudir alternativamente a uno u otro concepto para defender una concepción contradictoria sin que ello se haga directamente ostensible. Naturalmente este reproche no puede hacerse a quienes mantienen el mismo concepto de antijuridicidad al examinar la infracción de la

³⁰ Como se demuestra simplemente observando cómo definen la antijuridicidad la mayor parte de

norma de comportamiento y el presupuesto de aplicación de la sanción, ni tampoco a quienes de forma expresa rompen la identidad entre antijuridicidad como antinormatividad y contenido material parcialmente independiente la infracción de normas

Para quienes, mayoritariamente, siguen identificando antijuridicidad con contrariedad a la norma la posibilidad de un injusto no culpable pasa como es lógico por encontrar una definición de norma y de su *infracción que no incorpore los elementos de la culpabilidad*. La historia ha mostrado, sin embargo, que éste presupuesto es difícil de cumplir³¹. Para determinar los presupuestos teóricos que harían posible una distinción de antijuridicidad y culpabilidad desde la perspectiva de la norma conviene examinar brevemente de dónde procede ésta dificultad.

los autores a lo largo de la historia de la teoría del delito.

³¹ Ello se muestra en los resultados insatisfactorios obtenidos por las divergentes concepciones de la norma creadas ex professo para solucionar el problema, lo que ha desembocado en una actitud parcialmente escéptica acerca del papel de los argumentos normativos. El problema es que, mientras se siga manteniendo que lo que define la antijuridicidad es precisamente la contrariedad a la norma, uno no puede ser escéptico sobre la importancia de este dato sin incurrir en contradicción. Si el examen de la contrariedad a la norma tal y como la concebimos no nos permite distinguir antijuridicidad y culpabilidad habrá que renunciar a dicha distinción, al menos desde esta perspectiva de la norma. Si consideramos que la distinción es un a priori inmutable, entonces no nos queda más remedio que cambiar de teoría de la norma (si podemos encontrar una teoría que nos satisfaga) o, una vez más, renunciar a definir la antijuridicidad en términos de antinormatividad.

Con independencia del modelo de norma que en último extremo se defiende, parece difícil, si no imposible, que contenga alguna referencia al carácter instrumental de las disposiciones normativas como un medio para lograr que el comportamiento de los ciudadanos se adapte al modelo definido por el orden jurídico. Dicho en términos de filosofía del lenguaje, las normas, como expresiones, no tendrían sólo un significado *descriptivo* de fijación de lo correcto o incorrecto, sino a la vez, y de forma destacada, un significado *directivo* (en particular prescriptivo) como instrumento para incidir en el comportamiento de los ciudadanos. Ahora bien, un requisito elemental de cualquier instrumento, para serlo, es su adaptación a la tarea a la que sirve (y que recíprocamente lo identifica como tal instrumento), y la norma no es una excepción. De acuerdo con este principio a la norma, deberían pertenecer todos los presupuestos que condicionan su eficacia instrumental, y, sin embargo, las circunstancias singulares que determinan la capacidad de los sujetos para cumplir lo prescrito en la norma se estudian (mayoritariamente) en la

culpabilidad. Ello supone, a primera vista, la paradójica afirmación de que la norma es un instrumento para conseguir aquello que, en ocasiones, está más allá de su capacidad instrumental. Resulta evidente que ésta idea, en una versión parcial, es la que explota el conocido [argumento del destinatario] esgrimido tempranamente por Merkel³² (según el cual los inimputables no pueden ser destinatarios aptos de las normas y por tanto no pueden cometer hechos antijurídicos), que fue el primer obstáculo serio a la distinción de antijuridicidad y culpabilidad desde la perspectiva de la norma (obstáculo del que, en mi opinión, no ha conseguido todavía zafarse satisfactoriamente la teoría del delito). Su fuerza de convicción en el momento de formularse fue tal que, para evitar los inconvenientes a que abocaba (fundamentalmente la inclusión de la culpabilidad en la antijuridicidad), la doctrina se fue al otro extremo, rebajando hasta niveles puramente simbólicos, o sencillamente suprimiendo, el papel instrumental de la norma en la antijuridicidad, lo

³² DORNSEIFER, Gerhard, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik* MERKEL, Adolf ZStW, 17(1897) Un examen pormenorizado de la obra de Merkel, léase trabajo de Pág- 938. y del argumento del destinatario, Cap. 5, II.

que en el fondo podría interpretarse como una renuncia tácita al enfoque normativo. Si ésta era o es una vía adecuada para solucionar el problema de la antijuridicidad no puede ser respondido en este momento de la investigación, pero sí es posible delimitar qué *presupuestos teóricos* harían posible la distinción de antijuridicidad y culpabilidad desde la perspectiva de la norma.

Ya se invocó el carácter instrumental de las normas como el obstáculo principal para la concreción de una antijuridicidad no culpable, pero también desde la perspectiva de las normas hay aparentemente buenos argumentos a favor de la distinción de importantes objeciones contra una posible confusión de ambos planos. Se trata ahora de identificar estos argumentos.

Aspecto que favorece la separación entre injusto y culpabilidad es la posibilidad de distinguir en la norma jurídica dos tipos de funciones: Valorativa y prescriptiva.

De la evolución de la teoría del delito puede parecer ingenuo, o ahistórico hacer depender

la plausibilidad de distinguir un injusto no culpable de la distinción entre valoración y prescripción, cuando la posición claramente dominante ha asumido hace tiempo la idea de que la norma actúa como prescripción también en la antijuridicidad. Creo, sin embargo, que el planteamiento seguido se inserta correctamente en este momento de la investigación. En primer lugar, la tesis de que la antijuridicidad se basa en la contradicción de una norma de valoración sigue teniendo importantes seguidores, como es notorio; en segundo lugar, incluso entre quienes defienden una concepción de la norma como norma de determinación de conductas es habitual complementar el aspecto prescriptivo con el valorativo y, lo que es más importante, a la hora de determinar el contenido de la norma prescriptiva en la antijuridicidad acaban refiriéndose en términos ambiguos a un deber general -la prohibición o el mandato- dirigido a todos los destinatarios sean cuales sean sus características y con idéntico contenido, que serviría de patrón en las relaciones inter subjetivas, en el que no se tienen en cuenta las circunstancias de posible eficacia de la

prescripción con lo que en último extremo su posición se acaba confundiendo con la de la norma de valoración. Ello indica que una distinción como la propuesta en el texto es casi un requisito *sine qua non* de la correlativa diferenciación de injusto y culpabilidad desde la perspectiva de la norma.

A su vez esta diferenciación tendría su correlato en la estructura formal de la norma en la distinción paralela entre *contenido* y condiciones de eficacia de la norma.

La explicación en el sentido que la norma tiene un contenido objetivo -lo mandado o prohibido- que es fijado por quien la emite y cuya determinación no queda sometida a las circunstancias personales de sus destinatarios, no parece necesitar mucha justificación. Toda norma, si se pretende que ésta calificación tenga algún sentido, debe al menos describir -y posteriormente prescribir- una conducta objetivamente delimitada que sirva de pauta -de norma- a sus destinatarios. Pues bien, el propio emisor de la norma, o un tercero, pueden constatar en un primer nivel, y

con independencia de las circunstancias subjetivas del destinatario, si la conducta realizada por éste se acomoda objetivamente a lo prescrito o no. Para éste primer nivel de conformidad/discordancia parece aconsejable desde una perspectiva analítica, el contar con una denominación propia: En teoría del derecho el término empleado para la discordia en este primer nivel es el de antijuridicidad (como antinormatividad). La antijuridicidad sería, entonces, la contrariedad del hecho realizado y el contenido objetivo de la norma -lo prescrito-, mientras que la culpabilidad aludiría a la desobediencia a la norma³³. Como tendremos ocasión de ver en el examen histórico, desde el mismo momento inicial en que se desarrolla expresamente un concepto de injusto no culpable -a través del injusto no malicioso civil de Hegel- aparecen referencias a ésta conexión entre antijuridicidad y contrariedad al contenido objetivo de las normas³⁴.

³³ SANCINETTI Marcelo, A. La relación entre esta visión de la norma y la distinción de ilícito y culpabilidad opera de la siguiente manera: habría de ser sobre todo la necesidad de reafirmar el carácter objetivo de la validez y operatividad de las normas del derecho, con independencia de la aptitud del destinatario para regirse por ellas, la que impusiera la distinción entre ilícito y culpabilidad. -*Teoría del delito y desvalor de acción*, JMB Barcelona, España 1995.

³⁴ La infracción del "derecho en sí" de los hegelianos como circunstancia definidora del injusto no malicioso es una buena muestra de ello, pero ya previamente el concepto de "ilegalidad objetiva" de Grolman o el "Tatbestand" en Feuerbach y Stubel contienen referencias implícitas a esta misma idea. Todo ello será examinado en detalle en la exposición histórica.

Siempre que sea posible distinguir con nitidez el contenido de la norma de las circunstancias que condicionan su efectividad como directivo, la distinción de antijuridicidad y culpabilidad tendrá un primer apoyo en la teoría de la norma. Por el contrario, en la medida en que, por diversas razones, el contenido de la norma dependa a su vez de las circunstancias que condicionan la operatividad instrumental para guiar la conducta de los ciudadanos, la distinción irá perdiendo su razón de ser. En este sentido, todas las teorías que esgrimen el argumento del carácter imperativo de la norma para justificar una determinada configuración del injusto están cuestionando (total o parcialmente, dependiendo del alcance que den al argumento) la distinción. No es extraño que el principal obstáculo a la concepción de un injusto no culpable desde la teoría de la norma proceda precisamente de la entronización del aspecto determinante de conductas como núcleo de la norma³⁵.

Ahora bien, la referencia al contenido de

³⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Revista Chilena de Derecho*, 22-2 (1995), pp. 266 y ss.

la norma, aislado de sus condiciones de eficacia, no es suficiente para dar cuenta de la antijuridicidad si ésta se entiende como contrariedad a una norma *existente*. La norma no es solo el texto de la norma, sino que es algo más complejo que en un cierto sentido se puede decir que existe -nace y se extingue en el tiempo-, de manera que la antijuridicidad no podría definirse sin más como contradicción del hecho y del contenido de la norma, y no hacer referencia al hecho de que la norma exista. Generalmente se entiende que este hecho no plantea excesivos problemas a la teoría de la antijuridicidad. Como la existencia de la norma se sitúa habitualmente en el momento de su entrada en vigor, la antijuridicidad puede definirse sencillamente como la contrariedad al contenido de una norma *vigente*. Sin embargo esta respuesta puede verse sustancialmente alterada en la medida en que hagamos depender la propia existencia de la norma del cumplimiento de determinados requisitos que condicionan su operatividad instrumental. Este sería precisamente el caso examinado más arriba en que la existencia de la norma se hace depender de la presencia de un destinatario apto para

cumplirla. Si todos los requisitos que afectan a la eficacia de la norma (que tradicionalmente se agrupaban en la culpabilidad), pasan a ser considerados como requisitos de la propia existencia de la norma, entonces la distinción de injusto, como contrariedad a una norma existente, y de culpabilidad se vuelve imposible por definición.

Consecuentemente, desde la perspectiva de la norma la posibilidad de distinguir antijuridicidad y culpabilidad depende de que se cumplan dos requisitos elementales: En primer lugar, que en la norma pueda identificarse un contenido objetivo al que referir el hecho antijurídico como su contradicción, y en el que no interfieran elementos propios de la culpabilidad; en segundo lugar, que pueda además formularse una *teoría limitada de la existencia de la norma* que no tenga en cuenta las circunstancias de su operatividad instrumental.

Cabe precisar que el primer requisito podría cumplirse sólo en parte, aunque a costa de una fuerte modificación del concepto original de

injusto, que ha de enriquecerse a costa de la culpabilidad y sufrir en consecuencia una importante alteración en su contenido material. Con ello, si bien puede mantenerse formalmente la distinción de injusto y culpabilidad, -esta pierde el significado material que generalmente se le atribuye (esto es, en realidad, lo que ha sucedido en la evolución reciente de la teoría del delito con la progresiva incorporación de elementos de la culpabilidad al injusto). En cuanto al segundo requisito, es imposible de cumplir si la norma se examina de una manera consecuente como directivo de conducta. La consecuencia a extraer es que, o bien se rompe la vinculación de la antijuridicidad no culpable con la infracción de una norma entendida como directivo y se le da un contenido distinto, o bien, si se quiere mantener tal vinculación, sería imposible concebir (desde la perspectiva de la norma) una antijuridicidad sin tomar en consideración las circunstancias de la culpabilidad.

4.2 NACIMIENTO DEL CONCEPTO ANTIJURIDICIDAD EN EL SISTEMA DEL DELITO.

Aunque el origen de los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad como eje de la teoría del delito suele remontarse a comienzos de siglo y solo en la teoría penal germánica, en realidad prácticamente desde el comienzo de lo que podría considerarse ciencia penal moderna, en el cambio del siglo XVIII Y XIX, el análisis del delito se erige sobre categorías muy próximas a las actuales y una buena parte de los problemas que ha sacado a la luz y debatido la teoría penal a lo largo de este siglo ya se mostraban, en germen en aquellos incipientes sistemas. A la vez también es significativo que en sistemas del delito propios de otras tradiciones jurídicas, nos encontremos con algunas clasificaciones que se mueven en una línea similar, y que han tenido que afrontar los mismos problemas que ha afrontado la teoría del delito germánica³⁶.

La construcción dogmática de la antijuridicidad puede decirse que comienza con

³⁶ MOLINA FERNANDEZ Fernando, *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*. Bosch Editor.2001.

Adolfo Marcel, quien puso las bases en 1867, lo que propició que pudiera establecerse la noción de lo antijurídico. El complemento de su idea lo retoma Von Hippel, en el año 1870, comienza una construcción dogmática del problema que nos ocupa en el desarrollo de la presente investigación.³⁷

Para poder comprender la Antijuridicidad, se requiere en primer término, hablar del *TIPO PENAL*, concepto que surge con ERNEST VON BELING en el año de 1906³⁸, aunque no puede hablarse propiamente de la *TEORIA DE TIPO PENAL*, habida cuenta que dicho tratadista, es quien respetando las reglas de la sistemática jurídico penal, es uno de los primeros que dividen el estudio de LA *TIPICIDAD Y LA ANTIJURIDICIDAD*, los alemanes lo llamaron *EL TATBESTAND*³⁹ que significa "*SUPUESTO DE HECHO*"⁴⁰, es expresión romana tomada por los medievales "*FACTI SPECIES*" que significa "supuesto" o "caso"

Pág. 19

³⁷ MARQUEZ Piñero, Rafael, *Teoría de la Antijuridicidad*, Primera Edición 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

³⁸ ZAFARONI Eugenio, Raúl, *Manual de Derecho penal Parte General* Tercera reimpresión 1997 Cárdenas editor Distribuidor. Buenos Aires, Argentina, Pág. 398 último párrafo.

³⁹ MOLINA FERNANDEZ, Fernando. *Antijuridicidad Penal y Sistema del delito*. Edición 2001 José María Bosch, editor -librería Bosch, S L Ronda Universidad 11, Barcelona Pág. 92 in fine.

⁴⁰ ZAFARONI Eugenio, Raúl, *Manual de Derecho penal parte General* tercera reimpresión 1997 Cárdenas editor distribuidor. Pág. 399 segundo párrafo.

El maestro Márquez Piñero⁴¹ nos relata que Max Ernest Mayer, en su *Tratado de derecho penal*, publicado en 1915, expuso la segunda fase de la teoría de la tipicidad, elemento al cual no se le considera ya como simple descripción, sino que tiene además un valor indiciario de la antijuridicidad.

El destacado tratadista español Jiménez de Asúa opina que la función indiciaria de la tipicidad se cristaliza principalmente en relación con los elementos normativos; surgiendo como ejemplo, el tipo legal del delito de robo, donde se incluye la cualidad ajena respecto de la cosa⁴². De donde deriva la afirmación de que la tipicidad es la *ratio cognoscendi*, de lo antijurídico.⁴³ Mi opinión personalísima es que es mucho más que un indicio, sino la esencia misma como se verá en el desarrollo del presente trabajo de investigación.

No es si no hasta a la década de los 30, con

⁴¹ MÁRQUEZ Piñero, Rafael, *Derecho Penal, parte general*, editorial Trillas, 3ª edición, México, 1994, Pág. 212.

⁴² JIMENEZ DE ASÚA, Luis *Tratado de derecho penal mexicano*, Editorial Porrúa S.A., México 1972, tomo III Pág. 755 in fine.

⁴³ LUNA CASTRO José Nieves, *El Concepto del tipo penal en México*, Editorial Porrúa, México

WELZEL, que surge la idea TRIPARTITA del tipo penal, dicho tratadista redondea el concepto DE TIPO COMPLEJO, es decir, con un aspecto objetivo y otro subjetivo, dentro del marco de una teoría del delito con tres caracteres específicos "TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD"

La secuencia evolucionista del tipo penal se relaciona y clasifica primordialmente en función de dos concepciones, la llamada OBJETIVA y la SUBJETIVA o compleja.

La primera corresponde a la obra de Beling a partir de 1906, enmarcada en una sistemática del delito dividida diametralmente en injusto objetivo y culpabilidad subjetiva, atribuyéndose a dicho autor el introducir una distinción en el primero de esos planos, (injusto) dando lugar así a la tipicidad y a la antijuridicidad, no obstante que ambas categorías seguían perteneciendo a la parte objetiva de ese esquema sistemático.

La segunda de las categorías según refiere

el maestro Zaffaroni⁴⁴ la llamada concepción compleja tiene lugar a partir del descubrimiento de la culpabilidad normativa en el año 1907 y los elementos subjetivos del tipo, aproximadamente en el año 1910, lo que aconteció como resultado de las dificultades acarreadas por la concepción objetiva del tipo, al no resolver problemas como la limitación de la causalidad, la explicación de la tentativa, y la ubicación de elementos subjetivos, lo que produjo la idea atribuida a Hellmuth Von Weber y Alexander Zu Dohna estimaban una división tripartita admitiendo un tipo objetivo (dentro de la antijuridicidad) y un tipo subjetivo (abarcado por la culpabilidad).

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal, Parte General*, 2ª reimpresión México 1994, Cárdenas Editor y Distribuidor, pág. 393.

4.3 LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN LA ANTIJURIDICIDAD

Desde que se distingue de la culpabilidad, el concepto de injusto sufre una evolución que va desde su entendimiento como parte objetiva del hecho punible, hasta la introducción en su seno de las componentes subjetivas de la acción.⁴⁵

A) El positivismo del último tercio del siglo pasado y de comienzos del actual, origen de las bases del moderno concepto de delito⁴⁶, concibió la antijuridicidad como referida únicamente a la componente objetiva (externa) de la acción (así, en la concepción clásica de Von Liszt⁴⁷).

Ello era coherente con la mentalidad positivista que trató de imitar el modelo, entonces en auge, de las ciencias de la naturaleza, por los siguientes motivos:

⁴⁵ SILVA Sánchez, Jesús Ma. /BALDÓ Lavilla, *La teoría del delito*, UNED. Madrid 1989 pág. 359.

⁴⁶ MIR Puig, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona 1976 pág. 208.

⁴⁷ LISZT Franz von, *Tratado II*, Pág. 262. Según lo refiere en su nota al pie el maestro MOLINA FERNANDEZ, Fernando, en su libro *LA ANTIJURIDICIDAD Y SISTEMA DEL DELITO*, -BOSCH,

1° La división del delito en parte objetiva (externa) -objeto de la antijuridicidad- y parte subjetiva (interna) -objeto de la culpabilidad- es la primeramente aprehensible por los sentidos (positivismo naturalista), a la vez que constituye un ejemplo típico de clasificación en base a una descripción meramente formal y externa, atenta sólo a las [partes] del delito y no a su esencia material (positivismo formalista);

2° El hecho antijurídico se describe como las ciencias naturales describen cualquier otro hecho de la naturaleza, esto es, como un proceso causal: Se parte del resultado lesivo y se exige únicamente que haya sido causado por un movimiento corporal de un hombre causado a su vez por un impulso voluntario (dejando fuera del hecho, sólo para poder culpar del mismo a su autor, la cuestión de si dicho impulso voluntario se dirigía conscientemente o no (dolo) a realizar el hecho o fue a través de la imprudencia o negligencia (culpa). Si la antijuridicidad califica al hecho, y este hecho se concebía como mero proceso causal, con independencia de la finalidad del autor, era lógico que la antijuridicidad se

refiriese solamente al aspecto objetivo-externo (causal) de la acción. De ahí la concepción del contenido material de la antijuridicidad como causación de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sin causas de justificación. De ahí también que esta concepción se conozca como casualismo.

La metodología neokantiana, que junto a las ciencias naturales y las matemáticas afirmó las ciencias del espíritu o culturales como esencialmente referidas a valores e incluyó en ellas a la ciencia del Derecho (*Stammler, Rickert y Lask, a nivel jurídico general, M. E. Mayer, Sauer y, en especial, Mezger, para el Derecho penal*), no se contentó con la descripción externa de las características del delito, sino que buscó explicarlas desde su significado valorativo. La antijuridicidad apareció entonces como juicio de desvalor sobre el hecho. Pero no se abandonó el punto de partida objetivista del positivismo: en principio, la antijuridicidad se integraba sólo de los elementos objetivos de la acción, que siguió considerándose causalmente. Lo injusto se concebía, según esto, como infracción de la [norma

de valoración] del hecho objetivo (como desvalor de resultado), a diferencia de la culpabilidad, a la que se reservaba el dolo y la culpa, como infracción de la [norma de determinación] dirigida a la voluntad (Mezger).⁴⁸

Sin embargo la concepción de la antijuridicidad como juicio de desvalor sobre el hecho obligó a admitir que en ocasiones aquella depende de la concurrencia de elementos subjetivos sin los cuales el hecho no puede ser desvalorado en absoluto y que, por ello, la ley exige en la propia descripción del tipo. Así, el del hurto (artículo 234 CP Español) requiere el [ánimo de lucro] en la acción de tomar la cosa de modo que sin él, este hecho sería irrelevante para el derecho penal, dicho requisito es un elemento subjetivo; Pues bien el delito de ROBO SIMPLE (artículo 233 del CP. De Jalisco) requiere del animo de apropiación⁴⁹ (al respecto la Suprema

⁴⁸ MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, (Traducción de la 2ª edición Alemana 1933) y notas de derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz) Editorial, Revista de Derecho Privado. Madrid 1957 pág. 282.

⁴⁹ Novena Época Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IV, Julio de 1996.- Tesis: V.1o.12 P.- Página: 423 **ROBO. NO SE ACTUALIZA EL TIPO, AL NO DEMOSTRARSE QUE EL APODERAMIENTO SE HAYA HECHO CON EL ANIMO DE APROPIACION.** De un análisis del artículo 294 del Código Penal del Estado de Sonora, vigente en la época de los hechos, lleva a colegir que para que se configure el delito de robo, es necesario que existan pruebas o datos no sólo del apoderamiento material de la cosa mueble, sino también, en relación con tal

Corte ya se impuso en criterio jurisprudencial), que sin él, el tipo penal corre la misma suerte que la figura antes mencionada por el derecho penal Español, es decir irrelevante para la ley penal. Claro es aún el ejemplo de la tentativa, cuyo mismo concepto hace precisa la finalidad de consumir el delito. Surgieron así los llamados [elementos subjetivos del tipo] -o del injusto-, como excepción al carácter objetivo del injusto⁵⁰.

Véase por ejemplo, "que un empleado doméstico tome un reloj de sus patrones al verlo tirado en el suelo para ponerlo en su lugar, empero lo guarda en el bolso del pantalón y olvida ponerlo en su lugar, sale de laborar y ya en su domicilio se da cuenta que se llevo consigo el citado reloj", de dicha actuación, se podría hablar de un HURTO O ROBO, porque se dio aparente

apoderamiento, el elemento subjetivo que es el ánimo de ejercer de hecho sobre las cosas todas las facultades que al propietario competen de derecho, esto es, con el ánimo de conducirse respecto de la cosa como si fuera su legítimo propietario. De consiguiente, el apoderamiento desde el ángulo subjetivo, debe de realizarse con el ánimo de apropiación o de dominio, sin el interés del agente de regresar la cosa a su dueño, quedando viva la presunción de intencionalidad. De tal forma que el apoderamiento en su connotación subjetiva, no se encuentra acreditado, cuando el inculpado sólo tenía el ánimo de tomar el bien en forma temporal, es decir, de usarlo y posteriormente entregarlo a su dueño o legítimo poseedor y, por tanto, el robo no puede estimarse actualizado al no existir el apoderamiento con el ánimo de lucro o de apropiación. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

⁵⁰ FISCHER Hans, Albrecht, desde el prisma del Derecho civil fue el primero en advertir que la ley requiere a veces la presencia de elementos subjetivos en el injusto: Cuaderno de trabajo 2, abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess Munich (1911). pág. 28, 293. Para el derecho penal inició la teoría Hegler,. (1915); La desarrollaron fundamentalmente Max Ernest Mayer. Buch

un apoderamiento, empero en realidad tan solo se dio un elemento material consistente en la APREHENSION de la cosa, y nunca se dio el elemento subjetivo, es decir, no existió en la mente del empleado doméstico la voluntad y conocimiento de ejercer un poder de hecho sobre el reloj, (en el derecho penal Español "*EL ANIMUS LUCRANDI* O ANIMO DE LUCRO", y en el derecho penal Mexicano "*EL ANIMUS DOMINI* O ANIMO DE APROPIACION", procede también en el Derecho Romano, de ahí la importancia del elemento subjetivo como parte del tipo penal, y dichos elementos de carácter normativo eran necesarios para la actualización del citado tipo penal.

Pero ello conducía a una concepción contradictoria de la antijuridicidad. En primer lugar, no se avenía bien con el carácter objetivo del injusto la presencia en él de ciertos elementos subjetivos. En segundo lugar, no era coherente con la naturaleza valorativa de la antijuridicidad que ésta no requiriese ni dolo ni imprudencia (que no se exigían hasta la culpabilidad), pues ¿cómo es posible «desvalorar»

un mero proceso causal no debido por lo menos a imprudencia, es decir, prudente?.

El giro metodológico operado por el formalismo de WELZEL desde 1930 determinó el abandono por esta dirección de la concepción objetiva del injusto. El finalismo parte de la existencia de ciertas [estructuras lógico-objetivas] que pertenecen a la [naturaleza de las cosas] y el legislador y la ciencia no pueden sino respetar (frente a lo que mantenía el relativismo subjetivista neokantiano)⁵¹. La acción final (guiada por una finalidad) es para WELZEL una de esas estructuras ontológicas. Por consiguiente, la ley y la construcción dogmática del delito deben partir de ese concepto, y no es admisible sustraer al hecho en ningún momento la intención que lo preside⁵². Si la antijuridicidad es un juicio sobre el hecho, dependerá, pues, no sólo de sus elementos objetivos, sino también, de forma esencial, del elemento subjetivo de la finalidad. Así, en los delitos dolosos, el dolo ha de

⁵¹ WELZEL, Hans, *Introducción a la Doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona 1964 pág. 33, 253, 257; MIR Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal, Concepto y Método*, Bosch, Barcelona, 1976. pág. 247.

⁵² WELZEL, Hans, *Nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona 1964, pág. 14.

considerarse componente esencial del injusto, y no de la culpabilidad⁵³. Si la doctrina neoclásica aceptó ampliamente que en la tentativa el dolo -voluntad de consumir el hecho- constituye un elemento subjetivo del injusto, también debe advertirse, coherentemente, que el dolo siga integrando el injusto si el sujeto logra consumir el delito: [¿cómo puede depender de si el disparo da o no en el blanco que el dolo sea un elemento del injusto o de la culpabilidad?]. El [desvalor del resultados (la objetiva causación de una lesión) sólo importa en cuanto obra de una conducta final, es decir, dentro del [desvalor de la acción] (concebida finalmente)⁵⁴.

Hoy admiten amplios sectores la sistemática finalista -el dolo y, por tanto, la imprudencia afectan al injusto- prescindiendo de la concepción final de la acción y de la metodología del finalismo⁵⁵ parecidas consecuencias cabe deducir de

⁵³ MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal, tomo I*, (Traducción de la 2ª edición Alemana 1933) y notas de derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz) Editorial, Revista de Derecho Privado. Madrid 1957 pág. 282. donde formula su famoso [argumento de la tentativa]

⁵⁴ WELZEL, Hans *Nuevo sistema del derecho penal*. Pág. 62. Esta es la consecuencia más importante del concepto final de acción.

⁵⁵ GALLAS Wilhelm, *Zum Gegenwärtigen Stand der lehre vom Verbrechen*, Walter de Gruyter & Co. Berlín 1968 pág. 46; GIMBERNAT ORDEING Enrique, *Estudios de Derecho penal*, tercera edición, Madrid 1990, pp. 172 ss.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Introducción al Derecho Penal, Parte General*, pp. 93 s., 101 ss.

la propia esencia de la antijuridicidad y, especialmente, de la función político-criminal del Derecho penal. Personalmente comparto este último punto de partida⁵⁶.

⁵⁶ MIR Puig, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal, Concepto y Método*, Bosch, Barcelona, 1976. Pág. 58.

4.4 RELACIÓN DE TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

Para que una conducta antijurídica constituya delito, es preciso que sea penalmente típica, es decir, que se ajuste a alguna de las figuras de delito previstas por el Código Penal o en leyes penales especiales. Sobre esto existe acuerdo en la doctrina, pero no en cuanto al preciso sentido y contenido del tipo. Éstos dependen de la relación que se afirme entre tipicidad y antijuridicidad.

