

capítulo 6

Antijuridicidad y su aspecto negativo

6.1. Noción

La antijuridicidad es lo contrario a derecho. El ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica.

Carnelutti señala: "antijurídico es el adjetivo, en tanto que antijuridicidad es el sustantivo", y agrega: "Jurídico es lo que está conforme a derecho."¹

Si la ley penal tutela la vida humana mediante un tipo que consagra el delito de homicidio, quien comete éste realiza una conducta típica antijurídica.

La noción, aunque de fácil comprensión a primera vista, ofrece mayores complicaciones cuando se entra en el análisis particular de cómo precisar qué criterio o quién está legitimado para determinar qué acto o en qué circunstancias es antijurídico un comportamiento humano. Aunque este tema se estudia con más detalle al analizar el delito de homicidio. Aquí, sólo se expresará una idea para comenzar a reflexionar en las interrogantes antes formuladas.

Cualquier tipo penal que se encuentra previsto en un *Código* o ley especial es considerado delito en atención a diversas consideraciones, pero fundamentalmente al criterio que indica que dicho actuar se aparta de lo establecido por el derecho, destruyendo o poniendo en peligro un bien jurídico que previamente la norma legal tutela. Ahora bien, el homicidio, por ejemplo, que consiste en privar de la vida a alguien, es una conducta antijurídica porque daña el bien jurídicamente tutelado que es precisamente la vida humana; pero, ¿cuán antijurídico es matar?, ¿existen grados o niveles de antijuridicidad?, ¿todas las privaciones de vida son igualmente antijurídicas?, ¿puede ocurrir que una muerte sea más grave, otra menos grave y otra de plano ni sea penada?, ¿el reproche penal, social y moral puede ser distinto?, ¿algunas privaciones de vida "son justificables"?

Por último, y relacionando las cuestiones anteriores, medítese sobre las hipótesis delictivas siguientes: homicidio en riña, homicidio en legítima defensa, homicidio simple, homicidio con premeditación (*CPF*), homicidio con saña, homicidio por emoción violenta, homicidio culposo, aborto, pena de muerte y eutanasia.

¹ Francesco Carnelutti, *Teoría general del delito*, Argos, Cali, s. d., págs. 18 y 19.

Al dar respuesta a cada interrogante, seguramente, aun sin contar con mayor información o sustento doctrinal y legal (que se verá en la segunda parte del libro: homicidio), en la mente de cada persona ya existe una respuesta, a la que se llegó tomando en cuenta diversas consideraciones.

6.2. Clases

Se distinguen dos tipos o clases de antijuridicidad: material y formal:

MATERIAL. Es propiamente lo contrario a derecho, por cuanto hace a la afectación genérica hacia la colectividad.

FORMAL. Es la violación de una norma emanada del Estado. De acuerdo con Jiménez de Asúa, constituye la tipicidad, mientras que la antijuridicidad material es propiamente la antijuridicidad, por lo que considera que esta distinción no tiene sentido.²

6.3. Aspecto negativo: causas de justificación o licitud

Noción

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al estimarla lícita, jurídica o justificativa.

No resulta fácil precisar una noción de algo que es un aspecto positivo, pero lleva implícita una negación. Este aspecto se destaca porque es muy común la confusión para entender cómo la antijuridicidad (aspecto positivo) puede tener a su vez un aspecto negativo, cuando aquélla es en sí una negación o contraposición al derecho.

En ese orden de ideas, lo anterior debe entenderse como sigue:

La antijuridicidad es lo contrario a derecho, mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo conforme a derecho, o sea, las causas de justificación. Éstas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, se anula el delito por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho.

En principio, la ley penal castiga a todo aquel que la contraría (antijuridicidad); pero excepcionalmente la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica (causas de justificación), con lo cual desaparece la antijuridicidad, por existir una causa de justificación o licitud.

² Luis Jiménez de Asúa, *op. cit.*, págs. 278 y 279.

De manera genérica, el CPF las maneja como causas de exclusión de delito, como se observa en el art. 15, que mezcla distintas circunstancias, entre ellas las de justificación; a su vez, la doctrina las separa y distingue. También suele denominárseles *eximentes*, *causas de incriminación* o *causas de licitud*. El CPDF, por su parte, las contempla en su art. 29 con el acierto de indicar su denominación como aspecto negativo del delito. Por ejemplo, la fracc. I es la hipótesis de ausencia de conducta, aspecto negativo de la conducta; la fracc. IV contempla la hipótesis de legítima defensa, aspecto negativo de la antijuridicidad, y la fracc. VIII prevé la hipótesis de error de tipo y error de prohibición, que constituyen el aspecto negativo de la culpabilidad.

Hay códigos penales estatales que las consideran circunstancias excluyentes de responsabilidad, en vez de causas de exclusión del delito.

Naturaleza

A pesar de las diversas tendencias y opiniones al respecto, la naturaleza de las causas de justificación es eminentemente objetiva, pues derivan de la conducta y no de algún elemento interno. De lo anterior se explica que dichas causas anulen el delito, mas no la culpabilidad.

Eximentes supralegales

Es falso creer que existan justificantes derivadas de otra fuente distinta de la ley cuando se sabe que en derecho penal la única fuente de derecho es precisamente la ley. No necesariamente las eximentes justificativas se contemplan en el art. 15 del CPF y en el 29 del CPDF en forma genérica, sino que se pueden derivar de otra norma, pero dentro del propio cuerpo legal. Tales serían los casos del robo de famélico o de indigente (derogado en el CPDF) y del aborto por previa violación de la mujer; por ejemplo, el primero sería un caso especial de estado de necesidad y el segundo, de ejercicio de un derecho.

Fundamentación de las causas de justificación

Los criterios que fundamentan las causas de justificación son el consentimiento y el interés preponderante.

CONSENTIMIENTO. Mezger explica: "El consentimiento del lesionado no excluye el injusto en todos los hechos punibles. El consentimiento debe ser serio y voluntario y corresponder a la verdadera voluntad del que consiente."³

³ Edmund Mezger, *Derecho penal*, Cárdenas Editores, México, 1985, pág. 166.

Para que el consentimiento sea eficaz se requiere que el titular objeto de la acción y el objeto de protección sean una misma persona. También puede darse el consentimiento presunto (enfermos).

INTERÉS PREPONDERANTE. Surge cuando existen dos bienes jurídicos y no se pueden salvar ambos, por lo cual se tiene que sacrificar uno para salvar el otro. Se justifica privar de la vida a otro para salvar la propia.

Causas de justificación en particular

La legislación penal mexicana contempla las siguientes:

- a) legítima defensa.
- b) estado de necesidad.
- c) ejercicio de un derecho.
- d) cumplimiento de un deber.
- e) consentimiento del titular del bien jurídico.

LEGÍTIMA DEFENSA. En casi todos los pueblos se ha presentado esta figura, que excluye de pena a quien causa un daño por obrar en virtud de la defensa de determinados intereses previstos en la ley, según ciertas circunstancias.

Quizá la legítima defensa sea la más importante de las causas de justificación. En la práctica, esta figura jurídica se presenta con frecuencia y es lamentable su desconocimiento, tanto por parte de autoridades como de abogados, y no se diga de la gente que no estudió ni tiene injerencia en la ciencia jurídica, cuando su conocimiento debería ser obligación de los primeros, necesidad de los segundos y un deber cívico de los terceros. ¡Cuántos sentenciados saldan una pena que nunca debieron cumplir!

Es común escuchar a los abogados que se refieren a la figura como defensa propia cuando esto es una incorrección, pues dicha defensa es en ocasiones respecto de bienes jurídicos ajenos, no necesariamente propios.

Noción. La legítima defensa consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Ésta es la definición legal incluida en la fracc. IV del art. 15 del CPF y en la fracc. IV del art. 29 del CPDF.

Bienes amparados. La legítima defensa ampara cualquier bien jurídico; sin embargo, la ley no precisa ni excluye ninguna. Así, al amparo del principio que dice "donde la ley no distingue no se debe distinguir", se entiende que todos los bienes jurídicos son susceptibles de protección por legítima defensa.

Aquí cabe destacar que se trata no sólo de bienes propios, sino también de ajenos, pues la propia ley así lo establece; de ahí que se insista en lo incorrecto de la expresión *defensa propia*.

