

La Antijuridicidad elemento del delito (*)

Nullum crimen sine iniuria

- 1).—Las dificultades que ofrece esta materia. 2).—Las causas de las discrepancias. 3).—El prius lógico. 4).—Referencia histórica. 5).—Los dos aspectos de la antijuridicidad. 6).—El concepto de la antijuridicidad desde el punto de vista objetivo. Doctrinas y críticas. A) Subjetivistas y Objetivistas; B) Derecho subjetivo y objetivo; C) Antijuridicidad formal y material: a) el origen, b) la doctrina alemana, c) la crítica; D) Antijuridicidad objetiva o subjetiva; E) Antijuridicidad genérica o específica. 7).—La esencia de la Antijuridicidad. El aspecto objetivo. 8).—El aspecto subjetivo de la antijuridicidad: A) Error de la teoría objetiva de la Antijuridicidad; B) El aspecto subjetivo de la Antijuridicidad.

- 1)—Las dificultades que ofrece esta materia.

Materia compleja y erizada de dificultades es la de la antijuridicidad. Los conceptos que intervienen en su configuración, los términos que para su estudio se han empleado, el alcance y el contenido de los mismos, han originado numerosas y opuestas teorías, con frecuencia distanciadas una de la otra por irreducibles discrepancias. Exigencias de carácter moral e intereses de raigambre política han contribuido, como acierta en destacarlo Jiménez de Asúa (1), a enturbiar este problema que reclama urgente simplificación e impostergable esclarecimiento.

(*) Ofrecemos un capítulo—el tercero—de la tesis, intitulada: “La antijuridicidad y las causas de justificación en la doctrina y en el Código Penal Peruano”, presentada para optar el grado de Bachiller en Derecho, por el ex-alumno Alberto V. Sommaruga.

(1) Jiménez de Asúa. La ley y el Delito, pág. 333.

Las más esclarecidas figuras de la ciencia alemana e italiana han estado empeñadas, desde hace casi cien años, en la ímproba tarea de dar una solución válida e incontrastable a los problemas que continuamente se presentan al jurista que trata de penetrar en esta "*selva oscura*". Empero los resultados no han sido siempre muy satisfactorios. Las más opuestas y contradictorias doctrinas siguen, todavía, disputándose el privilegio de monopolizar la razón y reclaman el mérito de haber alcanzado la verdad, a la vez que los más conspicuos representantes de las disciplinas jurídicas de Italia y Alemania (2) reclaman para sus sistemas la exclusividad del acierto y no escatiman, para quienes no comulgan con sus puntos de vista, las más acerbas críticas.

En este proceloso océano de tesis, opiniones, doctrinas y postulados divergentes, que la teoría de la antijuridicidad ha originado, existe sólo, como dice el profesor Aldo Moro, una "concordancia fundamental" y ella se reduce a la consideración "del acto ilícito en general y del delito en particular como un disvalor jurídico (3). Más allá de este común punto de partida, en el que coinciden los más diversos sectores de la doctrina, comienzan las discrepancias, la disparidad de opiniones, la diferencia de puntos de vista, las críticas y los ataques recíprocos.

2)—Las causas de las discrepancias.

Muchas y de muy diferente índole son las causas que intervienen para complicar el problema que estamos examinando. Una de ellas es el malentendido que con frecuencia ha reinado entre los juristas, en el empleo de los términos "hecho" "derecho", "antijuridicidad", "ilicitud" etc. etc.

En la doctrina, por ejemplo, se discute si el objeto de la comparación—de la cual surge la noción de antijuridicidad—deberá ser "la acción" o "el acontecimiento", si por derecho se entiende el simple mandato o sólo la valoración o la valoración y el mandato al mismo tiempo.

Con respecto a los términos "antijuridicidad" o "ilicitud" se presentan análogos problemas (4). Estas expresiones son em-

(2) Italia y Alemania, como ya lo hemos apuntado, son los dos países que se han interesado más por estos problemas.

(3) Moro, Aldo: *La antijuridicidad Penal*, pág. 8.

(4) En Italia estos problemas se complican aun más por empleo de expresiones como *antigiuridicità*, *illicito*, *torto*, etc. que para algunos autores asumen diferentes sentidos.

pleadas algunas veces como sinónimas mientras que en otros casos se reserva para una acepción alcances o matices que se pretenden excluir en la otra. Petrocelli, para dar un ejemplo, afirma que la expresión *ilicitud* —*torto*— se refiere no sólo a lo que es ilícito jurídico, sino también a otras clases de ilícito, como lo es el moral por ejemplo.

Además de estos conflictos preliminares, de simple terminología, y penetrando ya en el laberinto de las teorías y de las doctrinas, se presentan problemas mucho más difíciles y discrepancias más agudas aún que, como es lógico, acrecentan las dificultades.

El catedrático de la Universidad de Bari que ha dedicado un concienzudo estudio a la antijuridicidad penal ha sabido reducir este maremagnum de puntos de vista contradictorios a los tres siguientes, que tienen el mérito de abarcar todas las posiciones: a) si hay delito es violación del derecho subjetivo o del "objetivo, o de uno y del otro al mismo tiempo; b) si hay contradicción formal con la norma o también y acaso predominantemente, lesión de los intereses tutelados; c) si hay una conducta "calificada objetivamente en contraste con la norma o siempre "necesariamente acto de voluntad que se opone a aquella en su "esencia imperativa. En todos esos casos es evidente la comparación entre el hecho y el Derecho" (5).

Esta escueta reseña de las principales discrepancias que complican la materia es suficiente como ilustración.

En el curso de nuestra exposición procuraremos, hasta donde esto sea posible, ensayar una tesis conciliatoria indicando, cuando no haya lugar a soluciones eclécticas, las orientaciones que reputamos más ajustadas a la verdad.

3)—El prius lógico.

Antes de entrar de lleno al estudio de esta materia haremos una breve referencia a lo que Jiménez de Asúa llama "el prius lógico de la antijuridicidad" o sea la noción de lo justo.

El problema de la justicia trasciende de los marcos del Derecho Penal para remontarse, por una parte, a las esferas de la filosofía del derecho y, de la otra, a los campos de la historia del derecho.

Respaldando, dando vigor, vivificando al derecho, que es

(5) Moro, ob. cit. pág. 12.

uno de los términos de la relación, de la cual surge la antijuridicidad, está — o debería estar siempre — la justicia. A través de la historia de la humanidad este concepto se ha hecho presente, algunas veces, en las etapas primitivas, en forma tosca y apenas esbozada; otras veces, en períodos más evolucionados, bajo aspectos mejor elaborados y más espirituales. De la noción embrionaria de los pueblos primitivos se ha pasado a las concepciones más acabadas de los griegos y de los romanos, entre los cuales alcanzó un grado de perfección que permanece aún hoy como la expresión de la idea de "justicia" (6).