En ese sentido ha sostenido el maestro ENRIQUE BACIGALUPO que el tipo sistemático, se obtiene mediante una delimitación de sus elementos respecto de los de la antijuridicidad. Si una acción es contraria al orden jurídico bajo dos condiciones -infracción de una norma (tipicidad) y no autorización de la misma por dicho orden jurídico (antijuridicidad) la delimitante de los elementos del tipo requieren excluir del concepto de éste, los elementos de la antijuridicidad: la falta de antijuridicidad no excluye la tipicidad. La distinción entre antijuridicidad y tipicidad es particularmente problemática respecto de las

circunstancias de las causas de justificación: al tipo penal del homicidio es ajeno, desde nuestro punto de vista que la acción no haya sido realizada en una situación de legítima defensa.⁵⁷

Históricamente se han sucedido distintas concepciones de esta relación. En la actualidad persiste la división de opiniones.

Beling, creador del moderno concepto de tipo, lo concibió con total independencia de la antijuridicidad (definía el delito como acción típica, antijurídica, culpable...). La presencia de tipicidad no supone para este autor ningún juicio de desvalor jurídico sobre el hecho, sino sólo la constatación lógica de que el mismo es subsumible en una figura de delito. De ello se sigue que la tipicidad no implica la antijuridicidad de la acción: el hecho típico (por ejemplo: matar) puede no ser antijurídico, lo que sucederá cuando concurran causas de justificación (p. ej.: matar en legítima defensa, *verbi gracia*; *"sujeto A dispara a sujeto B que entró armado a su domicilio a robar, le apunta con el arma y A le*

⁵⁷ BACIGALUPO, Enrique, *Principios de derecho penal, parte General*, cuarta edición, AKAL

dispara ante el peligro inminente de ser agredido”), La relación de tipicidad y antijuridicidad es, pues, puramente lógica -no valorativa-⁵⁸ En su obra posterior, *Lehre vom Tatbestand* (1930) desarrolló un concepto más abstracto y restringido de tipo como [Leitbild] (imagen rectora o núcleo de la figura de delito), contrapuesto al [tipo del delito]. Mientras que al primero asignó el papel de [concepto troncal] [puramente funcional], reconoció en cambio al [tipo del delito] ser expresión de una [valoración] legal e integral -a diferencia del Leitbild- la definición del delito. Pero la doctrina no acogió el nuevo concepto de tipo como imagen rectora y siguió utilizando el concepto inicial que formulara Beling en 1906.⁵⁹

El neokantismo, al introducir la idea de valor en la teoría del delito, llevó a autores como Sauer y Mezger a sustituir la concepción valorativamente neutral del tipo de Beling por su entendimiento como juicio provisional de desvalor

ediciones, 1994. Pág. 146.

⁵⁸ BELING Ernst, *Lehre vom Verbrechen* Editorial Tubinga(1906), Pág. 116, 145.

⁵⁹ MEZGER Edmund, *Tratado de derecho Penal tomo I*, Editorial Revista de derecho Privado, Madrid 1957 Pág. 301 nota 6. según el esquema de regla (tipicidad) / excepción (ausencia de antijuridicidad).

(de antijuridicidad).

Sin tipicidad no cabe antijuridicidad; de ahí se dedujo que la tipicidad no se halla desvinculada de la antijuridicidad, ni es sólo la *ratio cognoscendi* (razón o fundamento del conocimiento) de la antijuridicidad, sino su propia *ratio essendi*. Quiere decirse con esto, que la tipicidad de una conducta no es sólo un indicio (*ratio cognoscendi*) que permite suponer su antijuridicidad, sino que ésta, cuando concurre con relevancia jurídico-penal, procede (*ratio essendi*) de la realización de un tipo -aunque tenga que ser sin causas de justificación-. La tipicidad no es condición suficiente, pero sí necesaria de la antijuridicidad penal. Por eso se vinculó a la antijuridicidad en la definición de delito, que pasó a ser una [acción típicamente antijurídica y culpable] donde se aprecia con claridad que la tipicidad es el modo en que ha de manifestarse el juicio de desvalor de la antijuridicidad para que tenga relevancia jurídico-penal⁶⁰.

⁶⁰ SAUER Wilhelm, *Derecho Penal (Parte General)* Bosch Barcelona 1956 *Allgemeine Strafrechtslehre*, 2a. edición, Pág. 53 (Traducción Juan del Rosal y José Cerezo Mir del original en Alemán, Berlín 1955); MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal, tomo I*, Editorial, Revista de

Bajo el contexto que nos antecede, surge como regla o fórmula general en torno a la ANTIJURIDICIDAD, que será apoyada con el desarrollo de la investigación:

La antijuridicidad penal requiere la realización de un tipo penal sin causas de justificación⁶¹.

Normalmente la tipicidad implica la antijuridicidad. Si el legislador tipifica una conducta y la conmina con pena, lo hace pensando en su antijuridicidad.

Pero importa destacar que esta concepción coincide con Beling en un punto esencial; no toda acción típica es antijurídica, ni, por tanto, la exclusión del injusto lleva aparejada la negación del tipo. La conducta típica puede estar justificada, es decir, el aspecto contrario a la antijuridicidad, es precisamente la existencia de una causa de justificación. El juicio de desvalor

Derecho Privado. Madrid 1957 Pág. 308.

⁶¹ BACIGALUPO Enrique *Principios de derecho penal. Parte general* cuarta edición 1994. Pág. 251 párrafo segundo ""Una acción es típica, por lo tanto, será también antijurídica si no intervienen a favor del autor una causa o fundamento de justificación ""sic"".

provisional que expresa la tipicidad, desaparece cuando concurren causas de justificación⁶².

En la actualidad, las dos posiciones examinadas encuentran continuación en el finalismo y la teoría de los elementos negativos del tipo, respectivamente.

El maestro BACIGALUPO afirma que la doctrina dominante, practica una distinción adicional, no solamente separa del tipo penal los elementos de la antijuridicidad, sino también los que pertenecen a la punibilidad. Es decir: las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias.⁶³

PRIMER POSICIÓN.

a) El finalismo ha regresado a un concepto de tipo próximo al ideado por Beling: el tipo como mero indicio *-ratio cognoscendi-* de la antijuridicidad, que no sólo puede desvirtuarse

⁶² Ibídem al anterior nota al pie (52) Mezger, Tratado I pág. 308.

⁶³ BACIGALUPO Enrique, *Principios de derecho penal. Parte general*, cuarta edición 1994. Página 148.

por la concurrencia de causas de justificación (no toda acción típica es antijurídica), sino que tiene un significado. De ahí que vuelva a preferir la antijuridicidad en la definición y abandona el [bipartito]: [acción típica, antijurídica y culpable]. Pero, a diferencia de Beling, no sólo se concibe el tipo como portador de elementos subjetivos, sino como dotado también de un significado valorativo- aunque, eso sí, independiente del que corresponde al juicio de antijuridicidad -. Tal significado es, para Welzel, el servir de selección de los hechos relevantes para el Derecho penal⁶⁴, donde atribuía al tipo la misión de delimitar [descriptivamente los objetos relevantes para el Derecho penal] pero, como se ve, hablaba de una [descripción], no de una valoración, relevancia que procederá, según su opinión, de infringir las normas prohibitivas de la lesión de los bienes jurídicos (no matarás, no hurtarás, etc.): aunque concurra una causa de justificación y no sea [antijurídico], el hecho típico seguirá siendo relevante jurídico-penalmente porque es [antinormativo]. El tipo se concibe, así, como [materia de prohibición], como

⁶⁴ Tal función ya se insinuaba por Beling, Grundzüge des Strafrechts, 10ª.-edición. 1928, pág. 22

la materia prohibida. Las causas de justificación no excluyen la prohibición de la norma, sino que permiten su infracción⁶⁵.

SEGUNDA POSICION.

b) La teoría de los elementos negativos del tipo. Esta doctrina ha sido defendida en Alemania (desde Merkel y Franck hasta Engisch, Arth, Kaufmann, Roxin, etc.⁶⁶, en donde como Engisch) habla de [elementos limitadores (mejor que de negativos) del tipo], porque la función de las causas de justificación es limitar el verdadero alcance del tipo total de injusto (hecho prohibido); pero en AT § 10/19 ss., prefiere ahora distinguir tipicidad y antijuridicidad como dos categorías sistemáticas sucesivas, en el sentido clásico⁶⁷. Lleva a sus últimas consecuencias el

⁶⁵ WELZEL, Hans. *Introducción a la Doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona 1964 Pág. 33, 253, 257; MIR Puig, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal, Concepto y Método*, Bosch, Barcelona, 1976. Pág. 50, 52.

⁶⁶ Sobre la evolución de esta teoría (en contra) Hirsch, en la bibl. En español: ROXIN, Claus, *Política criminal, Pág. 56 y Teoría del tipo penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Depalma. Buenos Aires 1979, traducción al castellano por E. BACIGALUPO ZAPATER Berlín 1970. Pág 274.

⁶⁷ Acogen la teoría en España: GIMBERNAT ORDEIG Enrique, *Estudios de Derecho penal*, tercera edición, Madrid 1990. Pág. 141 nota 32; MIR Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Bosch, Barcelona 1976, Pág. 327 y, sólo en el fondo, no en la terminología, Función, pp. 85

planteamiento neokantiano: si el tipo es un juicio de valor no ha de serlo sólo provisionalmente, sino definitivamente. La única forma de conseguirlo es admitir que la tipicidad implica siempre la antijuridicidad y, viceversa, la presencia de causas de justificación excluye la tipicidad. Consta de dos partes: parte positiva y parte negativa (o negativo). La parte positiva equivale al tipo en sentido conjunto de elementos que fundamentan positivamente el injusto. La parte negativa añade la exigencia de que no concurren causas justificación.

CAPITULO QUINTO

ELEMENTOS GENERALES DE LA ANTIJURIDICIDAD PENAL

5.1 REQUISITOS DE LA ANTIJURIDICIDAD PENAL.

El primer requisito de la antijuridicidad penal es la tipicidad. Un hecho es penalmente típico cuando se haya previsto por la ley como constitutivo de una especie o figura "TIPO" de delito, como el asesinato, hurto, estafa (C.P. Español) ó, el homicidio, robo simple, fraude (C.P. de Jalisco, México). Ello asegura la relevancia penal del posible hecho antijurídico, pues no todo hecho antijurídico tiene carácter penal, sino sólo los que realizan un tipo de delito. El estudio de los distintos tipos de delito constituye el objeto de la Parte Especial del Derecho penal. La teoría general del delito se ocupa, en cambio, de los elementos generales de ciertas clases muy generales de tipos: el tipo doloso, el tipo imprudente(o culposo), el tipo de omisión, los tipos de imperfecta realización y los tipos de autoría y participación.

Utilizamos la terminología tipo penal en el sentido de conjunto de elementos [típicos], es decir, específicos de una clase de delito, mediante los cuales ésta se distingue de otras formas delictivas.⁶⁸ En este sentido, el tipo no equivale al supuesto de hecho antijurídico, no equivale al hecho antijurídico completo, sino sólo a lo específico de una clase de injusto. Para que un hecho sea penalmente antijurídico, es preciso algo más que la realización de los elementos específicos de un tipo penal: es precisa la ausencia de causas de justificación⁶⁹.

Todo tipo penal exige una [acción u omisión] o [comportamiento humano].⁷⁰ El Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho sólo puede tratar legítimamente de evitar lesiones de bienes jurídico-penales mediante valoraciones y normas⁷¹.

⁶⁸ GALLAS Wilhelm, *Zum Gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, Walter de Gruyter & Co. Berlin 1968 pág. 26.; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal Parte General* 3 edición, Bosch Barcelona (Traducción Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde) 1981, pág. 334 (pero estos autores no comparten la distinción entre [tipo] y [supuesto de hecho] prohibido que a continuación se efectúa en el texto); Roxín, AT, § 10/19.

⁶⁹ BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, ediciones Akal/Iure Cuarta Edición 1994. Pág. 251 primer párrafo.

⁷⁰ Artículo 5º del Código Penal para el Estado de Jalisco establece en torno a ello que: Delito es el acto u omisión que concuerda exactamente con la conducta que, como tal, se menciona expresamente en este código o en las leyes especiales del Estado. Código Penal para el Estado de Jalisco, Pág. 12. Editorial Paco 2004 Jalisco, México.

⁷¹ Artículo 6 Código Penal Español, que establece ""Las medidas de seguridad se fundamentan en

Las valoraciones jurídico-penales pueden empezar por extenderse a resultados nocivos en la medida en que ello pueda servir de punto de partida para la desvaloración y, en su caso, prohibición, de las conductas humanas que pueden producir tales resultados. Sólo cabe desvalorar como penalmente antijurídicas las lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico - penales que sean imputables a un comportamiento humano, porque sólo éste puede ser prohibido a alguien por una norma que se dirija a sus destinatarios tratando de determinarles en contra del delito. Aunque la doctrina discute sobre el contenido de éste concepto, existe acuerdo en que la conducta humana requiere una determinada voluntad.

El segundo requisito de la antijuridicidad penal es la ausencia de causas de justificación⁷². En efecto, el hecho que realiza un tipo penal (verbi gracia; un homicidio) no es antijurídico cuando se efectúa bajo el amparo de una causa de justificación (legítima defensa, al rechazo de un peligro real e inminente). Son causas de

la peligrosidad del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito". Ibidem al anterior.

⁷² BACIGALUPO. Enrique, *Principios de Derecho Penal Parte General*, ediciones Akal/iure Cuarta

justificación previstas en el Código penal español la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, según lo prevé el artículo 19 y 20 del código Penal Español. Mientras que en la legislación del Estado de Jalisco, se contempla en el artículo 13 como causas Excluyentes de Responsabilidad penal la INIMPUTABILIDAD, LA INCULPABILIDAD, Y LA JUSTIFICACION.⁷³

Edición 1994. Pág. 251 segundo párrafo.

⁷³ Artículo 13. Excluyen de responsabilidad penal las causas de inimputabilidad, las de inculpabilidad y las de justificación. Código Penal del Estado de Jalisco, editorial Paco, 2005. Pág. 5.

5.2 ANTIJURIDICIDAD PENAL FORMAL Y MATERIAL

En sentido formal, antijuridicidad penal significa la relación de contradicción de un hecho con el Derecho penal. Pero éste concepto no responde a la cuestión de qué contenido ha de tener un hecho para ser penalmente antijurídico o, lo que es lo mismo, de ¿por qué un hecho es contrario al Derecho penal? Al dar respuesta a esta cuestión viene el concepto de antijuridicidad penal material⁷⁴. En efecto si sostuviéramos el concepto de antijuridicidad formal, en el sentido de que ES EL ACTUAR CONTRARIO AL ORDEN JURIDICO, podría crear confusiones, al menos en la legislación del Estado de Jalisco, habida cuenta que por delito se entiende de acuerdo al artículo 5 del Código Penal como:

"EL ACTO U OMISION QUE CONCUERDA EXACTAMENTE CON LA CONDUCTA QUE COMO TAL SE MENCIONA EN EL CÓDIGO O EN LAS LEYES ESPECIALES."

⁷⁴ La distinción de antijuridicidad formal y material procede de LISTZ, Franz von, Tratado II, Pág. 262 Según lo refiere en MOLINA, FERNANDEZ, Fernando, en su libro ANTIJURIDICIDAD PENAL Y SISTEMA DEL DELITO. Bosch Editor. Madrid 2001 Pág. 44.

En ese contexto, una conducta es típica cuando concuerda exactamente con la norma, por ello, es que el concepto de ACTUAR CONTRARIO AL DERECHO O A LA NORMA, no es un concepto que cubra las exigencias actuales de la ley represiva.

No se trata de limitarse a constatar que son penalmente antijurídicos los hechos que el Derecho penal define como tales -los comportamientos humanos típicamente antijurídicos-, sino de analizar qué es lo que tienen estos hechos para que el Derecho penal haya decidido desvalorarlos. En ello consistirá la antijuridicidad penal material - o también, su contenido de injusto -.

Según la opinión tradicional, la antijuridicidad material de un hecho se basa en su carácter de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.⁷⁵ A ello se añade la ausencia de un interés prevalente que justifique el hecho⁷⁶. Ambos aspectos se han considerado características del hecho contemplado *ex post*, como resultado disvalioso ([desvalor de resultado]). En la

⁷⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich *Tratado de derecho penal, Parte General* tercera edición, 1981 Pág. 316; ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal Parte general*, Madrid 1949 Pág. 180.

⁷⁶ *Ibídem* al anterior.

actualidad se destaca la necesidad de atender también a la peligrosidad de la conducta desde una perspectiva *ex ante*, mientras que se discute el papel tradicional del [desvalor de resultado]. Por otra parte, hoy suele incluirse en lo injusto no sólo el aspecto objetivo del hecho, sino también el aspecto subjetivo representado por la finalidad que guía la acción. También esto influye en el [desvalor de la conducta]. El carácter penal de la antijuridicidad que importa al Derecho penal obliga, finalmente, a incluir en su contenido material el significado de relevancia penal que aporta la tipicidad penal.

5.3 ANALISIS DEL CONCEPTO DOGMATICO DEL "BIEN".

Toda necesidad es la falta absoluta de algo, prescindible de algo, necesidad de alguna cosa. No se tiene una necesidad *simpliciter*: se tiene la necesidad de un *quid*, de un "*bonum*". Todo lo que puede satisfacer y satisface una necesidad humana en un "*bien*"⁷⁷. Puede ser un objeto del mundo

⁷⁷ NEUMANN, Wirts Chaftliche Grundbergriffe, gut, Pert, Preis, Vergomen, etc., en "Handbuch der politischen Oekonomie", hgg von Shonberg, 3ª Auflage, tubingen, 1890, I. También el concepto del bien (como el de la necesidad) ha sido estudiada profundamente sobre todo en el campo de la

exterior, ya sea una *cosa* o un *hombre*. Puede ser un *evento natural* o una *acción u omisión* humana; una acción propia o una acción ajena, un servicio personal o una cualquiera *relación del hecho* (relación entre hombre y hombre). Bien puede ser un *estado individual* (físico o moral) de la persona (por ejemplo, la vida, la salud, la libertad, etc.), de la propia persona o de la ajena, de una persona de una pluralidad de personas; puede ser un *estado de hecho* (por ejemplo, el silencio nocturno) o el *estado de una cosa* (por ejemplo, el estado de cierre de una carta). Bien puede ser un *sentimiento* (por ejemplo, la piedad), una *idea*, un *estado*, en general, del mundo *interior*. Puede ser también un *derecho o una relación jurídica* (relación entre personas tutelada por el derecho).⁷⁸

Bien puede ser cualquier cosa que existe actualmente, que existió en el pasado o que

ciencia económica, y no hay tratado de la economía que no dedique un desarrollo particular a la teoría de los bienes. Ver además de los escritores citados en la precedente nota y aparte, los muchos otros que así mismo podrá citarse.

⁷⁸ VON BAR, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. I ("Das Strafgesetz..."), Berlin, 1906, ps. 22 y 23. Entre los economistas ya opinión adquirida considerad los derechos como bienes económicos (ver por todos BOHM-BAWERK en el estudio dedicado precisamente a este argumento y por nosotros ya citado: Rechte und Verhältnisse vom Standpunkt der volkswirtschaftlichen Guterlehre, Innsbruck, 1881); esta opinión se vincula a la famosa cuestión de los bienes materiales e inmateriales ya generalmente resulta en el sentido de afirmar también en estos últimos el carácter de bienes

existiría en el futuro. En resumen: *Todo lo que existe o no actualmente, de existencia material o inmaterial y puede satisfacer una necesidad humana es un bien; bien es todo lo que, existiendo como realidad frente a la consideración de la conciencia humana, es apto para satisfacer una necesidad humana.*⁷⁹

En correspondencia con las necesidades a las que satisfacen, se distinguen los bienes que sirven para satisfacerlas. Entre las múltiples posibles divisiones de las necesidades, son, desde un punto de vista general, interesantes para el derecho penal aquellas que están entre necesidades materiales o físicas (u orgánicas o fisiológicas) y necesidades inmateriales o morales (u psicológicas o espirituales) [ya sean estas intelectuales (estéticas, cognoscitivas, etc.) o morales en sentido estricto, y religiosas]; entre necesidades individuales (siempre privadas) y necesidades colectivas o sociales (ya sean privadas o públicas): diferenciaciones que dan lugar a las correspondientes distinciones entre

económicos.

⁷⁹ VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. I. Berlin, 1906 7, p. 23. La enorme generalidad del concepto del bien (bajo el cual pueden abarcarse las realidades mas diversas que tengan por

bienes materiales o físicos y bienes inmateriales o morales, entre bienes individuales (privados) y bienes colectivos o sociales (privados o públicos).

5.4 EL CONCEPTO DE LA UTILIDAD

La relación entre la noción del bien y la del interés esta dado por la noción de utilidad. Utilidad (*utilitas* de útil, usar, beneficiarse) es la idoneidad de una cosa para servir, para ser usada, para beneficiar (*utilitas reperiantur ea quibuscumque sciret aliquis uti*)⁸⁰; ella es mas precisamente que la aptitud (y por ende también el grado de aptitud) de alguna cosa para satisfacer una necesidad humana.

Esta cosa es precisamente el bien. Un *quid* que es bien en cuanto es útil y es útil en cuanto es un bien: es decir, que la utilidad es un atributo inseparable de los bienes. Pero ella no es un predicado de cualidad, sino un predicado de

común denominador el valor).

⁸⁰ XEN., OECON., versión de STRABEO, cap. VI, 4.

relación⁸¹; en otros términos, ella no expresa una cualidad intrínseca e inmanente de la cosa, si no que expresa una relación, de la cual es un término la necesidad y el otro un *quid* como medio de satisfacción de la necesidad misma⁸². De los términos de esta relación, el uno, la necesidad, se refiere al sujeto, el otro, el medio de satisfacción, se refiere en cambio, al objeto. La utilidad es pues una relación entre un sujeto y un objeto. Utilidad no es solo la utilidad económica y patrimonial y menos la utilidad pecuniaria, sino también la utilidad, la ventaja puramente moral.

5.5 EL CONCEPTO DEL INTERES

⁸¹ SIGWART, Logia, Bd. I, 2ª Auflage, Tübingen, 1889, p. 66; cfr, también: HERBART, Schriften zur praktischen Philosophie (Hgg. Von HARTENSTEN, p. 72). Los predicados de cualidad expresan una propiedad inmanente del sujeto, la cual no puede ser pensada aisladamente de él si que con ello la presentación misma del sujeto sufra una modificación. De ellos se distinguen los predicados de la relación en que "ellos, como tales, permanecen extraños a la representación del sujeto y no pueden ser puestos en ninguna interna unidad con el". "damit eine bestimmte Relation von einem Ding dice SIGWART in ebenso unmittelbarer Weise wie ein Benennungsurtheil ausgesprochen vorausgesetzt, in welcher zwei unterscheidbarer Dinge in bestimmten Verhältnisse zu einander gegeben sind.

⁸² VALENTI, Principi di scienza economica, Florencia, 1906, ns. 26 y 27, ps. 124-127. El concepto de utilidad ha sido finamente elaborado por los cultores de la ciencia económica. Inútiles son a propósito las citas, puesto que no hay tratado de economía que no dedique un capítulo a la teoría de la utilidad. El concepto de la utilidad, tal como esta expuesto por los economistas, aunque por diversos motivos más restringido, no es sin embargo diferente del que se expone en el texto. La no distinción ente utilidad objetiva (como ventaja objetivamente existente, es decir generalmente apreciable como tal) y utilidad subjetiva o apreciación o juicio de la utilidad por parte del sujeto de la necesidad, conduce sin embargo por lo general a los economistas a no distinguir entre utilidad e interés: palabra, esta última, absolutamente extraña al lenguaje económico. Ellos es, en nuestra modesta opinión, un defecto de la elaboración de la teoría de la utilidad, desde un punto de vista

Cada utilidad, como relación entre un sujeto que tiene una necesidad y un objeto que satisface esta necesidad, no puede ser pensada con exclusiva referencia al sujeto o al objeto. En este sentido, toda utilidad es al mismo tiempo subjetiva y objetiva y no existe una utilidad Objetiva (las propiedades fisiológicas, tecnológicas, etc., de un objeto no es utilidad)⁸³. Toda utilidad como relación entre un sujeto que tiene una necesidad y un objeto que satisface una necesidad, existe, en una realidad para nosotros, un *esse cognitum* (y no solo *esse reale*) en cuanto existe un "juicio" de utilidad, de valor (valor de uso)⁸⁴: una valoración. Aun en este sentido toda utilidad es utilidad subjetiva, más aun, subjetiva y objetiva al mismo tiempo; y no existe una utilidad puramente objetiva [la utilidad no conocida, ignorada por todos, de una cosa (conocida o ignorada) no es utilidad]. Pero nosotros podemos distinguir una utilidad subjetiva de una utilidad objetiva según que la valoración (el juicio de la utilidad, de valor) sea propia del sujeto que

general, común a la economía por un lado, a la psicología, a la sociología y al derecho por el otro.

⁸³ VALENTI, Principi di scienza económica, Florencia, 1906, nº 26, Pág. 124.

⁸⁴La expresión "valor" se usa siempre en el texto en el sentido de valor de uso y por ende como sinónimo de "utilidad" (palabra mas propia por se menos equivoca). Todo otro concepto de valor (valor de costo, valor de intercambio, valor de efecto, etc.) es aquí excluido.

siente la necesidad, o bien es la valorización individual de quien es extraño a la necesidad y que juzgan, no diré la necesidad ajena (que es una situación de hecho que no puede ser discutida y juzgada), sino la aptitud de una cosa para satisfacer una necesidad ajena, previamente comprobada⁸⁵. La valorización, el juicio de utilidad o de valor (de uso) de un objeto (en el mas amplio sentido de esta palabra, es decir, en contraposición a sujeto) en cuanto parte del sujeto que se siente la necesidad (utilidad subjetiva, en el sentido últimamente indicado) es el interés. "interés" (del romano *interesse*, estar en el medio, *id quod Interest*, en el derecho romano, que es donde surge, significa "lo que importa" al sujeto que ha sufrido un perjuicio, por ejemplo, por un incumplimiento contractual de la otra parte: es subjetivo pero al tiempo es "objetivable": si he comprado unas vigas defectuosas y, a consecuencia de esto, el edificio que construyo se derrumba, hay un perjuicio que no

⁸⁵ VALENTI, Principi di scienza económica, Florencia, 1906, cuando (nº 27, Pág. 125) La distinción que hacemos en el texto, entre utilidad objetiva y subjetiva, como distinción entre utilidad (ventaja) e interés, es nueva para la economía y para la ética. Pero ella no parece indispensable, si no se quiere excluir de una y de otra el concepto de interés confundiéndolo con el concepto de necesidad o con el de bien o con el de utilidad o finalmente con el de deseo (voluntad). VALENTI, excluye de la palabra utilidad el significado de ventaja, distingue a pesar suyo ente la utilidad e interés. Solo que el llama utilidad no es sino el interés y lo que el llama ventaja no es sino la utilidad (en el mismo sentido de VALENTI: Antonio SCIALOJA, Principi di economia sociales, Nápoles, 0849, p. 2).

consiste solo en las vigas de menor valor sino en lo que a mí me perjudican por ese defecto. "Quod mea interest", de donde deriva la expresión, es "lo que a mí importa", el "interés", moderno término derivado de esa expresión, no es cualquier situación subjetiva, como se ve, sino una que afecta a un sujeto concreto pero determinable objetivamente por su relevancia desde el punto de vista del razonar jurídico. Esto es, lo que esta entre dos cosas) es precisamente el juicio entre la propia necesidad y el medio de satisfacción de necesidad, emitido por el sujeto de la necesidad misma; o mejor, el juicio emitido por el sujeto de una necesidad, sobre la utilidad, sobre el valor de un objeto (bien) como medio de satisfacción de la propia necesidad; la valorización, por parte del sujeto de una necesidad, de la aptitud de un objeto (bien) para satisfacer una necesidad propia del sujeto (utilidad, valor de uso). El interés es pues, un acto de inteligencia y su concepto, como tal, es un concepto psicológico y por ende subjetivo, como el concepto de la necesidad (no objetivo, como el concepto del bien).

El interés no está dado solo por la

representación de un objeto o solo por la representación de la propia necesidad, sino por la representación de un objeto, de una necesidad propia y de la aptitud del objeto para satisfacer la propia necesidad, es la representación, que el sujeto de la necesidad tiene, de la utilidad, el valor de un objeto como medio de satisfacción de la propia necesidad. No el objeto, como tal, sino el objeto "como bien" es subjetivamente representado. Precisamente por ello el interés, mejor aún que una idea (percepción, concepción, representación), puede decirse que es un bien jurídico: juicio de utilidad o de valor, valoración de un objeto por parte del sujeto de una necesidad, desde el punto de vista de la propia necesidad.

5.6 DIFERENCIA ENTRE INTERES, BIEN, Y UTILIDAD.

De ello se deduce que el interés no es la necesidad, ni el bien, ni la utilidad. No es la necesidad, porque se puede tener necesidad de una cosa sin tener interés en ella, si falta la conciencia de la necesidad y el conocimiento del

medio de su satisfacción. Tampoco es el bien, porque hay bienes que nosotros no conocemos, o que no reconocemos como tales y en los cuales no tenemos, por ende interés. Tampoco el interés es la utilidad, o la ventaja, porque nosotros podemos juzgar como útiles y ventajosas cosas, en realidad, para nosotros inútiles o dañosas (por ejemplo, el alcohol para el bebedor) y podemos juzgar como inútiles o desventajosas cosas que en realidad no son utilísimas y ventajosísimas (por ejemplo, la riqueza para el moralista). Necesidad, bien, utilidad, son sin embargo conceptos estrechamente vinculados al concepto de interés.