Elementos. Los elementos de la legítima defensa son las partes integrantes de la propia definición legal:

- a) *Repulsa.* Significa rechazar; evitar algo, eludir, no permitir que algo ocurra o se acerque. Implica que la agresión ejercida, sin haberla provocado, se rechace. La repulsa es realizada por el presunto o probable responsable de la conducta lesiva, quien queda protegido por la legítima defensa.
- b) *Agresión.* Consiste en atacar, acometer; es un acto mediante el cual se daña o pretende dañar a alguien. Es actuar contra una persona con intención de afectarla. Por tanto, dicha agresión tiene que ser:
 - *Real.* Que sea algo cierto, no imaginado; que no se trate de una simple suposición o presentimiento.
 - *Actual.* Que ocurra en el mismo instante de repelerla; quiere decir que la agresión y la repulsa deben darse en un mismo espacio temporal, o que aquélla sea inminente.
 - *Inminente.* Que sea próxima o cercana; de no ser actual, que por lo menos esté a punto de ocurrir.
- c) *Sin derecho.* La agresión debe carecer de derecho, porque la existencia de éste anularía la antijuridicidad y no se justificaría la defensa.
- d) *En defensa de bienes jurídicos propios o ajenos.* Ya se mencionó que la repulsa debe obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico, sea propio o ajeno, pues así lo señala la ley.
- e) *Necesidad de la defensa.* Significa que la acción realizada (repulsa) para defender los bienes jurídicos debe ser la necesaria, proporcional al posible daño que se pretendía causar con la agresión injusta.
- f) *Racionalidad de los medios empleados.* Quiere decir que el medio no sea extremo.
- g) *Sin mediar, provocación suficiente, dolosa e inmediata.* El agredido no debe haber provocado la agresión, ni el tercero a quien se defiende deberá haber dado causa a ella. Malamente podrá decir y justificar que repelió una agresión "sin derecho" quien ha dado motivo suficiente para ella.

Presunciones. Aparte de la forma genérica, la ley prevé presunciones *iuris tantum* de legítima defensa en el art. 15, fracc. IV, párrafo segundo, y en el art. 29, fracc. IV, párrafo segundo.

Exceso. La repulsa a la agresión injusta deberá traducirse en una acción que sea necesaria y proporcional a la agresión o al posible daño.

El exceso ocurre cuando el agredido extralimita las barreras de lo proporcional y justo, rebasando la medida necesaria para defenderse o para defender a otro. Al respecto, Von Liszt indica: "No debe traspasar los límites de la estricta necesidad."⁴

En la legislación soviética, para los casos de exceso en la legítima defensa se establecía una responsabilidad atenuada si como consecuencia existían homicidio o lesiones corporales graves o leves.⁵

El análisis del caso concreto revelará si hay o no exceso, conforme al art. 16 del CPF. Cuando exista tal exceso, se castigará por el delito cometido como si hubiera sido culposo. El art. 29, último párrafo, establece que en caso de exceso en legítima defensa se estará a lo previsto en el art. 83, tercer párrafo, que indica la imposición de la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad correspondientes al delito de que se trate, siempre que en relación con el exceso no exista otra causa de exclusión del delito.

Problemas que plantea la legítima defensa. Dichos problemas son cuestiones que inquietan al estudioso y que en la práctica maneja el derecho penal; constituyen confusión por falta de uniformidad de criterios al respecto:

- a) *Contra el exceso.* Se plantea si es posible que se presente esta figura de la legítima defensa y que el agresor (primero) obre a su vez en ejercicio de la legítima defensa cuando el atacado se excede en la repulsa a su agresión. Como se apuntó, no existe uniformidad en los autores, quienes tienen opiniones encontradas en cuanto a la respuesta.

Consideramos que no puede presentarse dicha figura jurídica, debido a que la ley, entre los requisitos señalados para integrarla, exige que no haya habido provocación, y en esta hipótesis sí la hay. Por otra parte, la fundamentación de la legítima defensa impide la existencia de un círculo vicioso.

- b) *Legítima defensa y riña.* Estas dos figuras comúnmente se confunden; sin embargo, son diferentes y no hay posible duda al respecto. Si se tiene presente en qué consiste la primera, bastará señalar que la riña es la contienda entre dos o más personas, pero tiene que ser de obra, no de palabra, y constituye una circunstancia atenuante en los delitos de lesiones u homicidio.

La riña es una contienda en que ambos sujetos se hallan en igualdad de circunstancias, a diferencia de la legítima defensa, en la cual hay un agresor y un agredido que repele la agresión.

⁴ Franz von Liszt, citado por Irma Griselda Amuchategui Requena, *La legítima defensa y el derecho penal*, antología, SUA, UNAM, México, 1989, pág. 105.

⁵ Kelina Raskovskaia Zdravomislov Schneider, *Derecho penal soviético. Parte general*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1970, pág. 59.

En la riña, tácita o expresamente, los rijosos manifiestan su conformidad con las consecuencias, mientras que en la legítima defensa no, porque en ésta existe una excluyente de delito y, por tanto, de pena; en cambio, en la riña sólo ocurre un atenuante, pues los sujetos actúan al margen de la ley.

Por último, se niega categóricamente que ambas instituciones puedan ocurrir de manera simultánea, pues una excluye a la otra. Estas dos figuras penales son independientes y de naturaleza diversa.

- c) *Legítima defensa recíproca*. No es admisible que cada sujeto realice la misma conducta de legítima defensa, de manera paralela en un mismo comportamiento. Lo anterior se fundamenta en las consideraciones anotadas en los dos problemas antecedentes.
- d) *En el caso de inimputable*. Si un inimputable comete una acción "delictuosa" en ejercicio de la legítima defensa, al ser agredido obra en legítima defensa, pero se trata de un inimputable y su actuar se regulará por las disposiciones contempladas en la LTMIDF. Nada impide que un menor o cualquier otro inimputable obre en legítima defensa.

El otro caso es aquel en el que un inimputable agrede, de modo que la cuestión será determinar si procede la legítima defensa contra un agresor inimputable. La respuesta es afirmativa, pues el agredido no tiene obligación de cerciorarse de la edad o padecimiento mental que tenga su agresor, por lo cual actuará conforme a la tutela de esa circunstancia que exime la antijuridicidad; además, se debe tener presente que la naturaleza de esta figura es objetiva.

Para terminar el estudio de este tema, cabe mencionar que el 25 de enero de 1989 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el "Acuerdo por el que se dan instrucciones a los agentes del Ministerio Público y de la Policía Judicial", del que es importante destacar:

1. Cuando exista daño derivado de manera indubitable del ejercicio de la legítima defensa, no se afectará la libertad del acusado y, de ser el caso, se le liberará inmediatamente.
2. Si el daño se produce bajo los supuestos del párrafo segundo de la fracc. III del art. 15 del CPDF, al probable responsable se le tratará en igual forma que en el caso anterior, aun cuando la prueba en contrario esté por perfeccionarse.
3. En caso de exceso en la legítima defensa (y otras excluyentes), se podrá aplicar el beneficio del arraigo domiciliario.
4. En los casos previstos en este acuerdo se actuará de oficio.

ESTADO DE NECESIDAD. El estado de necesidad es otra causa de justificación o licitud de vital importancia, establecida en el art. 15, fracc. V, del CPF.

Noción. El estado de necesidad consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno respecto de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

En relación con la jerarquía de los bienes (salvado y sacrificado), existe desigualdad de opinión entre los autores. Para unos, el bien sacrificado debe ser de menor valor que el bien salvado; mientras que para otros puede tener la misma jerarquía.

El primer caso ocurre cuando para salvar la vida de una tripulación aérea o marítima se sacrifican caballos de pura sangre con un costo económico considerable; el segundo es aquel en el que se sacrifica una vida humana para salvar otra en una catástrofe (terremoto, inundación, guerra, etcétera).

Existe un ejemplo de cátedra citado durante años, consistente en dos marineros que naufragan, quienes, ante la circunstancia de tener que salvar sus vidas, y como sólo existe una tabla que servirá para una sola persona, uno de ellos arroja al mar al otro (igualdad de bienes).

Consideramos que los bienes jurídicos pueden ser de igual valía y, sin embargo, existir el estado de necesidad, con base en lo previsto en la fracc. V del citado art. 15 del CPF, que se refiere a un bien de menor o igual valor.

Elementos. Al analizar la definición legal del estado de necesidad se observa que éste se integra de los elementos siguientes:

- a) *Peligro.* Debe existir la amenaza (posibilidad segura) de una situación que puede causar daño a alguno de los bienes jurídicos de los cuales es titular una persona. Al igual que la legítima defensa, el peligro debe ser real, actual o inminente (consúltese lo expuesto en el apartado anterior).
- b) *El peligro no debe haberlo ocasionado dolosamente el agente.* La ley precisa que el peligro no debe haber sido ocasionado dolosamente por el agente; si esto ocurriera, no podría invocarse el estado de necesidad.
- c) *El peligro debe existir sobre bienes jurídicos propios o ajenos.* Al igual que en la legítima defensa, los bienes, sean propios o ajenos, son amparados por el estado de necesidad. Tampoco aquí se precisa o distingue cuáles son, por lo que se entiende que cualquiera puede serlo.
- d) *Causar un daño.* El agente obrará ante el peligro de tal forma que causará una afectación o daño a un bien jurídico para salvar otro (propio o ajeno). El daño carecerá de antijuridicidad.
- e) *Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro.* Se precisa la ausencia de obligación por parte del agente de afrontar dicho peligro. De

existir esa obligación, sería otra causa de justificación, pero no estado de necesidad.

