

Unidad 6

- Antijuridicidad

UNIDAD VI

LA ANTIJURIDICIDAD E ILICITUD

Cuando se habló del derecho penal, se señaló como uno de sus caracteres el de tratarse de una ciencia cultural (es decir, del deber ser) y se expresó que existían también las ciencias naturales (o sea, las de ser que aluden a leyes permanentes, a las que el hombre no puede sustraerse). Las ciencias culturales derivan su deber ser de la necesidad moral y tienden a la permanencia; esa es su aspiración, pues el hombre puede no someterse a sus mandatos. Están basadas en la valoración de la conducta humana, se trata de normas de conducta diferenciables de las leyes puramente físicas, y se orientan a la ordenación de la convivencia social de la comunidad, dimanando su obligatoriedad de las exigencias de la vida comunitaria. Según el profesor López Aranguren, la cultura puede ser definida como una pluralidad de estructuras generalizables y transmisibles comunitariamente o, lo que es lo mismo, el repertorio de comportamientos y patrones de existencia de una sociedad tanto en el plano teórico como en el práctico.

En el ámbito jurídico, frecuentemente se utilizan las palabras antijurídico ilícito e injusto indistintamente; lo que origina., en algunos casos, cierta confusión de conceptos. Se trata de un problema semántico, pero que puede tener implicaciones conceptuales.

Según Jiménez de Asúa, la ilicitud tiene mayor amplitud que la antijuricidad lo ilícito es lo opuesto a la moral y también al derecho; por consiguiente, el círculo ético es de mayor radio que el Jurídico, y al decir acto ilícito, en vez de acto antijurídico, como Turistas estarnos separándonos de toda exactitud en nuestro lenguaje, nos desviarnos de la precisión exigible y necesaria en nuestra materia, y vamos a caer en la imprecisión del lenguaje vulgar o por lo menos corriente.

El ilustre jurista se define en favor de la utilización indistinta de los términos antijurídico e injusto. De ahí, una vez fijada esa identificación entre lo antijurídico y lo injusto (aunque reconociendo que se trata de conceptos iusfilosóficos distintos) que afirma que si lo antijurídico hubiere de expresarse en un término no tautológico. se deberá optar por una palabra contraria a la norma. Jiménez de Asúa se pronuncia por el vocablo antijuridicidad. porque entiende que emplear la palabra anormalidad sería demasiado confuso, en cuanto la misma podría, por sus

diversas connotaciones, dar lugar a muchos equívocos.

Frente a esta postura, o quizá con una matización muy precisa Hans Weizel resume y dice que lo injusto alude a algo sustancial, o sea, la conducta antijurídica misma. El sagaz profesor de Bonn señala que la antijuridicidad es un predicado y que lo injusto es un sustantivo. Injusto, sigue diciendo, es el contenido mismo de la conducta antijurídica (por ejemplo, la arbitraria perturbación de lo poseído en el robo o la vida en la tentativa del homicidio). La antijuridicidad es una característica en ese modo de conducta y, sin duda, la relación contradictoria en que aquélla se encuentra en el orden jurídico. Por eso, termina afirmando Weizel, hay un específico injusto jurídico-penal. como existe un específico injusto jurídico-civil, un específico injusto jurídico-administrativo, etc.. pero sólo hay una antijuridicidad: todas las materias, reguladas como: prohibidas en las diferentes ramas del derecho, son antijurídicas para el orden jurídico en general.

Sin embargo, el maestro Carrancá y Trujillo distingue la antijuridicidad penal de la civil por su resultado y por su fin; el daño civil afecta intereses privados, en tanto que el penal afecta intereses sociales. Las sanciones del derecho penal, sigue diciendo el gran iuspenalista mexicano, son aplicadas con el objeto de tutelar, con la máxima nota coactiva de que dispone el Estado, ciertos bienes y derechos que se estiman esenciales para la persona, el Estado y la propia sociedad, y para cuya tutela son insuficientes las sanciones de derecho privado o las de cualquiera otra rama del derecho. Asimismo, alude al fin científico de las sanciones: la posible reforma del delincuente y su readaptación útil a la convivencia social, considerado desde un ideal de progreso individual y social.

Por último, en relación con la expresión de algunos italianos, con Carnelutti al frente, de *torta ten castellano entuerto*) señala Jiménez de Asúa, tiene un sentido demasiado literario, en ocasiones muy amplio (sin razón) y en otras muy reducido (agravio) y que, aun cuando se presenta con un sentido innovador, es de rancia estirpe semántica.

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.

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.

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. lee 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 derecho), según el sentido que el agente atribuya 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, Schönke, Welzel y Bettioli, como señala el maestro Cuello Calón?

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 afanado 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.

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 descrita 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, Es 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. 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 La percepción de estos dos aspectos, sin afectar rara nada el concepto unitario de la antijuridicidad es perfectamente posible. El maestro Jiménez Huerta señala que sin contradicción 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 es de representar una negación sustancial de los valores sociales, que constituye el contenido y la razón de ser del orden jurídico.

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 frente de aberraciones y, abusos sin medida.

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

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. Jiménez de Asúa rechaza la teoría subjetiva, que involucra lo injusto y 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 (antijurídico) y por el juicio de reproche (culpabilidad).

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 Binding, 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 eterna 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.