5.7 DIFERENCIA ENTRE INTERES Y DESEO.

Interés tampoco es el deseo. Deseo significa tendencia, apetito, aspiración y por ende, también pendiente, exigencia, requerimiento; implica pues la dirección de la voluntad hacia el objeto (bien). Desear una cosa es equivalente a quererla. Ciertamente, el deseo nace del juicio de la utilidad, del valor de una cosa, es decir, del interés, es pues el fin, es decir, la causa, el

motivo de la voluntad⁸⁶, y por ende, el deseo⁸⁷. Pero precisamente por ello se hace la distinción, como el fin o la razón del querer, se distingue del acto de querer, como la inteligencia se distingue de la voluntad se puede, en efecto, tener interés en una cosa y sin embargo no desearla, es decir, no quererla. Concebir el interés como un deseo (SCHEY, WAGNER) significa introducir en el concepto del interés el elemento de la voluntad, significa confundir el fin de querer, con el querer mismo, la inteligencia con la voluntad. Un error semejante, y aun mas grave, aunque prestigiosamente profesado, es el de aquellos que, en el campo de la ciencia económica, mientras por un lado no distinguen entre utilidad e intereses, afirman que la utilidad (o interés) es nada mas que la deseabilidad a lo que se necesita (del griego) (PARETO)⁸⁸, y afirman por ello que es útil, aquello, precisamente, que es deseado.

⁸⁶ ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Millan, 1840, cuando escribió (vol. I, 494 in fine): "...La causa única, universal e invariable de las voliciones y de los actos libres del hombre, es lo que los filósofos llaman interés".

⁸⁷ ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, vol. I, 495: "Por ello, hablando con mayor exactitud, el interés no es la tendencia o el deseo del bien y de la felicidad. Tal deseo va, en verdad, unido con el interés, pero propiamente e su efecto. Este efecto se llama amor propio, o amor a la felicidad".

⁸⁸PARETO, wilfrido, *Tours d'économie politique*, Lausanne, 1896, vol. I, p. 3.

5.8 RELACIÓN ENTRE "VOLUNTAD", E INTERÉS.

La distinción entre interés y deseo lleva a reconocer la relación entre la necesidad, el bien, la utilidad y el interés, por un lado, y la voluntad por el otro; de manera que nace la noción de "fin", es decir, de "objetivo".

Todo hombre tiende naturalmente a procurarse el placer y a evitar el dolor; la necesidad natural del organismo humano fisiológico y psíquico, que nace del instinto y opera bajo la sanción del placer y del dolor, es pues el estímulo, el impulso (por sí mismo ciego e inconsciente) de la voluntad. Pero toda voluntad es voluntad concreta, voluntad de una cosa⁸⁹. Esta cosa es querida, es el objeto de querer, el contenido de la voluntad. No existe una voluntad abstracta, sin objeto, una voluntad vacía de contenido. Pero el contenido de la voluntad no puede ser sino que aquello que produce un placer o evita un dolor; no puede ser, pues, sino algo que

⁸⁹Esto era observado, mucho antes que por JELLINEK, por ROMAGNOSI, demasiado a menudo ignorado u olvidado por los escritores alemanes (Genesi del disitto penale, vol. I, 478: "... se supone siempre y conocido el objeto deseado, que da motivo a la volición... No es menester ser filosofo

satisfaga una necesidad; en otras palabras; no puede ser sino un "bien", el postulado hedonístico prohíbe una concepción diversa del contenido de la voluntad. Pero un bien puede ser objeto de un acto de querer, formar el contenido de una voluntad, en cuanto sea conocido como tal, (es decir como bien) por el sujeto que quiere⁹⁰, en cuanto haya sido objeto de un juicio de valoración por parte del sujeto queriente; en otros términos: en cuanto sea objeto de un interés. No se quiere aquello que es útil; se quiere aquello que tal nos parece, aquello en lo que tenemos interés; y se puede tener interés en cosas que nos son útiles y también en cosas que son dañosas según sea verdadero o falso, justo o injusto, el juicio que hacemos de la utilidad de una cosa. No es, pues, la utilidad, sino el interés el presupuesto de la voluntad. El interés, como acto de la inteligencia, como juicio de utilidad o de valor, precede pues necesariamente siempre al acto de voluntad. Y mientras que el impulso, el primer estímulo de la voluntad, está dado por la

para comprender que uno no quiere sin razón o motivo de querer 2; 480:"

⁹⁰ ROMAGNOSI, Genesi del diritto penale, vol. I 478: "...se supone siempre sentido y conocido el objeto deseado, que da motivo a la volición... No es menester ser filosofo para comprender que uno no quiere sin razón o motivo de querer". 480:"...como es cierto que la volición es un acto de alma humana, por lo mismo del alma debe sentir el objeto de la volición, y el objeto o la idea del objeto

necesidad, la conciencia de este impulso, es decir, la conciencia de la necesidad y el conocimiento de la utilidad de una cosa como medio de satisfacción de la necesidad, está dado por el interés. El interés es pues la verdadera causa determinante de la voluntad. Es el fin, el objetivo, el motivo o móvil de la voluntad. La voluntad el deseo de una cosa no es pues la cosa misma que se quiere, se desea (objeto, contenido de la voluntad = bien), no es la necesidad de esta cosa [impulso, estímulo (inconsciente) de la voluntad], tampoco es el interés [motivo (consciente), fin, objetivo de la voluntad] y menos la utilidad. La voluntad, el deseo, es en cambio la conclusión de un silogismo en el que la premisa mayor es la necesidad, la menor, el interés (el juicio de utilidad de una cosa, el juicio de una cosa como bien). [Ejemplo: yo tengo apetito (necesidad); este pan puede satisfacer mi apetito, puede saciarme (bien, utilidad, interés); yo deseo este pan (voluntad)]. Necesidad, bien, utilidad, interés, fin son por ende, conceptos distintos, pero inseparables⁹¹.

deben estar presentes en el entendimiento y mover la voluntad”.

⁹¹La conexión del concepto de “fin” (objetivo, motivo, móvil) (y por ende de la voluntad) con los conceptos de interés, de bien, de utilidad y finalmente de necesidad, es para para nosotros la única

CAPITULO SEXTO
ANÁLISIS DE LA LESIÓN, DE LA ACCIÓN DAÑOSA Y
PELIGROSA

6.1 DELITO COMO LESIÓN Y COMO AMENAZA DE BIENES.

El estudio del concepto del bien y del interés, nos despeja el camino para determinar también el concepto de "daño" y el de "peligro" y, por ende, la relación entre el bien y el interés, por un lado, y el delito, por el otro; es decir, para hablar del delito como acción dañosa o peligrosa, o lo que es lo mismo, el delito como lesión o amenaza de bienes e intereses humanos. El tratamiento se divide aquí naturalmente en tres partes: 1° el concepto del daño y del peligro; 2° el daño o el peligro inmediato o directo resultante del delito; 3° el daño o el peligro mediato o indirecto resultante del delito.

6.2 EL CONCEPTO GENERAL DE DAÑO.

base sobre la cual es posible construir una sana teoría de los motivos o móviles para delinquir.

Del "daño" se habla continuamente, en la ciencia del derecho. Aparte se habla en el campo del derecho penal, a propósito del delito y de la responsabilidad, penal o civil que nace de él; se habla en el campo del derecho privado, civil o comercial, a propósito del delito o cuasi delito civil y de las responsabilidades contractuales y extra contractuales, es decir subjetivas (por culpa), que de ellos deriva, y también a propósito de la llamada responsabilidad sin culpa, y del enriquecimiento indebido, de los actos por rivalidad, del abuso del derecho, etcétera. Se habla en el derecho público interno a propósito, por ejemplo, de la responsabilidad del Estado y de los entes públicos por hechos lícitos o ilícitos, a propósito de la responsabilidad disciplinaria del funcionario hacia el Estado, en el derecho procesal, civil y penal, y también en el derecho internacional (a propósito, por ejemplo, de la responsabilidad internacional del Estado). ¿Pero que se entiende por "daño" desde un punto de vista en general común a todo el derecho y también al derecho penal? En verdad los distintos autores no

acostumbran responder a esta pregunta. Y aun cuando intentan responderla, ellos no nos dan, por lo general, sino un concepto unilateral y restringido del daño, es decir, no el concepto del daño y de todo daño, en general, sino de aquel particular daño denominado daño civil o privado, que a veces, tras las huellas del derecho romano, en efecto, el origen del concepto se halla en el derecho romano a prósito del delito privado de *damnum iniuria datum*. Cómo la acción penal, en el seno del propio derecho romano, buscó luego el resarcimiento (*res*) ante que la pena o castigo (*poena*), el concepto fue tratado a la vez en se volición posterior al derecho romano por penalistas y civilistas. Se define como la privación o disminución del patrimonio, entendido este, por lo general, en sentido no económico, sino jurídico, otras veces como la lesión de un derecho subjetivo patrimonial, y otras, mas genéricamente, como la lesión de un derecho subjetivo (patrimonial o no patrimonial)⁹². Que estos conceptos no sean aplicables a todos los daños de los que se habla en el campo del derecho en general, y en particular en el del derecho

⁹² BRUNETTI, Giovanni, *Il delitto civile*, Florencia, 1906, pág. 15.

penal, resulta evidente si se piensa que hay daños que de ningún modo consisten en una privación o disminución del patrimonio ni jurídica ni económicamente considerado, es decir, daños no patrimoniales, sino puramente morales (inmateriales, ideales)⁹³, y existen daños que de ningún modo consisten en la lesión de un derecho subjetivo, ya sea patrimonial (daño patrimonial) o no patrimonial (daño moral), sino en la lesión de un interés, protegido jurídicamente, pero no en la forma de un derecho subjetivo⁹⁴. Pero hay más. Ni si quiera desde el punto de vista del derecho civil o privado en general, para el cual ellas han sido elaboradas, estas nociones del daño pueden decirse exactas o aceptables. Ellas tienen en verdad el defecto común de olvidar el daño se entiende el daño civil o privado del que hablamos aún antes de ser un daño jurídico es un daño económico [del llamado daño material (o también natural), en contraposición al daño jurídico] y su concepto, aun antes de ser un concepto jurídico (de derecho privado), es un concepto económico⁹⁵, como son conceptos económicos, aún antes de ser

⁹³ CARMIGNANI, Elementi di diritto criminale, Nápoles, 1854, Pág. 39.

⁹⁴ ROCCO ARTURO, La riparazione alle vittime degli errori giudiziari, Nápoles, 1906, pág. 273, 275.

⁹⁵ Ibídem al anterior página 274.

jurídicos, los conceptos de bienes de riqueza y de patrimonio⁹⁶. Pero aun entendido el daño civil o privado en sentido jurídico, y no económico, mal se lo define llamándolo una lesión de derecho. El concepto de daño, aun civil o privado, de ningún modo esta necesariamente ligado al de lesión de un derecho: 1° porque puede haber también en el derecho privado, y en particular en el derecho público, un daño jurídico civil o privado que no consista en la lesión de un derecho subjetivo, sino en cambio en la lesión de un interés protegido jurídicamente, pero en forma diversa de la del derecho subjetivo; 2° porque la lesión del derecho subjetivo (y objetivo) no es sino una forma (concepto formal), mientras que el daño es la sustancia, la materia de la cual aquella forma se reviste (concepto sustancial)⁹⁷; 3° porque la lesión del derecho (subjetivo y objetivo) es lo que da al daño la cualidad de daño jurídico y es, pues, el modo en que jurídicamente se puede causar un daño, mientras que el daño es el resultado, el efecto de la acción (u omisión) que viola el

⁹⁶ NEUMAN, Wirtshaftliche Grundbegriffe: gut, Pert, Preis, Vermogen, en "Hdb. D. polit. Oekonomie", hagg. V. schonberg, Volkswirtschaftslehre, I, 3ª Aufl., Tubingen, 1890, pág. 133.

⁹⁷ ROCCO ARTURO, Riparazione, p. 274.

derecho⁹⁸ (lesión de interés que constituye el fin de la voluntad y por ende, el elemento material del derecho subjetivo); 4° porque, así como puede haber un daño causado mediante la lesión de un derecho ajeno también puede haber un daño causado en el ejercicio de un derecho propio y también un daño causado fuera de la violación del derecho ajeno y del ejercicio del derecho propio (por ejemplo, el daño no imputable, que a veces produce también consecuencias jurídicas). Menos exacto es definir el concepto de daño, aun civil o privado, como la lesión de un derecho subjetivo "patrimonial", cuando no en la ciencia moral y en la ciencia económica, y no solo en el campo de la ciencia de derecho general, sino en el campo mismo del derecho privado, puede hablarse y se habla de intereses morales y de daños morales⁹⁹.

6.3 EL CONCEPTO DEL DAÑO.

La verdad es que el concepto del daño como concepto jurídico (daño en sentido jurídico) es propio no solo de derecho privado, civil y

⁹⁸ FERRINI, DANNI, Enciclopedia guirudica, nº 102, Milán, 1901, pág. 91.

comercial; no solo del derecho publico interno (constitucional, administrativo, procesal, etc.) o internacional; no solo del derecho penal, sino es un concepto común a toda rama del derecho y por ende, un concepto jurídico general, un *Grundrechtsbegriff*, como dicen los alemanes. Antes de ser un concepto jurídico, el concepto del daño es un concepto sociológico con particular referencia al daño civil o privado, un concepto más particularmente económico, y debe ser investigado como tal aún antes de ser investigado como un concepto jurídico, o por lo menos al mismo tiempo en que se lo investiga como concepto jurídico. Finalmente, la verdad es que el concepto del daño, además de ser un concepto social, y precisamente por ser tal, es también un concepto psicológico, y como tal puede también estar fijado en las relaciones sociales, aunque siempre con referencia a una persona humana, a un hombre. Nosotros debemos, pues, establecer aquí el concepto psicológico y social del daño y al mismo tiempo el concepto del daño en sentido jurídico, tal como encuentra aplicación en toda rama de la ciencia del derecho.

⁹⁹ ROCCO ARTURO, *Riparazione*, ps. 273, 274, 275, 276.

6.4 DEFINICIÓN DEL CONCEPTO "DAÑO" (PSICOLÓGICO, SOCIOLOGICO Y JURÍDICO)

Desde este punto de vista, el daño es todo lo que puede causar y causa dolor a la persona humana, al hombre [solo analógicamente se habla de daño propio de las cosas inanimadas o de seres humanos que han dejado de ser sensibles (el hombre, después de la muerte) e impropriamente del daño de seres sensibles que no son hombres]. Pero el dolor no es sino la antítesis, lo contrario del placer¹⁰⁰; daño puede llamarse, pues, también a lo que quita o disminuye al hombre los medios del placer¹⁰¹. Y toda vez que la satisfacción de las necesidades humanas causa placer, y causa dolor su insatisfacción, daño es también lo que produce la insatisfacción, total o parcial de una necesidad humana, que quita, en todo o en parte, un medio de satisfacción de una necesidad humana. Daño es, pues, también lo que quita o disminuye un bien es un "mal", daño es, en este sentido, sinónimo de

¹⁰⁰ SCHOPENHAUER, Die Welt als Wille and Vorstellung; Ueber die Grundlage der Moral; edición de Brasch, Lipisa, 1891, puede definir el placer como la negación del dolor.

¹⁰¹ ROMAGNOSI, Genesi del diritto penale, Milan, 1848, vol. I, 22: "Por nocivo o por daños yo

mal¹⁰². Pero la aptitud de alguna cosa para satisfacer una necesidad, no es sino la utilidad. Daño es, pues, la privación o disminución de una utilidad. Pero lo que es útil, lo que es un bien no puede no ser objeto de un interés humano. Daño es pues lo que produce la insatisfacción, la falta de sosiego, total o parcial de un interés humano. Puede genéricamente decirse, pues, que daño es: "todo aquello que produce la pérdida o la disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés humano". Y por ende, daño en sentido jurídico, o daño jurídico, es la "sustracción o la disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés ajeno garantizado por una norma jurídica, sea objetivamente, con respecto al sujeto (interés o bien jurídico), sea subjetivamente, en la forma de un derecho subjetivo que le es concedido mediante el reconocimiento jurídico de la voluntad individual (suya o de otros) que persigue aquel interés"¹⁰³. ¿Pero que puede producir la pérdida o sacrificio o privación, la disminución o restricción o limitación de un bien y de un

entiendo cualquier cosa apta para causar dolor o para quitar los medios del placer".

¹⁰² ROSSI, Traite de droit penal, Bruxelles, 1843, Livre II, chapitre II (Du mal produit par le delit), Pag. 174.

interés humano? No puede ser otra cosa que la materia, y no la materia inerte¹⁰⁴, sino la materia en cuanto esta sometida a las leyes físicas del movimiento, en cuanto a su fuerza o energía; por ende, una fuerza física o mecánica¹⁰⁵. Daño es pues, la pérdida o disminución de un bien en cuanto es el producto, el resultado de una fuerza física o mecánica en cuanto es el efecto de una causalidad física o mecánica. Pero el producto, el resultado de una fuerza física o mecánica, el efecto de una causalidad física o mecánica, no puede ser sino una transformación de la materia (nunca una creación o destrucción de la materia, porque en la naturaleza nada se crea y nada se destruye)¹⁰⁶; por ende, una modificación del mundo exterior. Daño es pues, la modificación del mundo exterior que produce la pérdida o la disminución de un interés humano¹⁰⁷. Pero fuerzas físicas aptas para causar modificaciones en el mundo exterior pueden ser tanto las fuerzas de la naturaleza, las fuerzas naturales, como las fuerzas animales y la

¹⁰³ ROCCO ARTURO, Riparazione, pág. 174, 273, 274, 275, 276.

¹⁰⁴ DEL VECCHIO, Il concetto della natura e il principio del diritto, Turín, Bocca, 1908, pág. 24.

¹⁰⁵ ROMAGNOSI, Genesi del diritto penale, vol. I 574.

¹⁰⁶ WEBER, Uber Entwicklung unserer mechanischen Naturanschauung im neunzehnten Jahrhundert, Strassburg, 1900, pág. 6.

fuerza del hombre, físicamente considerando¹⁰⁸; el daño, pues, puede ser tanto el resultado de un hecho natural (caso fortuito), como el resultado de un hecho humano, de una acción. Daño es, por lo tanto, la pérdida o la disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés humano en cuanto es el resultado (modificación del mundo exterior) de un acontecimiento natural o del hecho de un animal o del hecho del hombre.

Pero el hecho del hombre es tal, y se distingue de los eventos producidos por las fuerzas naturales (caso fortuito o fuerza mayor), en cuanto además de ser el resultado de un movimiento corporal o muscular del hombre, es el producto de una determinación de voluntad humana. Más aún, hay hechos humanos que de ningún modo consisten en un voluntario movimiento corporal, sino que consisten en cambio en una determinación negativa de la voluntad, en la falta de un voluntario movimiento corporal que produce un resultado (inacción, omisión). El hecho del hombre, o acto, o acción humana, es entonces la voluntad, es decir la voluntaria producción

¹⁰⁸ ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, vol. I 562.

(acción positiva, acción en sentido estricto) o el voluntario no impedir (acción negativa, inacción, omisión) de un resultado (modificación del mundo exterior); y el daño, considerando como efecto de una acción u omisión humana, es aquel resultado mismo (modificación del mundo exterior) en cuanto produce la pérdida o la disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés humano.

Se puede definir el daño producido por una acción humana como la pérdida o la disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés que es el resultado de una determinación y manifestación objetiva de voluntad humana; y toda vez que el delito es una acción humana (acción positiva u omisión), podemos definir el daño derivante del delito como una modificación del mundo exterior (resultado) voluntariamente causada o no impedida (acción u omisión), la cual produce la privación o la limitación de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés humano.

De ello se deduce: 1° que el daño derivante del delito puede consistir tanto en la pérdida (o la privación o sustracción o sacrificio) de un

bien y de un interés humano, como en la disminución (o limitación o restricción) del bien o interés mismo; 2° que no consiste exclusivamente en la pérdida o disminución de un bien, en el sacrificio o en la restricción de un interés, sino asimismo en una modificación del mundo exterior derivante, como efecto resultado, de una manifestación (o exteriorización) de voluntad humana (resultado, efecto dañoso = daño); 3° que el daño como afirma ROMAGNOSI, "no es un atributo, una cualidad del acto criminoso considerado en quien lo comete, más bien es para él un bien; sino que es un efecto externo a él, ya que ocasiona detrimento a los objetos útiles ajenos; y es un efecto tan distinto y diverso del acto del delincuente, como distintas y diversas son las personas que cometen el delito y las que resultan lesionadas¹⁰⁹.

6.5 DIFERENCIAS DE DAÑO Y LESIÓN.

Si la pérdida o la disminución del bien, el sacrificio y la restricción del interés no pueden

¹⁰⁹ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, vol. I. 576.

separarse, en el concepto del daño, (derivante del delito), de la modificación del mundo exterior por medio del cual él ocurre, también es cierto que otra parte de la modificación del mundo exterior en cuanto precisamente es el "efecto", el "resultado" de una objetiva manifestación de voluntad humana, es decir, en cuanto es causada (producida o no impedida) por una voluntad humana, no puede ser separada de la manifestación de voluntad que es su causa.¹¹⁰

Pero si es así, es evidente la consecuencia; aquello que, visto desde el punto de vista del paciente o sujeto pasivo del delito, es un "daño", visto desde el punto de vista del agente o sujeto activo del delito no es sino una "lesión". "Lesión", pues, no es sino la exteriorización o manifestación objetiva de la voluntad humana (acción u omisión) productora de un resultado dañoso, la voluntaria producción o el voluntario no impide una modificación del mundo exterior, la cual quita o disminuye un bien o un interés humano. Es vano pues distinguir, como hacen

¹¹⁰ CARRARA FRANCESCO, Programma del corso di diritto criminale, vol. I pág. 95. 1881: "La fuerza física del delito, considerada en su causa o subjetivamente, tiene, pues, su elemento en el acto corporal.... 96: "La fuerza física del delito, considerada en su resultado u objetivamente

algunos, entre "daño" y "lesión", afirmando que el delito (a diferencia del injusto civil) contiene siempre una lesión, pero no siempre contiene un daño. Que el delito no contenga siempre un daño (daño inmediato, directo) es verdad, puesto que hay delitos de mero peligro. Pero no por ello puede llamarse "lesión" al peligro, y distinguir así la "lesión" del daño. Lesión y daño son una misma cosa: el daño no es sino una lesión considerada desde el punto de vista de la persona lesionada: la lesión no es sino el daño considerado desde el punto de vista de quien causa el daño; pero así como son inseparables, en el concepto del delito, la persona del paciente de la del agente¹¹¹, también lo son, en el concepto del delito mismo, del elemento del daño del de la lesión, los cuales constituyen los dos lados, las dos caras, de un mismo objeto. Ni la distinción entre "daño" y "lesión" se vuelve más exacta si se hace coincidir con la distinción, imaginada por CARRARA, entre "daño ejecutivo" y "daño potencial"¹¹². Esta distinción (en cuanto no coincida con la distinción entre daño y peligro)

consistente en el daño causado a otro con la acción".

¹¹¹ ORTOLAN, Elements de droit penal, Paris, 1863, t. I, nº 218, Pág. 96.

¹¹² CARRARA FRANCESCO, Danno potenziale, Lucca, 1881, pág. 1; ver también programma, parte

no es, tampoco ella, admisible. Se dice que "efectivo" es el "daño" "cuando realmente ocurrió la pérdida del bien atacado"; "potencial" "cuando, aunque no haya ocurrido del todo, el resultado del acto externo contiene la potencia para causarla, ya ha tenido lugar para ello, completa, la violación de un derecho"¹¹³. Pero esta claro, en vez, que: o la acción humana tiene por resultado la pérdida o también la disminución de un bien, el sacrificio o también la restricción de un interés; y en ese caso hay daño efectivo, y no (ni siquiera en el caso de simple disminución de un bien, de simple restricción de un interés) daño potencial; o la acción humana no tiene por resultado la pérdida, tampoco la disminución de un bien, no tiene por efecto el sacrificio, así mismo, la restricción, de un interés, y entonces solo hay, a lo sumo, una simple posibilidad o la probabilidad de un daño, es decir, el simple peligro (peligro corrido, según CARRARA)¹¹⁴, pero no todavía un daño que, llámese efectivo o potencial, es siempre concebido por CARRARA como algo distinto del

general vol, I, 50, 96, 97, 98, 99, 100.

¹¹³CARRARA FRANCESCO, Programma, parte general, vol.

¹¹⁴CARRARA FRANCESCO, Programma, parte general, I, 97.

peligro¹¹⁵. Lo mismo dígase si la consideración se transporta sobre un derecho subjetivo y sobre su violación. Dado que el derecho subjetivo, como se ha dicho más de una vez, no es sino un interés protegido mediante un poder dado por el derecho (objetivo) a la voluntad de un sujeto, y su violación no es sino la lesión (sacrificio o restricción) del interés que constituye el derecho, aquí también se impone el dilema; o la acción tiene como resultado el sentido, o también la simple restricción, del interés que constituye el derecho, y en ese caso hay daño efectivo, y no daño potencial; el derecho es violado y no solo amenazado; o la acción no tiene como resultado el sacrificio, y tampoco la restricción, del interés que constituye el derecho, y entonces puede haber, a lo sumo, como dice CARRARA, "una situación de hecho que en determinado momento ha tomado inminente la violación de un derecho"¹¹⁶, es decir, un simple peligro de daño (peligro corrido), pero no todavía un daño, efectivo o potencial, diverso del peligro, y tampoco todavía por ende, la violación del derecho, porque, como dice el mismo CARRARA, "*allí donde hay un mero peligro el*

¹¹⁵ CARRARA FRANCESCO, Programma, parte general, I, 97.

*derecho no es violado, sino solo amenazando*¹¹⁷. El mismo CARRARA reconoce que "con respecto al derecho abstracto también el daño potencial contiene siempre en sí la efectividad de la lesión"¹¹⁸, es decir, que es un daño efectivo, pero cree salvar su distinción entre el daño efectivo y daño potencial diciendo que "esta distinción debe entenderse siempre refiriendo la potencialidad al bien material amenazado"¹¹⁹, es decir al "derecho concreto", no al derecho abstracto"¹²⁰. El delito es completo, porque, con la expresión injuriosa que tiene la potencial de quitar el honor, se verificó la efectiva violación del derecho"¹²¹. En lugar, según CARRARA, el daño efectivo "exige siempre la real privación del bien al cual el derecho atacado se refiere", de modo que "debe ser efectiva tanto la violación del derecho abstracto como la privación del bien concreto"¹²². En otros términos y mas claramente; para el daño potencial, según CARRARA, es suficiente "la sola violación de derecho subjetivo"; para el daño efectivo "es

¹¹⁶CARRARA FRANCESCO, Programma, parte general, I, 97.

¹¹⁷CARRARA FRANCESCO, Programma, parte general, I, 97.

¹¹⁸CARRARA FRANCESCO, Programma, parte general, I, 98, p. 80.

¹¹⁹CARRARA FRANCESCO, Programma, parte general, I, 98.

¹²⁰CARRARA FRANCESCO, Programma, parte general, I, 98, p. 78.

¹²¹CARRARA FRANCESCO, Programma, parte general, I, 98, p. 79.

¹²²CARRARA FRANCESCO, Programma, parte general, I, 99, p. 80.

requerida además la violación del derecho en su objetivo, vale decir que sea quitado el bien que forma el objeto del derecho"¹²³. Pero ésta distinción entre el derecho subjetivo (no exactamente llamado derecho abstracto) y el bien material que forma el objeto del derecho (llamado sin precisión derecho concreto), el uno que debe ser siempre violado, para que exista daño, aun potencial, y el otro que debe ser quitado, para que exista un daño efectivo y solo para que exista un daño efectivo, no es sino un artificio que de ningún modo salva la distinción entre daño potencial y daño efectivo, si se reconoce, como CARRARA reconoce, que todo daño, aun potencial, por ser violación de un derecho, es daño efectivo. En primer lugar, el bien que forma objeto de un derecho no es siempre un bien material, sino (como implícitamente confiesa el mismo CARRARA con el ejemplo del honor en la injuria) puede ser frecuentemente también un bien inmaterial, es decir moral. En segundo lugar, dicho bien forma el objeto de un derecho, solo en cuanto forma el objeto del interés que constituye el derecho. En tercer lugar, no tiene necesidad de ser quitado,

¹²³ CARRARA FRANCESCO, *Programma*, parte general, I, 99, p. 80.

es decir sustraído, y por consiguiente perdido o sacrificado, para que haya daño efectivo, siendo a ese efecto suficiente que solo sea disminuido o limitado, o restringido. Pero si es cierto, también es cierto que, como no se puede sustraer o disminuir un bien (material o inmaterial) sin sacrificar o restringir el interés del que es objeto, así tampoco se puede sacrificar o restringir un interés sin sustraer o disminuir el bien (material o inmaterial) que forma su objeto. Y ya que "violar un derecho subjetivo no significa sino violar o lesionar el interés que lo constituye, y violar o lesionar un interés no significa sino sacrificarlo o restringirlo, la conclusión se deduce fácilmente; así como no se puede sustraer o disminuir un bien (material o inmaterial) sin violar el derecho subjetivo del cual aquel bien es objeto, tampoco es posible violar el derecho subjetivo sin sustraer o disminuir, sin quitar en todo o en parte, el bien material o inmaterial, que forma el objeto del derecho mismo. Y no se cite el ejemplo del honor en la injuria. Ciertamente, la expresión injuriosa tiene la potencialidad de quitar el honor; ciertamente, para que haya injuria (injuria en

sentido estricto y difamación), es suficiente esta potencialidad y no se requiere que efectivamente se haya quitado el honor al injuriado"¹²⁴, de modo que es perfectamente indiferente que la injuria sea creída o no. Sería extraño que ello fuese requerido si en la realidad la palabra y la acción aislada de un solo hombre, aun repetida en tiempo, casi nunca logra quitar, y a veces ni siquiera disminuir, el buen nombre de otro¹²⁵. Pero precisamente porque para la injuria es suficiente la mera potencialidad de la palabra o del escrito injurioso para quitar, aun solo parcialmente, el honor, sin que sea necesaria la efectiva privación total, o solo parcial, del honor mismo, ello significa que para el delito de injuria no es necesario, según la ley, un daño efectivo, sino que es suficiente un simple peligro de daño, no es necesaria una efectiva lesión o violación del derecho (llamado derecho de honor), sino que es suficiente la simple amenaza del derecho mismo. No es verdad, pues, que "con la expresión injuriosa que tiene potencialidad para lesionar el honor se

¹²⁴ Argumenta especialmente el artículo 198 del Código Penal del Estado de Jalisco, y el artículo 393 del Código Penal Italiano: "hecho de determinado y tal que la exponga 8ª la persona) al deprecio y al odio publico o que ofenda su honor o su reputación".