Nuestra tarea consiste en determinar hasta que punto el derecho es la expresión de la justicia.

En la elaboración jurídica, como dice Renard, siempre hay dos aspectos: el fondo y la forma, que son los puntos de partida que dos diferentes orientaciones de la doctrina, toman como base para determinar su posición frente al derecho. Para uno de estos sectores "el formalismo es la causa existente de toda la vida jurídica" (7). Los partidarios de la otra tesis en cambio, sin desconocer la importancia social del rol que cumple la forma (8), descartan por pueril la concepción de quienes sostienen que el derecho se limita al escueto texto de la ley (9). En

(6) Del Vecchio en su interesante trabajo sobre la Justicia señala las etapas de esta evolución entre los griegos y los romanos. "Ya en el período inmediato posterior a la edad heroica, dice el eminente jurista, los griegos reconocían en la justicia la virtud por excelencia, considerándola como "principio de orden y armonía". Esta concepción es elevada por Platon a una forma ética y considerada después por Aristóteles como la virtud total. En Roma el concepto de justicia se resumía en la máxima "neminem laedere, honeste vivere, suum cuiusque tribuere". Para los cristianos, en cambio la virtud estaba referida a la divinidad.

Los elementos esenciales de esta concepción greco-romano-cristiana perduran a través de toda la historia del pensamiento filosófico de occidente. Hitos incommovibles de esa marcha de la filosofía como lo pueden ser, para citar un par de ejemplos escogidos al azar, Dante o Leibnitz la definen respectivamente como la "hominis ad hominem proportio" o como "Congruitas ac proportionalitas quaendat" confirmando la continuidad de una multiseccular tradición filosófica.

(7) Cfr. George Renard.—Introducción Filosófica al Estudio del Derecho, vol. 1º, pág. 44.

(8) La forma para estos juristas es el escudo que protege la concepción media del derecho o de la justicia.

(9) Renard, Ob. cit. Vol. I. págs. 24 y 25 hace una prolija enumeración de razones en abono de esta última tesis y afirma que el derecho no puede reducirse al simple texto de la ley por los siguientes motivos:

"a) Porque han existido los regímenes de derecho antes de existir toda idea y hasta toda posibilidad de una organización legislativa, y subsiste hoy todavía un inmenso compartimiento del derecho que escapa totalmente al reino de la ley.

b) Porque, aun bajo el régimen de la ley existen y subsisten inevitablemente, en la red de la legalidad, fisuras imposibles de tapar con una simple inter-

efecto el derecho no puede ser reducido al mero aspecto externo, a una simple y rígida forma que existe en sí y para sí y que por ende está desprovista de todo fin trascendente. Por el contrario el derecho es la tentativa de aproximación a la justicia — como dice el ya citado profesor de la Universidad de Nancy (10) — que tiene, podemos agregar, el fin de servir a los intereses de la persona.

Es la expresión del constante e infatigable esfuerzo del hombre para alcanzar ese orden ideal que preside la justicia y que nunca se logra en forma acabada.

Ese “fondo” del derecho de que hablan los iusfilósofos, ese núcleo o esencia, que es la razón de ser de la compleja armazón del derecho positivo, no es otra cosa que la tentativa de captar la “justicia” para traducirla en términos de humanidad.

Ahora bien la oposición al derecho, en cuanto es contenido o ensayo de captación de la justicia, da lugar a la antijuridicidad que, como su mismo nombre lo sugiere, es la oposición que se registra más que al derecho a la propia justicia.

4)—Referencia histórica.

El estudio científico de la antijuridicidad es relativamente reciente.

Como era inevitable los primeros ensayos y las primeras manifestaciones legislativas se concretaron a los casos particulares, desde los cuales la doctrina, en épocas posteriores, se remontó para elaborar una teoría general de la antijuridicidad.

J. Nagler (11) en su *Der heutige Stand der Lehre vom der Rechtswidrigkeit*, que se publicó en Leipzig en 1911, ha he-

pretación agotadora de la ley, porque, para satisfacer las más imperiosas exigencias del orden es preciso recurrir a fuentes de derechos distintas de la ley.

e) Porque según la opinión unánime, la ley, en el campo de sus previsiones, choca con dos fuerzas que le oponen resistencia: una resistencia mecánica y una resistencia moral. Hay creencias que resisten a la ley y hay hechos consumados, situaciones adquiridas, posesiones de estado que se resisten u oponen a la ley. Ni un solo positivista ha conseguido eludir, no ya sólo la resistencia de los hechos, sino tampoco la resistencia de las creencias; dichos positivistas no han abolido la Justicia y el Derecho Natural sino para reemplazarlos por ídolos. Es pues el Derecho una cosa distinta de la ley; la ley no es más que un instrumento al servicio del derecho, subordinado al derecho, lo mismo que el contrato, lo mismo que el fallo judicial, si bien representa un instrumento privilegiado”.

(10) Renard, ob. cit. vol. I, pág. 69.

(11) Citado por Emilio González López en: *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año XII No. 47, págs. 240 y siguientes.

cho un buen resumen del desenvolvimiento de la doctrina de la antijuridicidad, señalando como primero apunta el estudio de los casos particulares y como pasa mucho tiempo antes de que se logre un desarrollo de carácter general. (12).

La concepción armónica y unitaria de estas formas particulares, dentro del problema general, es algo relativamente reciente que, según este autor (13), viene a sustituir en los tiempos modernos las generalidades dichas "por Kant y completadas por Hegel sobre lo injusto".

Hasta mediados del siglo pasado esta materia era estudiada sólo con relación a la legítima defensa y apenas existía una conciencia difusa acerca de la unidad total del concepto de antijuridicidad.

El hito inicial de la teoría científica de la antijuridicidad es fijado prácticamente por Merkel quien en su trabajo sobre lo injusto, que se publicó en 1867 (14), sentó los cimientos de una tesis que los juristas alemanes y los italianos habían luego de desarrollar.

Carlos Binding prosiguió las investigaciones sobre esta materia, aún cuando lo hizo con un criterio restrictivo que se orientó al desarrollo de los fundamentos de la "excepcional exclusión de la antijuridicidad". Las conclusiones de Binding, que tuvieron carácter provisional, fueron profundizadas por sus discípulos y sucesores, hasta que, a principios del siglo, Hold von Ferneck ensayó nuevas aclaraciones para el problema de la antijuridicidad.

Con posterioridad Max Ernesto Mayer y el Conde zu Dohna trataron de fundamentar la doctrina de la antijuridicidad sirviéndose del método filosófico y acudiendo a recursos metajurídicos.