- f) *Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.* Ante el peligro, el sujeto activo deberá actuar para salvar el bien jurídico amenazado, pero será causa justificada en cuanto no haya habido otro medio practicable al empleado o no hubiera otro menos perjudicial a su alcance, pues lo contrario anularía la justificación.

Casos especialmente tipificados. El CPF, además de la forma genérica con que contempla el estado de necesidad, regula dos específicos: el aborto terapéutico y el robo de indigente.

- a) *Aborto terapéutico.* Llamado en la doctrina también *aborto necesario*, consiste, de acuerdo con el art. 334 del propio Código, en lo siguiente: "no se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

En tal caso, el estado de necesidad ocurre en función de sacrificar un bien (la vida del producto de la concepción) para salvar otro, que es la vida de la madre, quien corre peligro. Para algunos, este caso plantea dos bienes jurídicos de jerarquía diversa, de modo que es mayor el valor de la vida de la madre que la del producto; para otros, ambos bienes son de idéntica valía, y para otros más el bien superior es la vida del producto (derecho canónico).

Algunos juristas consideran que dicha hipótesis pertenece al aspecto negativo de la punibilidad, representado por las excusas absolutorias.

- b) *Robo de indigente.* También conocido como *robo de famélico*, es propiamente el robo producido por un estado de necesidad, contemplado en el art. 379 del CPF de la manera siguiente: "No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento."

Este precepto ha sido criticado por adolecer de limitaciones y deficiencias. Se trata del robo de cosas que puedan satisfacer alguna necesidad apremiante, no sólo alimentos, sino también objetos que resulten indispensables para salvar un bien jurídicamente tutelado, como medicamentos, agua, oxígeno, ropas e incluso dinero. El análisis y la crítica correspondientes se harán al estudiar los delitos en particular, al abordar el tema del robo.

De antemano se precisa que, de no existir tal precepto (ni el anterior de aborto terapéutico), se recurriría al art. 15, fracc. v, del CPF, el cual ampara de manera genérica ambos casos; por tanto, se concluye que no era necesario erigirlos como casos específicos cuya existencia, por otra parte, resulta muy difícil.

El CPDF, a su vez, hace referencia al estado de necesidad en la fracc. v del art. 29 de la manera siguiente: "v. (Estado de necesidad.) Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo."

EJERCICIO DE UN DERECHO. El ejercicio de un derecho aparece junto con el cumplimiento de un deber, tal como se dispone en la fracc. VI del mismo art. 15 del CPF.

Noción. Ejercer un derecho es causar algún daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. En esta exigente, el daño se causa en virtud de ejercer un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión, de una relación familiar, etcétera.

El médico que amputa una pierna para que no avance la gangrena causa una mutilación (lesión), pero su conducta, a pesar de parecer típica, no es anti-jurídica porque actúa en ejercicio de un derecho; a su vez, el abogado y el actuario que toman bienes muebles ajenos por virtud de una orden de embargo no cometen ilícito alguno, porque también actúan en el ejercicio de un derecho.

En los deportes. En la actividad deportiva resulta frecuente que los deportistas infieran a otros determinadas lesiones y, a veces, cometan homicidio. Al respecto, existen tres situaciones posibles:

- a) *Deportes en los que la práctica es individual.* Una sola persona ejecuta la actividad deportiva, como gimnasia, natación, clavados, etc. No hay equipo o grupo en el que se practique conjuntamente. De lesionarse el deportista o resultar muerto, sería imposible fincar responsabilidad penal alguna, ya que se trataría de un mero accidente.
- b) *Deportes que implican la participación directa de dos o más individuos.* Igual que en el caso anterior, tampoco existe un combate, como el fútbol, volibol, etc.; no obstante, su práctica puede ser ruda o por lo menos existe la posibilidad de causar daños a los compañeros. En esta hipótesis, de ocasionarse lesiones u homicidio, quien los infiera se verá beneficiado por la

causa de justificación correspondiente al ejercicio de un derecho, con lo cual se elimina la antijuridicidad del hecho típico resultante, a menos que se pruebe dolo por parte del activo.

- c) *Deportes que en sí implican combate.* Es el caso en que los deportistas contenden, como en el boxeo, las artes marciales, etc. De producirse lesiones u homicidio, existiría la causa de justificación derivada del ejercicio de un derecho. Igual que en el caso anterior, podría probarse dolo o incluso alguna agravante por parte del contendiente que causó la lesión o la muerte.

En el caso de los deportes, se presupone que el ejercicio de un derecho implica una autorización oficial por parte del Estado; de no existir ésta, el ilícito resultante puede entrar en el rubro de la responsabilidad penal. El CPDF contempla esta figura en el art. 29, fracc. VI.

Cumplimiento de un deber

Noción. El cumplimiento de un deber consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. El art. 15, fracc. VI, del CPF regula esta figura simultáneamente con el ejercicio de un derecho. El cumplimiento de un deber deriva del ejercicio de ciertas profesiones o actividades. El CPDF lo prevé en el art. 29, fracc. VI.

En ese orden de ideas, aquí se da por reproducido todo lo manifestado en el apartado relativo al ejercicio de un derecho, pues la ley penal los iguala al definirlos en el mismo precepto. La única diferencia radica en que el primer caso consiste en ejercitar un derecho, mientras que en el segundo, en cumplir un deber, y muchas veces ambas situaciones se encuentran unidas o una se desprende de la otra.

OBEDIENCIA JERÁRQUICA. Para algunos estudiosos, la obediencia jerárquica constituye una causa de inculpabilidad; para otros, una causa de justificación. En este libro se estudiará como causa de justificación.

Noción. La obediencia jerárquica se contemplaba en la fracc. VII del art. 15 del CPF antes de las reformas de enero de 1994. Se definía como causar un daño en obediencia a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía.

Al respecto, expresa Castellanos Tena:

Con motivo de la reforma penal publicada en el *Diario Oficial* del 10 de enero de 1994, la obediencia jerárquica no figura expresamente entre las causas de ex-

clusión del delito; la nueva fracción VIII del artículo 15; la relativa a la actuación del inferior para evitar graves consecuencias hará operar una no exigibilidad de otra conducta (fracción IX); cuando se obedezca la orden por cumplimiento de un deber de obediencia, el caso encuadra en la amplia fórmula de la fracción VI de dicho precepto.⁶

De igual manera, queda esta excluyente contemplada en el art. 29, fracc. VI, del CPDF.

IMPEDIMENTO LEGÍTIMO. Esta causa de justificación se encontraba prevista en la fracc. VIII del multicitado art. 15 del CPF.

En las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 1994 fue eliminada esta excluyente, que consistía en causar un daño, en contravención a lo dispuesto por una ley penal, de manera que se deje de hacer lo que se manda, por un impedimento legítimo. Constituye propiamente una omisión. Se trata de no ejecutar algo que una ley ordena, pues otra norma superior a aquélla lo impide; por ejemplo, no auxiliar al atropellado, si quien lo atropelló lleva gravemente enferma a su madre. Esta hipótesis cabe actualmente en el cumplimiento de un deber o bien en el estado de necesidad.

CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO. Con motivo de las reformas al CPDF publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 1994, se adiciona una nueva circunstancia excluyente del delito. Se trata de la prevista en el art. 15, fracc. III, del CPF, que establece lo siguiente:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

[...]

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

En el CPDF se norma esta excluyente en el art. 29, fracc. III. Además, se incluye una presunción en el último párrafo de dicho precepto.

⁶ Fernando Castellanos Tena, *op. cit.*, pág. 267.

Esta nueva circunstancia o excluyente del delito, novedosa en nuestra legislación, hasta cierto punto, contempla una figura que se puede prestar a interpretaciones erróneas. Serán la doctrina, el criterio del juzgador, la jurisprudencia y una adecuada interpretación las que puedan precisar el verdadero sentido o *ratio legis* de esta nueva excluyente.

Actividades

1. En tres delitos tomados del *Código Penal*, precise en qué consiste la antijuridicidad.

2. Del art. 15 del *CPE* y del 29 del *CPDT*, distinga cada causa de justificación.

3. Con base en una noticia periodística en que se vea la presencia de la legítima defensa, indique cada elemento de esta última.