¹²⁵ STRYK, Eines christlichen Icti Bedenken von Injurien-Processen en las "Opere", Florencia, 1840, vol. XIII.

realizó la efectiva violación de derecho". Lo que se ha realizado es la simple amenaza del derecho, y no su violación. Ni, para la perfección del delito de injuria, se requiere mas [delito formal, según CARRARA, en contraposición al delito material, o mejor (dado que el llamado delito formal tiene también un contenido material; la amenaza de un bien o de un interés) delito de peligro en contraposición al delito de daño].

En conclusión: una distinción entre daño efectivo y daño potencial, como algo distinto del peligro, no es posible, precisamente porque no es posible una distinción entre daño potencial y peligro de daño. El llamado daño potencial de CARRARA no se contrapone ni al daño efectivo ni al peligro de daño (peligro corrido) sino que es el uno o el otro, según que la potencialidad de producir la pérdida total, real y efectiva, del bien se refiera a una acción que ya ha tenido el resultado de disminuir el bien mismo, sin quitarlo del todo (daño parcial, daño limitado), o bien se refiera a una acción que ni siquiera ha tenido aun el resultado de disminuir el bien mismo (absoluta

falta de daño) sino que solo ha "hecho inminente la pérdida o la disminución del bien" (simple peligro, el llamado peligro corrido de CARRARA). El llamado potencial, pues, o es un daño efectivo parcial o un peligro de daño. Entre el daño efectivo, total o parcial, y simple peligro de daño, no hay lugar pues para el daño potencial¹²⁶. Si al peligro de daño se quiere dar el nombre de daño potencial y al daño, el de daño efectivo, nosotros podemos también encontrar estas expresiones exactas y apropiadas (nosotros mismos las hemos empleado mas de una vez), a condición de que se reconozca que el termino "daño potencial" no representa un concepto medio entre el daño y el peligro, sino el concepto mismo del peligro en cuanto se contrapone al concepto de daño. No consentiremos, en cambio, que pueda llamarse "lesión" al peligro del daño, aun dejando al daño su nombre, sin otro agregado y calificación, puesto que mientras el daño, como se ha dicho, no es sino una lesión, el peligro de daño, viceversa, justamente porque es peligro y no daño, es una "amenaza" y no una "lesión".

¹²⁶ WACH, Der Feststellungsanspruch, Leipzig, 1889, Pág. 52..

6.6 EL CONCEPTO DE PELIGRO.

Lo dicho nos conduce naturalmente a establecer, al lado del concepto de "daño" (llamado daño efectivo) el concepto de "peligro" (llamado daño potencial). De nuevo el derecho romano es el causante: *periculum* significa riesgo, por ejemplo, *periculum furti* es el riesgo que asume el conductor en un contrato de obra por el hurto de cosas ajenas que él tiene: así el tintorero con respecto a las ropas a él dejadas por los clientes. *Periculum emptoris* es el riesgo que sufre el comprador por el perecimiento de una cosa por caso fortuito o fuerza mayor hasta el momento de la entrega. De peligro, en el sentido que esta palabra tiene en el campo del derecho penal, se habla raramente en las otras ramas del derecho¹²⁷ [por ejemplo, en el derecho administrativo, en materia de policía de seguridad; en el derecho comercial, en materia de seguros (riesgos, como elemento de control)]; más a menudo se habla en sentido diverso del que tiene

¹²⁷ Para el derecho romano, ver: BRINZ, *Pandekten*, Bd. II, p. 153, n. 20.

en el campo del derecho penal [por ejemplo, en la máxima "actuar a su propio riesgo y peligro" (UNGER), como criterio de responsabilidad "sin culpa"; aquí es cuestión no del concepto del peligro, sino de la carga del daño]. En cambio, se habla de peligro, a cada instante, en el campo del derecho penal; en la definición del concepto del delito (peligro para las condiciones de existencia de la sociedad, según JHERING)¹²⁸; del llamado daño inmediato (el cual es a veces un daño y a veces un peligro) *damnum infectum* significa "daño no hecho" pero potencialmente realizable, o mediato (el cual es al mismo tiempo un daño y un peligro) derivante del delito mismo; también en la distinción entre las prohibiciones propias del derecho penal (prohibiciones de daño o de lesión y prohibiciones de peligro o amenaza) y la correspondiente distinción entre los delitos productores de daño (llamados delitos materiales) y los productores del peligro (llamados delitos formales); además en la distinción entre delitos (delitos de daño o peligro efectivo) y contravenciones (delitos de peligro eventual); entre la distinción entre delito perfecto (daño) e imperfecto (peligro), en

¹²⁸ JHERING, *Der Zweck im Rect.*, vol. I, 2ª ed., Leipzig, 1893, p. 490.

la legítima defensa, en el estado de necesidad ("peligro para la persona"), o en los delitos contra la sociedad pública (o delitos de peligro común), como incendio, inundación, etcétera. ¿Qué se entiende por "peligro"? El concepto de peligro es uno de los más difíciles del derecho penal. En efecto, saber qué es el peligro depende de que se sepa qué es la posibilidad y la probabilidad, y saber qué es la posibilidad y la probabilidad depende, a su vez, de una investigación aún más alta; es decir aquella acerca del concepto de la causalidad, concepto que constituye algo así como el centro de gravedad de toda teoría gnoseológica y de todo sistema de ciencia y de filosofía, también social y jurídica.

Genéricamente, y en vía preliminar, puede decirse que el peligro no es sino "posibilidad de daño": ya sabemos nosotros qué es el daño. La ciencia alemana del derecho penal, a la que exclusivamente es debido el mérito de haber elaborado a propósito una doctrina, presenta acerca del modo de concebir el peligro dos grandes y opuestas corrientes de opinión: una que pretende

el nombre de teoría subjetiva, y la otra de teoría objetiva del peligro.

Según la teoría subjetiva, el peligro no es sino una representación (idea) de la mente humana, y no algo objetivamente existente, es una hipótesis, no un hecho, una suposición, no una realidad, una abstracción, subjetiva, no una entidad concreta.

Cada fenómeno, dice ella, es un producto de la necesidad que domina el mundo objetivo de los hechos: sucede o no sucede necesariamente. O en otros términos: sucede porque tenía que suceder, y si no sucede es porque no debía suceder. Entre la efectiva producción y la efectiva no producción del fenómeno, no hay lugar, pues, en la realidad objetiva, para la posibilidad y por ende, para la probabilidad del fenómeno mismo; porque un fenómeno ocurre, y en ese caso era, desde el principio, posible, aunque hubiera sido juzgado imposible; o no ocurre, y entonces era desde el principio imposible, aunque hubiera sido juzgado como posible.

CAPITULO SÉPTIMO

EL CONTENIDO MATERIAL DE LA ANTIJURIDICIDAD PENAL EN EL ESTADO DE DERECHO.

7.1 ANTIJURIDICIDAD PENAL Y ADMINISTRATIVA.

No toda antijuridicidad es antijuridicidad penal. Las infracciones administrativas o el ilícito civil son otras especies de antijuridicidad. La antijuridicidad penal requiere la tipicidad penal (principio de legalidad). Los tipos penales parten de la descripción de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales¹²⁹. (Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos), como resultados especialmente graves y/o peligrosos (principio de *ultima ratio*) que el derecho penal desea evitar si no concurre un interés prevalente que los justifique: el carácter penal de la antijuridicidad parte, pues, de un desvalor de resultado¹³⁰. Sin embargo, un Derecho penal que se dirija al ciudadano como sujeto

¹²⁹ SILVA SÁNCHEZ JESÚS MARIA, Aproximación al Derecho Penal contemporáneo Bosch, Barcelona, 1992, pág. 406.

¹³⁰ MIR PUIG, SANTIAGO, ADPCP Bosch 1994, Pág. 26.

mediante prescripciones, sólo puede intentar legítimamente impedir tales resultados desvalorando y, en su caso, prohibiendo las conductas voluntarias que aparezcan *ex ante* como capaces de producir dichos resultados (desvalor de la conducta). Este planteamiento, ya esbozado en el párrafo anterior, supone temas de posición en varios aspectos en que se ha manifestado la evolución expuesta del concepto de antijuridicidad y su relación con la tipicidad.

En materia de Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, la antijuridicidad, del hecho, es valorado bajo la regla del artículo 141 de la ley 30/92 del 26 de noviembre del año 1992 mil novecientos noventa y dos, que establece literalmente:

""SOLO SERÁN INDEMNIZABLES LAS LESIONES PRODUCIDAS AL PARTICULAR PROVENIENTES DE DAÑOS QUE ÉSTE NO TENGA EL DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR DE ACUERDO CON LA LEY"" y la misma norma nos establece que ""NO SERÁN INDEMNIZABLES LOS DAÑOS, SI SE PUDO PREVER O EVITAR POR LOS AVANCES DE LA CIENCIA""

De tal contexto normativo se colige que la ANTIJURIDICIDAD funciona de forma distinta en la materia administrativa y la penal.

La noción del daño, como lesión o menoscabo a *un interés jurídicamente tutelado*, desde el punto de vista del derecho administrativo deberá reunir los requisitos propios del daño resarcible (certeza, personalidad, interés legítimo y subsistencia)¹³¹, o bien los propios de la responsabilidad patrimonial del Estado por su acto lícito -en tanto no se comparta el criterio de antijuridicidad expuesto precedentemente¹³²-.

De los requisitos mencionados, la afectación al interés legítimo reviste caracteres especiales que lo hacen merecedor de un análisis más detenido.

¹³¹ ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO, *Obligación de compensar daños causados por conductas lícitas*, en *La responsabilidad*, homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 336).

¹³² Artículo 141 de la ley Española 30/92 del 26 de noviembre del año 1992 mil novecientos noventa y dos, que establece literalmente: *""SOLO SERAN INDEMNIZABLES LAS LESIONES PRODUCIDAS AL PARTICULAR PROVENIENTES DE DAÑOS QUE ÉSTE NO TENGA EL DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR DE ACUERDO CON LA LEY""* y la misma norma nos establece que *""NO SERAN INDEMNIZABLES LOS DAÑOS, SI SE PUDO PREVER O EVITAR POR LOS AVANCES DE LA CIENCIA""*

Tanto la omisión como el cambio abrupto de las políticas de Estado deberán producir en el damnificado la afectación de un interés legítimo jurídicamente tutelado. Consideramos de utilidad introducir en el análisis de este especial supuesto de responsabilidad del concepto de *confianza legítima*, como interés legítimo digno de tutela, que complementa al derecho de propiedad.

El concepto de confianza legítima tiene su origen de la doctrina germánica como una derivación del principio de seguridad jurídica y una consecuencia de los valores propios del Estado de Derecho¹³³. La disímil recepción jurisprudencial que ha tenido en los distintos ordenamientos lo presentan en general acompañado y complementado por otros institutos como la doctrina de los actos propios, la buena fe, el derecho a ser oído, etcétera.

Sostiene Carbone que uno de los principios que han de respetar las administraciones públicas en

¹³³ COVIELLO, Pedro J. J., *La confianza legítima*, en E. D. 177-894, realiza un detallado análisis del instituto y de su aplicación por los tribunales europeos y americanos. Allí previene que “la confianza legítima es un instituto atrapante, dificultoso de definir y arriesgado –hasta peligroso– si no se lo utiliza con prudencia de uno u otro lado de los estrados o de los respectivos roles de los letrados”.

*su actuación es el principio de protección de la confianza, que a pesar de ser captado en el artículo 3º de la LPC española todavía tiene poca atención de la doctrina*¹³⁴.

Por ello, se ha sostenido en la misma línea que si el Ejecutivo asume, en forma expresa o práctica, un comportamiento determinado, el particular, espera que tal actitud sea ulteriormente seguida. Ello es seguramente fundamental para el buen gobierno y sería contrario y una afrenta directa, a la teoría del estado democrático y de derecho, si el Ejecutivo pudiera libremente renegar de sus compromisos¹³⁵.

Genéricamente podríamos acercarnos a la figura de la confianza legítima definiéndola como una forma de exigir el comportamiento de la administración frente a los compromisos asumidos (que no sólo lo son por vía contractual, sino

¹³⁴ Aplicado estas ideas a una situación de innegable actualidad, señala el mismo autor: *Parece claro entonces que luego de la Ley de Intangibilidad de los Depósitos del año 2001, las actuales leyes que se citan en el título de esta colaboración, por mas emergencia que invoquen, no han respondido a este principio natural de confiar en el Estado cuando éste consagra determinados derechos, en la especie el de propiedad en relación con los ahorros* (CARBONE, Carlos A., *Nuevos Principios; protección de la confianza e igualdad de armas y su posible perturbación por las leyes de emergencia económica*, en E. D. Del 12.8.2002).

¹³⁵ COVIELLO PEDRO, José Jorge, *La confianza legítima del administrado Lexis Nexos 2004*. 921

*igualmente a través de sus actos y comportamientos) cuando perjudican a los administrados*¹³⁶.

Si aplicamos estas ideas al tema en examen, puede válidamente sostenerse que el daño derivado de la omisión o cambio abrupto de políticas de Estado -cuando dichas políticas integren un programa de gobierno- podrá repercutir en la lesión a la confianza legítima del particular, menoscabando de tal forma el interés legítimo consistente en la lesión a la buena fe depositada por el particular en el cumplimiento del programa.

Es un equívoco afirmar que la actuación ilegal, es uno de los requisitos básicos para que pueda darse la responsabilidad de la Administración, esta afirmación surge del estudio del artículo 139.1 de la ley en trato, que señala la responsabilidad al daño producido en el ámbito del funcionamiento *normal* o anormal de los servicios públicos. Así que si la antijuridicidad del actuar de la Administración es elemento requerido, tendríamos que concluir que una

¹³⁶ *Ibídem* al anterior *pág. 921*.

actuación antijurídica también puede ser parte del funcionamiento *normal* de los servicios públicos, pues, de no ser así, no cabría responsabilidad por el funcionamiento normal tal como lo señala expresamente la ley.

En ese contexto, en la materia de responsabilidad patrimonial del Estado, existe un concepto específico de antijuridicidad, amén de que "cuando se habla de antijuridicidad del daño no se refiere a que derive de una actuación ilegal, es decir, la antijuridicidad no se predica de la actuación que da lugar a la responsabilidad -ya que además la responsabilidad se da tanto por el funcionamiento normal como anormal del servicio público, no siendo por ello preciso que la actuación sea incorrecta o contraria a la legalidad-, sino del daño en el sentido de que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar tales perjuicios al margen de la legalidad o de la corrección o no de la actuación causante de los mismos"¹³⁷. Tal criterio surge de la Sentencia del Tribunal Supremo Español, de 5 de

¹³⁷ Menéndez Sebastián, Eva María, "Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)", en Quintana López, Tomás (dir.) y Casares Marcos, Ana belén (coord.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio*

febrero de 2007, con cita de otras muchas anteriores, "lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión". La base de todo ello está, por supuesto, en el art. 141.1 LRJ-PAC, que sienta que "Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

En esa tesitura, podemos afirmar que la antijuridicidad funciona de manera diversa en materia penal, civil y administrativa. En efecto, un claro ejemplo de lo afirmado, es precisamente La Ley de Expropiación Forzosa, de 1956, disponía en su artículo 121.1 que "Dará también lugar a indemnización (...) toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios

por tal motivo". García de Enterría "fue quien realizó la primera y más influyente interpretación del citado precepto"¹³⁸ y "según dicho autor, al prescindir la LEF de los elementos de ilicitud y culpa para fundamentar la responsabilidad administrativa, abandonó la perspectiva de la acción dañosa y erigió el daño, el daño antijurídico, en criterio determinante; partiendo de un principio objetivo de garantía del patrimonio, la nota de la antijuridicidad se predicaba, no ya de la conducta administrativa (que podía ser lícita o ilícita), sino del daño. Y el daño antijurídico era, en el nuevo sistema, aquel perjuicio que -reuniendo los requisitos del art. 122.1 LEF- el titular del patrimonio afectado no tuviera el deber jurídico de soportar; existía el deber jurídico de soportar un daño cuando hubiera alguna causa de justificación expresa y concreta que lo legitimara (en ejemplos del propio autor: la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal"¹³⁹.

¹³⁸ Mir Puigpelat, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas, 2002, p. 40.

¹³⁹ *Ibid.*, pp. 41-42. Según explica el propio García de Enterría, esa exposición suya sobre la LEF, contenida en su libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, de 1956, recoge la visión que ya había dado en 1955, antes de dicha Ley, en su artículo "Potestad expropiatoria y

Si llamamos daño antijurídico a aquel que padece un sujeto "A" que no tiene obligación (jurídica, se entiende) de soportar dicho daño, tenemos que presuponer una cláusula jurídica general que establezca que nadie puede conforme a derecho padecer más daños que aquellos que alguna norma del sistema le obligue a soportar. Por tanto, todo daño que "A" sufra es antijurídico, salvo en los casos en que una norma del sistema juridifique ese daño al declarar que "AA debe cargar con él.

Pero en realidad tenemos tres situaciones que deben ser diferenciadas:

(1) Cuando una norma establece una carga de cuenta del ciudadano. Se suele mencionar el ejemplo de los tributos. En la medida que -como suele la doctrina administrativista- se considere daño¹⁴⁰, estaríamos ante el supuesto prototípico de daño que el ciudadano tiene la obligación de

garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa" (García de Enterría, E., "Prólogo" a Mir Puigpelat, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas, 2002, p. 20.

¹⁴⁰ Lo cual resulta más que discutible. Sería muy importante afinar el análisis y diferenciar conceptualmente este tipo de merma patrimonial o de derechos de lo que es el daño indemnizable.

soportar. Por tanto, ahí, por tales "daños", no cabe resarcimiento basado en la imputación de responsabilidad a la Administración.

Aquí no estamos ante un "daño" antijurídico, pues es el propio ordenamiento jurídico el que lo autoriza o da pie a él. No hay un sujeto activo del daño, sino agentes del sistema jurídico que cumplen con las estipulaciones de éste.

No podemos perder de vista que una Administración no puede sentar ese tipo de cargas para los ciudadanos sin una norma legal que la habilite.

(2) Cuando una norma establece la obligación de la Administración de reparar ciertos perjuicios o daños padecidos por los ciudadanos. Puede tratarse de daños debidos a comportamientos antijurídicos de terceros (por ejemplo, delitos de terrorismo, ciertos delitos sexuales...) o de daños no debidos a conductas antijurídicas de nadie, sino al azar o a fenómenos naturales, como terremotos, sequías, inundaciones, etc.¹⁴¹

¹⁴¹ De todos modos, hay autores que, sobre la base del carácter objetivo de la responsabilidad de

También aquí o bien falta el agente productor del daño antijurídico (caso de una inundación, un terremoto...) o no es el agente productor el que carga con esta compensación por el daño, sino que lo hace la Administración sin haberlo "causado" o al margen completamente de toda disquisición sobre causación.

(3) En determinados supuestos no existe una norma que atribuya de modo directo a un ciudadano el deber de soportar una carga o perjuicio, pero sí hay una que descarga de ello a la Administración, pese a que una actuación de ésta se inserta de modo relevante en la cadena causal, tal como suele este concepto ser entendido en el campo de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un ejemplo evidente es el del art. 141-1 LRJ-PAC, según el cual "No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento

la Administración y de su naturaleza de cobertura universal de riesgos, salvo en unas pocas excepciones, han pretendido insertar tales supuestos dentro de los esquemas de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Vid. al respecto De Ahumada Ramos, pág. 73).

de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Respecto de un daño que afecte a un administrado puede el sistema jurídico adoptar cuatro posturas: a) disponer que con él tiene que soportar ese administrado que lo sufre; b) disponer que alguien, sea la Administración pública o un particular, que se encuentre en determinada situación o haya actuado de cierta forma, debe correr con los costes totales o parciales de tal daño; c) limitarse a descartar que, dadas ciertas circunstancias, la Administración deba responder por ese daño; d) limitarse a descartar que, dadas ciertas circunstancias, el administrado debe asumir los costes del daño mencionado.

La norma que sentara que en los supuestos de daño del administrado que lo padece no debe soportarlo sería, en sí y por sí sola, una norma perfectamente inútil a la hora de atribuir o imputar responsabilidad por ese daño, pues se limitaría a decir que alguien debería responder,

mas sin dar ninguna pista sobre quién. Pero, ¿podríamos al menos afirmar que tal norma convierte ese daño en antijurídico? Creemos que no. Por el hecho de que el sujeto al que el daño afecta no tenga, en razón de una norma así, que asumir sus costes, no es, sin más, antijurídico ese daño. Porque en primer lugar, porque, en sí mismos tomados, no existen estados de cosas antijurídicos. Lo antijurídico es siempre una conducta, un hacer u omitir, y es la vinculación de esa conducta con un suceso o un estado de cosas lo que determina el juicio de antijuridicidad. Si no, tendríamos que admitir que el Derecho rige no sólo para las personas, sino también para el mundo, para la naturaleza, y que un maremoto, un terremoto o un ciclón son o pueden ser, en sí o en sus efectos independientes del obrar humano, antijurídicos. Y, en segundo lugar, porque las normas que asignan o distribuyen costes pueden ser perfectamente independientes de conductas antijurídicas. Cuando una norma dispone el modo en que se han de repartir en una sociedad mercantil, por ejemplo, determinados costes entre los socios, no está presuponiendo nada antijurídico como base de esa decisión, sino que lo antijurídico sería

vulnerar tal reparto normativamente establecido. De la misma forma, que una norma dijera que el sujeto "A" no está obligado a soportar el daño "D" no tiene por qué presuponer nada antijurídico como punto de partida de tal decisión (puede "D" ser consecuencia de un terremoto, por ejemplo); lo antijurídico estaría en que "A" tuviera que hacerse cargo del daño, pese a tal dictamen de la norma. Pero, entonces, ¿quién debería asumir dichos costes de "D"? Si no hay otra norma del sistema que lo aclare, nos hallamos ante una paradoja del sistema: éste fija como antijurídica una situación que, al tiempo y por falta de otra norma complementaria, resulta en él inevitable. Se trataría, pues, de una antijuridicidad paradójica o antijuridicidad en el vacío.

Puede resultar interesante una comparación con la responsabilidad penal y sus mecanismos. Como sabemos, los artículos 19 y 20 del vigente Código Penal Español prevén causas de exención de la responsabilidad criminal. Así, la legítima defensa, el estado de necesidad o el miedo insuperable, entre otras. Valga la comparación en lo que valga, pero podríamos decir, trazando

paralelos, que cuando el que comete la acción tipificada como delito lo hace concurriendo alguna de las eximentes de *responsabilidad* penal, no paga por el delito, sino que la víctima se queda sin la "compensación" de la pena, en la medida en que se quiera ver en la pena un componente de compensación para la víctima¹⁴². Así que podría perfectamente contenerse en el Código Penal un precepto, paralelo al del art. 141.1 LRJ-PAC, que dispusiera que sólo serán punibles las lesiones de bienes jurídico-penales que el particular no tenga la obligación de soportar de acuerdo con la ley. ¿Nos permitiría dicha cláusula concluir que un requisito de la responsabilidad penal del delincuente es la antijuridicidad del daño padecido por la víctima, y no la antijuridicidad de la conducta de aquél, y que tal antijuridicidad del daño se desprende de, que no tenga la víctima obligación de soportarlo? ¿Tiene sentido afirmar que al fijar las causas de exención de la responsabilidad penal está el Código Penal atribuyendo a las víctimas la obligación jurídica de soportar el daño derivado de un crimen contra ellas cometido en estado de necesidad o bajo miedo

¹⁴² Para la sociedad, si se prefiere ver en la pena una compensación para la sociedad como titular

insuperable, por ejemplo?

Que la acción típica realizada en estado de necesidad o bajo miedo insuperable esté exenta de responsabilidad penal quiere decir, simple y llanamente, que su autor no "paga" por lo que hizo. Que no sea "indemnizable" por la Administración el daño que el administrado tiene el deber jurídico de soportar quiere decir nada más que la Administración no "paga" en tales casos y por esos daños. La ley me faculta a mí para producir ciertos daños a bienes de otros cuando se dan las circunstancias constitutivas del estado de necesidad o de la legítima defensa, por ejemplo, y también cuando obro "en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo". La Administración tampoco paga por los daños que provoque en el ejercicio legítimo de ciertas competencias que, con arreglo a su definición legal, suponen por sí un merma patrimonial o de algún derecho del administrado, como pueden ser la competencia para establecer impuestos y cobrarlos.

¿Qué pasa entonces con el requisito de la

antijuridicidad del daño? Pues que es perfectamente ocioso, prescindible.

Es prescindible por el lado de la conducta de la Administración, puesto que también cabe responder por daños que se sigan del funcionamiento normal de los servicios públicos¹⁴³. Y es prescindible por el lado del daño mismo, pues lo que lo hace indemnizable no es una condición intrínseca¹⁴⁴ consistente en "no deber jurídicamente ser soportado por la víctima del mismo", sino el que el sistema jurídico lo señale como imputable a la responsabilidad de la Administración y sin que concurra, a tenor de tal sistema jurídico, ninguna razón para exonerarla de esa responsabilidad por él. Son los mecanismos de imputación los que determinan la responsabilidad y sus excepciones. Al llamar antijurídico a ese daño imputable y para el que no rige una de las excepciones, nada añadimos y nada ganamos; al contrario, introducimos un nuevo equívoco.

¹⁴³ Aquí tenemos la diferencia quizá, con el Derecho penal, pues no hay responsabilidad penal por el "funcionamiento normal", plenamente jurídico de los sujetos.

¹⁴⁴ Ese carácter antijurídico intrínseco es el que parece que la doctrina quiere atribuir al daño para que sea indemnizable. Véase, a título de ejemplo, la siguiente expresión de González Pérez: "La lesión es un daño en sí mismo antijurídico, al margen de la antijuridicidad de la causa" (González Pérez, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Madrid, Thomson-Civitas, 4ª edición, 2006, pp. 434-435).

Mas, al igual que veíamos al hablar del tan traído y llevado nexos causal, también con este requisito de la antijuridicidad lo que se hace es encontrar un cajón de sastre en el que meter criterios de imputación que deberían ser expuestos con mejor sistemática, de modo congruente y sin forzar hasta estos extremos el sentido de categorías como aquella de la causalidad o esta de la antijuridicidad.

7.2 LA TIPICIDAD PENAL COMO BASE DE LA ANTIJURIDICIDAD PENAL.

a).- Según el planteamiento de este trabajo, la tipicidad no es un elemento independiente de la antijuridicidad penal, sino precisamente uno de sus requisitos junto al de ausencia de causas de justificación. De ello se sigue que la tipicidad no es sólo [indicio] ni mera [*ratio cognoscendi*] de la antijuridicidad penal, sino presupuesto de la existencia (*ratio essendi*) de la misma. Ello no obsta a que el requisito de la tipicidad -como parte positiva del supuesto de hecho penalmente antijurídico- no baste para la antijuridicidad, que requiere además la ausencia de causas de justificación -como parte negativa del supuesto de hecho antijurídico-. La tipicidad es, pues, *ratio essendi* necesaria pero no suficiente de la antijuridicidad penal. Del mismo modo que no todo hecho antijurídico es penalmente típico, no todo hecho penalmente típico es antijurídico.¹⁴⁵

b) El tipo reúne los elementos específicos

¹⁴⁵ JIMENEZ DE ASÚA, La ley y el delito, Editorial Porrúa S.A., México 1972, A.

que fundamentan positivamente la antijuridicidad penal de un hecho. Al hacerlo describe el comportamiento penalmente relevante. Además de su significado de presupuesto fundamentador de la antijuridicidad encierra, pues, un significado valorativo propio. Los hechos típicos no son [valorativamente neutros], sino penalmente relevantes. Esta relevancia no procede de que el hecho típico sea [antinormativo] e infrinja la prohibición de la norma (como quiere Welzel), sino de que supone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico valioso para el Derecho penal. Las causas de justificación impiden considerar globalmente desvalorado el hecho típico realizado bajo su amparo, pero, en cambio, es evidente que no pueden hacer desaparecer la lesión o puesta en peligro del bien jurídico típico (que en sí mismo, aisladamente considerado, puede verse como un [mal]). Por otra parte, en cuanto tipo penal, llamado a seleccionar los hechos penalmente relevantes, contiene no sólo los elementos que fundamentan positivamente el injusto, sino también los que condicionan su [punibilidad].