Entre los contemporáneos los estudios han menudeado hasta el punto de complicar el horizonte y de oscurecer lo que debía esclarecerse. Allfeld, Stoos, Gerland, Hafter, Schmidt, von

(12) La ley Carolina por ejemplo contempla la legítima defensa solo para los casos de homicidio. El estado de necesidad ha tardado hasta comienzos de siglo para alcanzar pleno reconocimiento, y las otras causas de justificación no han concluído aun o acaban de lograr el pleno reconocimiento de su validez.

(13) Nagler cfr. González López, trabajo citado.

(14) Cfr. Jiménez de Asúa, la Ley y el Delito, pág. 336.

Hippel, Mezger, etc., han dedicado sendas monografías o extensos capítulos de sus tratados al estudio de esta materia (15).

También en Italia en los últimos 25 años el tema de la antijuridicidad ha concitado la atención de los juristas y ha motivado numerosos estudios. A este propósito debemos dejar constancia que nos parece poco exacta —si reparamos en la más reciente producción jurídica italiana— la afirmación de un eminente penalista español quien dice que en Italia — y en España y en Francia — este problema está ausente de los libros de conjunto y en consecuencia “careciendo de esta pared maestra de la construcción penal, los Tratados de idiomas latinos son hartos más imperfectos que los de lengua alemana” (16). Sobre el particular, cuando menos por lo que se refiere a Italia, aparte de las dos notables monografías que los profesores Petrocelli y Moro han dedicado a esta materia y que son valiosa muestra del interés de los juristas italianos por la antijuridicidad, podemos mencionar los escritos de Battaglini, Sabatini, Bettiol, Delitala, etc. quienes han profundizado este tema en sus importantes tratados generales y otras publicaciones.

5) — Los dos aspectos de la antijuridicidad.

Al emprender el estudio de esta materia se impone la necesidad de hacer una distinción entre el aspecto objetivo y el subjetivo de la antijuridicidad. Esta distinción, que servirá — nos apresuramos en proclamarlo — sólo para facilitar la investigación de los problemas que se presentan y que debe entenderse como un recurso para alcanzar el correcto planteamiento de la antijuridicidad en la teoría jurídica del delito, no tiene como consecuencia una subdivisión o un fraccionamiento de algo que debe ser entendido como una totalidad. Por el contrario consideramos — y procuraremos demostrarlo — que gracias a esta distinción, que sólo es de carácter lógico y que — repetimos — responde a una exigencia motivada por la índole del estudio emprendido, se podrá probar la estrecha vinculación que existe entre la antijuridicidad y los demás elementos del delito.

(15) Ver en Moro, *Antijuridicidad Penal*, pág. 16, nota 14, una extensa relación de autores que han abordado el tema de la antijuridicidad material. En la misma obra, pág. 20, nota 19, hay otra nómina de juristas que se han ocupado de la antijuridicidad objetiva y subjetiva.

(16) Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito*, pág. 337.

Al poner de relieve lo que hemos dado en llamar el aspecto objetivo de la antijuridicidad nos será posible destacar su relación con la ley por una parte y con el hecho de la otra.

En cambio cuando procuraremos profundizar la faz subjetiva de este juicio de relación, que denominamos antijuridicidad, quedarán destacadas las vinculaciones que existen entre este elemento del delito y la culpabilidad. Se verá entonces como la antijuridicidad se encuentra estrechamente vinculada a la culpa y como esta vinculación es tal que, si no existe culpabilidad es inútil avanzar en la averiguación de la antijuridicidad.

6)—El concepto de la antijuridicidad desde el punto de vista objetivo.
Doctrinas y críticas.

Debemos determinar aquí cual es la naturaleza de la relación que se infiere cuando surge una oposición entre el hecho y la ley. Examinaremos luego la oposición que se presenta entre el hecho y el interés protegido.

También en este caso las discrepancias han menudeado dando lugar a posiciones doctrinarias antagónicas.

La antijuridicidad, todos los tratadistas lo reconocen, es el resultado de la contradicción que se registra entre la norma y el hecho, entendido como consecuencia de la acción del hombre.

Procedamos sin más dilaciones al examen de los dos términos que, al ser contrapuestos, dan origen a la antijuridicidad.

Surgen empero de inmediato las discrepancias que, como señala Moro, nacen del "diverso modo de entender los términos enfrentados para derivar aquella calificación" (18). Estas discrepancias pueden resumirse en las opuestas posiciones que a continuación reseñamos:

A) *Subjetivistas y objetivistas.*

Para los subjetivistas la ilicitud reside en el contraste con lo que consideran la esencia propia del Derecho o sea con la voluntad imperativa que en él se entraña. En cambio la corriente

(17) Para una enumeración más completa de los penalistas italianos que han abordado el tema es suficiente remitirnos a la bibliografía mencionada por Moro en las ya citadas notas No. 14 y 19 de su conocida monografía.

(18) Moro, ob. cit. pág. 25.

objetivista estima que la calificación de un comportamiento se puede hacer sólo teniendo en cuenta la contradicción con el orden jurídico "prescindiendo de la circunstancia que pueda acreditarse a un sujeto que haya violado el derecho en su fuerza vinculadora de la voluntad humana" (19). Para otros la norma jurídica es tomada como un modelo de valor a la que debe ajustarse o de la cual disiente el comportamiento humano.

Estas sutilezas de la ciencia penal alemana tienen el mérito de poner de relieve algunos aspectos de la relación jurídica que estamos estudiando, pero pecan de exclusivistas y unilaterales.

Si bien es cierto que la norma jurídica entraña un mandato imperativo no es menos cierto que este mandato afinca sus raíces en un terreno en el que ha sido necesario "valorar" para dar sentido a esa norma. En efecto la norma que se impone a la voluntad del ciudadano surge de la valoración hecha por el legislador cuando, interpretando el sentir de la época y de la colectividad, erigió en derecho positivo lo que era un simple "sentir" de la sociedad. El derecho en realidad cumple una doble función, valorativa e imperativa al mismo tiempo. En consecuencia no es dable hacer bizantinos distingos entre uno y otro aspecto para determinar el nacimiento de la antijuridicidad.

Tampoco tiene sentido el problema que se han planteado los que, como Kollrausch (20), se preocupan por determinar si la esencia de lo ilícito reside en violar disposiciones que garantizan o reglas que mandan. En efecto tanto las unas como las otras son infaltables en la norma jurídica.

B) Derecho subjetivo y objetivo.

Todavía con relación a este término de la comparación, de la cual surge la antijuridicidad, se presentan otros problemas uno de los cuales es el de establecer si este juicio de ilicitud brota de la oposición al derecho subjetivo o al derecho objetivo.

No hace falta un examen exhaustivo para demostrar la falacia de semejantes planteamientos que también pecan de exclusivistas. Las modernas orientaciones de la doctrina, superando estas concepciones unilaterales, han demostrado su equívoco. "Hoy la antigua cuestión relativa a si la ilicitud es violación del

(19) Moro, ob. cit. pág. 26.