4. Amplíe el cuadro del art. 10 de distinguir y marcar los rasgos característicos de la legítima defensa, la causa y el estado de necesidad, otorgando un elemento de cada una de las figuras siguientes:

- a) El exceso en la legítima defensa.
- b) El cumplimiento de un deber.
- c) El estado de necesidad.
- d) El cumplimiento del deber del bien jurídico.

5. Analice los casos de exceso en legítima defensa, fundamentando sus argumentos de semejanzas y diferencias entre el exceso de un hecho y el cumplimiento de un deber.

6. Compare los casos de cumplimiento de las circunstancias excluyentes contempladas en el *CPE*, el *CPDT* y el *Código Penal* de algún estado o a su elección.

Autoevaluación

1. ¿Qué es la antijuridicidad?
2. ¿Cuál es el aspecto negativo de la antijuridicidad?
3. ¿Cuáles son los elementos de la legítima defensa?
4. ¿Qué bienes ampara la legítima defensa?
5. ¿Cuáles son las presunciones legales sobre legítima defensa?
6. ¿Es posible el exceso en la legítima defensa?
7. ¿Cuáles son los casos específicos de estado de necesidad contemplados en los códigos penales federal y del D.F.?
8. ¿Qué es el cumplimiento de un deber?

9. ¿En qué consiste el consentimiento del titular del bien?
10. ¿Cuál es la diferencia entre legítima defensa y riña?
11. Coloque una F o una V dentro del paréntesis, según se trate de falso o verdadero:

- 1) Puede existir la legítima defensa contra el exceso en la legítima defensa. ()
- 2) Pueden coexistir la legítima defensa y la riña. ()
- 3) Puede haber legítima defensa recíproca. ()
- 4) Se puede presentar la legítima defensa contra inimputables. ()
- 5) Para que exista el estado de necesidad se requiere que los bienes sean de igual valía. ()
- 6) En el estado de necesidad, el peligro puede amenazar a una persona diferente de la que causa el daño. ()
- 7) El dolo de lesiones puede presentarse en el ejercicio de un derecho. ()
- 8) La expresión "defensa propia" es más correcta que la de "legítima defensa". ()

y el estado de necesidad

	Legítima defensa	Riña	Estado de necesidad
Núcleo			
Artículo del CP			
Objeto			
Elementos			
Tipicidad			

2. ANTIJURIDICIDAD. CONCEPTO

Dado que la antijuridicidad es un concepto negativo (lo contrario a la norma, lo contrario al derecho) no resulta fácil dar una definición de la misma. Por lo general, se señala como antijurídico lo que es contrario al derecho; pero aquí no puede entenderse lo contrario al derecho, lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Se trata de una contradicción entre una conducta determinada y el concreto orden jurídico impuesto por el Estado. Las leyes no surgen por generación espontánea, sino que tienen unos presupuestos previos que integran el bagaje cultural de una comunidad. Las normas de cultura constituyen los principios fundamentales de la convivencia social, que el derecho regula como manifestación de una cultura.⁶

Parece sumamente explícita la definición de Fernando Castellanos de que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido, a que se contrae el tipo penal respectivo. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, es decir, aquilatar la estimación entre esa conducta (en su fase material) y la escala de valores del Estado.⁷

El derecho penal, como ya se dijo al señalar sus caracteres, es garantizador, sancionador, tiene una función de protección y tutela de los valores reconocidos en el ordenamiento jurídico en general. Sin negar totalmente lo subjetivo (que, desde luego, es terreno propio de la culpabilidad), puede afirmarse que la antijuridicidad es fundamentalmente objetiva, está enfocada a la conducta externa.

3. ELEMENTOS

A pesar de que el juicio que presupone la antijuridicidad se refiere a la oposición entre conducta humana y norma penal y de que se recae sobre la acción realizada exclusivamente, teniendo por tanto un carácter objetivo, aun reconociendo este predominante carácter objetivo, un grupo de autores, especialmente alemanes, observa que determinados hechos delictivos presentan una específica actitud psicológica del agente, dirigida a un fin determinado.⁸ De aquí que se hable de elementos de la antijuridicidad o, con mayor precisión, de aspectos de la misma.

Se ha dicho que una misma conducta exterior puede ser conforme al derecho o antijurídica (contraria al *ius*), según el sentido que el agente atribu-

⁶ Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, pág. 312.

⁷ Fernando Castellanos, *Lineamientos*, ed. 1975, pág. 176

⁸ Cuello Calón, *op. cit.*, pág. 351.

ya a su acto, según la disposición anímica con que lo realice. Estos elementos de índole subjetiva son denominados *elementos subjetivos del injusto* (de la antijuridicidad). En el sentido indicado opinan Hegler, Mezger, Shönke, Welzel y Bettioli, como señala el maestro Cuello Calón.⁹

El maestro español continúa diciendo que la presencia de estos rasgos subjetivos en la antijuridicidad no supone la fusión de ésta con la culpabilidad, pues el afamado jurista entiende que sería equivocado atribuir todo lo objetivo al injusto (antijuridicidad) y todo lo subjetivo a la culpabilidad. Dicha presencia de estos rasgos subjetivos tiene lugar, sigue diciendo Cuello Calón, en los delitos llamados de intención o de tendencia (como el hurto y el robo), en los que la acción sólo integra estas infracciones cuando el agente obra con ánimo específico de apropiarse o de utilizar la cosa ajena (ánimo de lucro). Para estos delitos, *la antijuridicidad comprende no sólo los elementos objetivos de la figura de delito, sino también intenciones o propósitos específicos del agente (elementos subjetivos)* cuando concurren a constituir el tipo delictivo.¹⁰

4. CLASES

El gran maestro Carlos Binding, con agudeza, señala que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto ajustado a lo previsto en la ley penal. Se infringe la norma (lo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico), que está en plano superior y de basamento de la ley. El *Código Penal* no dice "no matarás", sino que señala la sanción para el que comete un homicidio; si se mata se vulnera la norma, pero no la ley, que lo que hace es sancionar. De ahí la afirmación de Binding: la norma crea lo antijurídico, en tanto que la ley crea la acción punible; la norma valoriza, y la ley describe.¹¹

Por su parte, Max Ernesto Mayer señala que la antijuridicidad es la contradicción a las normas culturales establecidas por el Estado. Para Mayer, la norma cultural abarca los repertorios de comportamiento y patrones de existencia de la sociedad tanto en el plano teórico como en el práctico (sentimientos nacionales, religiosos, costumbres, etc.).

Binding y Mayer señalan un doble sentido a la antijuridicidad: el formal y el material. La *antijuridicidad formal* está constituida por la conducta opuesta a la norma en tanto que la *antijuridicidad material* se halla integrado por la lesión o peligro para bienes jurídicos. Normalmente, ambos aspectos suelen coincidir. Los hechos prohibidos o exigidos por las normas penales suelen ser nocivos o peligrosos socialmente, pero, aun cuando no lo fueran, siempre serían antijurídicos por contravenir lo mandado por la norma.

⁹ Cuello Calón, *op. cit.*, pág. 352.

¹⁰ Cuello Calón, *op. cit.*, pág. 352.

¹¹ Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, A. Bello, Caracas, 1945, pág. 338.

ma. Los hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad (antijuridicidad material), no previstos por la norma penal, sólo serán antijurídicos cuando una ley los sancione. La antijuridicidad material sin antijuridicidad formal no tiene trascendencia penal.¹² La percepción de estos dos aspectos, sin afectar para nada el concepto unitario de la antijuridicidad es perfectamente posible. Así, el maestro Jiménez Huerta señala que sin contrariedad formal con un mandato o prohibición del orden jurídico no puede formularse un juicio desvalorativo sobre una conducta, aunque esta sola contradicción no es suficiente para integrar la esencia de la antijuridicidad, pues lo que contradice dicho orden ha de representar una negación sustancial de los valores sociales, que constituye el contenido y la razón de ser del orden jurídico.¹³

La antijuridicidad formal es una consecuencia del principio de legalidad dominante en las legislaciones criminales; donde dicho principio esté vigente; sólo cuando no esté vigente este criterio de legalidad, prevalecerá la antijuridicidad material (como en el caso de la Alemania nazi, con el sano sentimiento popular y la analogía, fuente de aberraciones y abusos sin medida).¹⁴

En el derecho mexicano, el principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*) está consagrado, como ya se ha dicho, en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional.