Este planteamiento supone rechazar el

sentido amplio que da a la palabra [tipo] la llamada [teoría de los elementos negativos del tipo]. Sin embargo, esta doctrina ha puesto de manifiesto algo que es correcto: el supuesto de hecho antijurídico constituye una unidad con dos partes, una positiva (para nosotros el tipo) y otra negativa (la ausencia de los presupuestos de la situación justificada). El tipo no agota la descripción del supuesto de hecho antijurídico. Sí cabe decir, pues, que las causas de justificación son [elementos negativos del supuesto de hecho]. La parte positiva del supuesto de hecho equivaldría al [tipo], en el sentido aquí acogido de lo [típico] de la figura de delito correspondiente; la parte negativa supondría la ausencia de causas de justificación. En este sentido, también puede hablarse de [tipo positivo] para referirse al [tipo] fundamentador del injusto, y de [tipo negativo] para designar el conjunto de presupuestos específicos ([típicos]) de cada causa de justificación. Pero aquí [tipo positivo] y [tipo negativo] no significarían [parte positiva y negativa del tipo], sino [parte positiva y negativa del supuesto de hecho].

c) La ausencia de tipicidad penal de una conducta puede deberse tanto a que el legislador no haya tipificado la conducta por considerarla lícita en general, como a que no la haya tipificado, pese a ser ilícita, por reputarla insuficientemente grave o por otras razones político-criminales. No toda conducta antijurídica es penalmente típica: así sucede con las infracciones administrativas¹⁴⁶.

Por otra parte, la falta de tipicidad penal puede desprenderse de la mera redacción literal de los tipos -cuando la conducta no encaja en la letra de ningún tipo penal o mejor dicho, no cristaliza exactamente la conducta en la norma penal-¹⁴⁷, pero también de una interpretación restrictiva que excluya la conducta del tipo pese a caber literalmente en ella. Lo que sucede, según la doctrina actual, cuando se trata de hechos que, aun cabiendo en la literalidad típica, no implican una afectación suficiente del bien jurídico, por no ser imputable su lesión a una conducta suficientemente peligrosa (falta de imputación

¹⁴⁶ Artículo 141 de la Ley 30/92 de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, en España.

¹⁴⁷ Opera el principio general de derecho NULLUM CRIME, NULLA POENA SINE PRAEIVIA

objetiva), por consistir el bien jurídico típico en la facultad de disponer de algo por parte de su titular y existir conformidad de éste, o por ser los hechos adecuados socialmente (adecuación social) o insignificantes (principio de insignificancia). Se habla en estos casos de causas de exclusión de la tipicidad -que deben contraponerse a las causas de justificación, las cuales presuponen la existencia de tipicidad. Sobre esta materia, aunque desde la terminología de la teoría de los elementos del tipo¹⁴⁸.

Ejemplos: El que causa la muerte de otro a consecuencia de un mero empujón, dentro del juego de fútbol que determina su caída y que su cabeza dé en un bordillo, no puede considerarse autor del tipo de homicidio, porque la muerte no puede imputarse objetivamente a una conducta suficientemente peligrosa. No hay tipo de detención o privación ilegal de la libertad, si la víctima consiente en ser detenido (*la persona con la enfermedad de alcoholismo y consiente someterse a un tratamiento médico o psicológico y lo*

LEGE, acogida en el derecho Mexicano, en el artículo 14 Constitucional.

¹⁴⁸ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Universitas S.A. Madrid 1996, pág. 558.

internan para el tratamiento respectivo). No hay tipo de lesiones si la intervención médica consentida ha sido un éxito y ha mejorado la salud del paciente. No son penalmente los malos tratos o lesiones consecuencia de actuaciones deportivas normales. No constituye el tipo de coacciones el hecho de que en la autopista un vehículo impida adelantar a otro manteniéndose indebidamente en el carril izquierdo. Sin embargo, todos estos casos caben en la letra de los tipos penales respectivos.

7.3 DESVALOR DE RESULTADO Y DESVALOR DE LA CONDUCTA EN LA ANTIJURIDICIDAD PENAL

La antijuridicidad penal (típica) se distingue de otras formas de antijuridicidad, en primer lugar, por exigir un desvalor de resultado especialmente grave y/o peligroso: una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal en determinadas condiciones. Este resultado ha de ser, en segundo lugar, imputable a una conducta desvalorada por su peligrosidad (desvalor de la conducta). Estudiaremos en primer lugar el

concepto de bien jurídico, como presupuesto del desvalor de resultado, para a continuación desarrollar el significado de las afirmaciones anteriores.

CAPITULO OCTAVO
EL BIEN JURIDICAMENTE PROTEGIDO
EN EL DERECHO PENAL

8.1 OBJETO JURÍDICO (BIEN JURÍDICO) Y OBJETO MATERIAL

La teoría del bien jurídico aparece en el siglo pasado con una clara inspiración liberal y con el declarado intento de limitar la obra del legislador penal,¹⁴⁹ describe el elenco de hechos merecedores de pena únicamente a los socialmente dañosos.¹⁵⁰ El concepto de bien jurídico fue acuñado por Birnbaum en 1834.¹⁵¹ Se le ha identificado como derecho subjetivo. No obstante, para Mezger existen numerosos delitos en los que no es posible demostrar la lesión de un derecho subjetivo.¹⁵² Se ha identificado al bien jurídico

¹⁴⁹ANTOLISEI, FRANCESCO. "Il problema del bene giurídico" en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Edit. Giuffrè, Milano, 1939, pág. 3.

¹⁵⁰Stella, Federico. "La teoría del bene giurídico. Fatti inoffensivi conformi al tipo", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, Milano, 1973, pág. 4.

¹⁵¹ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER. "Bien jurídico y Constitución". *Cuadernos de política criminal*. No. 43, Madrid, 1991, pág. 5.

¹⁵²MEZGER, EDMUNDO. Tratado de derecho penal T I y II. traducción de la segunda edición Alemana, y notas de derecho Español por José Arturo Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de derecho Privado. Madrid 1957 p. 399

con la idea de interés, que en su sentido más propio importa la idea de utilidad.¹⁵³

El bien jurídico se denomina de formas diversas, tales como: derecho protegido, bien garantizado, interés jurídicamente tutelado, objeto jurídico,¹⁵⁴ núcleo del tipo, kernel, objeto de protección. No puede surgir el delito cuando por inexistencia del objeto o por falta de idoneidad de la acción es imposible la lesión de un bien jurídico,¹⁵⁵ el cual se presenta en las formas más diversas debido a su pretensión de garantizar los derechos de toda persona, como pueden ser entre otros: reales, jurídicos, psicológicos, físicos, etcétera.¹⁵⁶

Rocco precisó que el concepto de bien jurídico ha de apoyarse sobre la idea de valor.¹⁵⁷ Según Cobo del Rosal, el bien jurídico se puede definir como "todo valor de la vida humana

¹⁵³ *Instituzioni di Diritto Penale. Parte Generale e Parte Speciale*, Padova. Cedam. Casa editricce. Dott, Vicenza, 1965, pág 249.

¹⁵⁴ PISAPIA, GIAN DOMÉNICO. *Instituzioni di Diritto Penale. Parte Generale e Parte Speciale*, Padova. Cedam. Casa editricce. Dott, Vicenza, 1965, pág. 43.

¹⁵⁵ BETTIOL, GIUSEPPE. *Instituzioni di diritto e procedura penale. Principi Fondamentali del Diritto penale vigente*, terza edizione, Padova. Cedam. Casa Editrice, Bologna, 1984. Pág. 78

¹⁵⁶ MAURACH, REINHART. *Tratado de Derecho Penal I y II traducción y notas de derecho Español por Juan Córdoba Roda*, Ariel. Barcelona, 1962. Pág. 261.

¹⁵⁷ BETTIOL, GIUSSEPE. *Sul Método della considerazione unitaria del reato en G. Bittiol Scritti giuridici*. T.I. CEDAM Papua, 1986. Pág. 84

protegida por el derecho".¹⁵⁸ Para Jescheck el bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo. Afirma además que son bienes jurídicos aquellos intereses de la vida, de la comunidad a los que presta protección el derecho penal.¹⁵⁹ En nuestra opinión, el bien jurídico como objeto de protección del derecho penal es todo valor individual o de conjunto que merece la garantía de no ser vulnerado por la acción de otro. Así entonces, el tipo se debe entender como un valor ideal del orden social jurídicamente protegido, por tanto, el bien jurídico constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos.

8.2 FUNCIÓN DEL BIEN JURÍDICO

Al bien jurídico se le atribuyen tres funciones:

- función *exegética*
- función *sistemática*

¹⁵⁸COBO DEL ROSAL, MANUEL Y VIVES ANTÓN, TOMAS SALVADOR. Derecho Penal parte general, Tiran lo Blanch 1999. *Ob, Cit*, p. 249.

¹⁵⁹JESCHECK HANS, HEINRICH. *Tratado de derecho penal, parte general*. Traducción y adiciones de derecho penal español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Volumen primero. Editorial Bosch, Barcelona 1981. pág. 350

- función *dogmática*¹⁶⁰

Según Álvarez García, el bien jurídico tiene como funciones la de ser clasificadora, dogmática y crítica.¹⁶¹

Se ha dicho que la misión del derecho penal es la protección de los valores ético-sociales elementales. Todo derecho pretende introducir orden y armonía en el desenvolvimiento de la vida social. Como reguladora de conducta, Creus dice que la Ley Penal persigue el cometido de garantizar al hombre el poder proveerse de lo que exteriormente necesita para realizarse como persona.¹⁶²

El bien jurídico lo conceptuamos como el derecho intrínseco que la norma protege. No es otra cosa que la pretensión del legislador de darle protección a ciertos valores del ser humano, y que se conviertan en intereses no sólo personales sino sociales y del Estado.

¹⁶⁰ Ídem al anterior. Pág. 248.

¹⁶¹ ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER. "Bien jurídico y Constitución". *Cuadernos de política criminal*. No. 43, Madrid, 1991, Pág. 6.

¹⁶² CREUS, CARLOS. *Ideas penales contemporáneas*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1985, Pág. 95 y

Se puede afirmar que el bien jurídico es la tutela que la norma penal brinda a los valores tangibles e intangibles del hombre, desde los más significativos (vida, libertad, patrimonio, entre otros)¹⁶³, hasta los más irrelevantes (honor, fidelidad, entre otros).¹⁶⁴

El bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo que en razón de su significación social¹⁶⁵ es amparado jurídicamente.¹⁶⁶ De tal

96

¹⁶³ Octava Época. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: VIII-Noviembre. Página: 141. **ABORTO. BIENES JURIDICAMENTE PROTEGIDOS POR LA NORMA QUE LO PREVE COMO DELITO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).** De acuerdo con el artículo 339 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, aborto es la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez. Así pues, tratándose de la figura delictiva que define dicho dispositivo legal y que los tratadistas consideran más apropiado designar como delito de feticidio, en razón de que el objeto doloso de la maniobra abortiva, no es otro que el de atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad, los bienes jurídicamente protegidos por la norma, son: la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad de la mujer, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad. Para la integración del delito no importa cuál haya sido el vehículo de la muerte del producto de la preñez y para el objeto de la tutela penal no interesan las maniobras de expulsión o de extracción del huevo, embrión o feto, ya que la consecuencia de muerte, es el fenómeno importante. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 44/90. Martín Rzepka Glockner y otros. 14 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

¹⁶⁴ Octava Época. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XII-Agosto. Página: 514. **PLAGIO O SECUESTRO. BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL DELITO DE.** El bien jurídico tutelado en el delito de plagio o secuestro, es la libertad externa de la persona, libertad de obrar y de moverse, supuesto que el dolo o elemento psíquico consiste en la conciencia y voluntad del delincuente para privar ilegítimamente a alguien de la libertad personal, ya con el fin de pedir rescate o bien de causar daño. TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO. Amparo directo 638/92. Roney Pereyra Nucamendi. 28 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Arturo J. Becerra Martínez.

¹⁶⁵ BETTIOL, GIUSEPPE. *Ob, Cit*, p. 75. Refiere que la esencia del delito es determinada en otros términos por la lesión de un bien jurídico de la vida social garantizada en la norma penal.

manera que la Ley Penal prohíbe o manda una serie de acciones, cuya realización u omisión ponen en peligro o lesionan un interés generalmente apreciado (vida, libertad, honor) recibiendo protección mediante la Ley Punitiva que amenaza a los hipotéticos agresores mediante la utilización del bien jurídico en el tipo. En consecuencia, la protección a través del derecho penal significa que, mediante normas jurídicas se prohíbe con amenaza de pena las acciones idóneas para menoscabar de modo particularmente peligroso, los intereses vitales de la comunidad.

El bien jurídico cumple una función esencial del derecho penal al establecer, a través de la protección de los bienes el mínimo ético social necesario para la convivencia en opinión de la mayoría,¹⁶⁷ de tal manera, que es necesario un equilibrio entre la protección de la sociedad y la de los individuos.

Todo tipo penal tiene un bien jurídico, o

¹⁶⁶ WELZEL, HANS. *Derecho penal, parte general*, traducido por Fontan Balestra y Friker, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1956, pp. 5 y 6.

¹⁶⁷ QUINTERO OLIVARES GONZALO. Delito de Desobediencia y la desobediencia justificada, CPC 12 (1980) Pág. 60.

varios¹⁶⁸ que se protegen mediante la determinación de un proceso de valoración de la conducta descrita. Esta protección es realizada normativamente mediante la prohibición de acciones cuyos contenidos son la materia descrita por la Ley Penal.¹⁶⁹

Existen bienes individuales y bienes colectivos,¹⁷⁰ para identificar los primeros no surge dificultad, de éstos pueden distinguirse los llamados bienes materiales y los bienes inmateriales, así como los reales *res nullius* (aire, agua, mar, luz, entre otros), personales (honor, libertad, salud, vida, entre otros), patrimoniales. En tanto que los segundos son aquellos que corresponden a la familia, la sociedad, la comunidad local, nacional o internacional. A este tipo de bienes, Pisapia les ha denominado intereses de todos.

De acuerdo con interpretaciones

¹⁶⁸ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ.

Culpa y Finalidad. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1967. Pág. 6. Afirma que Hassemmer y Padovani son los descubridores de los bienes jurídicos colectivos.

¹⁶⁹ GONZÁLEZ FERRER, CAMPO ELÍAS. *Tipo e injusto*. Publicación del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Panamá, Panamá, 1979, pág. 30.

¹⁷⁰ PISAPIA GIAN, DOMÉNICO. *Instituzioni di Diritto Penale. Parte Generale e Parte Speciale*, Padova. Cedam. Casa editricce. Dott, Vicenza, 1965, Pág. 14.

jurisprudenciales, se ha definido en las distintas épocas que componen la interpretación de los tribunales federales el bien jurídico y en algunos casos se ha precisado con toda propiedad cuál es el bien tutelado por cada figura típica.¹⁷¹

Es oportuno precisar que el concepto de bien jurídico asume una pluralidad de funciones como ya hemos señalado, y que según la doctrina italiana también cumple una función exegetico explicativa, sistemática clasificadora, sistemática descriptiva y político criminal, afirma que todo delito por el solo hecho de estar previsto identifica un bien jurídico, una situación positiva que el legislador intenta asegurar o tutelar, de lo contrario la norma no tendría sentido ni razón de existir.¹⁷²

8.3 EL BIEN JURÍDICO COMO FIN DE LA NORMA

¹⁷¹ Octava Época. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo: Tomo II, Parte TCC. Tesis: 519. Página: 313. **DESPOJO, DELITO DE. BIEN JURIDICO TUTELADO.** Tratándose del delito de despojo, el bien jurídico tutelado no es el derecho de propiedad, sino la posesión quieta y pacífica del inmueble. Así, para la existencia de esa infracción es irrelevante que el ofendido sea o no propietario del respectivo bien. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Octava Época: Amparo directo 8/89. Guadalupe Hernández vda. de Chino. 16 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Amparo en revisión 92/89. Andrés Simón Oropeza y otro. 17 de mayo de 1989. Unanimidad de votos. Amparo directo 305/89. Juvencio Hernández Monroy y otro. 21 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Amparo directo 66/90. Antonio Moreno Ortega. 28 de febrero de 1990. Unanimidad de votos. Amparo directo 60/92. Fidelia Cortazar Campos. 28 de mayo de 1992. Unanimidad de votos. NOTA: Tesis II.3o.J/30, Gaceta número 56, pág. 53; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo X-Agosto, pág. 393.

¹⁷² PADOVANI, TULLIO. Diritto Penale 2ª edición Gufré Editore. Milán 1993. Pág. 101.

Se puede explicar como una conexión singularmente intensa entre el fin de la norma y el sistema del derecho penal, destaca el sentido teleológico y el relieve metódico que, como funciones esenciales, corresponde desempeñar al concepto y objeto de tutela con particular referencia a la teoría del injusto penal,¹⁷³ y la lesión como momento constitutivo del contenido material del injusto.

El derecho penal, a través de una selección fragmentaria de intereses, confiere su protección por medio de normas positivas contra las acciones susceptibles de perjudicar de una forma singularmente grave los intereses vitales del individuo o de la colectividad. El tipo parte, por tanto, de la norma y la norma a su vez del objeto de tutela.

El objeto de protección está constituido por el bien jurídico o el núcleo que en cada delito se lesiona. En atención a su significación social, es amparado jurídicamente por el derecho positivo

¹⁷³POLAINO NAVARRETE, MIGUEL. *El bien jurídico en el derecho penal*, Publicaciones

vigente, prohíbe o impone acciones de determinada índole. El derecho penal actual experimenta constantemente una movilidad de acuerdo con nuestra dinámica social, por lo que no debemos perder de vista esos bienes a tutelar y el rango de cada uno, por ser una de las finalidades de la doctrina; proponer soluciones a las diversas cuestiones que surgen de la norma positiva.

La redacción actual de nuestras normas penales tiene influencia tanto de la sistemática causalista como finalista, debido a la orientación filosófica de quienes han opinado en la incorporación de figuras delictivas las cuales, en ocasiones resultan híbridas y pueden confundir el bien jurídico que se pretende tutelar por medio de los tipos.

Estas confusiones pueden acontecer en la práctica, sobre todo tratándose de tipos que corresponden a una misma entidad (los que tutelan la libertad o seguridad sexuales; el patrimonio, los derechos de familia, etcétera), o cuando una acción u omisión lesiona varios bienes (concurso

ideal, medial o de leyes), o bien, cuando un objeto de protección puede ser afectado de distintas maneras. De tal forma, que una sola conducta es capaz de afectar un solo bien o diversos bienes jurídicos, o dañar a un titular o conjunto de ellos. Por lo tanto, en cada caso, será labor del intérprete de la ley dejar en claro cuál es el bien o los bienes que resultan dañados.

Al presentarse en la pragmática los diversos supuestos de hecho, si formulamos una abstracción de la conducta ante la lista de los delitos con referencia al bien jurídico tutelado, evitaremos confusiones para determinar si ésta es efectivamente típica, y si la tipicidad se adapta a una u otra figura penal.

La inexistencia del bien jurídico, la falta de lesión al bien jurídico o el consentimiento del pasivo (en algunos supuestos) pueden producir ausencia de tipicidad en la conducta, lo cual sucede cuando el titular del bien a proteger otorga su asentimiento antes del ataque respecto de aquellos bienes disponibles por él, que en nuestros códigos pueden ser entre otros, los

llamados delitos perseguibles previa querrela o delitos privados, (como lo son injurias, golpes simples, etcétera) y aquellos que admiten el consentimiento como causa de exclusión del delito, en los términos de lo dispuesto por el artículo 15 fracción III que establece: "el delito se excluye cuando: I...II...III. se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

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

8.4 EL BIEN JURÍDICO FRENTE AL CONSENTIMIENTO

Hemos señalado que la inexistencia del bien

jurídico, la falta de lesión al bien jurídico, o el consentimiento del pasivo (en algunos supuestos), produce atipicidad cuando el titular del bien a proteger otorga su asentimiento respecto de aquellos bienes disponibles por él. Para que el consentimiento opere en los términos exigidos por el artículo 15 fracción III del Código Penal Federal, deberá darse éste antes de la realización del hecho dando lugar a la exclusión, ya sea del tipo o de la antijuridicidad de la conducta.¹⁷⁴

Para que se origine la ausencia de tipicidad por falta del bien jurídico protegido, el titular del derecho deberá estar de acuerdo con la conducta al acaecer ésta, dado que su conformidad elimina la amenaza de daño de dichos bienes. Para que sea eficaz el consentimiento, depende de la forma y el momento de otorgarlo, así como el tipo de bien que por su naturaleza permite deducir si es disponible o no por su titular o titulares.

Puede suceder que el consentimiento se otorgue mediante una situación engañosa por quien

¹⁷⁴ BACIGALUPO, ENRIQUE. *Principios. Ob, Cit*, p. 155.

dispone de éste (delitos de encuentro),¹⁷⁵ que el autor recurra a falacias que distorsionan la realidad frente a la visión de la víctima (despojo art. 395, fraude 386 del Código Penal Federal, en donde el engaño es uno de los elementos mediales del tipo), en cuyos supuestos el asentimiento no tendrá eficacia para validar el consentimiento.

El ámbito de eficacia del consentimiento depende, en gran parte, del poder de decisión que el orden jurídico otorgue sobre el mantenimiento del bien jurídico al particular que es titular del mismo. Generalmente, se reconoce validez al consentimiento otorgado sobre la posesión, la propiedad, el patrimonio y la libertad personal, (incluso la libertad sexual) y en el delito de lesiones, cuya comisión dolosa es fuertemente discutida.¹⁷⁶

Los bienes disponibles o indisponibles tienen relación con la eficacia o validez del consentimiento, en los primeros se puede considerar aquellos bienes que no representan una

¹⁷⁵ JESCHECK, HANS. *Ob, Cit*, p. 334. Señala al respecto: "hay delitos que sólo pueden cometerse con el consentimiento de la otra parte, como la usura.

¹⁷⁶ BACIGALUPO, ENRIQUE. *Principios*. pág. 156.

utilidad social inmediata¹⁷⁷ y además, los intereses protegidos por la Ley Penal que sean perseguibles sólo a querrela de parte en cuyo caso también son disponibles por sus titulares,¹⁷⁸ en tanto que los segundos se distinguen por su mayor utilidad social (vida, libertad y otros) o cuando se trata de varios titulares del mismo bien.

El legislador no resuelve a través de la ley cuáles bienes son disponibles y cuáles indisponibles, por lo que es necesario que la jurisprudencia y la doctrina aparten el complemento a este vacío que se desprende de la ley para aportar los criterios necesarios que permitan una interpretación correcta.

8.5 INEFICACIA DEL CONSENTIMIENTO.

Se debe negar eficacia a los delitos de encuentro,¹⁷⁹ y en aquellos cuya pertenencia del

¹⁷⁷ GRISPIGNI. *La natura giurídica del consenso dell' offeso*, Modena editore, 1972, pág. 3

¹⁷⁸ MANZINI. *Tratato di diritto penale italiano*. T. I. Fratelli Bocca, Editore, Milano, 1908, pág. 514.

¹⁷⁹ JESCHECK, HANS *Ob, Cit*, pp. 236 y ss. Señala que los delitos de encuentro sólo pueden cometerse con el consentimiento de la otra parte, (usura, incesto), se caracteriza porque todos los sujetos colaboran activamente con el autor (el pasivo de la conducta participa voluntariamente, sin que medie violencia), sin embargo su voluntad puede obtenerse con engaños como de hecho acontece en el delito de estupro.

bien jurídico corresponde a la sociedad o en bienes que pertenecen al Estado, a los cuales Cobo del Rosal llama delitos contra la comunidad¹⁸⁰ y Muñoz Conde, los denomina delitos vagos o con intereses difusos,¹⁸¹ lo mismo debe suceder cuando se trate de bienes jurídicos, cuyos titulares sean varios y falte el consentimiento de uno de ellos.¹⁸²

8.6 PERDÓN DEL OFENDIDO Y BIEN JURÍDICO FRENTE AL CONSENTIMIENTO

El consentimiento no debe confundirse con el perdón del ofendido, que se otorga posterior a la conducta que ha lesionado el bien tutelado, en cuyo supuesto el daño se causa sin que la víctima haya dado su asentimiento, por razones de política criminal las normas penales y procesales validan, ya sea, en el tipo o en disposiciones procesales el perdón, sobre todo frente a la lesión de bienes cuya jerarquía es de poca

¹⁸⁰ COBO DEL ROSAL, MANUEL Y VIVES ANTÓN, TOMAS SALVADOR. Derecho Penal parte general, Pág. 376.

¹⁸¹ MUÑOZ CONDE FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN MERCEDES, Derecho Penal parte general, 2ª Edición revisada y puesta al día conforme el código penal de 1995. Tirant lo Blanc. Valencia 1996. Pág. 242

entidad, dando lugar a la extinción de la responsabilidad penal por haber mediado el perdón del ofendido, lo cual sucede *ex post*. En tanto que el consentimiento se otorga *ex ante*.

Otra diferencia es que el consentimiento pertenece al derecho sustantivo, y el perdón del ofendido corresponde al derecho adjetivo. Finalmente, debemos señalar que cuando no existe el bien jurídico la sesión que se intenta por el actor de la conducta resulta frustrada por circunstancias ajenas, en algunos casos al autor y en otros al objeto o sujeto de ataque, como sucede en todos los casos que se citan bajo la denominación del "delito imposible"; así por ejemplo en la corrupción de menor el bien jurídico no se dañaría si el autor de la conducta induce a un menor al uso de enervantes, cuando éste lleva años haciendo uso de todo tipo de sustancias dañinas para la salud, o cuando "A" pretende privar de la vida a "B" y al agotar los actos el autor se percata que "B" tenía horas de haber perdido la vida.

¹⁸² JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. *La antijuridicidad*, Imprenta Universitaria, México, 1952, p. 182.

8.7 OBJETO MATERIAL

El objeto material del delito comúnmente lo identificamos con el elemento objetivizado por el autor, para realizar a través de, él daño que se pretende al bien jurídico.

El objeto material se identifica con el objeto corporal o material hacia donde se realiza la acción.

8.8 DIFERENCIA ENTRE OBJETO MATERIAL Y BIEN JURÍDICO.

No debemos confundir objeto material con bien jurídico, u objeto jurídico, cuando se habla del objeto material del delito, se designa el objeto corporal externo, sobre el cual se realiza la acción, y cuando nos referimos al bien jurídico lo identificamos como el objeto de protección. La conducta como fenómeno que modifica el mundo exterior recae por regla general, en objetos sensibles, en personas o cosas. Pero no siempre

ocurre así, pues esa modificación del mundo exterior puede recaer en objetos que están fuera del ámbito naturalístico de la realidad y afectar, de un modo exclusivo, complejos de valores.¹⁸³

A mi juicio, en los delitos de resultado se recoge con claridad el objeto material que puede ser personal o real,¹⁸⁴ el objeto material es cualquier persona o cosa, como sucede en el delito de robo previsto por el artículo 367 del Código Penal Federal, donde el objeto material se identifica con el bien mueble materia del apoderamiento, en tanto que el bien jurídico será el patrimonio, o en el delito de despojo cuyo objeto material será el bien inmueble en que recae la conducta prevista en el artículo 395 del Código Penal Federal, mientras que el bien jurídico será la posesión, así, en el delito de homicidio del artículo 302 del código antes citado, la muerte de la persona constituye el objeto material y el bien jurídico afectado es la vida.

¹⁸³ MEZGER, EDMUNDO. Tratado de derecho penal T I y II. traducción de la segunda edición Alemana, y notas de derecho Español por José Arturo Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de derecho Privado. Madrid 1957. Pág. 383 y ss.

¹⁸⁴ SÁINZ CANTERO, JOSÉ ANTONIO. Lecciones de Derecho Penal, parte general, 3ª edición Bosch Barcelona 1990. Pág. 541.

Al formular el análisis de cada tipo penal, desde el punto de vista que nos hemos fijado, se podrá distinguir en cada uno de éstos, el bien o bienes jurídicos que tutela o protege la norma penal, y deducir también el objeto material correspondiente.

De lo anterior se colige que el concepto de bien jurídico, más precisa sería la expresión [bien jurídico-penal], por lo que sería deseable que se generalizara su uso¹⁸⁵.

8.9 DIMENSIÓN SOCIAL DEL BIEN JURÍDICO

¿Cuál es el sentido funcional en que los objetos reales importan al Derecho penal como bienes jurídicos? Es su dimensión social la que interesa al Derecho: la medida en la que la identidad de aquellos objetos reales constituye una necesidad social y condiciona las [posibilidades de participación] del individuo en los sistemas sociales¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Acoge la expresión LUZÓN, PEÑA Curso de derecho penal, Editorial Universitas, Madrid 1996, pág. 328.

¹⁸⁶ MIR PUIG, SANTIAGO Introducción a las bases del derecho penal, Bosch, Barcelona 1976

Pero debe quedar claro el sentido en que se alude a este aspecto funcional: no como exclusión de los concretos objetos existenciales del concepto de bien jurídico, sino como análisis del sentido funcional en que dichos objetos merecen protección como bienes jurídicos. Sólo así podrá cumplir el concepto de bien jurídico la función política liberal que se considera esencial en él; la de ofrecer una concreción material - y no sólo formal como la literalidad de los tipos penales- de los distintos estados valiosos que por su importancia reclamen la tutela penal.

8.10 CONDUCTA Y RESULTADO LESIVO EN LA ANTIJURIDICIDAD PENAL

a) La antijuridicidad penal empieza por exigir la comprobación *ex post* de la realización del tipo penal. Los tipos penales describen siempre hechos efectivamente acaecidos¹⁸⁷, ya sean resultados de una conducta, (como el tipo de homicidio), ya sean conductas no necesitadas de

Pág. 139.

¹⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Bosch, Barcelona 1996, Pág. 406

resultado (como el tipo de allanamiento de morada). En la medida en que también la conducta típica ha de [resultar] efectivamente, puede decirse que todos los tipos describen resultados (separados o no de la conducta). La antijuridicidad objetiva parte de la valoración negativa de tales resultados: parte del desvalor de resultado. Lo que se diga aquí para el resultado vale en principio tanto para los delitos que exigen un efecto separado de la conducta (llamados delitos de resultado), como para los delitos que sólo requieren una conducta (llamados delitos de mera actividad) pues aquí se habla de resultado en el sentido ideal (no material) de lesión o puesta en peligro resultante *ex post*, que puede tener lugar tanto en una como en otra clase de delitos (sobre la distinción de delitos de resultado y de mera actividad).