(20) Moro, ob. cit. pág. 31.

derecho objetivo o del derecho subjetivo puede considerarse superada por completo" escribe Petrocelli (21) y agrega: "Así como en la vida normal son inseparables, en la función del derecho, el momento subjetivo y el objetivo, así también en el fenómeno de contradicción con el derecho están presentes indudablemente uno y otro momento".

También Moro, que ha tratado ampliamente esta materia, se ha encargado de demostrar la inconsistencia de esta disparidad de puntos de vista que, a su entender, es el resultado de una diferente manera de apreciar una y otra manifestación del derecho (22).

Sobre este punto a los argumentos de los tratadistas arriba citados no nos queda sino agregar que, en nuestro concepto, el derecho existe en su objetividad en cuanto medio para la tutela de las aspiraciones subjetivas y por otra parte el derecho subjetivo, mientras no haya sido reconocido y consagrado por el ordenamiento jurídico — o sea por el derecho objetivo — será tan sólo una simple aspiración de la colectividad, un anhelo de la sociedad sin ninguna vigencia. En consecuencia no se puede desvincular el derecho objetivo — entendido como expresión de la soberana voluntad estatal — del derecho subjetivo. El derecho objetivo, sin su contenido de derecho subjetivo, sería una simple estructura, una armazón carente de sentido, fruto del mero arbitrio de la fuerza que lo impone; empero el derecho subjetivo — sin el respaldo del derecho objetivo no sería en realidad derecho sino el anhelo individual o colectivo para alcanzar el respeto y la protección de determinada clase de bienes o de intereses.

Sólo teniendo en cuenta estas consideraciones podremos decir con Nagler que el derecho objetivo es el prius lógico del derecho subjetivo. A todo esto no nos quedaría sino agregar que el derecho subjetivo es el antecedente cronológico del derecho objetivo.

C) *Antijuridicidad formal y material.*

No concluyen aquí las posiciones opuestas adoptadas por los juristas empeñados en la dilucidación de los problemas de la antijuridicidad. También con respecto a la ilicitud como deter-

(21) Petrocelli, L'Antijuridicità, pág. 11.

(22) Moro, ob cit. pág. 13 y sigs.

minación formal o substancial, la doctrina teutona y la italiana se han escindido en dos bandos discrepantes.

a) EL ORIGEN.

Esta distinción fué establecida por von Liszt quien procedió — como lo señala Bettiol (23) — de acuerdo con las exigencias políticas de una época en que el naciente marxismo trataba de abrir una brecha en el rígido sistema formalista que informaba el derecho y la organización social de la Alemania liberal de los últimos decenios del siglo pasado.

Para von Liszt la antijuridicidad formal había sido el resultado de la oposición del hecho o del comportamiento humano a la norma, mientras que la antijuridicidad material o sustancial había surgido al resultar lesionados aquellos intereses que la misma norma tutela.

Con el transcurso del tiempo la semilla echada por el maestro de la Universidad de Berlín germinó en una exuberante floración de estudios, monografías, y tratados especialmente dedicados a poner de relieve la antijuridicidad material como elemento determinante en la apreciación de la ilicitud. En efecto las limitaciones que imponía a jueces y abogados alemanes el Código Penal del Imperio los obligó a profundizar en este camino, con el objeto de administrar o de obtener una justicia mejor. Por esto en Alemania encontró tantos prosélitos la tesis que recomendaba averiguar, más allá del simple y abstracto esquema normativo, si se había registrado esa lesión u oposición a los intereses que la norma debe tutelar para establecer la antijuridicidad de la acción. Desgraciadamente para Alemania este ensayo para evadir la opresión del rígido formalismo imperante en esa época (24) había de servir de base, algunas décadas después, para que una nueva concepción política — no ya democrática y socialista, sino autoritaria y nazista — encontrara en la lesión de esos intereses, tan difíciles de precisar (25) un cómodo asidero para consumir, bajo un ropaje de aparente legalidad, los peores atentados contra el derecho y contra el individuo.

(23) Bettiol, *Diritto Penale, Parte Generale*, pág. 191.

(24) Estas tentativas se hacían, como lo acabamos de apuntar, con el propósito de dar a la administración de la justicia un sentido más humano y equitativo.

(25) Esta dificultad se explica si se tiene en cuenta que tales intereses no estaban insertos en los marcos de una ley positiva.

Frente al desarrollo de esta concepción se hizo necesario determinar la relación existente entre la antijuridicidad formal y la material y establecer si se trataba de una relación de continente a contenido o de dos coeficientes distintos que debían realizarse en forma independiente (26).

Von Liszt consideraba que eran dos categorías distintas, afirmando que el contenido material, antisocial de la acción era independiente de la valoración prevista por el legislador (27).

b) LA DOCTRINA ALEMANA.

Siguiendo las huellas de Liszt, como ya lo hemos apuntado, menudearon en Alemania los ensayos encaminados a superar la concepción formalista de la antijuridicidad (28).

Graaf zu Dohna, en un trabajo publicado a comienzos del siglo —en 1905—, consideraba que la contestación que la ciencia penal alemana daba a la pregunta: ¿cuándo un comportamiento humano es antijurídico? era una respuesta inadecuada pues se limitaba a declarar: cuando el comportamiento se encuentra en contraste con la norma y está conforme con el Tatbestand.

Buscando una solución para este problema el penalista alemán, bajo la influencia del sociologismo de Liszt y de la teoría de las normas de Binding, procuró establecer los caracteres de la antijuridicidad fuera del círculo vicioso que considera ilícita la lesión de un bien cuando la acción está conforme con el Tatbestand y que declara que una acción conforme con el Tatbestand es antijurídica.

En sus peregrinaciones por los campos del derecho Dohna trató de establecer los fines de las normas jurídicas y llegó a la conclusión que estos deben ser los medios justos para los fines justos (*das sie rechtes mittel zu rechtem zwecke sien*). Para coronar su construcción concluye afirmando que el derecho tiene por objetivo regular la comunidad social y que por esto la norma será el medio justo empleado para alcanzar el fin justo si es empleada para asegurar el orden social.

(26) Petrocelli, ob. cit. pág. 86 y sigs.

(27) Rocco sostuvo, coincidiendo en esto con el penalista alemán, que el legislador “encuentra y no crea la antisocialidad”.

(28) Para hacer este recuento nos hemos basado en el resumen hecho por Petrocelli en su “Antijuridicidatá” cfr. págs. 99 y sigs.