5. CRITERIOS DE LA ANTIJURIDICIDAD

En el campo de la ciencia jurídica pueden señalarse, respecto de la antijuridicidad, dos corrientes: la *objetiva*, que considera por exigencias sistemáticas vinculado lo injusto, lo antijurídico, a la mera contradicción del acto con la norma, sin necesidad de verificar si el agente obró de manera culpable, y la *subjetiva*, que para decir lo antijurídico pretende previamente analizar si en la conducta del sujeto activo hubo dolo o culpa, así como capacidad para obrar culposamente.¹⁵ Jiménez de Asúa rechaza la teoría subjetiva, que involucra lo injusto (lo antijurídico) y lo culpable. Por eso, sigue diciendo el afamado maestro, no es lo antijurídico lo que capta el dolo, sino el deber de no violar las normas. El maestro señala que, en el aspecto objetivo, la muerte antijurídica de un hombre es independiente del dolo, pues se trata de un juicio de valoración objetiva. Jiménez de Asúa expone el mecanismo de avance: *lo primero* es el concepto natural, con independencia del valor (acto); *luego* es la comparación cognoscitiva con lo descrito, sin valor (tipicidad); después, la valoración objetiva con la norma (antijuridicidad); y por último, el juicio de reproche (culpabilidad).¹⁶

¹² Cuello Calón, *op. cit.*, pág. 354.

¹³ Mariano Jiménez Huerta, *La antijuridicidad*, tomo I, Universitaria, 1952, pág. 31.

¹⁴ Cuello Calón, *op. cit.*, pág. 354.

¹⁵ Jiménez de Asúa, *Tratado*, ya citado, tomo III, pág. 981.

¹⁶ Jiménez de Asúa, *op. cit.*, tomo III, pág. 981, *in fine*.

Puede afirmarse que todavía la opinión dominante se inclina a favor de la antijuridicidad objetiva. El maestro Jiménez de Asúa considera como partidarios de este criterio, entre otros, a Löffler, Franz von Liszt, von Beling, Fischer, Max Ernesto Mayer, Nagler, von Bar, Sauer, von Hippel, Mezger, etc. La posición de Mezger puede sintetizar este núcleo de opinión al decir:

Una acción es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del derecho. Éste se concibe como una ordenación objetiva de la vida, y lo injusto (lo antijurídico), por tanto, como la lesión de dicho ordenamiento. El derecho existe para garantizar una convivencia externa ordenada, de los que están sometidos a él. Objeto de la voluntad jurídica ordenadora es la determinación de lo que es conforme al orden jurídico y de lo que lo contradice. Esta determinación tiene lugar en virtud de las normas de derecho, que por ello aparecen como normas objetivas de valoración, como juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del derecho. . . A esta concepción del derecho corresponde la de la antijuridicidad (la de lo injusto), como una contradicción objetiva con los preceptos jurídicos, como una lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración.¹⁷

Sin embargo, esta posición ha sido después matizada por el propio Mezger al distinguir entre el lado externo de lo injusto (antijurídico) y el lado interno, que parece, según Jiménez de Asúa, indicativo de un mayor énfasis de lo subjetivo. Esta teoría objetiva de la antijuridicidad dominó no sólo en la doctrina alemana, sino también, en general, en la práctica de los tribunales.¹⁸

En Italia fueron simpatizantes con la teoría de la antijuridicidad objetiva, entre otros, Delitala, Maggiore y Sabatini; en España, Díaz Palos, con una evaluación positiva de los elementos subjetivos de lo injusto (antijuridicidad); en Argentina, el profesor Sebastián Soler y Ricardo Núñez; en Chile, Novoa Monreal; y en México, Jiménez Huerta, quien adopta un objetivismo, en el que rechaza los elementos subjetivos referidos a lo antijurídico, sosteniendo que, si bien forman parte de la conducta que se valúa (en el juicio de contradicción), deben considerarse como elementos finalistas de la conducta, pero sólo en orden al elemento externo del comportamiento realizado por el agente.¹⁹ En el mismo sentido objetivista de la antijuridicidad opina el mexicano Ricardo Franco Guzmán, quien afirma que para calificar un hecho como delito hay que prescindir de todo elemento subjetivo.²⁰

¹⁷Mezger, *Strafrecht*, tomo I, ya citado, 6a. ed., págs. 163 y 164.

¹⁸Jiménez de Asúa, *op. cit.*, tomo III, pág. 982, *in fine*.

¹⁹Jiménez de Asúa, *op. cit.*, tomo III, pág. 983; Fernando Díaz Palos, *Antijuridicidad Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo II, Barcelona, Seix, págs. 704-707, 1950, Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, tomo I, ya citado, págs. 244-335; Ricardo C. Núñez, "Conceptos fundamentales acerca de la antijuridicidad", *Revista Jurídica de Córdoba*, núm. 10m, abril-junio de 1949, págs. 211-213; Eduardo Novoa Monreal, "Los elementos del delito", *Anales Jurídico-Sociales*, Santiago de Chile, 1952, págs. 22-47; Mariano Jiménez Huerta, *La antijuridicidad*, ya citado, págs. 29-52.

²⁰Ricardo Franco Guzmán, *Delito e injusto*, México, ed. del propio autor, 1950, pág. 87.

Frente a la concepción objetiva de la antijuridicidad se alza el criterio subjetivo. Para los seguidores del principio de los imperativos (que conminan al sujeto al deber de obrar de manera determinada), no hay más remedio que introducir en ella al acto anímico (la conciencia de obrar contra el derecho, la voluntad contraria a él), para que la conducta pueda calificarse como antijurídica. Para los subjetivistas, no se suscita aquella conciencia de violar el deber como elemento de la culpabilidad como opinan los objetivistas, sino que la enclavan y la valoran en el ámbito de lo antijurídico. Para los que piensan así, la acción no culpable, conducta del menor o del demente, no tendría significación para el derecho; por ejemplo, no podría decirse que son actos injustos (antijurídicos) el rayo y otras calamidades cósmicas. Partidarios de la teoría subjetiva de la antijuridicidad son, entre otros, Binding, Merkel, Gilschmidt, Hold y von Ferneck, quien llega a afirmar que la esencia de lo antijurídico reside en la especial contradicción subjetiva entre el hecho humano y la norma; es decir, este autor equipara totalmente a la culpabilidad con lo injusto (antijurídico).²¹

En Italia hay ilustres defensores de la teoría objetiva de la antijuridicidad, como se ha citado anteriormente. Los más contemporáneos se han manifestado en contra de ella y en favor de la corriente subjetiva de la antijuridicidad, entre ellos Carnelutti, Rocco, Remo Pannain, Francesco Alimena, Malinverni, etc. Merece la pena señalar la posición de Antolisei, quien entiende que de ningún modo es posible pronunciar el juicio sobre la ilicitud o no de un comportamiento humano si no se considera la actitud de la voluntad del mismo. El prestigioso maestro continúa diciendo que si hacemos abstracción de este elemento subjetivo, no nos encontraremos frente a un hecho humano, sino sólo ante una fracción, ante un pedazo de él, terminando por preguntarse en este caso ¿cómo se puede juzgar conforme o disconforme con el derecho un fragmento del hecho del hombre? Antolisei prosigue y afirma que, aislado de su contenido espiritual, el hecho del hombre en nada difiere de la naturaleza bruta de la naturaleza y no puede tener significado alguno para el ordenamiento jurídico. Finalmente, el afamado tratadista señala que de ello se tiene prueba si se reflexiona que no existe un solo caso en el que el hecho del hombre pueda calificarse de antijurídico, mirando exclusivamente a su aspecto exterior.²²

Un grupo de autores alemanes e italianos, con matices muy calificados y específicos, tratan de realizar una construcción conceptual de carácter sintético de la antijuridicidad, superando las distinciones objetivas y subjetivas, pero cuyo análisis nos llevaría a una desmesurada exposición de este apartado, lo cual, obviamente, excede del propósito del presente libro. Entre ellos, cada uno con su muy peculiar punto de vista, se encuentran Hans

²¹ Jiménez de Asúa, *op. cit.*, tomo III, págs. 984 y 1985; Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, primera parte, Jena, págs. 276 y sigs. y 351 y sigs., 1903.

²² Jiménez de Asúa, *op. cit.*, tomo III, pág. 987; Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, Parte generale, 3a. ed., Milán, Giuffrè, págs. 98 y 99, 1955.