Por otra parte, aunque en los [tipos de peligro abstracto] no es preciso poner en peligro a ningún bien jurídico concreto, puede hablarse de puesta en peligro *ex post* en el sentido de que requieren la resultancia de una conducta estadísticamente peligrosa. Lo mismo puede decirse

de la [tentativa inidónea] no irreal. Por lo demás, aquí prescindimos de la posibilidad de que el resultado lesivo o de peligro deje de ser disvalioso por existir una causa de justificación.

El contenido material de este desvalor es distinto en los delitos en que el resultado (separado o no) es una lesión de un bien jurídico, que en aquéllos cuyo resultado (separado, como en los [delitos de peligro concreto, o no, como en los [delitos de peligro abstracto]) es una puesta en peligro. En los primeros la afectación del bien y por esta misma razón, los delitos de peligro mayor que los delitos de peligro abstracto.

b) Ahora bien, en los delitos de resultado separado (como el de homicidio) el desvalor de resultado presupone que aquél pueda imputarse a una conducta peligrosa como resultado de la misma. Para decidir la peligrosidad de la conducta causante de la lesión es necesaria la utilización de un punto de vista *ex ante*. Si la función del Derecho penal es evitar los resultados típicos, sólo puede lograrlo desvalorando y, en su caso, prohibiendo, conductas humanas cuya capacidad para

producir aquellos resultados pueda ser apreciada en el momento de ir a realizarlas y mientras no ha concluido su realización: *ex ante*.

Desde un punto de vista exclusivamente *ex post*, habría que desvalorar toda acción efectivamente causal de la lesión, aunque *ex ante* apareciese como absolutamente inadecuada para producir la lesión. Ello llevaría a los conocidos inconvenientes que trató de superar la teoría de la adecuación, primero, y la moderna teoría de la imputación objetiva, después.

El desvalor de resultado (a valorar *ex post*) presupone, pues, también el desvalor de la conducta (a valorar *ex ante*). El desvalor de la conducta se debe a la peligrosidad para el bien jurídico que un espectador objetivo (el hombre medio) puede advertir en la conducta en el momento de realizarse, *ex ante*. El desvalor de la conducta es, en este sentido, desvalor intersubjetivo *ex ante*.

Ambos aspectos proceden de una relación negativa del hecho con el bien jurídico. Ello es

evidente en el desvalor del resultado. Pero también el desvalor de la conducta que aquí importa se funda en su peligrosidad para el bien jurídico. Ahora bien, mientras que el desvalor del resultado ha de enjuiciarse *ex post*, el desvalor de la conducta ha de enjuiciarse *ex ante*. Mientras que el desvalor del resultado expresa el estado de cosas último que el Derecho penal quiere evitar (la lesión o puesta en peligro típica indeseable del bien jurídico), el desvalor de la conducta exige que aquella situación indeseable se deba a una conducta suficientemente peligrosa para un espectador ideal situado *ex ante* en la posición del autor. Si la lesión de un bien jurídico-penal no aparece como realización del riesgo propio de una conducta desvalorable para un hombre prudente, no podrá desvalorarse como resultado objetivamente imputable.

c) Mientras que en los delitos de resultado separado el desvalor de resultado presupone una conducta peligrosa anterior (aunque pueda ser inmediatamente anterior), en los delitos de mera actividad (como el de allanamiento de morada o portación de armas de fuego) el desvalor de

resultado sólo exige la conducta típica, lesiva o peligrosa. Pero también en estos tipos es preciso que la conducta apareciese *ex ante* como idónea para realizar el tipo. Sólo entonces habrá sido evitable y, por tanto, desvalorable desde la perspectiva intersubjetiva de lo exigible a un hombre medio¹⁸⁸.

8.11 LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN EL INJUSTO PENAL.

El juicio de desvalor que permite la antijuridicidad penal, pese a ser objetivo en el sentido de expresar el carácter objetivamente indeseable para el Derecho penal de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no es posible sin tener en cuenta el aspecto subjetivo del hecho¹⁸⁹.

No es posible si se admite el punto de partida de la teoría de la adecuación, que hoy

¹⁸⁸ Sobre todo esto, más ampliamente Mir Puig, Introducción a las bases del derecho penal, 1994, Pág. 10.

¹⁸⁹ WELZEL HANS, El nuevo sistema del derecho penal. Editorial Ariel, Barcelona 1964. Pág. 51: [La antijuridicidad sólo es objetiva en el sentido de juicio de valor general, su objeto, la acción, es, por el contrario, una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos.] también, en

maneja la moderna teoría de la imputación objetiva: que no puede decirse, por ejemplo, que [mata] el que interpone cualquier condición causal de una muerte, aunque fuera imprevisible para el hombre medio, o prudente, situado *ex ante* con los conocimientos que dicho hombre ideal tendría en la situación ante la que se encuentra el autor, además de los conocimientos especiales de que pudiera disponer el autor. Este planteamiento sólo puede rechazarse a cambio de tener que afirmar que el que hace subir a otro en un avión le [mata] si éste encuentra la muerte en un accidente, tanto si el que aconseja el vuelo conocía o no de antemano la circunstancia, no cognoscible para un usuario prudente, que determinó el accidente. Si se afirmase la imputación objetiva del resultado siempre que éste fuera cognoscible para cualquier hombre, habría que admitir la imputación en este caso aunque el autor no estuviera dotado desconocimiento excepcional de que en el avión había instalada una bomba o, incluso, de que en el avión había un fallo técnico no apreciable para el usuario. Y si se tuviese en cuenta únicamente lo cognoscible para un usuario medio y no el

conocimiento especial de la existencia de la bomba que tuviera el autor, habría que negar la imputación de la muerte aunque concurriera este conocimiento. Ninguna de ambas soluciones es admitida por la opinión dominante, y desde luego encontraría rechazo en el uso del verbo "matar" en el lenguaje ordinario. Esto último pone de manifiesto que la valoración social (objetiva) de una conducta como, verbi gracia, de [matar], tiene en cuenta los conocimientos del hombre medio y del autor en los términos de la opinión dominante.

Se sigue de lo anterior que el desvalor de la conducta, presupuesto del desvalor de resultado, no depende sólo de la parte objetivo-externa del hecho. Ello se debe a la imposibilidad de una separación tajante entre la parte externa y la parte interna del hecho a la hora de captar su sentido social y jurídico. La conducta humana es una unidad objetivo-subjetiva, o mejor, interno-externa¹⁹⁰. Su valoración social objetiva depende de ambos aspectos. La sociedad valora de forma completamente distinta, como dos clases muy diferentes de hechos, los homicidios dolosos y las

¹⁹⁰ MIR PUIG, SANTIAGO, Lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, en El Derecho penal en el

muerres ocasionadas por imprudencia. También la valoración jurídico-penal objetiva de un hecho, como más o menos indeseable, depende de si se realiza voluntariamente y a conciencia de los elementos del mismo que lo hacen típico o, por el contrario, se efectúa sin voluntad o sin dicho conocimiento. El Derecho penal distingue los tipos dolosos de los culposos y señala mayor pena a los primeros.

Considero que ello se debe no sólo a la imposibilidad de imputar un hecho a quien no es consciente de que lo realiza -perspectiva que importará a la hora de imputar una infracción personal de la norma-, sino también a la mayor peligrosidad que en principio supone el hecho de que la conducta se dirija intencionalmente a lesionar un bien jurídico-penal (dolo directo de primer grado), de que se realice pese a saber seguro que producirá el resultado (dolo directo de segundo grado) o de que se acepte como capaz de producir la lesión sin intentar ni esperar poder hacer nada por evitarlo (dolo eventual). En cambio, ha de considerarse como factor que

disminuye la peligrosidad de la conducta el hecho de que el sujeto no quiera la lesión y trate de evitarla o pueda confiar en hacer algo para evitarla, como sucede en las conductas imprudentes. Por otra parte, la lesión dolosa manifiesta una actuación opuesta al bien jurídico, que posee un significado social objetivo de negación de dicho bien, bien distinto al del hecho imprudente.¹⁹¹. Todo ello explica que la sociedad y el Derecho valoren objetivamente de forma completamente distinta una lesión voluntaria y consciente que una lesión no querida, aunque sea imprudente.

El desvalor intersubjetivo de la conducta, como peligrosa *ex ante* y como dolosa o imprudente, no sólo es necesario para completar el juicio de desvalor propio de la antijuridicidad penal, sino que es también necesario para que pueda afirmarse la infracción personal de una norma primaria, entendida, como aquí se hace, como norma de determinación de un sujeto. Ocurre, sin embargo, que, según la concepción de esta investigación, el desvalor intersubjetivo de la antijuridicidad

¹⁹¹ MIR PUIG, SANTIAGO, ADPCP 1994, pp. 13 ss. De acuerdo Luzón Peña, Diego Manuel, Curso

penal no basta para afirmar la infracción de la norma primaria, concretamente dirigida al sujeto: igual como el tipo es condición necesaria, pero no suficiente de la antijuridicidad penal, el desvalor intersubjetivo de la conducta es necesario pero no suficiente para su concreta antinormatividad. El desvalor intersubjetivo de la conducta es el elemento de enlace entre la antijuridicidad penal y la antinormatividad. Ésta última es, a su vez, la primera condición de la imputación personal de la antijuridicidad penal, segunda parte de la teoría del delito.

8.12 LA AUSENCIA DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La antijuridicidad penal de un hecho requiere, además de la realización de un tipo penal imputable a una conducta peligrosa ex ante y voluntaria, la ausencia de causas de justificación. Si el significado material de la realización de un tipo penal es que supone el ataque a un bien jurídico, ¿cuál es el sentido material de la exigencia de que no concurren

causas de justificación? Sólo aunando ambos aspectos podrá completarse la respuesta a la pregunta acerca de la antijuridicidad material de un hecho.

Las causas de justificación suponen la concurrencia de ciertas razones que conducen al legislador a valorar globalmente de forma positiva el ataque a un bien jurídico-penal (sin que por ello desaparezca su consideración de [mal] aisladamente considerado). Aunque estos bienes son valiosos para el Derecho penal, pueden entrar en conflicto con otros intereses que aquél puede considerar preferentes, en determinadas circunstancias. Esto es lo que sucede en las causas de justificación en sentido estricto. Un ejemplo la legítima defensa justifica la realización de un tipo penal porque el interés en que el injusto agresor no pueda imponer su actuación antijurídica se considera mayor que el representado por los bienes jurídicos del agresor que el defensor no tenga más remedio que lesionar para repeler la agresión. También tienen este fundamento las demás causas de justificación previstas entre las eximentes del artículo 20 CP

Español y 13 del Código Penal para el Estado de Jalisco, 14 del Código Penal Italiano, y 32 del Código Penal Alemán. En todas ellas se requiere tanto la efectiva concurrencia *ex post* de un interés superior (falta de desvalor de resultado), como su apariencia *ex ante* (falta de desvalor de la conducta).

Pero el Derecho penal sólo puede desvalorar y, en su caso, prohibir, conductas voluntarias. Por tanto, la justificación del hecho típico también tiene lugar, pese a no plantearse efectivamente el conflicto de intereses descrito y a subsistir, por tanto, el desvalor de resultado, si concurre una suposición errónea objetivamente invencible de los presupuestos de una causa de justificación en sentido estricto (falta del desvalor intersubjetivo de la conducta).

CAPITULO NOVENO

CAUSALISMO Y FINALISMO.

SU RELACION CON LA ANTIJURIDICIDAD.

Fernández Carrasquilla, al trazar las líneas generales de la evolución y de la secuencia dogmática de la noción del delito, expresa que una debida capacitación de los esquemas teóricos del delito: "o, lo que es igual, de la evolución histórico-científica de la noción dogmática", requiere, al traer a colocación parte de su temática, detectar los elementos comunes que determinan la tradición "y posibilitan la sedimentación doctrinaria en el devenir de la teoría".¹⁹²

Así como ya se hizo alusión en el capítulo

¹⁹² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho Penal fundamental*, 2ª. Ed. Bogota, Temis, 1998, vol. I, pág. 204. El maestro argentino manifiesta: "La líneas de las transformaciones histórico-conceptuales pasa de la *bipartición a la tripartición*. La analítica de delito de dos elementos básicos (injusto y culpabilidad) caracteriza a las escuelas clásicas (la alemana, con Berner H. Mayer, Von Bar y Binding, en una tradición que parece venir desde Böhmer, la *italiana*, con Carmignani y Carrara, Pesina y Brussa) aun en la época de la lucha de escuelas que protagonizan Liszt en Alemania y Ferri en Italia. Todavía Liszt define el delito como el "el acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena". Las dos primeras notas (antijuridicidad y culpabilidad) son los caracteres genéricos y la tercera (penalidad o punibilidad) es el carácter específico del delito. En la concepción Bipartita, es idea general la de incluir la conminación penal en la definición del delito, como nota diferencia con el ilícito extrapenal, como lo hacen también Rossi y Hippel".

subtitulado "nacimiento del concepto antijuridicidad" se hace alusión a la bipartición, la tripartición empieza (stricto sensu) con la primera definición de Beling, en 1906. A los rasgos tradicionales antijuridicidad y la culpabilidad (en el examen de los cuales brilló a gran altura Liszt) se añade ahora, con fundamento en la teoría de las normas de Beling, la tipicidad, que se erige en el tercer elemento.

No obstante, este tercer elemento, *ab initio*, desempeña además la función de nota diferencia con el injusto extrapenal, cumpliendo, asimismo, la tarea (dimanante en su época del parágrafo 59 del Código Penal Alemán de 1871) de establecer el contenido referencial de la culpabilidad (dolo y culpa) y, por consiguiente, el error relevante.

En contadas ocasiones, en esta nueva analítica se menciona la punibilidad en la definición del delito, por estimarse (como en su momento argumentaron Max Ernest Mayer y Edmund Mezger) que se incurriría en una tantológica, o bien realmente no integra el delito, sino que su

consecuencia jurídica.

A pesar de ello, en ocasiones: "se observa esporádicamente en la primera definición de Beling (respectivamente) en la segunda de Mezger, en las Batagliani y Ranieri, en la hora actual, Muñoz Conde, Alfonso Reyes. En definitiva, los autores citados participan de la posición de que la punibilidad únicamente integra la consecuencia jurídico-penal del delito."¹⁹³

Por su parte (en esta tarea aproximativa a la evolución del concepto de antijuridicidad) Marcelo A. Sancinetti pone de manifiesto algunas tesis fundamentales sobre el enfrentamiento del causalismo y el finalismo, en relación con la concepción subjetiva del ilícito.¹⁹⁴

Sintéticamente, ante esa disyuntiva de situar el dolo comisivo del delito integrado el

¹⁹³ "Cabe todavía agregar que Petrocelli atribuye la tradición tripartita a la doctrina italiana y no a la germánica, remontándola al § 53 del Programa de Carrera (elemento material + elemento moral + contradicción con la ley jurídica).

¹⁹⁴ SANCINETTI, MARCELO A. *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, bogota, Universidad Exterando de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1988, pág. 19. "Cuando comencé a estudiar derecho penal en los 70 estaba en Buenos Aires se discutía ya algo pasada de época en Alemania de donde ella provenía, acerca de si el dolo de cometer el hecho integraba el tipo penal en la estructura de la teoría del delito o si era un elemento de la culpabilidad.

tipo penal (en la estructura de la teoría del delito) o si se ubica en la culpabilidad (para Sancinetti carecía de la necesaria relevancia) para él el dolo (como dato psíquico) esta únicamente en la mente del autor.

Sin embargo, en tanto elemento de análisis de imputación:

Puede estar ahí donde lo decida una clasificación útil de los elementos del hecho punible, ya que la denominada estructura de la teoría del delito es solamente una herramienta de análisis "construida" para la mas correcta y justa solución de los casos penales, añadiendo, "que los elementos particulares, por tanto, no tienen ningún lugar fijo e inmodificable".

El propio Sancinetti estima que (en la época referida) cabía preguntarse por las consecuencias practicadas de la discusión entre el causalismo y finalismo y en este sentido surgían respuestas "tales como una diferente teoría del error, una distinta noción de autor, y, quizá, no mucho más

que eso.¹⁹⁵

No obstante, para Sancinetti, resulta claro que un finalista, es decir, alguien que comprenda lo disvalioso de una acción mediante el contenido de una manifestación volitiva del autor, podría, además, convivir con las resultancias practicadas de la teoría del error causalista.¹⁹⁶

Prima facie, se ha considerado que el causalismo puede ser la confunda de la llamada "teoría del dolo, en materia de error". La significación de la denominada teoría del dolo se explaya (según Sancinetti) de la siguiente forma: "la conciencia de la antijuridicidad forma parte del dolo, y por tanto, un error sobre la prohibición excluye el dolo al igual que un error sobre los elementos del tipo penal (regulación unitaria).¹⁹⁷

¹⁹⁵ Ibidem al anterior.

¹⁹⁶ WELZEL, HANS. Estudios de Derecho Penal, B de F Ltda Buenos Aires Argentina 2003. Como he reiterado, creador del finalismo (uno de los mas grandes juristas del siglo XX) concebida la acción penal como el ejercicio final de la actividad humana.

¹⁹⁷ Ibídem 198 Pág. 19. El maestro argentino señala que: "De modo solo marginal acoto aquí que la teoría del error que verdaderamente rigió y en gran parte sigue rigiendo aun en los países de América Latina donde se supone que quedan reductos del causalismo no admitía, en realidad, la relevancia del error de prohibiciones; mas bien seguía apegada al brocardo error iuris nocet, como todavía hoy el artículo 10 del Código Penal Colombiano.

Conviene aclarar que, en la Republica Mexicana, el artículo 15 (tanto del Código Penal Federal, como el Código Penal para el Distrito Federal) dice literalmente: "El delito se excluye cuando: [fracción VIII] se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

Para culminar la larga referencia al autor comentado (Sancinetti), conviene precisar alguna de las puntualizaciones que señala en las páginas 23 y 24 de su libro, reiteradamente citado y que agrupa bajo el nombre de "*El quid de la divergencia*". Se trata de un notable esfuerzo del autor argentino para tratar de prescindir de la absolutez diferenciadora y de relativizar el contraste entre los sistemas causalista y finalista.

Sancinetti se pregunta: "Pero, entonces, ¿Qué había de interesante entre la discusión entre causalistas y finalistas, sin ni siquiera la identificación de una acción" como tal "era diferente, dado que las causas de exclusión de la acción eran exactamente las mismas en los dos sistemas?".

Según Sancinetti, lo esencial de la teoría

-
- a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
 - b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 del Código".

Artículo 66: "En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate".

de Welzel se encontraba en que "el centro de gravedad del ilícito" no era la lesión a un objeto de bien jurídico: un cadáver, un rastro de sangre, un vidrio roto, etc. Lo decisivo es que un sujeto de un integrante de la comunidad, ha llevado a cabo una acción *con tendencia* al deterioro del objeto del bien jurídico, dando a entender que la vida de otro, su integridad corporal, su propiedad, le traen sin cuidado.

En consecuencia, la enfatización de la teoría de la imputación en la producción de resultados, en las lesiones a bienes al hacerlo su pensamiento (en este sentido) no es de un finalista, sino que, por una secundaria de logicidad, concluye siendo captado por la *dogmática causal*.

El maestro argentino presenta esta contraposición con un ejemplo de vida ordinaria. "Alguien se aposta a matar a su víctima de un tiro; la espera y, cuando ella se acerca, efectivamente dispara y da en la cabeza, partiendo el cráneo". A continuación se pregunta: "¿Qué la víctima haya muerto?, ¿Qué el autor haya

disparado?".¹⁹⁸

"Sin duda *todo*, se podría contestar. Que el autor haya *hecho* eso y que la víctima *haya* muerto. Ciertamente es un dato negativo, no querido por el derecho, que tras ese episodio, haya un hombre muerto". La significación dolosa de la conducta típica no ofrece el mayor asomo de duda y en mi personal y modesta opinión se corresponde perfectamente con el ejercicio final de la actividad humana de WELZEL, encauzada y dirigida a la producción del resultado mortífero.

Pero la *razón* por la cual esto es imputable al autor (dice Sancinetti) es la misma que existiría igualmente sí;

Por un movimiento repentino de la víctima, un desmayo por ejemplo, el proyectil solo hubiera rozado la cabeza, y no tuviéramos más que un hecho tentado. Es decir que la razón de una imputación esta siempre en aquello dominable por el sujeto a quien se le formula la imputación.

¹⁹⁸ Ibidem, al anterior Pág. 24.

*Y aquello que el sujeto pueda dominar son sus actos; las consecuencias de sus actos solo puede dominarlas en la medida que pueda dominar sus actos. Ahora, dando que los resultados son siempre producto de un sin número de condiciones, y que las acciones producen a su vez un número indefinido de consecuencias, el objeto de una imputación solo puede llegar hasta el ultimo instante en el que le sujeto domina su hecho.*¹⁹⁹

Resumiendo, Sancinetti (como base de su argumentación puntualiza las tesis siguientes:

1° Un principio de lesividad, en el sentido de que la medida de un hecho punible está dada por la medida del daño material efectivamente causado por el delito sobre un objeto de bien jurídico, es *incorrecto*;

2° La medida del ilícito es igual a la medida del dominio del sujeto sobre la posibilidad de menoscabar el objeto de bien jurídico;

¹⁹⁹ *Ibíd.* "El resultado, como tal, esta fuera de este ámbito; él siempre contiene una dosis de

3° Las representaciones dadas de hecho en cabeza del autor son constitutivas para el dominio del sujeto sobre el hecho;

4° El peligro o daño externo no es constitutivo;

5° La tentativa acabada constituye el punto final y más alto de todo ilícito posible, lo demás es casualidad.

Para Sancinetti, las tesis anteriores son correctas, considera que se encuentran acordes con los derechos fundamentales del hombre, son compatibles con la teoría de imputación objetiva y finalmente (con arreglo al código colombiano) son concordantes con el mismo.

No obstante, y siguiendo el razonamiento del autor, podríamos inquirirnos si es a partir de donde se infiere la estructura del hecho punible o los elementos de la imputación. Dicho de otra forma: ¿De qué depende que las mencionadas tesis

sean falsas o correctas?".²⁰⁰

Sancinetti se pronuncia (como una posible respuesta) a favor de las perspectiva proporcionada por el *derecho positivo*. De esta manera, las decisiones políticos-criminales de ley concretan si el ilícito se ajusta al desvalor de la acción, si solo prioriza el desvalor de resultado o si se trata de una combinación de ambos elementos.²⁰¹

Para Sancinetti domina la idea de que el sistema del hecho punible "pueda deducirse prácticamente por completo a partir de la teoría de la pena, es decir, el criterio de legitimidad del castigo estatal que se presuponga como fundamento del sistema determinará ésta posibilidad".

El honor de Sancinetti, hay que decir que, coincidiendo con Stratenwrth, el derecho penal ha de justificarse (como instrumento profano del

²⁰⁰ *Ibíd.*, p. 169

²⁰¹ *Idem.* Se razonaría de este modo, por ejemplo, si se argumenta mas o menos así: el artículo 22 del Código Penal colombiano obliga a que la escala penal de la tentativa tenga, como máximo, un límite *inferior* al del máximo del delito consumado, por consiguiente, la consumación, y, con ello, el

control social) también mediante los fines que deba cumplir. Añadiendo que las teorías relativas deben servir y muy ampliamente para lo siguiente:

- a) Decidir en particular sobre las estructuras básicas de la imputación jurídico-penal;
- b) Inclusive solo sobre la clase y medida de la sanción jurídica dicho-penal, y
- c) Serán sobreexigidas, irremediablemente, mientras no se trate de meras correcciones marginales.

En resumen, dice Sancinetti:

No puede deducirse *todo* a partir, por ejemplo, de las teorías relativas de los fines de la pena, como tampoco puede hacérselo a partir de las teorías absolutas. Especialmente con relaciones al tema que aquel interesa, si debe decidir el disvalor de acto o también el disvalor de resultado.

disvalor de resultado, tienen un efecto ascendente sobre la pena, con la cual el hecho punible se define en la ley *también por el resultado*.

Y en tal caso la pregunta no podría ser respondida solamente con la teoría de la penas.²⁰²

El profesor Fernández Carrasquilla hace un muy acertado resumen de la temática que hemos tratado (siguiendo *in extenso* delito, ya que se trata de una síntesis muy clara y acertada de los mismos.²⁰³

Interesante resulta la posición de Enrique Díaz-Aranda, para el cual los sistemas clásico, neoclásico, finalista y funcionalista, coinciden fundamentalmente en que los cuatro parten de la misma estructura del delito, construida a partir de tres categorías básicas, *acción típica, antijurídica y culpable*.²⁰⁴

En resumen apretado, las teorías causales solo se han utilizado en el análisis de la primera categoría o nivel (conducta típica) dentro del sistema clásico o neoclásico, cuya estructura

²⁰² SANCINETTI, MARCELO A., op. Cit, nota 198, pág. 31.

²⁰³ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho Penal fundamental*, Pág. 208.

²⁰⁴ DÍAZ-ARANDA, ENRIQUE, *Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, México, Porrúa, 2000, pp. 1 y ss. Para Díaz-Aranda: "La diferencia radica en el contenido, y muchas veces, la concepción de cada uno de esos elementos... Adelantado un poco sobre la exposición sistemática del dolo, este será objeto de análisis en la culpabilidad tanto en el sistema clásico como en el neoclásico y pasara a reformar parte del tipo en el sistema finalista, específicamente dentro del denominado tipo subjetivo".

consta de las tres categorías anteriormente citadas (conducta típica, antijurídica y culpable).²⁰⁵

Por su parte, Hans Welzel (entre 1932 y 1940) expuso (en forma acabada y completa) la teoría o sistema de la acción finalista, el cual tiene su fundamento lógico-objetivo o lógico-material en la finalidad que ha guardado la conducta del sujeto para la lesión del bien tutelado.

De esta manera, el causalismo tiene tres características fundamentales:

1. Proceso material causal.
2. Relación de causalidad entre dicho proceso material causal (conducta) y el resultado.
3. Contenido de la voluntad: dolo o culpa.

En cambio, Hans Welzel exponía también tres elementos:

²⁰⁵ DÍAZ-ARANDA, ENRIQUE et al., *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas 2001, pp. 18 y ss. En realidad se trata de cuatro trabajos distintos agrupados bajo la rubrica indicada en el título del texto.

1. Objetivo a conseguir.
2. Medios para conseguirlo.
3. Consecuencias secundarias (según algunas traducciones con-comitantes) que pueden ser requeridas (*dolosas*); y no queridas (*culposas*).

Para Welzel, la acción humana es *ejercicio de actividad final*. La acción es, por eso, acontecer "final", no solamente "causal".

Actividad final es un obrar orientado concientemente desde el fin, mientras que al acontecer causal no esta dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales exigentes en cada caso. Por eso, la finalidad es dicha en forma grafica "vidente", la causalidad, "ciega".²⁰⁶

Por ultimo, el creador del finalismo expresa que:

²⁰⁶ WELZEL. HANS. Observar citas Pág. 53 y 54.

El ordenamiento jurídico determina por si mismo qué elementos antológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Puro no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos. Puede designarlos con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elemento individual material, que constituye la base de toda valoración jurídica posible.²⁰⁷

Precisando más, Welzel afirma que la antijuridicidad es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que el tipo (en cuanto figura conceptual) no puede ser antijurídico, sino solamente la realización del tipo puede ser antijurídica.

Además, no existen tipos antijurídicos, sino únicamente realizaciones antijurídicas del tipo. De ahí que, la pretensión de identificar el tipo y la antijuridicidad (muchas veces intentada) produciría, de forma inevitable, una profunda y no

²⁰⁷ WELZEL, HANS, ob. Citas 54 Y 55. "Los tipos pueden solo reflejar este material ontológico previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los reflejos,

aconsejable confusión de conceptos (esta misma postura es sostenida por Beling).²⁰⁸

Los tipos penales expresa el creador del finalismo intentan vincular metodológicamente hablando el ser a las cosas, y terminan constituyendo uno de los elementos sustanciales de la teoría de la acción finalista, es decir, lo que en el ámbito lingüístico que se expresa con el vocablo ontológico, no obstante, que no se elija o se partido por un sistema ontológico determinado.

De cualquier manera, conviene precisar que (según Welzel) "sea lo que fuere, lo cierto es que si el derecho parte de la concepción del hombre como persona se destaca como esencial para la valorización jurídica la estructura final de la acción humana".

Solo bajo la consideración de que la conducta final aparece, en este supuesto, como conducta específicamente humana, puede ser objeto

lingüísticos y conceptuales pueden ser solo de relieve mediante una comprensión penetrante de la estructura esencial, ontológica del elemento material mismo..

²⁰⁸ *Ibíd.*, p. 76. "Resulta, pues, que: 1. Tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual. 2. Antijuridicidad

de la valorización jurídica. Así, una conducta no final (como los movimientos corporales realizados por el que sufre un ataque epiléptico, algunos movimientos reflejos, los movimientos durante el sueño (conducta de un sonámbulo) así como las acciones realizadas de modo automático (y sin representación actual de fines) no pueden ser consideradas entonces como conducta humana.²⁰⁹

Según WELZEL, todos los impulsos tienen un doble aspecto: una determinada fuerza y un determinado contenido de sentido. No obstante, los dos aspectos pueden no coincidir; la fuerza puede ser grande y el contenido de sentido pequeño y al contrario.

Ahora bien, mientras los impulsos discurren como vivencias "emotivas", es decir, exclusivamente en la capa profunda decide solo, en caso de contraposición entre ellos, su fuerza, es decir, el impulso mas fuerte vence y somete a los

es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto".