Toda esta teoría, que peca de vaga e inconsistente, permitirá formular una crítica del derecho vigente (29) pero no puede servir de asidero para llegar a la conclusión de que la injusticia de una disposición entraña automáticamente falta de validez. El único valor que tuvieron los esfuerzos de Dohna fué el de haber construído una teoría aplicable para justificar la acción — o excluir la antijuridicidad — en los casos en que no se hubiera expresado en forma manifiesta el pensamiento del legislador. Pero aún en estas hipótesis la conformidad con el derecho, o la antijuridicidad de una acción, deberá establecerse teniendo en cuenta los lineamientos generales del sistema jurídico o sea el conjunto de normas del derecho positivo, armónicamente consideradas para poder apreciar el espíritu que las anima.

Las críticas contra esta tesis no tardaron en surgir aún en la misma Alemania. Nagler fué uno de los más severos censores del conde zu Dohna. Aún aceptando que era inconveniente un exagerado positivismo y que la ley admitía la comprensión del contenido, consideraba — este tratadista — que la distinción que se había hecho entre la antijuridicidad material y la antijuridicidad formal no debía existir. Esta rebelión contra la ley era considerada como peligrosa pues acabaría consagrando la supremacía de la autoridad del magistrado quien podría de esta manera hacer una interpretación individual de la ley en cada caso.

Beling sumándose al concierto de críticas, que tuvo el privilegio de provocar zu Dohna, afirmaba que el juez debía permanecer vinculado a la ley y que la antijuridicidad material no era un concepto de derecho positivo sino un simple programa "*de lege ferenda*", una pauta que podría servir sólo al legislador encargado de modificar el derecho positivo vigente. Compartiendo esta posición crítica. Stoops consideró que la antijuridicidad material es un concepto prejurídico. Fischer por su parte declaraba que la característica de la antijuridicidad es el contraste con el derecho y en consecuencia son completamente inútiles los esfuerzos encaminados a establecer una antijuridicidad material diferente de la formal.

Casi contemporáneamente a la teoría de zu Dohna otros juristas ensayaron la misma aventura. Entre estos Max Ernesto Mayer quien ejecutó, con su teoría de las "*kulturnormen*", va-

(29) Cuando este derecho no cumple con las finalidades que le son impuestas.

riaciones sobre el mismo tema explotado por el conde de Dohna. En la sociedad según Mayer existe un conjunto de intereses que están tutelados por las normas de cultura que el Estado ha reconocido y en consecuencia es antijurídica aquella conducta que se contrapone a alguna de estas normas. "Para fundamentar el orden jurídico, y no para suplantarlos, es preciso retrotraer la teoría hasta aquel complejo de normas prejurídicas de las que se obtiene el derecho", escribe este tratadista (31).

Sauer comparte esta orientación al encontrar insuficiente la antijuridicidad formal y al declarar que el juicio de antijuridicidad se debe hacer sólo cuando se da el contraste con los fines y los intereses de la sociedad. Este autor supera los puntos de vista de Mayer considerando que no se debe detenerse frente a las normas de cultura reconocidas por el Estado sino avanzar hasta fijar el tipo de valoración en la cultura considerada como un todo orgánico. Objetando a Mayer (32) Sauer dice que aquel "buscó el concepto de normas de cultura en vez de buscar el de cultura".

Otro adalid de la antijuridicidad material es el profesor de la Universidad de Múnich, Edmundo Mezger, para quien la antijuridicidad sería la ofensa o el peligro a que se ha expuesto un bien. Habla además este autor de un derecho "*praeter legem*" del cual debería valerse el intérprete de la ley para llegar a sus conclusiones (33). Mezger comete el error de confundir la antijuridicidad, que expresa una idea de relación, con el contenido material de la acción. Criticando esta concepción Petrocelli (34) afirma que el contenido de la antijuridicidad no puede ser otra cosa que el juicio formulado por el legislador. No podrá ser nunca un daño o un peligro, sino la valoración contenida en la norma acerca de la existencia de la aparición de un determinado daño o peligro.

Con respecto a los criterios "*praeter legem*" propugnados por Mezger, el catedrático de la Universidad de Nápoles considera (35) que los "supremos principios del ordenamiento jurí-

(30) La tesis de Dohna ha sido considerada como un puente establecido entre los vetustos postulados del iusnaturalismo y la moderna concepción dualista de la antijuridicidad.

(31) Cfr. Jiménez de Asúa, la Ley y el Delito. pág. 346.

(32) Jiménez de Asúa, ob. cit. pág. 347.

(33) Mezger, Diritto Penale, trad. it. pág. 216 y sigs.

(34) Petrocelli, ob. cit., pág. 108.

(35) Petrocelli, ob. cit. pág. 109.

dico”; “el conjunto de la cultura”; “la idea racional del derecho”; “el justo equilibrio entre los intereses de la colectividad y los intereses individuales” son expresiones hermosas, tal vez aptas para inspirar la orientación futura del derecho, pero poco apropiadas para guiar al intérprete en la solución de un caso concreto, cuando la voluntad del legislador no sea explícita y debe ser determinada haciendo el examen de todo el sistema.

Menos numerosos y profundos son los estudios que sobre esta materia se han hecho en Italia. Tal vez el carácter de la legislación penal ha influido en esto haciendo innecesarios los ensayos que en el norte eran impuestos por la rigidez y los reducidos alcances del Código Penal del Imperio. En efecto los más destacados penalistas italianos se pronunciaron contra la teoría de la antijuridicidad material.

Sin embargo se pueden señalar algunas tentativas en este sentido. Maggiore, por ejemplo, acepta la tesis dualista, aún cuando sin profundizarla (36). De Marsico suscribe, sin discutir los puntos de vista de Graaf zu Dohna. Florian parece inclinarse en favor de la antijuridicidad material. Frosali habla de dos clases de antijuridicidad: una referida al derecho objetivo, que sería la formal y otra relacionada con el derecho subjetivo que sería la antijuridicidad material.

e) CRITICA.

Intentemos ahora recapitular las severas críticas que han hecho blanco en los trabajos escritos para probar la conveniencia o la necesidad de la antijuridicidad material.

Los penalistas alemanes que dieron vida a esta teoría creyeron haber forjado una herramienta que, en manos del juez, habría podido suplir las estrecheces de la ley y permitido alcanzar una más eficiente administración de la justicia. Confiaron encontrar en este campo, que se extiende más allá de los angostos cercos del articulado legal la verdadera esencia del derecho y el más válido — o el único verdaderamente válido — de los criterios a los que se debía acudir cuando se trataba de establecer la antijuridicidad de un acto.

Eran empero muy diferentes las orillas en las que debía a la postre encallarse la barca de estas teorías, y el instrumento

(36) Cfr. Petrocelli, ob. cit. pág. 111.

que forjaron para hacer más humana la ley se convirtió con el tiempo en un arma de opresión que, cohonestando arbitrariedades y atropellos, tras una falaz apariencia de legalidad, sirvió para consumir las peores injusticias

La triste experiencia de la Alemania nazi ha permitido comprobar, en forma que no deja margen a objeciones, que el juez — hombre a la postre y como tal susceptible a las influencias de la época y del poder — no puede ni debe disponer de la facultad de investigar más allá de los linderos que le ha fijado el legislador.