Welzel y Reinhart Maurach en Alemania, y Petrocelli, Aldo Moro, y Alfonso Valleta en Italia, e incluso Alberto V. Sommaruga, seguidor de Aldo Moro, en el Perú.²³

El maestro Jiménez de Asúa, como se ha dicho, se pronuncia de manera indubitable en favor del concepto de la antijuridicidad objetiva, a la que considera pieza indispensable en el derecho penal de carácter liberal (justamente el matiz predominante en el ordenamiento jurídico mexicano). El fino jurista madrileño señala que por antijuridicidad objetiva ha de entenderse la contradicción de la conducta con la norma de cultura, producto de la experiencia colectiva, que el Estado ha reconocido y que, puntualiza el reputado maestro, no puede crear juez o tribunal alguno, pues en este caso nos encontraríamos ante otro concepto subjetivo de lo injusto, o sea, el propio parecer del juzgador.²⁴

Jiménez de Asúa termina su exposición con las palabras siguientes, llenas de prestancia jurídica y de alcance político:

La confusión entre lo antijurídico y lo culpable priva a nuestra disciplina de su carácter liberal, y la negación de la antijuridicidad objetiva es un medio de favorecer los regímenes totalitarios, dictatoriales y opresores. La distinción entre juricidad y culpabilidad ha de considerarse beneficiosa en las democracias.²⁵

6. UNIDAD DE LA ANTIJURIDICIDAD

La unidad de lo antijurídico es una cuestión debatida; empero, convenría precisar de antemano que tanto el delito como la infracción meramente civil inciden en el común ámbito de lo injusto (antijurídico), culpable o, lo que es lo mismo, que lo injusto o antijurídico civil, administrativo y penal tienen un origen idéntico y sólo puede darse su separación en las consecuencias.²⁶

Los que establecen diferencias entre lo ilícito penal y lo ilícito civil, al decir de Francisco Pavón Vasconcelos, se han basado, entre otros, en los criterios siguientes:

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

²³ Jiménez de Asúa, *op. cit.*, tomo III, págs. 986-988-989.

²⁴ Jiménez de Asúa, *op. cit.*, tomo III, pág. 990.

²⁵ Jiménez de Asúa, *op. cit.*, tomo III, pág. 969.

²⁶ Jiménez de Asúa, *op. cit.*, tomo III, pág. 970.

tos, el incumplimiento del deber de obrar implica una omisión del mandato preceptuador contenido en la norma, acreditando ello, sin lugar a dudas, lo precario de la distinción entre ambos ilícitos.

2. El delito es violación de un derecho objetivo, en tanto que el ilícito civil lo es de un derecho subjetivo. Este criterio es por lo menos incongruente, pues a todo derecho objetivo corresponde en todo caso un derecho subjetivo al existir correlación entre ambos, además de que el concepto de derecho subjetivo se encuentra sometido a revisión.

3. El delito es atentado a bienes públicos, cuya salvaguarda interesa a la colectividad, mientras que en el ilícito civil hay deterioro a bienes privados, sin alteración de la tranquilidad pública. Empero, hay casos en los que el ilícito civil también afecta al interés general, y éste precisamente justifica la sanción. La distinción entre ambos ilícitos, en función de un daño a bienes públicos o privados, es una argumentación escasamente sólida.

4. El delito es proyección consciente de la voluntad, en tanto que el ilícito civil es violación inconsciente de la norma. Este criterio es totalmente falso, en cuanto se dan ilícitos penales y civiles dolosos y culposos; la culpabilidad en el campo del derecho es una sola.²⁷

Eminentes filósofos del derecho, entre ellos Hegel²⁸ y sus seguidores se han pronunciado a favor de la distinción entre lo antijurídico civil y lo antijurídico penal. Al respecto, entienden lo injusto penal como consciente y lo injusto civil como inconsciente; en lo civil, no hay conflicto entre la voluntad individual y la voluntad social, en tanto que ambos litigantes respetan el derecho; en cambio, la voluntad individual del delincuente se opone a él. En el mismo sentido opinan Sthal y Venezian. También Mauricio Liepmann²⁹ postula la teoría de la distinción y considera el delito como construido sobre la voluntad y la infracción civil sobre el resultado. Por su parte, el maestro Carlos Binding,³⁰ un tanto incongruente, según Jiménez de Asúa, ya que es el creador de la teoría de las normas, defiende la separación entre lo injusto penal y lo injusto civil y estima que la fundamental diferencia de las dos consecuencias jurídicas (pena y resarcimiento civil) es radicalmente inconciliable con la unidad de lo antijurídico (lo injusto), porque es inconcebible una acción antijurídica que no vaya contra un derecho subjetivo. Finalmente, Binding afirma que si todo injusto es lesión del derecho subjetivo, no hay ningún tipo unitario de aquél, sino tantas especies de lo inusto como especies de derechos subjetivos haya.

En general, puede afirmarse que todos los que tienen del derecho penal una concepción constitutiva se afilan a la teoría de la distinción entre diversas clases de antijurídicos, de injustos; en oposición a aquellos que estiman

²⁷ Pavón Vasconcelos, *Manual de derecho penal mexicano*, ya citado, pág. 276.

²⁸ Hegel, *Grundbiniem, der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1824, págs. 84 y sigs.

²⁹ Mauricio Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlin, Häring, 1900, pág. 17.

³⁰ Carlos Binding, *Die Normen und ihre Ubertretung*, tomo 1, 2a. ed., págs. 291-295-299.

al derecho penal como un ordenamiento sancionador, garantizador de la convivencia social, de sus reglas, y que se adhieren a la unidad de lo antijurídico. Por ello, Rocco, constitutivo, simpatiza con la distinción.

En favor de la unidad de lo antijurídico, rechazando la existencia de una antijuridicidad propia de cada rama del derecho, y lógicamente de una antijuridicidad penal, se pronuncian, entre otros, Florián, Antolisei, Alimena y Maggiore en Italia, Jiménez de Asúa y Silva Melero (éste con una matización cuantitativa) en España, y el maestro Sebastián Soler en Argentina. En México, Ricardo Franco Guzmán se pronuncia, con toda claridad, por la unidad de lo antijurídico y entiende que la antijuridicidad es una e indivisible y que no puede hablarse seriamente de una antijuridicidad propia y exclusiva de lo penal.³¹ También Mariano Jiménez Huerta estima la antijuridicidad como perteneciente al ordenamiento jurídico en general, sin que exista una específica y exclusiva antijuridicidad penal.³² En el mismo sentido opina Eduardo Novoa Monreal en Chile.³³

Entre los alemanes, Franz von Liszt, von Hippel, Mezger y Jellinek, por citar algunos, defienden la unidad de lo injusto, de lo antijurídico, empero, Adolfo Merkel ha sido el más concreto determinador del criterio unitario al señalar que sólo hay una clase de injusticia, que es la culpable violación de las normas jurídicas, no existiendo característica alguna de naturaleza jurídica suficiente para delimitar lo injusto penal de lo injusto civil, a no ser por sus consecuencias.³⁴

Solamente si se concibe a la antijuridicidad como un todo, común al ordenamiento jurídico en general, lo antijurídico adquiere su auténtico significado, y la tipicidad asume su correcta función concretizadora o señaladora de lo injusto.³⁵

7. CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD

Respecto de lo injusto, ¿se trata de lo contrario al derecho o de lo contrario al deber? No se está en presencia de concepciones opuestas, sino de una misma concepción, aunque contemplada desde dos puntos de vista distintos, y se ha discutido mucho si lo injusto consiste en una u otra expresión. De acuerdo con Max Ernesto Mayer, Jiménez de Asúa señala que, teniendo un mismo alcance, cabe establecer el distingo siguiente: *lo contrario al derecho* es el proceso objetivo del que juzga, el juez compara la acción con la norma; en cambio, *lo contrario al deber*, es lo que debe captar el agente en el elemento intelectual del dolo.³⁶

³¹ Franco Guzmán, *op. cit.*, pág. 69.

³² Jiménez Huerta, *La antijuridicidad*, ya citado, pág. 16.

³³ Novoa Monreal, *Los elementos del delito*, ya citado, pág. 22.

³⁴ Adolfo Markel, *Derecho penal*, tomo I, traducción en español, págs. 25 y sigs.

³⁵ Jiménez de Asúa, *op. cit.*, tomo II, pág. 978.

³⁶ Jiménez de Asúa, *op. cit.*, tomo III, pág. 991.

Como se ha visto, lo antijurídico tiene un contenido material, pues no se trata de una mera contradicción con la regla jurídica expresada en las leyes. La ley no crea lo antijurídico, sino que simplemente lo delimita (y no en forma agotadora, exhaustiva), de ahí que sea necesario precisar la esencia de la oposición entre los dos términos de la relación hecho-derecho, o sea, cuál es la razón de esa oposición.

Para conocer el carácter jurídico de un acto, encajado en un tipo del código, hay que seguir las etapas que a continuación se mencionan:

- a) Si expresamente la ley acogió la excepción de la antijuridicidad (por ejemplo, la muerte de un hombre en el caso de legítima defensa).
- b) En caso de no hallarse expresamente enunciada la juridicidad del hecho, si éste se verificó en cumplimiento de un fin reconocido por el Estado (por ejemplo, un boxeador que golpea a otro, acatando las reglas del juego escrupulosamente).
- c) Si en un acto, conveniente a los fines de la convivencia social, se vulneran bienes jurídicos para mantener otros de mayor trascendencia e importancia.³⁷

Así pues, es necesario penetrar en la esencia material de lo antijurídico, escudriñar su contenido. Se han formulado numerosas teorías acerca de la esencia o el contenido de lo antijurídico.