²⁰⁹ Es el propio Jescheck quien admite "la existencia de acciones humanas no finales". Entre otras razones porque, en estos casos, falta, sin duda, una dirección de los impulsos de la capa profunda, pero no la dirección de la acción externa (es decir, la proyectada en el mundo exterior).

otros, originándose lo que se denomina "la llamadas lucha de los impulsos".²¹⁰

En este proceso, el impulso, valioso, es permitido y el contenido de fuerza del no-valioso, destruido. También en este proceso son los impulsos de la capa profunda el presupuesto material de los actos de dirección conforme al sentido. Todos los fines materiales proceden tanto en lo bueno como en lo malo de la capa profunda, son los fines impulsos instintivos, las aspiraciones, los intereses, etcétera.

En resumen:

La significación insustituible de la función de dirección de la voluntad, consiste, sin embargo, en lo que hace posible una nueva consideración de la vida humana de acuerdo con la verdad, el sentido y el valor y permite con ello, sobre la regulación de los impulsos, que le están

²¹⁰ WELZEL, HANS, Pág. 89. "La decisión de la acción es entonces solo el resultado del impulso que ha llegado a dominar. En cambio el sentido, del Yo-centro (del pensamiento y de la voluntad), no se experimenta ya solo los impulsos en su fuerza emotiva, sino que están comprendidos en su contenido de sentido y significación valorativa para una configuración correcta de la vida; de acuerdo con este contenido de sentido, se convierten en sentido, se convierten en motivos, al apoyarse en ellos la decisión de la voluntad como en sus razones objetivas (éticas o valorativas). Los actos de la función del Yo (del mismo) ocurren en el medio del sentido y no de la fuerza causal: los motivos del pensamientos y de la voluntad son las razones objetivas, es decir, no causales, en las que se apoyan, conforme a sentido, los actos del pensamiento y de la voluntad".

confinadas de responsable después de la desaparición de los instintos biológicos.²¹¹

²¹¹ *Ibíd.* Con todo lo anterior queda resaltada, y al propio tiempo concretada, la distinción entre la “ceguera” del proceso material, del causalismo, en contraste con la finalidad “vidente” del finalismo, citada por Welzel..

CAPITULO DÉCIMO

LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU DIFERENCIA CON LA ANTIJURIDICIDAD EN TIPO PENAL.

10.1 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Según el planteamiento efectuado en la doctrina Española, las condiciones objetivas de punibilidad pertenecen al tipo penal porque condicionan su objetiva relevancia penal²¹² -a diferencia de lo que sucede con las llamadas [excusas absolutorias] que tienen el carácter de causas personales de exclusión o levantamiento de la pena y no pertenecen, por ello, al significado penal del hecho sino sólo la posibilidad de castigar a ciertos sujetos por su realización²¹³. La relevancia penal del hecho depende normalmente sólo de la gravedad del desvalor de resultado y del desvalor de la conducta, pero excepcionalmente

²¹² MEZGER Edmundo, Tratado de Derecho Penal, tomo I, Pág. 301. En contra OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOLCIDO, SUSANA. Derecho penal, parte General, Editor Rafael Castellanos, MADRID 1986, Pág. 387. La argumentación que esgrimen vale para negar que las condiciones objetivas de punibilidad afecten al injusto, pero no para impedir que se incluyan en el tipo penal, en el sentido en que aquí se entiende (como selección de lo penalmente relevante).

²¹³ En este sentido diferenciador MAURACH REINHART, Tratado de Derecho Penal, tomo I, (traducido por Juan Córdova Roda) Editorial Ariel. Barcelona 1962 Pág. 296. Y tomo II, Pág. 90; RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, Derecho penal Español, Edición 18, Editorial Dykinson, Madrid, 1995, Derecho Penal Parte General pág. 401 Y 626.

también de otras consideraciones político-criminales. Las condiciones objetivas de punibilidad no afectan ni al desvalor del resultado ni al desvalor de la conducta, pero condicionan la conveniencia político-criminal de su tipificación penal por alguna de esas otras razones. Ello se explica a veces diciendo que tales condiciones objetivas de punibilidad no afectan al merecimiento de pena del hecho, sino sólo a su necesidad de pena²¹⁴.

El artículo 606, 2 CP Español, condiciona el castigo de los ataques a un Jefe de Estado extranjero que se hallare en España con las penas previstas en los arts. 605 y 606, a la existencia de un trato recíproco por parte del país extranjero de que se trate. La gravedad del hecho no puede variar por la circunstancia de que exista o no dicha reciprocidad, que no constituye ninguna característica del hecho, sino que es externa a éste. La razón de su exigencia responde, sin embargo, a una clara finalidad político-criminal: se trata de motivar a los Estados extranjeros a

²¹⁴ JESCHECK, Hans, Tratado de derecho penal, Parte General, Bosch, Barcelona 1981 pág. 764; Antón, Oneca, José, Derecho Penal Parte General, Editorial Akal, actualizada Madrid 1986 pág. 234.

que protejan al Jefe de Estado Español, en forma especial cuando se halle de visita en otros países o, por lo menos, de corresponder al trato de especial protección que puedan concederle en tales ocasiones.

10.2 DE LAS PROPIAS E IMPROPIAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

De las [propias condiciones objetivas de punibilidad] es preciso distinguir las [impropias condiciones objetivas de punibilidad]. Mientras que las primeras restringen la punibilidad de un hecho prohibido, que sería punible si el tipo no requiriera la condición objetiva de punibilidad, las segundas permiten castigar un hecho que no sería punible según las exigencias generales del injusto. Así el ejemplo propuesto del artículo 606, 2 CP Español se refiere a una propia condición objetiva de punibilidad, porque la exigencia de reciprocidad viene a restringir la punibilidad de los ataques a los Jefes de Estado extranjeros. En cambio, los numerales 483 y 485 del anterior CP Español preveían impropias

condiciones objetivas de punibilidad cuando establecían, respectivamente, que [el reo de detención ilegal que no diera razón del paradero de la persona detenida, o no acreditase haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor], y que [el que hallándose encargado de la persona de un menor no la presentase a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición, será castigado con la pena de reclusión menor]. En ambos preceptos se ampliaba la punibilidad, al permitirse castigar con penas más graves hechos que de suyo hubieran merecido menor pena.

Nada hay que objetar al establecimiento de propias condiciones objetivas de punibilidad, pero sí a la técnica de las impropias condiciones objetivas de punibilidad. Éstas vienen a permitir prescindir de exigencias necesarias para la prohibición de un hecho, como la constancia efectiva de una determinada conducta lesiva, que se sustituyen por su presunción cuando concurre la condición objetiva de que se trate. Así, en los ejemplos citados (arts. 483 y 485 del anterior CP

Español), se imponían las penas correspondientes al asesinato o al homicidio en base fundamentalmente a la presunción de responsabilidad del sujeto por la muerte o desaparición de la víctima. Ello podía considerarse contrario a la presunción de inocencia que establece la Constitución Española artículo 24 y la Constitución Mexicana artículo 16 y 19²¹⁵. En el actual CP Español se sigue castigando el no dar razón de la persona detenida, salvo que el reo la haya dejado en libertad, con una pena que puede llegar a ser más grave que la del asesinato.

El artículo 166 Código Penal Español, impone la pena superior en grado a la correspondiente a la detención o secuestro, y éste se castiga hasta con pena de prisión de hasta quince años, por lo que aquel artículo puede conducir a una pena de prisión de hasta veintidós años y seis meses, cuando el asesinato tiene señalada una pena básica de hasta veinte varios (artículo 139 de la citada ley penal Española).

²¹⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, Libro-Homenaje a Beristain, Madrid 1977 Pág. 894, y OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, Derecho Penal Parte General, segunda edición corregida. Editada por Rafael Castellanos Madrid 1986. Pág. 393.

10.3 LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU RELACION CON EL TIPO PENAL.

La consecuencia más importante de la naturaleza de las condiciones objetivas de punibilidad, es que no es preciso que sean abarcadas por el dolo ni, imputables a imprudencia²¹⁶. Mientras que la ley sólo puede desvalorar y, en su caso, prohibir conductas dolosas o imprudentes (culposos en México), puede condicionar su punibilidad a circunstancias externas al hecho antijurídico²¹⁷. Lo que ocurre es que, si ello no plantea ningún problema en las propias condiciones objetivas de punibilidad, no puede considerarse legítimo para sustituir la necesidad de un hecho doloso o imprudente, como, no obstante, sucede en las impropias condiciones objetivas de punibilidad antes mencionadas.

²¹⁶ JESCHECK, Hans, Tratado de derecho penal, parte General, editorial Bosch Barcelona, 1981 Pág. 761. En España, respecto a la no exigencia de dolo, ver Mir Puig, Adiciones, Editorial Bosch, Barcelona 1994 Pág. 770, nota 3.

²¹⁷ La doctrina Española, destaca que las condiciones objetivas de punibilidad son ajenas a la acción típica: ANTÓN, ONECA, JOSÉ, Derecho penal parte general, Editorial Akal. Madrid 1986 Pág. 233; CÓRDOBA RODA, JUAN, Notas de una Nueva Concepción del delito, tomo I, Pág. 297. Editorial Ariel. Barcelona 1963. también nota anterior. y, por tanto, ajenas a su estructura dolosa o imprudente.

La enumeración de las concretas condiciones objetivas de punibilidad corresponde a la Parte Especial, porque requiere el examen detenido de cada tipo. No existe, por lo demás, ninguna seguridad en la determinación de los distintos supuestos. A título de ejemplos, y sin pretensión de exhaustividad, suelen mencionarse las siguientes: la exigencia de que, en los delitos cometidos por españoles contra extranjeros fuera de España, el hecho sea delito en el país en que se perpetró (artículo 23 LOPJ 1985)²¹⁸; en los delitos que se cometen por medio de la imprenta, la imposibilidad de perseguir a los autores del texto, directores de la publicación, de la empresa editora o de la impresora, respectivamente (artículo 30, 3 CP)²¹⁹; la exigencia de reciprocidad en el artículo 606, 2 CP Español²²⁰; la necesidad de sentencia firme o auto también firme de sobreseimiento o archivo que permitan proceder contra el denunciante o acusador falso (artículo 456, 2 CP Español)²²¹; la sentencia condenatoria en el delito de falso testimonio (artículo 458, 2 CP

²¹⁸ CUELLO CONTRERAS Joaquín, Derecho Penal Español Parte General, Curso de iniciación, Editorial Civitas, Madrid 1996. Pág. 637.

²¹⁹ ANTÓN ONECA, José, Derecho Penal Parte General, editorial Akal, Madrid 1986 Pág. 234.

²²⁰ *Ibídem* a la cita anterior Pág. 234. Sostiene lo contrario RODRÍGUEZ DEVESA, en su libro, Derecho Penal Parte General, invocado en citas anteriores, Pág. 401.

Español)²²²; la ausencia de explicación satisfactoria de la desaparición de la víctima en la detención ilegal y en la sustracción de menores (artículo 166 CP Español)²²³; la declaración civil de quiebra, concurso o suspensión de pagos en artículo 260 CP²²⁴.

10.4 LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD.

No son condiciones objetivas de punibilidad ni pertenecen al concepto de delito las condiciones de procedibilidad. Éstas no afectan a la existencia de un delito, sino sólo a la posibilidad de su persecución procesal. Al impedir su falta el enjuiciamiento penal del hecho, tendrá también la consecuencia de impedir su castigo, pero ello no obedece a que haga desaparecer la presencia de un delito, sino sólo a que éste no puede ser objeto de un proceso penal.²²⁵ Son

²²¹ Ibídem a la cita anterior, Pág. 234.

²²² RODRÍGUEZ DEVESA, José María, Derecho Penal Español, Parte General, 18 edición, Dykinson, Madrid 1995 Pág. 402.

²²³ Ibídem a la cita 70 Pág. 234.

²²⁴ CUELLO CALÓN, Eugenio, derecho penal Parte General, Bosch 1943, Pág. 637.

²²⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, Tratado de derecho penal, tomo III, tercera edición, Losada Buenos Aires, 1965 La ley y el delito, Pág. 456.

ejemplos de condiciones de procedibilidad previstas en el Código penal la exigencia de querrela del ofendido para la persecución de los delitos contra el honor de los particulares y la denuncia que se requiere para perseguir determinados delitos (ejemplo, los delitos sexuales).

En la Ley Penal del Estado de Jalisco, se contempla en el artículo 255 se prevé la figura delictiva denominada "DELITOS RELACIONADOS CON LA CAPACIDAD PECUNIARIA DE LAS PERSONAS SUJETAS A CONCURSO DE ACREEDORES" que señala "*...a las personas sometidas a concurso de acreedores que, en término de un año anterior a la declaración del concurso o después de esta incurran en las siguientes conductas:...*" De lo anterior, se desprende como CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD, la declaración del concurso, por parte de la autoridad judicial respectiva, por ello, es que se sostiene que nuestra legislación de Jalisco, también prevé dicha figura, máxime si tomamos en consideración que el numeral 92 del mismo cuerpo normativo, establece que el agente del ministerio público (ministerio fiscal en España) solo no podrá

proceder penalmente en contra de los sujetos, SI LA LEY EXIGE UN REQUISITO PREVIO Y ESTE NO SE HA REUNIDO.

CAPITULO DÉCIMO PRIMERO
EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD.

11. 1 ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION.

Con independencia del tratamiento que legal y doctrinalmente le otorgue al error de prohibición, existe acuerdo en que a quien actúa con conocimiento de la antijuridicidad del hecho le es penalmente imputable la realización del mismo. Es más, según la regulación española, tal elemento no sólo posibilita sino que es **CONDICION NECESARIA**, de la imputación personal o culpabilidad plena. En principio, además, tanto la propia noción de error (ausencia de conocimiento), como la sensibilidad del mismo (posibilidad de conocimiento), suelen construirse tomando como punto de referencia ese concepto. Por otra parte, en la práctica, la apreciación de un error de prohibición es una situación absolutamente excepcional, es decir, la mayoría de personas que cometen un delito para ser completamente responsables del mismo.

Ahora bien, por CONCIENCIA DE ANTIJURIDICIDAD, debemos entender: *"El autor sabe que lo que hace no está permitido por el derecho sino prohibido"*. Esta definición del BGH (TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL ALEMAN) que suele utilizar para iniciar el análisis de la delimitación ante la conciencia del injusto y del error²²⁶ ya indica que el principal problema consiste, en primer lugar, en determinar qué es lo que debe saberse, cuál es el objeto o referencia de dicho conocimiento: ¿podría bastar, por ejemplo, con pensar simplemente que lo que se hace "no esta bien" -o desplazándonos al otro extremo- es imprescindible saber que se está cometiendo un delito, los elementos que los conforman y la sanción correspondiente. En segundo lugar, una vez determinado qué se debe conocer, se presenta la cuestión de cómo debe conocerse, es decir, el grado de certeza necesario para afirmar que existe conocimiento. En definitiva una persona actúa con conocimiento de la antijuridicidad cuando es consciente del carácter prohibido del hecho, siquiera eventualmente, en el momento de su

²²⁶ Tribunal Supremo Federal Alemán NJW 1952. Referencia de ROXIN AT I tercera edición.

comisión. Sin embargo, antes de entrar en estas cuestiones, es conveniente hacer unas precisiones terminológicas y sobre todo, situar el papel del conocimiento de la antijuridicidad en su contexto legal.

Actualmente en Alemania, doctrina y jurisprudencia utilizan de forma unánime la expresión CONCIENCIA DEL INJUSTO, para referirse al dato psíquico de la efectiva representación del carácter prohibido del derecho, en el momento de su comisión²²⁷. A la ausencia de dicha conciencia se le denomina ERROR DE PROHIBICIÓN. Menos frecuentemente, se emplea la expresión legal comprensión del injusto, que, en cualquier caso, es usado como sinónimo de conciencia²²⁸. Incluso quienes, desde planteamientos normativistas extremos, consideran que el dato de la conciencia del injusto juega un papel secundario en la imputación de la culpabilidad, cuando utilizan estas denominaciones lo hacen en su dimensión

Artículo 21 núm. 12.

²²⁷ Simplemente cualquier de las principales obras generales. Algunas variaciones, como la de JESCHECK al titular al tema correspondiente como BEWUBTTSEIN DER RECHTSWIDRIGKEIT AT artículo 42. No se traduce en ningún cambio de contenido y se utiliza indistintamente junto con la más usual conciencia del injusto.

²²⁸ ESER/BURKHARDT, Cuestiones fundamentales, artículo 14 ,Walter edits. 31, Pág. 35 y 44.

psicológica.²²⁹ Por lo que respecta al término conocimiento, a diferencia de otros tiempos, hoy en día²³⁰ suele utilizarse en su excepción mas restringida "es decir, conocimiento actual" como sinónimo de conciencia de lo injusto, finalmente, cuando se quiere hacer referencia a otras situaciones, psíquicamente distintas, como la falta de conciencia de la antijuridicidad, cuando esta habría sido posible -el denominado conocimiento potencial o virtual-, así como la falta de presencia consciente en el momento del hecho de una antijuridicidad conocida, -conocimiento inactual- se suelen utilizar expresamente tales calificativos.

En España, sin terminología legal al respecto, se suelen utilizar las expresiones "conocimiento" y "conciencia de la antijuridicidad", a menudo indistintamente, sin que, por lo que he advertido, se le atribuya algún

²²⁹ JAKOBS, AT, segunda edición, Abs. 19, Nm. 22 Timpe, JA 1984, Pág. 51 LESCH, JA 196, Pág. 504. Estos autores suelen preferir la terminología legal comprensión del injusto y error de prohibición (o falta de comprensión del injusto) y evitan la denominación dogmática mas tradicional de conciencia e injusto, de mayor carga psicológica, para dejar claro que los parámetros de la culpabilidad "plena y disminuida" y de su exclusión no coinciden con los límites de tales conceptos de contenido exclusivamente psicológico.

²³⁰ Temor probablemente infundado como lo demuestra la experiencia Española en la que, a pesar del pleno reconocimiento del error de prohibición, las absoluciones han sido poco frecuente. Sin embargo la cautela de la Ccos (Corte Constitucional Italiana) puede ser comprensible dada la falta de tradición legal en la materia.

significado al uso de uno y otro término, en relación al grado nivel de conciencia u objeto que se le asigne a los mismos²³¹. En principio, al conocimiento o conciencia de la antijuridicidad se le confiere un significado psicológicamente antinómico al de error de prohibición -sea esta vencible o invencible- sin embargo, dado que el término conocimiento "potencial" de la antijuridicidad no solo se emplea en su calidad de presupuesto de la culpabilidad plena, sino también, a veces, como elemento mínimo que permite la atribución (tanto la conciencia de la antijuridicidad como el error de prohibición vencible en oposición del error invencible, su utilización es en ocasiones algo confusa.

Es importante tener presente que, en la actualidad, a diferencia de las discusiones de antaño, cuando en la literatura alemana se hace referencia a la conciencia del injusto, se adopta como referente el concepto legal del mismo, recogido en el artículo 17 StGB (Código Penal Alemán, según versión promulgada 7-4-1987), con

²³¹ COBO GOMEZ DE LINARES Miguel Ángel, Presupuestos del Error de prohibición, Madrid 1985 Pág. 161-166. También la nota de DIAZ Y GARCIA CONLLEDO EN ROXIN, P.J. I, 21, Núm. 8. Así, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER PRICIPIOS DE DERECHO PENAL Cuarta edición, editorial

independencia de que este abarque no todas las situaciones de culpabilidad plena. Dicha regulación presenta sensibles diferencias con la Española, por ello, para entender el papel de la conciencia del injusto y del error en la doctrina Alemana es conveniente ubicar dicho concepto en el teatro legal de operaciones delimitado por los términos del artículo 17 que a la letra reza:

17.- ERROR DE PROHIBICION. Si, al cometer el hecho, al autor le falta la comprensión de estar realizando un injusto, actúa sin culpabilidad, si no podía evitar ese error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede atenuarse conforme al artículo 49 párrafo 1."sic"

Como puede observarse, la regulación Alemana, establece conceptualmente dos diferenciaciones. En primer lugar, la que separa conciencia del injusto y error de prohibición. En segundo la existente entre error evitable y error inevitable. Estos límites no se sitúan en un mismo plano ni tienen un mismo significado.

Al estudio de la legislación Española, se advierte que en el artículo 14 tercer párrafo regula el error de prohibición o sobre la antijuridicidad y es inmediatamente aplicable a los errores sobre las circunstancias objetivas de una causa de justificación.

ARTÍCULO- 14 .3 *EL ERROR INVENCIBLE SOBRE LA ILICITUD DEL HECHO CONSTITUTIVO DE LA INFRACCION PENAL EXCLUYE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. SI EL ERROR FUERA VENCIBLE, SE APLICARÁ LA PENA INFERIOR EN UNO O DOS GRADOS."SIC"*

En efecto, tal disposición se refiere a los casos en que el autor ha actuado con la creencia errónea, de estar obrando lícitamente y no cabe duda de que quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias justificantes obra en la citada creencia.²³²

El novedoso texto supra citado, resulta criticable porque también el que ignora una

²³² ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER, Principios de derecho penal Parte General. Ediciones

circunstancia del tipo "por ejemplo, cree disparar sobre una pieza de caza y lo hace sobre una persona escondida sobre un arbusto, cree obrar lícitamente pues ni tiene ocasión de pensar en la ilicitud. El legislador ha incurrido en la falta de definir el error del primer párrafo al artículo con referencia al objeto del mismo. Mientras en el párrafo segundo se hace la definición en relación con el aspecto subjetivo del autor, sin reparar en que éste último elemento no permite una distinción adecuada porque alcanza a todas las especies de error."²³³

En torno al tema sometido a estudio, el Código penal para el Estado de Jalisco, contempla como causa excluyente de responsabilidad penal, la INCULPABILIDAD, y asimismo en su numeral 13²³⁴ fracción II inciso D) que establece textualmente; "EL ERROR DE HECHO, ESENCIAL E INVENCIBLE" Como se ve, tal expresión es bastante genérica, al que la jurisprudencia Mexicana, poco ha tocado, y en su oportunidad fue creadora de constantes confusiones por parte de los Jueces que se encontraban ante el

AKAL, Madrid 1997. Cuarta edición Pág. 277.

²³³ ibídem al anterior.

²³⁴ En el código penal Federal, de aplicación para todo territorio Mexicano, se prevé dicho supuesto

caso específico sometido a estudio, pues se ignoraba el alcance protector o restrictivo de dicha hipótesis. No es sino hasta el año 1985 que la Primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emite Jurisprudencia en el sentido de establecer los alcances de dicha causa de Justificación²³⁵. Cabe añadir que dentro de la legislación italiana, y española el ERROR DE HECHO ESENCIAL E INVENCIBLE, se contempla como causa de JUSTIFICACION, mientras que dentro de la legislación del Estado de Jalisco, México se contempla como causa de INCULPABILIDAD. De ello se deduce que nuestra legislación jalisciense ubica en forma equívoca el ERROR DE HECHO como una causa que excluye la responsabilidad penal por inculpabilidad, es decir por no existir dolo o culpa en la actuación, cuando en realidad, se

en el artículo 15 fracción XI. Editorial Sista. Marzo 2005. Pág. 6.

²³⁵ Séptima Época.- Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: 205-216 Segunda Parte. Página: 21. ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION INDIRECTO O ERROR DE PERMISION. El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad, tanto el "error de tipo" como el llamado "error de prohibición indirecto" o "error de permisión", hipótesis que requieren en el error el carácter de invencible o insuperable, pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad. En ambos errores, el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo verse sobre el carácter ilícito del propio hecho, pues en el error de prohibición indirecto o error de permisión, el sujeto cree no quedar comprendido en la infracción punible, al calificar subjetivamente como lícito su propio actuar, no obstante que su proceder es objetivamente contrario a la ley, generando el vencible error el reproche al autor por su conducta típica y antijurídica. Séptima Época, Segunda Parte: Volúmenes 139-144, página 88. Amparo directo 7884/79. Raúl Hurtado Hernández. 13 de octubre de 1980. Cinco votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretaria: Josefina

trata de ausencia de conocimiento de que la conducta que se realiza, es antijurídica por existir un bien jurídico protegido por la ley represiva, en ese contexto se debe de ubicar en forma correcta dentro de las causas de Justificación. Se pone de relieve que dentro de nuestra legislación se prevé que para la procedencia de dicha causa excluyente de responsabilidad, el ERROR DE HECHO debe ser ESENCIAL E INVENCIBLE, y en ese sentido, el Máximo Tribunal Constitucional de mi País emite Jurisprudencia respecto de que el error debe de ser INVENCIBLE²³⁶ amén de que al ser vencible el

Ordóñez Reyna.

²³⁶ Séptima Época.- Instancia: Primera Sala.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: 187-192 Segunda Parte.- Página: 29. ERROR DE HECHO Y ERROR DE PROHIBICION CUANDO OPERAN COMO EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. Frente a la ignorancia que constituye el desconocimiento total de un hecho o la carencia de toda noción sobre una cosa, surge el concepto de error, que no es sino la distorsión de una idea respecto a la realidad de un hecho, de una cosa o de su esencia. No obstante la diferencia entre la ignorancia y el error, en sentido jurídico se usan indistintamente tales términos, pues tanto vale ignorar como errar sobre la esencia de una cosa o de un hecho. Para que el error de hecho resulte inculpable, además de esencial debe ser invencible, pues quien no advierte, por no encontrarse en posibilidad de hacerlo, lo típico e injusto del hecho, no puede ser censurado penalmente no obstante, su violación al derecho. Por ello, cuando el error es vencible se genera responsabilidad. El error de hecho, como causa de inculpabilidad, requiere por tanto que el mismo sea tanto esencial como insuperable o invencible, y supone distorsión o ausencia total del conocimiento del carácter típico del hecho o de un elemento del tipo penal. El error de prohibición es el error que recae sobre la licitud del hecho. Cuando el autor no tiene conocimiento de la norma penal referente al hecho que realiza y consecuentemente considera lícito su proceder, se está frente a un error de prohibición directa. Este error se puede originar por tanto en el desconocimiento de la norma o bien, aún conociéndola, en la creencia de que no está vigente o bien no tiene aplicación concreta en la especie. Se está en presencia de un error de prohibición indirecto cuando el agente, no obstante conocer la prohibición derivada de una norma penal, esté en la creencia, por error, de que concurre en el hecho una justificante no acogida por la ley. Por último, existe igualmente el error de prohibición, cuando el autor suponga erradamente que concurre, en el hecho, una causa de justificación, en cuyo caso se habla de un error de permisón. El yerro del autor recae, en esta última hipótesis, en la creencia de una "proposición permisiva", como lo es una legítima defensa. Por ejemplo, en el caso del homicidio, el

error, existirá responsabilidad.

Conviene citar en forma esquemática y necesariamente simplista estos conceptos. El tipo doloso requiere el dolo, que supone la realización de un hecho con voluntad y conocimiento (aspectos volitivo y cognoscitivo). Verbi gracia: Si alguien dispara contra otra persona con ánimo de matarla y la mata, realiza un tipo doloso de homicidio, empero, (artículo 213 de la Ley Represiva Penal para el Estado de Jalisco, ó 138 del Código Penal Español), en el supuesto de que se dispare contra una persona y esta no muera por no haberla alcanzado las balas (error en el golpe), debe de analizarse el DOLO ESPECIFICO, pues si la intención fue el de lesionarla estamos ante la presencia del delito de lesiones (previsto por el numeral 206 del código Penal para el Estado de Jalisco o 147 del Código Penal Español), empero si tan solo la intención del victimario era de la

error incidirá respecto a la permisión legal del hecho de homicidio, como necesaria consecuencia del rechazo de una supuesta agresión calificada, de la cual se estima deriva un peligro inminente y grave para bienes jurídicos. Debe agregarse que el llamado error de permisión no es un error de hecho, y, como se advierte, en esta especie se encuentran las llamadas eximentes putativas, cuya capacidad para excluir la culpabilidad del autor precisa su carácter invencible o insuperable. Amparo directo 2769/84. Enrique Enríquez Rojas. 27 de septiembre de 1984. Cinco votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: José Jiménez Gregg. Nota: En el Informe de 1984, la tesis aparece bajo el rubro "ERROR DE HECHO CUANDO OPERA COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD."

infundir zozobra, temor, o miedo, estaremos ante la presencia del delito de DISPARO DE ARMA DE FUEGO SOBRE PERSONA(previsto por el numeral 205 del código Penal de Jalisco); de los ejemplos anteriores, se desprende, que al encontrarnos en el supuesto de que un sujeto disparó a una persona y no alcanzó a lesionarla, la necesidad de analizar el dolo con los aspectos supra citados, y para arribar a un juicio de valor, analizando primero cual es el bien jurídico protegido por la norma, y establecer su trasgresión, es decir si fue la salud y poder afirmar la existencia del delito de LESIONES EN GRADO DE TENTATIVA, o la vida para estar ante la presencia del delito de HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA, o el de su estado anímico para estar ante la presencia del delito de DISPARO DE ARMA DE FUEGO SOBRE PERSONA, ello en atención al bien difuso, es decir esa conducta puede haber transgredido diversos bienes jurídicos protegidos, por ello es necesario saber la intención del sujeto para ubicar correctamente la conducta en el tipo penal descrito por la ley. Pues bien el tipo imprudente (también llamado [culposo por la legislación penal de Jalisco], expresión que no hay que confundir con la de

[culpable], bien distinta, requiere la producción de una lesión no querida por el autor pero sí imputable a la inobservancia del cuidado debido (imprudencia o culpa). Verbi gracia; el conductor atropella a un peatón por exceso de velocidad. El tipo de omisión no describe la realización de una conducta activa, sino la no realización de una acción determinada (la atención debida al frente de su circulación y el respetar las reglas viales en la conducción y circulación de automotores inclusive señalamientos restrictivos de velocidad). Verbi gracia; alguien abandona el lugar de un accidente que ha causado, sin socorrer a un herido que lo necesita. (Delito de Abandono de personas artículo 231 y 232 del Código Penal de Jalisco, o el de Omisión del deber de socorro previsto por el numeral 195 del código Penal Español) Los tipos de imperfecta ejecución se realizan cuando el sujeto no logra la consumación de un delito pese a haber practicado todos o parte de los actos de ejecución del mismo ²³⁷ (tentativa punible artículo 10 código penal de Jalisco o 16 del código Penal Español). Autor es el que realiza

²³⁷ Artículo 10º Del código penal para el Estado de Jalisco, establece: La tentativa es punible cuando, usando medios eficaces e idóneos, se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la

el tipo previsto, en principio, en la Parte Especial del Derecho penal, en donde se prevén las lesiones o puestas en peligro que quiere evitar la ley penal -por lo que el autor es el sujeto de dichos hechos-. Partícipe es el que induce o coopera a la ejecución del hecho del autor. Ej.: es autor del homicidio el que envenena a otro, mientras que es partícipe de dicho delito el que induce a hacerlo.