No es posible admitir que el legislador no haya previsto todos los casos. Esto implicaría aceptar la tesis de la existencia de lagunas en el derecho penal, que es rechazada por la doctrina más autorizada (37). Dejaría por otra parte al ciudadano librado a la merced del leal saber y entender del juzgador y enervaría la validez, unánimemente reconocida, de la máxima legalista "*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*", que constituye la suprema garantía para los hombres sometidos al imperio de una ley penal y que todos los códigos consagran, aceptan y reconocen (38).

En realidad el legislador es el único autorizado para establecer los hechos lícitos y los ilícitos así como los casos en los que, a pesar de la violación de una norma, no se registra delito (39).

La separación entre los hechos lícitos y los ilícitos, como certeramente lo señala Bettiol (40), debe implicar forzosamente una limitación de los poderes de los jueces y en consecuencia vedar al magistrado la apreciación de hechos o situaciones que se encuentran más allá de la trama de la ley. En efecto todo lo que

(37) La mayoría de los tratadistas reconoce la plenitud del ordenamiento jurídico.

(38) Cfr. CF. P., art. 2º: "Nadie será condenado a sufrir pena alguna que no esté sancionada en la ley, ni a sufrir pena distinta de la que la ley señala para la infracción juzgada.

(39) Es aquí, y sólo para el legislador, que pueden, aún más, deben tener importancia todas aquellas manifestaciones de la cultura de un pueblo y de una época determinada, que los partidarios de la antijuridicidad material querían entregar al juez para que fueran sus lazarillos o sus muletas en la faena de administrar justicia. Solo en el momento de dotar a un país de una nueva ley penal o de reformar las que están vigentes será necesario auscultar las concepciones morales, religiosas y sociales, en otras palabras al conjunto de normas de cultura de un pueblo, para traducirlas en derecho positivo. Y cuando la ley, como toda obra del hombre, ha envejecido y por el imperceptible, pero incontestable transcurso del tiempo, no responde a las exigencias de la época, entonces no quedará sino el camino de derogarla, o modificarla pero no se puede dejar librado al criterio del juzgador la facultad de suplir sus deficiencias aun cuando estas sean muy grandes.

(40) Bettiol, ob. cit. pág. 192.

trasciende de la forma jurídica pertenece a la metafísica del derecho y podrá ser política, sociología, moral o normas de costumbres pero nunca derecho que es lo único que puede y debe interpretar el juez.

En consecuencia la antijuridicidad no puede tener sino una naturaleza formal o, como afirma Bettiol (41), "es —la antijuridicidad— el resultado de la contradicción del hecho con la norma".

Con esto no se debe entender que la antijuridicidad formal es una forma pura y vacía, carente de toda referencia a la realidad de los intereses humanos. Tampoco se debe creer que de esta manera se subordinan las exigencias de la vida a simples consideraciones lógico-formalistas.

Cuando se reconoce la primacía de la antijuridicidad formal —así lo destaca Petrocelli (42)— no se hace otra cosa que reafirmar la exigencia de fidelidad a la norma jurídica, pero esta fidelidad a la norma no excluye una mirada introspectiva a la realidad de las cosas, por el contrario la impone como una exigencia fundamental, pues no se puede permanecer fieles a la norma sino reconociéndola a través de una completa reconstrucción de los fines humanos.

En realidad la antijuridicidad sin un contenido no tiene razón de ser. Con justa razón afirma Messina (43) "la antijuridicidad no es un mero concepto formal porque ella misma es un contenido, un valor; y no es antijuridicidad material porque ella se determina tan solo a base de un contraste formal con la norma del derecho positivo".

En conclusión la antítesis que se ha querido crear entre la antijuridicidad formal y la material no tiene razón de ser porque antijurídico es sólo aquel hecho que es juzgado lesivo a un bien reconocido y tutelado por el derecho. A esta conclusión no se puede llegar sino teniendo bien presente, por una parte la figura de la ley, y de la otra el contenido —bien o interés— que esa disposición quiere tutelar.

D) *Antijuridicidad objetiva o subjetiva.*

En un recuento de posiciones en materia de antijuridicidad no puede faltar tampoco una referencia a las contrapuestas tesis

(41) Petrocelli, ob. cit. pág. 114.

(42) Bettiol, ob. cit. págs. 191 y 192.

(43) Cfr. Bettiol, ob. cit. pág. 193.

adoptadas por los partidarios de la antijuridicidad objetiva y subjetiva.

Este desacuerdo en la doctrina es el desarrollo de las tesis adoptadas por los subjetivistas y los objetivistas con respecto a la forma de entender el derecho.

Para algunos autores la valoración del hecho debe ser objetiva. Debe calificársele de conforme o contrario al derecho sin tomar en cuenta quien ha realizado el acto. Los que se oponen a esta tesis sostienen en cambio que el derecho como mandato o voluntad social se dirige al sujeto exigiéndole acatamiento. "La ejecución e inejecución, dice Moro (44), son hechos de la voluntad" y en consecuencia "el presupuesto de la calificación de un comportamiento como antijurídico es la imputabilidad".

Estas dos tesis han encontrado en el problema que ofrecen los sujetos incapaces el campo más propicio para esgrimir sus argumentos. Mientras los partidarios de la posición objetiva sostienen que solo sus puntos de vista ofrecen el medio para defender la sociedad de las agresiones de los incapaces, sus adversarios reiteran sus afirmaciones respaldándolas en la imposibilidad de sancionar a los que carecen de imputabilidad.

Una y otra posición ha tenido sus méritos. Por una parte la concepción subjetiva ha permitido poner de relieve la estrecha vinculación que existe entre el elemento culpabilidad y la nota que estamos estudiando. De otro lado la corriente objetivista ha servido para llamar la atención sobre "la contrariedad del hecho con su significado objetivo" (45).

En realidad también en este caso, sin solidarizarnos con ninguno de los dos extremos, podemos afirmar que la solución está en una posición intermedia entre ambas tesis que pecan de unilaterales y de excluyentes.

Las discrepancias han servido para establecer la vinculación estrechísima que existe entre estos dos elementos de la teoría jurídica del delito y para recordar que, como dice Moro, "si es verdad que la antijuridicidad objetiva no se entiende sin culpabilidad, es también verdad que la culpabilidad tampoco se entiende sin antijuridicidad".

(44) Moro, ob. cit. pág. 21, efr. el resumen que allí ha hecho.

(45) Moro, ob. cit. pág. 22.

E) Antijuridicidad genérica y específica.