Carlos Binding, uno de los más grandes y sagaces juristas alemanes de todos los tiempos, señala que el delito no vulnera la ley (más bien se ajusta a lo previsto en la ley penal), pero quebranta algo más esencial para la convivencia humana y el ordenamiento jurídico; se infringe la norma que está por encima y por detrás de la ley. El *decálogo* es un libro de normas que preceptúa, entre otras cosas: no matarás, no robarás, si se mata o se roba, se vulnera la norma, pero no la ley. La norma crea lo antijurídico, en tanto que la ley crea la acción punible o, lo que resulta más claro: la norma valoriza, mientras que la ley describe. La ley construye la disposición penal compuesta del precepto, que describe y define el acto o la omisión, y de la sanción, que determina la pena con que el hecho está conminado.³⁸

Así pues, en la vida del derecho existen normas y leyes referidas a intereses vitales, que la protección jurídica eleva a bienes jurídicos. Junto al bien jurídico está la norma que lo protege, de aquí que el delito que ataca un bien jurídico, sea lo contrario a la norma. Por ello, Jiménez de Asúa afirma que, en vez de hablar de antijuridicidad, sería más correcto decir lo contrario a la norma (normalidad, para Binding). Empero, es preciso responder a la interrogante ¿qué es la norma? Binding dice que, para definir la norma, no pueden tenerse

³⁷ Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, Sudamericana, Buenos Aires, 1978, págs. 268 y 269.

³⁸ Binding, *Die Normen und ihre Ubertretung*, tomo I, ya citado, pág. 133.

en cuenta consideraciones de orden moral, de sentido común, etc., pues no tienen carácter jurídico, y mientras no exista una disposición de este ordenamiento no podrá declararse el concepto de antijuridicidad. En el caso de la muerte de un hombre en legítima defensa (supuesto de concepto de antijuridicidad en forma negativa de causa de justificación, y el hecho real se ajusta al precepto) es sencillo afirmar que no hay antijuridicidad, porque interviene una justificante, pero el asunto no es tan evidente en casos no previstos por el legislador. De todas maneras, Jiménez de Asúa señala que, obviamente, la doctrina de Binding no resulta satisfactoria para el penalista, pues lo que hace es cubrir su teoría con una apariencia jurídica, porque en el fondo se trata, aunque el autor lo niegue, de consideraciones de orden social; es decir, como anota Max Ernesto Mayer, Binding pretende formular las normas de modo inmanente al derecho, y lo que hace es fundamentarlas externamente.³⁹

Jiménez de Asúa advierte que la norma, en la que pensó Binding, pertenecía fundamentalmente a otra rama del derecho y que su característica común sería la de resultar predominantemente pública. No obstante, sigue señalando el ilustre maestro, el esfuerzo de Binding, aunque brillante, no tuvo un logro completo: la norma le quedó flotando en una vaga zona extralegal o supralegal. De ahí las críticas de Beling y Finger, quienes le reprocharon, aun siendo partidarios de su teoría, que muchas normas no están formuladas. Pero la crítica más acerba contra la concepción de Binding produce de Kelsen. Jiménez de Asúa dice que Kelsen afirma que sólo se trata de una cuestión de palabras, sobre las cuales el famoso penalista alemán construyó toda una doctrina. El catedrático de Viena señala que lo que se quebranta no es la ley ni la norma, sino un estado real de paz. El hecho sería más bien contrario al fin de la norma, y esto es lo que engañó a Binding, pues la norma expresa más claramente que la ley el fin que persigue; pero también la ley tiene ese mismo fin, aunque no lo exprese, o no lo diga tan claramente. Jiménez de Asúa termina la exposición del pensamiento de Kelsen indicando que la acusación del profesor vienés contra Binding reside en que la norma (para Binding) es la formulación autónoma del fin del derecho, pero olvida, en el sentir de Kelsen, que éste procede no del derecho en sí, sino de la sociología o de la política.⁴⁰ Sin embargo, es conveniente dejar señalado que Jiménez de Asúa defiende la teoría de las normas.

El conde Alejandro Graf Zu Dohna, fundamentándose en los principios de la filosofía jurídica de Rodolfo Stammler, expuso en un trabajo monográfico (titulado *Die Rechtswidrigkeit*, editado por vez primera en 1905) su teoría del subjetivismo crítico, tesis básica sobre la noción y esencia de la antijuridicidad, y punto de arranque para la determinación de lo antijurídico. Con su teoría, Graf Zu Dohna buscaba el presupuesto de la prohibición, el cual encontró en algo que, apoyándose en ciertos criterios que la misma

³⁹ Jiménez de Asúa, *Tratado*, tomo III, ya citado, págs. 994 y 995.

⁴⁰ Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, 1978, ya citado, pág. 270.

ley ofrece, denominó provisionalmente *antijuridicidad*, entendiendo que ésta representa el presupuesto de la prohibición y de la penalidad. En este sentido, antijurídico no es algo que está prohibido (y por qué lo está), sino que el ordenamiento jurídico prohíbe lo que resulta antijurídico (y por qué es antijurídico).⁴¹

Graf Zu Dohna señala que su tesis, en resumen, puede expresarse de la manera siguiente: la característica antijurídicamente, unas veces expresamente recibida en los tipos del código penal de Reich, otras veces tácitamente presupuesta, y por tanto debiendo añadirse al tipo que no la expresa, ha de entenderse en el sentido de que con ella debe caracterizarse una conducta que contradice a la idea del derecho, a *la máxima para la conducta justa*, conducta que, por tanto no puede ser pensada como medio justo para el fin justo.⁴²

Graf Zu Dohna concluye su pensamiento, brevemente sintetizado, en la forma siguiente:

En el sentido de nuestra legislación (la de Reich), una conducta antijurídica es, ante todo, una conducta injusta, es decir, una conducta que no puede ser reconocida como medio justo para el fin justo; una condición ulterior de la antijuridicidad la constituye una declaración del derecho positivo. Para el terreno del derecho punitivo, el tipo legal constituye el presupuesto de la reacción jurídica, siendo cierta, desde ese punto de vista, la siguiente formulación: en el sentido de nuestro derecho penal (de Reich), es antijurídica la conducta que muestra las circunstancias de hecho específicas de un delito legalmente determinado y que, en dicho aspecto, es injusta: o viceversa: es antijurídica la conducta injusta que además realice el tipo específico de un delito.⁴³

La postura de Graf Zu Dohna, señala Jiménez de Asúa, sobre todo su aserto de que la antijuridicidad es el presupuesto y no la consecuencia de la prohibición, levantó la protesta de Binding, quien le reprochó la admisión de la existencia de delitos sociológicamente preexistentes, y la de Beling, quien le imputó la confusión del ideal legislativo o motivo legislativo con el producto de la legislación. El penalista español indica que el gran esfuerzo teórico realizado por Graf Zu Dohna no consiguió solucionar el problema de la antijuridicidad; por otra parte, se le causó del peligro de que su pensamiento caía en nociones extrajurídicas al resolver el concepto de lo injusto; y por otra parte, se le objetó de ser demasiado formalista el círculo en que se mueve. Esta es la crítica principal contra la doctrina de Graf Zu Dohna, Jiménez de Asúa termina diciendo que resulta una verdadera tautología afirmar que son acciones conforme a derecho aquellas que representan un medio justo para un fin justo. La teoría postulada por Stammler, en la que se fun-

⁴¹ Alejandro Graf Zu Dohna, *Die Rechtswigkeit. La ilicitud*, traducción al español de Faustino Ballvé, Jurídica Mexicana, 1959, págs. 46 a 54.

⁴² Graf Zu Dohna, *ibidem*.