Cabe agregar que la legislación penal Estatal para Jalisco, contempla en el artículo 11, el tipo de responsabilidad penal y sus diferentes grados²³⁸. En el código penal Español el artículo 28 y el 29 es mas específico y crea menos confusiones en el grado y tipo de responsabilidad penal al reconocer el AUTOR y el CÓMPLICE.

Al estudio pormenorizado del precepto supra referido, es evidente que nuestra legislación es por demás genérica, y reconoce, exclusivamente la

voluntad del agente.

²³⁸ Artículo 11. Del código Penal para el Estado de Jalisco establece: Son responsables de los delitos todos los que tomen parte en su concepción, preparación o ejecución, así como los que inducen o compelen directa o indirectamente a otro a cometerlo. También los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie al autor del ilícito, por intervención posterior a su ejecución, siempre que ello sea consecuencia de un concierto previo que le haya dado impulso a la infracción penal. "SIC"

responsabilidad a título de AUTOR que puede ser (MATERIAL) el que forma parte en su concepción, preparación, y ejecución; (INTELECTUAL) el que induce o compele a otro a cometerlo, y por último el de (PARTÍCIPE), que se refiere al que sin tener participación directa en el delito, y después de perpetrado el delito, presta auxilio o cooperación de cualquier especie al autor, con motivo de un concierto previo. En ese sentido la Suprema Corte de Justicia de México a Establecido jurisprudencia, acorde a lo ya esbozado²³⁹.

²³⁹ Quinta Época.- Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: LXXXVIII.- Página: 1930 PARTICIPACION DELICTUOSA. *En puridad jurídica, es auxiliar el copartícipe cuya intervención resulta (retrospectivamente investigada), imprescindible, de tal forma que suprimida la actividad por él desarrollada sea imposible la representación mental del delito tal como se realizó efectivamente; en otros términos, precisa, para la coautoría en el delito, la concurrencia del agente en los actos ejecutivos del mismo, que no otra cosa es la participación material de que hablan los tratadistas, diversa a la participación moral que sólo "consiste en determinar a otro a la ejecución de un delito o en reforzar su voluntad de cometerlo". Conforme al criterio clásico, la participación se aprecia objetivamente, o sea, en relación a la importancia de la aportación causal al hecho por parte del partícipe, y Carrara considera indispensable distinguir entre autores principales y cómplices, comprendiéndose en estos últimos a todos los delincuentes accesorios, esto es, a todos aquellos que contribuyen a un delito consumado por otro, participando en él de cualquier suerte, pero en grado suficiente a constituirlos más o menos responsables del hecho criminoso. Por lo contrario, el criterio subjetivo de la escuela positiva aprecia la participación en relación de los partícipes, no por la importancia de su aporte a la producción del delito, sino por el grado de peligrosidad revelado por cada uno de ellos. Independientemente de las diversas teorías acerca del carácter de la participación, ya sea la llamada de unidad o la de la pluralidad o autonomía de la complicidad, como la llaman los alemanes, nuestra legislación, que ha seguido la tendencia positiva, al disminuir el casuismo, involucró, dentro de las prescripciones del artículo 13 de Código Penal, todos los problemas de la participación según que ésta se manifieste antes de la perpetración consumativa del delito o en el momento de la ejecución final. El delito característicamente especial de abstención u omisión, o encubrimiento negativo, como lo llamaría Carrara, por la conexión de responsabilidad entre el culpable y el reticente y cuyo rasgo que lo tipifica es la inobservancia del precepto que impone una acción positiva, en la especie no aparece justificado en la conducta antijurídica del reo, si las constitutivas del delito no operan en el caso, porque ni antes ni inmediatamente después de tener conocimiento que otra persona estaba cometiendo un delito, trató de impedir que se siguiera cometiendo, sino por lo contrario, cooperó a la labor delictuosa por concierto posterior, tácito o expreso con aquél, configurando, con su conducta así realizada, el tipo de coautoría que contempla el artículo 13 del Código Penal; de tal*

La tipicidad es una exigencia del Estado de Derecho, vinculada al principio de legalidad. La efectiva realización de éste principio requiere no sólo que los delitos y las penas se hallen previstas por una ley anterior (aspecto formal del principio de legalidad), sino también que tal ley determine con suficiente precisión los contornos y límites de los hechos punibles y sus penas: [mandato de determinación] de la ley penal (aspecto material del principio de legalidad). Un Derecho penal que no definiese de forma diferenciada las distintas ¿fases de conductas típicas, sino que se limitase a castigar al que [causare un mal a otro] o acudiese a otras cláusulas generales semejantes, no respetaría la exigencia de determinación, (en México principio de legalidad y seguridad jurídica) porque tales cláusulas no permitirían al ciudadano saber con una mínima seguridad qué comportamientos entrarían en ellas. La técnica de descripción de tipos de conducta pretende evitar este inconveniente, y así el artículo 5 del código penal del Estado de

manera que su conducta antijurídica no fue de simple omisión o abstención, de encubrimiento pasivo, sino como la de un participante en el delito, al concurrir en los actos ejecutivos de éste, al contribuir a su consumación y aun a su agotamiento, dado que prestó al autor material del hecho

Jalisco, califica como delito "EL ACTO U OMISION QUE CONCUERDA EXACTAMENTE CON LA CONDUCTA QUE COMO TAL SE MENCIONA EN EL CÓDIGO O EN LAS LEYES ESPECIALES "SIC" mientras que el código penal Español establece en el artículo 10 que a la letra reza: "SON DELITOS O FALTAS LAS ACCIONES Y OMISIONES DOLOSAS O IMPRUDENTES PENADAS POR LA LEY" SIC. ".²⁴⁰

De ahí que sea censurable, desde el prisma del Estado de Derecho, que el legislador utilice en la redacción de los tipos, términos excesivamente vagos o cláusulas generales, salvo que ello resulte absolutamente inevitable. Piénsese en expresiones a veces empleadas por la ley como [orden público] (artículo 559 C.P Español), [libertad sexual] (artículo 178 C.P. Español o 175 Código Penal de Jalisco), etc.

Cabe citar, que en la legislación Estatal, de Jalisco, se incurre en el error de ubicar las causas de exclusión como de RESPONSABILIDAD,

asistencia, auxilio y cooperación.

²⁴⁰ Existe acuerdo en esto. especialmente, ROXIN, CLAUS, Política criminal, Pág. 43; segunda edición alemana, -civitas- 2000, el mismo, AT, § 10/ 1 2, aunque en el §7/54-56, acentúa además la función de prevención general que corresponde a la tipicidad, función con la que estaría en tensión la función de garantía.

cuando debieran denominarse causas de exclusión del DELITO, amén de que se puede afectar tanto a la acción típica, como a la antijuridicidad, a la culpabilidad, a la punibilidad o a las denominadas condiciones objetivas de punibilidad.

CONCLUSIONES.-

1.- las discrepancias vistas en la dogmática jurídico penal en la figura del conocimiento de la antijuridicidad son estimuladas por el tratamiento sectorial y específico de cada uno de los aspectos (objeto, forma, grado), de tal manera que se exacerban diferenciaciones teóricas apenas perceptibles en la práctica. Desde la doctrina dominante, tanto en Alemania como en España, éste análisis parcial de cada uno de los aspectos que conforman el conocimiento de la antijuridicidad ha desembocado en una configuración muy amplia del mismo: para ser consciente del injusto basta una representación, siquiera de forma CO- CONSCIENTE de la posibilidad de que la conducta pueda estar prohibida por el derecho, siendo para ello suficiente la percepción de la contrariedad de la conducta a un interés protegido jurídicamente. El hecho de vincular de forma rígida la responsabilidad penal plena a un determinado estado psíquico, la conciencia de la antijuridicidad, acentúa esta tendencia expansiva

en la conformación de sus límites con la finalidad de evitar posibles lagunas. Todo ello tiene como efecto secundario una notable ampliación del error de prohibición vencible en detrimento del invencible, por cuanto el concepto de conocimiento de la antijuridicidad actúa también como punto de referencia de la evitabilidad del error. Por consiguiente, resulta preferible determinar claramente las condiciones óptimas de motivación desde una perspectiva psicológica, para establecer a continuación, qué otras situaciones psicológicas distintas podrían ser valorativamente equiparables.

2.- El objeto del conocimiento de la antijuridicidad debe incluir el carácter penal de la prohibición de hecho. De esta forma, se asegura una distribución de la tarea de obtener orientación no excesivamente gravosa para el ciudadano, especialmente en aquellos ámbitos en los que la conducta antijurídica no es directamente lesiva para intereses individuales o cuando el Estado actúa con cierta desidia o ambigüedad calculada. Por otro lado, con ello se asegura también que la exigencia de

responsabilidad tenga, como punto de referencia la significación social plena del hecho, significación que no puede desligarse de su condición de infracción penal. Finalmente, el riesgo de lagunas de punibilidad (o de menor punición) que conforma la perspectiva aquí mantenida es mínimo, ya que con la determinación del objeto de conocimiento de la antijuridicidad nos se han definido plenamente los límites del mismo, puesto que todavía falta por establecer el grado de certeza acerca de la pretendida antijuridicidad, procederse a una flexibilización normativa de los límites del conocimiento de la Antijuridicidad. Asimismo una definición respectiva del conocimiento de la antijuridicidad en torno al carácter penal de la prohibición del hecho incide en la limitación de la vencibilidad del error, especialmente al asegurar la posibilidad de que un error de prohibición invencible verse sobre la prohibición penal del hecho.

3.- Sometido a matizaciones, los conceptos puramente psicológicos del conocimiento eventual de la antijuridicidad acaban perdiendo la

seguridad conceptual que ofrecía inicialmente. Esclavos de su rigidez frente al dato psicológico del conocimiento, se acaban basando la imputación en la existencia de una duda, con lo que el ámbito del error de prohibición queda severamente restringido. Se ha comprobado también cómo los planteamientos psicológicamente más restrictivos acaban vinculando la imputación personal del hecho a sensaciones o pronósticos irracionales del sujeto, casi imposibles de trasladar a la práctica procesal. Partiendo de la base de que sólo la certeza o el conocimiento de la muy alta probabilidad de la Antijuridicidad (penal) de la acción supone una perfecta orientación normativa del sujeto, la zona de transición entre el conocimiento eventual y error debe delimitarse normativamente: valorando la responsabilidad del sujeto por el estado de duda como fenómeno psíquico de acuerdo con los criterios de determinación de la evitabilidad del error, es decir, estableciendo si el sujeto es el responsable de la situación de duda. De esta forma, estados psíquicamente idénticos pueden ser definidos como conocimiento o desconocimiento de la Antijuridicidad (penal) del hecho, en el

sentido de plena imputación o error. En el caso de las dudas irresolubles acerca de la antijuridicidad del hecho, la determinación de a quien compete la responsabilidad por la situación de duda permitirá explicar por que ciertas situaciones deben equiparse al conocimiento seguro y por que en otros casos no debe producirse tal identificación, pasando a ser considerados errores. En definitiva, conocimiento (como criterio de imputación de responsabilidad) es el producto de lo que se sabe con certeza.

4.- El problema del conocimiento actual de la Antijuridicidad ha quedado muy limitado en los últimos tiempos a la cuestión de la determinación de las situaciones en las que se produce una incidencia motivacional mínima de la norma a partir de la cual pueden descartarse la existencia de error de prohibición. Vinculado a la lucha de escuelas de los años cincuenta y sesenta, es aconsejable diferenciar conceptualmente el conocimiento de la antijuridicidad, como representación psicológica real y efectiva, del conocimiento potencial de la antijuridicidad, que no es sino la ausencia (vencible) de conocimiento

de la antijuridicidad, y del conocimiento inactual, término que hace referencia a una serie de situaciones en las que no llegan a hacerse conscientes unos conocimientos que realmente se poseen. En la doctrina alemana presente, a la luz del artículo 17 del STGB (código penal de la república federal alemana) conocimiento potencial y conocimiento inactual son casos insertos dentro de la categoría del error. En España, se producen algunas dificultades al solaparse estos conceptos con el conocimiento de la antijuridicidad en sentido estricto. Con independencia del tratamiento dogmático, legal y penológico que finalmente se otorgue a cada supuesto, metodológicamente conviene separar, en un primer nivel, los datos psíquicos y un segundo, su valoración.

5.- La problemática en Jalisco, México, radica precisamente en la falta de reglas claras sobre el estudio de la Antijuridicidad y lo poco incursionada que esta la materia a través de jurisprudencia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

6.- Una acción típica por lo tanto será también antijurídica sino intervienen a favor del autor una causa o fundamento de justificación. La tipicidad de una acción es, consecuentemente, un indicio de Antijuridicidad. Precisamente porque aquella señala la posibilidad de que ésta debe verificarse si existe o no una causa o fundamento de justificación. Por tanto, solo cabe plantearse la cuestión de la Antijuridicidad cuando se ha llegado a la conclusión de que la acción es típica, es decir se subsume bajo un tipo penal²⁴¹.

7.- Al encontrarnos ante una conducta prevista de tipo penal, empero antepuesta una causa de justificación, prevista por la norma penal, la duda cabe en que si también esa justificación tiene efectos en materia civil o administrativa, el hecho no ha sido totalmente analizado en la legislación de Jalisco, ni por la jurisprudencia, y por tanto la cuestión requiere una aclaración de los criterios sobre cuya base se debe decidir la extensión de las causas justificación no penales al ámbito del derecho penal²⁴².

²⁴¹ ENRIQUE BACIGALUPO. Principios de Derecho Penal parte general Cuarta Edición, editorial Akal, 1994. Pag.251.

²⁴² *Ibíd.* Al anterior Pág. 255.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- **ALCHOURRON, CARLOS E./BULYGIN, EUGENIO**, Sobre la existencia de las normas jurídicas. Fontamara. México 1997 (inicialmente publicado por Universidad de Carabobo. Valencia (Venezuela 1979).
- 2.- **ALEXY ROBERT**, El concepto y la validez del Derecho. Editorial Gedisa. Barcelona 1994. (Traducción de Jorge M. Seña del original en Alemán, Begriff und Geltung des Rechts, V. Karlalber. Friburgo/Munich 1992).
- 3.- **ÁLVAREZ GARCÍA FRANCISCO JAVIER**. "Bien jurídico y Constitución". *Cuadernos de política criminal*. No. 43, Madrid, 1991.
- 4.- **ANTOLISEI FRANCESCO**. "Il problema del bene giurídico" en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Edit. Giuffre, Milano, 1939.
- 5.- **ANTÓN ONECA JOSÉ**, Derecho Penal Parte General, editorial Akal, Madrid 1986.
- 6.- **ANTONIO SCIALOJA**, Principi di economia sociales, Nápoles, 1849.
- 7.- **BACIGALUPO ZAPATER ENRIQUE**, Principios de Derecho Penal Cuarta edición, editorial AKAL Madrid 1997 **BACIGAGALUPO ZAPATER ENRRIQUE**, Principios de derecho penal, parte General, cuarta edición, AKAL ediciones, 1994.
- 8.- **BARRIENTOS GRANDON JAVIER**, La Cultura Jurídica

en la Nueva España, UNAM, México, 1993.

9.- BAYÓN MOHINO JUAN CARLOS, "Causalidad, consecuencialismo y deontologismo", Doxa-6 (1989).

10.- BELING ERNEST, Lehre vom Verbrechen Editorial Tubinga (1906).

11.- BELING ERNEST, Grundzüge des Strafrechts, 10^a.-edición. 1928.

12.- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El delito de lesiones, Tecnos 1982.

13.- BETTIOL GIUSEPPE, Bene giuridico e reato, en "Riv. It.", 1938).

14.- BETTIOL GIUSEPPE, *Instituzioni di diritto e procedura penale. Principi Fondamentali del Diritto penale vigente,* terza edizione, Padova. Cedam. Casa Editrice, Bologna, 1984.

15.- BETTIOL GIUSSEPE. Sul Método della considerazione unitaria del reato en G. Bittiol Scritti guiridici. T.I. CEDAM Papua, 1986.

16.- BINDINGM KARL, Die Normen und There Ubertretung. Reimpresión Facsímil T:I: de la 4 edition Scienti Aalen 1965.

17,- BRUNETTI GIOVANNI, II delitto civile, Florencia, 1906.

18.- BUSTOS RAMIREZ JUAN, Bases críticas de un nuevo Derecho penal, Bogotá 1982, pp. 3-62; el mismo, Control social y sistema penal.

- 19.- **CAMARGO HERNÁNDEZ CESAR**, Introducción al estudio del derecho penal. Bosch. Barcelona 1951.
- 20.- **CARMIGNANI GIOVANNI**, Elementi di diritto criminale, Nápoles, 1854.
- 21.- **CARRARA FRANCESCO**, Programma del curso di distrito Criminale, parte general, 1998.
- 22.- **CIVOLI MANUALE** del diritto penale, Milan, 1900.
- 23.- **COBO DEL ROSAL MANUEL Y VIVES ANTÓN TOMAS SALVADOR**. Derecho Penal parte general, Tirant lo Blanch 1999, España.
- 24.- **COBO GOMEZ DE LINARES MIGUEL ANGEL**, Presupuestos del Error de prohibición, Madrid 1985.
- 25.- **CONSTANTINESCO LEONTIN-JEAN**, Tratado de Derecho Comparado, V. I, Tecnos, Madrid, 1981.
- 26.- **CÓRDOBA RODA JUAN**, Notas de una Nueva Concepción del delito, tomo I, Editorial Ariel. Barcelona 1963.
- 27.- **COVIELLO PEDRO JOSÉ JORGE**. *La confianza legítima del Administrado*, Lexis Nexos 2004.
- 28.- **CREUS CARLOS**. *Ideas penales contemporáneas*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1985.
- 29.- **CUELLO CALÓN EUGENIO**, derecho penal Parte General, Bosch, 1943.
- 30.- **CUELLO CONTRERAS JOAQUIN**, Derecho Penal

Español Parte General, Curso de iniciación, Editorial Civitas, Madrid 1996.

31.- DEL VECCHIO GIORGIO, II concetto della natura e il principio del diritto, Turín, 1908.

32.- DÍAZ-ARANDA ENRIQUE Problemas fundamentales de política criminal y derecha penal, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas 2001.

33.- DÍAZ-ARANDA ENRIQUE, Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México, México, Porrúa, 2000.

34.- DITLEV TAMM, Roman Law an European Legal History Publishing, Copenhagen, 1977.

35.- ESER/BURKHARDT, Cuestiones fundamentales, artículo número 14, Walter edits.

36.- EUGENIO ZAFARONI, RAUL. Manual de Derecho penal Parte General Tercera reimpresión 1997 Cárdenas editor Distribuidor. Buenos Aires, Argentina.

37.- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, Derecho Penal fundamental, 2^a. Ed. Bogota, Temis, 1998.

38.- FERNANDEZ MOLINA FERNANDO, Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito. Bosch, Editor. 2001.

39.- FERRINI DANNI, Enciclopedia giuridica, n° 102, Milán, 1901.

40.- FISCHER HANS, ALBRECHT, Cuaderno de trabajo 2, abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess Munich (1911).

- 41.- GALLAS WILHELM**, Zum Gegenwärtigen Stand der lehre vom Verbrechen, Walter de Gruyter & Co. Berlin 1968.
- 42.- GIMBERNAT ORDEING ENRIQUE**, Estudios de Derecho penal, tercera edición, Madrid 1990.
- 42.- GONZÁLEZ FERRER CAMPO ELIAS**, Tipo e injusto. Publicación del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Panamá, Panamá, 1997.
- 43.- GONZALEZ LAGUIER, DANIEL**, Norma y acción, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1995.
- 44.- GRISPIGNI FILIPPO**. La natura giurídica del consenso dell' offeso, Modena editore, 1972.
- 45.- GÜNTHER JAKOBS**, Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal. Cuadernos Civitas, Madrid, España 2003.
- 46.- GUNTHER JAKOBS**, La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Cuaderno de Civitas, Primera edición 1996, Madrid, España.
- 47.- JESCHECK HANS HEINRICH**. Tratado de derecho penal, parte general. Editorial Bosch Barcelona, 1981 Traducción y adiciones de derecho penal español por (Traducción Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde).
- 48.- JHERING**, Der Zwck im Rect., vol. I, 2ª ed., Leipzig, 1893.

- 49.- JIMENEZ DE ASÚA LUIS**, La ley y el delito, Editorial Porrúa S.A., México 1972.
- 50.- JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS**, Tratado de derecho penal, tomo III, tercera edición, Losada Buenos Aires, 1965.
- 51.- JIMENEZ DE ASÚA LUIS**, Tratado de derecho penal mexicano, Editorial Porrúa S.A., México 1972, tomo III.
- 52.- JIMÉNEZ HUERTA MARIANO**. La antijuridicidad, Imprenta Universitaria, México, 1952.
- 53.- JOSE NIEVES LUNA CASTRO**, El Concepto del tipo penal en México, Editorial Porrúa, México 1999.
- 54.- K. LARENZ**, Metodología de la ciencia del derecho, Barcelona, 1966.
- 55.- KAUFMANN ARMIN**, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Verlag Otto Shwartz & Co. Cotiga 1954. Traducción Enrique Bacigalupo Zapater y Ernesto Garzón Valdés, título Teoría de las Normas. Fundamento de la dogmática penal moderna. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1977.
- 56.- KELSEN HANS**, Teoría pura del derecho. 5ª edición. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1986. (Traducción de Roberto J. Vernengo de la 2ª edición. en alemán: Reine Rechtslehre. Franz Deuticke. Verlag. Viena 1960).
- 57.- "L" LEGISLATURA**, Historia del Pueblo Mexicano, 2ª edición 1978, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

58.- LUZÓN PEÑA DIEGO MANUEL, Aspectos esenciales de la legítima defensa, y Curso de Derecho Penal, Parte General, Editorial Universitas S.A. Madrid 1996.

58.- MACCORMICK DONALD NEIL, "Legal obligation and the Imperative Fallacy", en A.W.B. Simpson (editor), Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series), Clarendon Press. Oxford 1973.

59.- MANZINI. *Tratato di diritto penale italiano*. T. I. Fratteli Bocca, Editore, Milano, 1908.

60.- MÁRQUEZ PIÑERO RAFAEL, Derecho Penal, parte general, editorial Trillas, 3ª edición, México, 1994.

71.- MARQUEZ PIÑERO RAFAEL, Teoría de la Antijuridicidad, Primera Edición 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

72.- MAURACH REINHART, Tratado de Derecho Penal, tomo I, (traducido por Juan Córdova Roda) Editorial Ariel. Barcelona 1962.

73.- MEZGER EDMUND, Tratado de derecho Penal tomo I, Editorial Revista de derecho Privado, Madrid 1957 Pág. 301 nota 6. Según el esquema de regla (tipicidad) / excepción (ausencia de antijuridicidad).

74.- MEZGER EDMUNDO, Tratado de Derecho penal, tomo I, (Traducción de la 2ª edición Alemana 1933) y notas de derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz) Editorial, Revista de Derecho Privado. Madrid 1957.

75.- MIR PUIG SANTIAGO Introducción a las Bases del Derecho Penal, Concepto y Método, Bosch, Barcelona, 1976.

76.- MIR PUIG SANTIAGO, ADPCP 1994, pp. 13 ss. De acuerdo Luzón Peña, Diego Manuel, Curso de derecho penal, Parte General, Editorial Universitas. S.A Madrid 1996.

77.- MIR PUIG SANTIAGO, Lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, en El Derecho penal en el Estado, Editorial Ariel, Barcelona 1994.

78.- MOLINA FERNANDEZ FERNANDO, Antijuridicidad Penal y Sistema del delito. Edición 2001 José María Bosch, editor -librería Bosch, S L Ronda Universidad 11, Barcelona Pág. 92 in fine.

79.- MONTESQUIEU. Grandes Clásicos del Derecho Volumen 5. Editorial Oxford University Press. 1999.

80.- MUÑOZ CONDE FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN MERCEDES, Derecho Penal parte general, 2ª Edición revisada y puesta al día conforme el código penal de 1995. Tirant lo Blanc. Valencia 1996.

81.- NEUMAN, Wirtshaftliche Grundbergriffe: gut, Pert, Preis, Vermogen, en "Hdb. D. polit. Oekonomie", hagg. V. schonberg, Volkswirthschaftslehre, I, 3ª Aufl., Tubingen, 1890.

82.- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOLCIDO, SUSANA. Derecho penal, parte General, Editor Rafael Castellanos, MADRID 1986.

83.- ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO, *Obligación de compensar daños causados por conductas lícitas, en La responsabilidad,* homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995).

84.- ORTOLAN EUGENE, *Elements de droit penal,* Paris, 1863: Le delit esta un fait complexe.

85.- PARETO, WILFRIDO *Tours d'économie polittique,* Lausanne, 1896.

86.- PISAPIA GIAN, DOMÉNICO. *Instituzioni di Diritto Penale. Parte Generale e Parte Speciale,* Padova. Cedam. Casa editricce. Dott, Vicenza, 1965.

87.- POLAINO NAVARRETE, MIGUEL. *El bien jurídico en el derecho penal,* Publicaciones Universidad de Sevilla, 1974.

88.- QUINTERO OLIVARES GONZALO. *Delito de Desobediencia y la desobediencia justificada,* Cuadernos de Política Criminal en estudios número 12, 1980.

97.- QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho Penal, Parte General,* Ed. Aranzadi, 2010.

98.- RITZER GEORGE, *Teoría Sociológica Clásica,* 3ª Edición, Universidad de Mariland, Mc Gram Hill.

99.- RITZER GEORGE, *Teoría Sociológica Moderna,* 5ª Edición, Universidad de Mariland, Mc Gram Hill.

100.- ROCCO ARTURO, *Riparazioni alle vittime Delhi errori guidizari.* Nápoles, 1906.

101.- RODRÍGUEZ DEVESA JOSÉ MARÍA. Derecho penal Español, Dykinson, Madrid 1995. Derecho Penal Parte General. 18 ediciones.

102.- RODRÍGUEZ DEVESA, JOSE MARÍA/SERRANO GÓMEZ. Derecho penal español, Parte General, 18° edición, Dykinson. Madrid, 1995.

103.- RODRÍGUEZ RAMOS LUIS, Libro-Homenaje a Beristain, Madrid 1977.

104.- ROMAGNOSI GIAN DOMINICO, Genesi del diritto penale, Milan, 1848.

105.- ROSSI, Traite de droit penal, Bruxelles, 1843, Livre II, chapitre II (Du mal produit par le delit).

106.- ROXIN CLAUX, Política criminal y Teoría del tipo penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. De palma. Buenos Aires 1979, traducción al castellano por E. BACIGALUPO ZAPATER Berlín 1970.

107.- SÁINZ CANTERO JOSÉ ANTONIO. Lecciones de Derecho Penal, parte general, 3ª edición Bosch Barcelona 1990.

108.- SANCINETTI MARCELO, A. Teoría del delito y desvalor de acción, JMB Barcelona, España 1995.

109.- SANCINETTI MARCELO A. Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal, bogota, Universidad Exterando de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1988.

- 110.- SAUER WILHELM**, Derecho Penal (parte general) bosch Barcelona 1956 Allgemeine Strafrechtslehre, 2a. edición. (Traducción Juan del Rosal y José Cerezo Mir del original en Alemán, Berlín 1955)
- 112.- SCHOPENHAUER**, Ueber die vierfache Wurzel des Sates vom zureichenden Grande. Edición de Brasch, Lipisa 1891.
- 113.- SILVA SÁNCHEZ JESÚS MARIA**, Aproximación al Derecho Penal contemporáneo Bosch, Barcelona, 1992, pág. 406.
- 114.- SILVA SANCHEZ/BALDÓ LAVILLA**, La teoría del delito, UNED. Madrid 1989.
- 115.- STELLA, FEDERICO**. "La teoría del bene giurídico. Fatti inoffensivi conformi al tipo", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, Milano, 1973.
- 116.- STRYK**, Eines christlichen Icti Bedenken von Injurien-Processen en las "Opere", Florencia, 1840.
- 117.- VALENTI GHINO**, Principi di scienza económica, Florencia, 1906.
- 118.- VON BAR**, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. I ("Das Strafgesetz..."), Berlin, 1906.
- 119.- WELZEL HANS**, Nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, Ariel, Barcelona 1964.
- 120.- WELZEL, HANS** Estudios de Derecho Penal, B de

F Ltda Buenos Aires Argentina 2003.

121.- WELZEL, HANS Derecho penal, parte general, traducido por Fontan Balestra y Friker, Edit. De palma, Buenos Aires, 1956.

122.- ZIELINSKI, DIETHART Handlungs- und Erfolgsumwert, (Traducción al castellano Marcelo A. Sancinetti: Desvalor de acción y desvalor. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires 1990.