Para poner término a esta reseña de puntos de vista y de distinciones motivados por el tema de la antijuridicidad haremos una breve referencia a la antijuridicidad genérica y a la específica.

Esta distinción, como lo subraya Bettiol (46), peca de artificial y no tiene ninguna razón de ser. Para los que auspician la necesidad de este distingo la antijuridicidad genérica sería la que se presenta en los casos corrientes de delito; mientras que la específica se ofrece en aquellos casos en que el texto de la ley exige expresamente que la acción se haya ejecutado "ilícitamente", "abusivamente", "arbitrariamente", etc. De acuerdo con esta tesis parecería necesario que el agente tuviera una noción, precisa y clara de la ilicitud del acto que ha cometido, mientras que en la generalidad de los casos este requisito específico sería innecesario.

Esta distinción, ya lo ha demostrado Delitala, es completamente inconsistente y, por carecer de importancia, no debe subsistir (47).

En realidad no es necesario insistir en el carácter unitario de la antijuridicidad y en lo peregrino y disparatado de todo ensayo para establecer distinciones en este elemento del delito.

Consideramos finalmente que la presencia, en el texto de algunos artículos del Código Penal, de aquellos adjetivos que han dado lugar a estas elucubraciones debe ser tomada en cuenta en el momento de hacer el estudio de la culpabilidad y no cuando se está tratando de la antijuridicidad. En efecto se revela como una nota del elemento subjetivo del delito (48).

7)—La esencia de la antijuridicidad.—El aspecto objetivo.

Se impone ahora la tarea de dejar establecido cual es la esencia de la antijuridicidad que, en última instancia, constituye la esencia del mismo delito.

En primer lugar señalaremos los alcances de los términos cuya comparación origina el concepto de la antijuridicidad. En

(46) Bettiol, ob. cit. pág. 194.

(47) Delitala, citado por Bettiol, efr. ob. cit. pág. 194.

(48) En este sentido se pronuncia el profesor de Derecho Penal de esta Universidad, doctor Manuel G. Abastos.

otras palabras procuraremos fijar las características de los conceptos: acción, o suceso y derecho.

Con respecto a los dos primeros —acción o suceso— es necesario disipar un equívoco que ha suscitado malentendidos y discrepancias.

La acción y el suceso no son más que dos aspectos de la misma realidad (49). Algunos tratadistas han preferido utilizar el término acción, poniendo de relieve el aspecto activo, dinámico de esta realidad, mientras que otros han prestado mayor atención al resultado de la acción o sea a la fase estática. En verdad tanto la acción como el resultado, hemos de repetirlo, constituyen una totalidad en la que las distinciones a que venimos refiriéndonos no tienen valor sino para la realización de los fines científicos o docentes.

Por otra parte, en cuanto concierne al término “derecho” no nos queda sino recordar lo que ya habíamos dicho antes. En efecto no se puede pretender que el derecho sea solo voluntad, mandato puro y simple que se dirige a los hombres exigiendo que lo acaten sin discusiones. El orden jurídico se impone, como voluntad que exige obediencia, porque ha reconocido y tutela determinados valores que el hombre aprecia y es por la trascendencia que tienen o que se concede a estos valores que el hombre está dispuesto a sacrificar su libertad respetándolos y haciéndolos respetar.

Fijados estos conceptos se puede decir cual es la esencia de la antijuridicidad. Es la oposición que se registra entre la acción o comportamiento humano y la tutela o protección que el derecho reconoce y presta a determinados bienes o valores.

Es aquí donde se puede apreciar la significación del aporte de la doctrina de la antijuridicidad material como intento de superación al estricto formalismo que pretendió imponer al derecho.

Sobre el particular el profesor Moro (50) pone de relieve la necesidad de considerar “junto a la contrariedad respecto del derecho, en su esencia de mandato, la contrariedad con sus fines”.

El error de los penalistas que propugnan esta tesis estuvo en

(49) Moro, ob. cit., pág. 48. En este punto conviene la más moderna y autorizada doctrina.

(50) Moro, ob. cit., pág. 51.

el haber dado un alcance extralegal al contenido de la antijuridicidad, pues la apreciación del elemento substancial de la ilicitud tiene que hacerse dentro de los marcos fijados por el derecho positivo.

Empero ajustándose a esta exigencia —que es ineludible— es innegable el valor dogmático de la teoría de la antijuridicidad material pues permite fijar claramente el aspecto objetivo del delito.

La oposición contra esta forma de entender la antijuridicidad no ha faltado. Partiendo de diferentes bases numerosos escritores han pretendido excluir el elemento objetivo de la antijuridicidad. Algunos tratadistas, por ejemplo von Ferneck, Manzini, Rocco, aun reconociendo que en el delito existe una lesión o una exposición a peligro de los intereses jurídicos, afirman que esto nada tiene que hacer con la antijuridicidad (51).

Sin detenernos para hacer un resumen y un examen de estas orientaciones que han sido ampliamente tratadas y criticadas por Moro (52), rechazamos, de acuerdo con este autor, aquellas afirmaciones y convenimos con él en considerar que el daño o el peligro se refieren a la antijuridicidad, constituyendo precisamente su aspecto objetivo o material.

Una corriente de la doctrina alemana se opone a la posición que ha adoptado Moro, considerando que la esencia del delito consiste, antes que en una lesión de los bienes jurídicos, en una violación de la obligación que tiene el ciudadano de acatar las directivas ético-políticas que le imparte el Estado. Esta tendencia que supone una mutua y estrecha compenetración entre los ordenamientos jurídico y ético de una colectividad es inaceptable pues la voluntad tiene valor en cuanto sirve para tutelar los bienes jurídicos.

Semejante teoría solo podía prosperar en un ambiente totalitario como el de la Alemania nazi, en el que la consideración a la voluntad estatal primaba sobre la apreciación de los bienes jurídicos que eran lesionados o puestos en peligro por el delito.

El derecho, en cuanto mandato ético-político, es afirmación de un valor determinado y en consecuencia es absurdo concebir la existencia de un derecho que se concrete a una mera desobe-

(51) Moro, ob. cit., pág. 56.

(52) Moro, ob. cit., págs. 56 y sigs.

diencia o que sea —como dice Moro (53)— “hecho en contraste con el mandato legal, donde el hecho es la manifestación desnuda e insignificante de energía espiritual inmotivada e inmotivable”.

La crítica a esta doctrina y a sus derivaciones, que aun cuando conservan parte de sus lineamientos procuran aproximarse a la concepción teoleológica del derecho, ofrece la oportunidad para fundamentar la posición que hemos adoptado al considerar la antijuridicidad como lesión a los bienes jurídicos (54).