Sin embargo, esta posición ha sido después matizada por el propio Mezger al distinguir entre el lado externo y el 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. En Italia fueron simpatizantes con la teoría de la antijuridicidad objetiva entre otros, Detalla Maggiore y Sabatinien España, Díaz Palos, con una evaluación positiva de los elementos subjetivos de lo injusto (antijuridicidad) en Argentina, el profesor Sebastián Scanner 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 siendo 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.' 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.

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 Gilschmidf., Hala y von Fernek, 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).

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 Clarnelutti, Rocco Perno Pannain, Francesco Alimena, Malinvern, etc. Merece la pena señalar la posición de Antollsei, 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 tracción, ante un pedazo de él, terminando por preguntarse en este caso como 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 v 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. Un grupo de autores alemanes e italianos con matices muy específicos tratan de realizar una construcción conceptual deL carácter sintético de la antijuridicidad superando las distinciones objetivas y subjetivas pero cuyo análisis nos llevara 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 Welzel Y Reinhart Maurach en Alemania, y Petrocellí, Aldo Moro, y Alonso Valleta en Italia, e incluso Alberto Sommaruga. seguidor de Aldo Moro, en el Perú.

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.

Jiménez de Asua termina su exposición con las palabras siguientes, llenas de prestancia jurídica v 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.

UNIDAD DE LA. ANTIJURICIDAD

La unidad de lo antijurídico es una cuestión debatida; empero, convendría 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 solo puede darse su separación en las consecuencias.

Los que establecen diferencias entre lo ilícito penal y lo ilícito civil, al decir de Francisco Pavón Vasconcellos se basa, 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. Pero resulta factible una explicación de los delitos de simple omisión, en los que no hay norma prohibitiva violada. En tales delitos, 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.

Eminentes filósofos del derecho, entre ellos Hegel 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 Nlauricio LieprnannL, 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, 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 injusto 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 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 Nlaggiore en Italia, Jiménez de Asara 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 que no puede hablarse seriamente de una antijuridicidad propia y exclusiva de lo penal.- También Mariano Jiménez Huerta estima la antijuridicidad como perteneciente al ordenamiento jurídico en general, sin que exista una específica y exclusiva antijuridicidad penal." En el mismo sentido opina Eduardo Novoa Monreal en Chile. 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 lea sido el más concreto determinados 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. Solamente si se concibe ala 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.

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 Mayern 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 y 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.

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.

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

Carlos Binding uno de los más grandes sagaces Juristas alemanes de todos los tiempos, señala que el delito no vulnera la ley (mas bien se ajusta a lo previsto en la ley penal), pero quebranta algo mas esencial para la convivencia humana y el ordenamiento jurídico, se infringe la norma que esta por encima y por detrás de la ley. El decálogo es un libro de normas que precepto que entre otras cosas; no matarás, no robaras, 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 mas 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.

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 Asua afirma que, en vez de hablar e antijuridicidad, sería mas correcto decir lo contrario a la norma (normalidad) para Binding Empero, es preciso responder a la interrogante ¿que es la norma? Binding dice que, para definir la norma no pueden tenerse en cuenta consideraciones de orden moral, de sentido común, etc., pues lo 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 Asua 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, aunque 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.'

Jiménez de Asua 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 de lo legal o suprallegal. De ahí, las críticas de Binding 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 Buco de Kelsen, Jiménez de Asua 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 si 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 Asua termina la exposición del pensamiento de Kelsen indicando que la acusación del profesor viene 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." Sin embargo, es conveniente dejar señalado que Jiménez de Asila 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 Fechtszjidrigkeit*, editado por vez primera en 1905) su teoría del subjetivismo crítico, tesis básica sobre la noción y en 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 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).

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 ala idea del derecho, a la máxima para la conducta justa, conducta que, por tanto no puede ser pensada corlo medio justo para el fin justo.

Grat 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 derecha penal, es antijurídica la conducta que muestra las circunstancias de hecho específicas de un delito legalmente determinado que, en dicho aspecto, es injusta: o viceversa es antijurídica la conducta injusta que además realice el tipo específico de un delito. 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

teorético 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 fundamenta 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.

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."

Jiménez de Asúa estima que Max Ernesto Mayer llega a concretar la cuestión con su doctrina acerca de las normas de cultura, formulada en 1993. 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.

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 y lo mismo ocurrirá en caso de conflicto de intereses, en que para conseguir una correcta interpretación, habrá de acudirse 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 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 antijuricidad.

En México Ignacio Villalobos al hablar de la naturaleza de la antijuricidad, se pronuncia a favor de la fórmula que declara que la antijuricidad 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 antijuricidad 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.

A su vez Jiménez Huerta señala como contenido material de la antijuricidad lo que lesiona un bien tutelado y, al mismo tiempo, ofende las aspiraciones valorativas de la comunidad. 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.

Jiménez de Asúa resume lo anterior y dice que para los que profesan un concepto estricto de pureza 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 levísimas matizaciones el maestro español). Los autores citados denominan a esta concepción como extrajurídica, por estiman 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 antijuricidad, 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).

Lo antijurídico, lo injusto -termina diciendo el maestro español- es no de los caracteres del hecho punible, según se desprende de su propia definición y no su esencia específica identificable con el propio delito.

8. AUSENCIA DE EA ANTIJURIDICIDAD

Entre los factores positivos v 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 ya 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.

Cuando 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 estarlo de necesidad o en presencia de cualquiera otra justificante.

Por su parte, el maestro Ignacio Villalobos" 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. 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.