⁴³ Graf Zu Dohna, *ibidem*.

damenta la de Zu Dohna no proporciona juicios valorativos jurídicos, ya que dicha teoría no es más que lógica de la valoración jurídica, como acertadamente puntualizó Radbruch.⁴⁴

Sin embargo, Franz von Liszt va más allá. Según el gran maestro alemán, la antijuridicidad material (conviene recordar que von Liszt distingue entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material) significa una conducta contraria a la sociedad, y por ello será conforme a la norma toda conducta que responda a los fines del orden público y, por tanto, a la misma convivencia humana. El concepto supone un gran paso hacia la solución, pero adolece de vaguedad, según Jiménez de Asúa: lo antisocial puede carecer de importancia para el derecho.⁴⁵

Jiménez de Asúa estima que Max Ernesto Mayer llega a concretar la cuestión con su doctrina acerca de las normas de cultura, formulada en 1903, en su monografía *Rechtsnormen und Kulturnormen*, que después sirvió de base a sus construcciones de derecho penal en su tratado. El ilustre maestro alemán estableció la conclusión de que el orden jurídico es un orden de cultura, y que lo antijurídico es la infracción a las normas de cultura reconocidas por el Estado.⁴⁶

Para el penetrante jurista germánico, la sociedad es una comunidad de intereses, que tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. Por tanto, lo antijurídico supone una contradicción a esas normas de cultura reconocidas por el Estado. Para terminar, Mayer señala que es conveniente puntualizar, con toda claridad, que el deslinde de la conducta conforme a derecho de la contraria a él se ejecuta en la legislación mediante el reconocimiento de las normas de cultura,⁴⁷ y lo mismo ocurrirá en caso de conflicto de intereses, en que, para conseguir una correcta interpretación, habrá de acudir a las normas de cultura.

Si se pretende fijar una posición respecto del contenido de la antijuridicidad y considerar a la doctrina de Max Ernesto Mayer, como lo hace el maestro Jiménez de Asúa, como preferible a todas las demás, hay que tener en cuenta el carácter de precursor que tiene Rafael Garófalo. Cuando éste definió el delito natural (consúltese el tema 7, sección 2) como ataque a los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida en que un grupo social concreto los posee, se remontó a normas prelegales (auténticas normas de cultura). En consecuencia, la doctrina garofaliana puede ser invocada como antecedente de esta construcción técnico-jurídica de la antijuridicidad.⁴⁸

⁴⁴ Jiménez de Asúa, *Tratado*, tomo III, ya citado, págs. 1000 (nota 30) y 1001.

⁴⁵ Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, 1978, ya citado, pág. 275.

⁴⁶ Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, 1978, ya citado, pág. 276.

⁴⁷ Max Ernesto Mayer, *Der Allgemeine ine Teil Des Deutschen Strafrechts*, Lehrbuch, 2a. ed., 2a. impresión, Heidelberg, Carl Wintes, Universitätsbuchhandlung, 1923, págs. 37 y sigs., págs. 176 y sigs.

⁴⁸ Jiménez de Asúa, *Tratado*, tomo III, ya citado, pág. 1003.

En México, Ignacio Villalobos,⁴⁹ al hablar de la naturaleza de la antijuridicidad, se pronuncia a favor de la fórmula que declara que la antijuridicidad es la violación de las normas objetivas de valoración; por ejemplo, el homicidio es un hecho antisocial; inconveniente, un desvalor jurídico o antijurídico; nada importan, señala el maestro Villalobos, los rasgos subjetivos del agente (ya sea que se trate de un infante, de un hombre maduro o de un demente): el homicidio es antijurídico. Por su parte, Ricardo Franco Guzmán entiende el contenido de la antijuridicidad en la infracción que lesiona o pone en peligro derechos tutelares de los bienes e intereses vitales y sociales, incluso de la vida y de la sociedad misma.⁵⁰

A su vez, Jiménez Huerta señala como contenido material de la antijuridicidad lo que lesiona un bien tutelado y, al mismo tiempo, ofende las aspiraciones valorativas de la comunidad.⁵¹ Pavón Vasconcelos se adhiere a la postura de Max Ernesto Mayer y de Jiménez de Asúa y estima que el contenido de lo antijurídico es la oposición del hecho típico con las normas de cultura reconocidas por el Estado.⁵²

Jiménez de Asúa resume lo anterior y dice que para los que profesan un concepto estricto de puridad legalista, como Beling, Nagler, Fischer y otros en Alemania, o como Emilio González López en España y Sebastián Soler en Argentina, es rechazable la concepción de Max Ernesto Mayer (que sigue con levisimas matizaciones el maestro español). Los autores citados denominan a esta concepción como extrajurídica, por estimar que no es admisible la intromisión de las normas de cultura en el ordenamiento del derecho. Sin embargo, frente a ellos, el penalista hispano rechaza la asignación de extrajurídica de la tesis de Mayer, porque esta teoría no suplanta el orden jurídico sino que lo fundamenta. En cuanto a la censurada inseguridad de la norma de cultura, en contraposición a la pregonada fijeza y precisión de la restricta concepción del orden jurídico, Jiménez de Asúa dice que no hay problema cuando la ley ha previsto el caso de legitimidad (en la defensa propia), ya que en este caso el ordenamiento jurídico positivo resuelve el asunto; y en los demás casos en que no haya prevista solución en el derecho escrito (penal, civil, etc.), ni en el consuetudinario, y el supuesto de la vida real asuma un fondo incuestionable de justicia, sólo las normas de cultura pueden dar una solución correcta. En definitiva: al construir afirmativamente (en sí por sí) la antijuridicidad, es preciso hallar esa esencia positiva en orden a los derechos subjetivos (Feuerbach), a los intereses (Ihering), a los bienes jurídicos (Liszt), a las normas jurídicas primarias (Binding) o a las de cultura (Max Ernesto Mayer).⁵³

Lo antijurídico, lo injusto —termina diciendo el maestro español— es

⁴⁹ Villalobos, *Derecho penal mexicano*, ya citado, pág. 261, 1975.

⁵⁰ Franco Guzmán, *op. cit.*, págs. 69 y sigs.

⁵¹ Jiménez Huerta, *La antijuridicidad*, ya citado, pág. 71.

⁵² Pavón Vasconcelos, *Manual de derecho penal mexicano*, ya citado, pág. 286.

⁵³ Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, ya citado, pág. 277.

uno de los caracteres del hecho punible, según se desprende de su propia definición, y no su esencia específica identificable con el propio delito.⁵⁴

8. AUSENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD

Entre los factores positivos y negativos del delito, pueden darse supuestos en los que, como dice Fernando Castellanos, hay la ausencia de antijuridicidad. Así, en los casos en que la conducta típica esté en aparente oposición al derecho y, sin embargo, no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación, el penalista señalado deduce que las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.

Quando un hombre —sigue diciendo Fernando Castellanos— priva de la vida a otro, su conducta es típica por ajustarse a los presupuestos del artículo 302 del *Código Penal* vigente, y no obstante puede no ser antijurídica si se descubre que obró en legítima defensa, por estado de necesidad o en presencia de cualquiera otra justificante.⁵⁵

Por su parte, el maestro Ignacio Villalobos⁵⁶ dice que, supuesto ya el contenido de toda antijuridicidad es el ataque, la puesta en peligro o la lesión de los intereses protegidos por la ley, es claro que faltará la antijuridicidad o quedará excluida, cuando no existe el interés que se trata de amparar o cuando concurren dos intereses, y el derecho, no pudiendo salvar a los dos, opta por el más valioso y autoriza el sacrificio del otro interés como medio para su preservación.

9. LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DERECHO MEXICANO

El maestro Carrancá y Trujillo señala que el derecho mexicano, aunque sin declarar expresamente la antijuridicidad de las acciones que caen dentro de la esfera penal, la presupone por el solo hecho de tipificarlas y sancionarlas. Así, toda acción típica y punible, según la ley, es antijurídica, pero no lo será una acción que no esté tipificada y sancionada por la ley, aunque, desde un punto de vista ético, sea de gravedad relevante. El ilustre penalista mexicano destaca que esto queda consagrado en la Constitución cuando establece que, si no es mediante una ley expedida con anterioridad al hecho y exactamente aplicable al delito de que se trate, no podrá imponerse pena alguna. (Artículo 14 constitucional, párrafos 2 y 3 *in fine*.)⁵⁷

⁵⁴ Jiménez de Asúa, *Tratado*, tomo III, ya citado, pág. 1033.

⁵⁵ Fernando Castellano, *Lineamientos*, 1975, ya citado, pág. 179.

⁵⁶ Villalobos, *op. cit.*, pág. 351.

⁵⁷ Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, pág. 380.

El sagaz autor finaliza diciendo que, en ciertos delitos, se señala concretamente una especial condición de antijuridicidad, empleándose diversas expresiones, como *indebidamente* (artículo 173, fracciones I y II, entre otros, del *Código Penal* vigente), *sin fundamento* (artículo 233 del mismo ordenamiento). En estos casos, Carrancá y Trujillo dice, acerca de la condición general de antijuridicidad, que la ley exige —para integrar la acción antijurídica— la existencia de un mayor elemento de antijuridicidad, constitutivo de una especie, y que tiene sentido variable según el delito específico de que se trate; sentido cuya averiguación corresponde al estudio particular de los distintos delitos.⁵⁸

⁵⁸ Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, pág. 380.