El orden social no puede ser entendido como algo abstracto del que queda excluida toda consideración a los intereses individuales en cuanto manifestaciones de la persona humana. Por el contrario es la persona el elemento fundamental e imprescindible de ese orden social que el derecho tiene por misión tutelar. En consecuencia todo lo que es consustancial a la persona humana y todo lo que sirva para su desenvolvimiento, debe ser objeto de tutela jurídica. De otro lado todo lo que atente contra estos valores debe recibir la calificación de ilícito.

Este conjunto de bienes no es tutelado en homenaje a un abstracto ordenamiento jurídico, en si y por si, ni en atención a un supuesto derecho del Estado, ni con miras a la conservación del orden social en cuanto tal, pues no existe ordenamiento jurídico, ni derecho estatal, ni ordenamiento social, sino en cuanto están en función de la persona humana. Esto no implica consagrar la vigencia exclusiva de los derechos subjetivos o la aceptación de un extremado individualismo pues el reconocimiento que el derecho presta a determinados valores no funciona sino en relación a aquellos que tienen carácter objetivo y universal. En otros términos no se desconoce el carácter social del derecho sino se destaca su esencial contenido humano.

Los intereses que resultan lesionados por la acción que merece el calificativo de antijurídica son las posiciones que el individuo asume para satisfacer sus necesidades (55).

En consecuencia el contenido objetivo del delito consiste en tomar una posición contraria a los bienes tutelados por la nor-

(53) Moro, ob. cit., pág. 67.

(54) Es precisamente la apreciación del orden social entendido como fin del derecho, a la que llegan algunos exponentes de la doctrina que criticamos, la que nos brinda esta ocasión.

(55) Estas necesidades reciben la protección del ordenamiento jurídico por el hecho de que son reconocidas y calificadas desde un punto de vista objetivo y universal.

ma, determinando su lesión o su exposición a peligro. Ahora bien, desde el punto de vista dogmático, para los fines científicos, se puede distinguir en un plano teórico, un aspecto de rechazo al valor tutelado y otro aspecto que consistirá en la ofensa que se causa al sujeto titular del mismo valor.

Esta es, en consecuencia, la posición que consideramos que debe ser adoptada para enjuiciar la antijuridicidad. Toda derivación hacia una apreciación del delito desde el punto de vista subjetivo no responde a las exigencias de un enfoque realista y válido de este fenómeno jurídico.

Antes de poner término a este examen del aspecto objetivo de la antijuridicidad es preciso hacer una referencia a la teoría de los elementos subjetivos de la ilicitud. Los autores que suscriben esta tesis sostienen que, aun manteniéndose firme el fundamento objetivo de la ilicitud, es preciso reconocer, en algunos casos, la existencia de elementos subjetivos, y en particular la presencia de una especial intención del agente, que concurren a calificar la acción como antijurídica.

Estos casos se registran cuando el contenido de la acción no se puede calificar de dañoso si no está acompañado de una intención especial del agente. Los ejemplos que se pueden ofrecer son los de la posesión de una cosa mueble ajena, que si no está acompañada del propósito de aprovecharse de ella no implica robo; la destrucción de la cosa propia o la mutilación de la misma persona, que si no está acompañada por la intención de cobrar un seguro o de eludir el servicio militar obligatorio no constituye delito; el recibir monedas falsas sin el propósito de ponerlas en circulación.

Moro, refutando esta teoría (56) considera que el llamado factor subjetivo en realidad no es otra cosa que un modo de expresar el contenido objetivo de lo ilícito.

Se debe ver dice, "si esta referencia subjetiva que exige un determinado contenido de significación es destacada por si misma o justamente en su contenido; si tiene por función constituir verdaderamente, como se presume, el elemento objetivo de la contrariedad al Derecho o sólo tiene el objeto de revelar dicha contrariedad con el derecho" (57). Después de hacer un breve examen este autor llega a la conclusión que la intención exigida en

(56) Moro, ob. cit. págs. 98 y sigs.

(57) Moro, ob. cit. págs. 102.

el agente sirve para indicar "el sentido del daño social" que en esos casos debe apreciarse y que "no existe por tanto en función de un elemento subjetivo, sino de un contenido objetivo más complejo en el cual se inserta y que ciertamente no se resuelve en él" (58).

Esta tesis sin embargo ha tenido el mérito de poner de relieve la conexión que existe entre el elemento objetivo que constituye el núcleo de la antijuridicidad y el factor subjetivo, sin el cual no cabe formular ninguna apreciación acerca de la licitud o ilicitud de un comportamiento o de su resultado.

8) — El Aspecto subjetivo de la Antijuridicidad.

Después de haber puesto de relieve el aspecto objetivo de la antijuridicidad procederemos ahora a destacar los lineamientos de la faz subjetiva de este importante elemento de la teoría jurídica del delito.

Resulta casi innecesario destacar la significación del examen que comenzamos. Sin embargo recordaremos que el delito no puede ser entendido sino como un hecho del hombre. Solo los resultados de la acción humana pueden merecer el calificativo de delictuosos (59). Los daños que sufren los hombres y las cosas por efecto de las fuerzas naturales o por causa de la acción de seres irracionales, permanecen excluidos del ámbito de los actos delictuosos. Lo que acabamos de expresar —no está demás recordarlo— tienen indiscutida y absoluta validez, aun cuando estas ideas no hayan sido siempre aceptadas por todos los pueblos y en todas las épocas (60).

El derecho, como ya lo hemos anotado al comenzar este capítulo, es a la vez mandato y valoración. Como valoración eleva a la categoría de bienes jurídicos aquellos que la conciencia social de la época estima merecedores de protección; y, como mandato imperativo se dirige a la voluntad de las personas imponiendo acatamiento. Ambos aspectos de la norma jurídica coexisten sin que se pueda prescindir de uno de ellos para que subsista solo

(58) Moro, ob. cit. pág. 103.

(59) Más adelante señalaremos cuales son las limitaciones que se imponen a la afirmación que acabamos de hacer.

(60) La historia de la humanidad y la del derecho ofrecen frecuentes ejemplos de sanciones aplicadas a animales—en muchos casos después de habersele instaurado el correspondiente proceso — por haber causado daño a los hombres.

el otro, y se resuelven en los dos momentos que se pueden distinguir en la antijuridicidad. Estos aspectos son el objetivo, que hemos venido examinando en la primera parte de este capítulo, y que se refiere a la ilicitud como lesión del interés protegido, y el subjetivo que se concreta en la referencia a la antijuridicidad como violación de la obligación que la norma impone.

Al destacar la obligación que crea la norma jurídica, y el hecho de imponer éste su acatamiento, no implica que desconozcamos el otro aspecto de la norma, ni el otro momento de la antijuridicidad. Tan solo nos limitamos a poner de relieve que el legislador, para regular la vida de la colectividad, debe forzosamente contar con la voluntad de las personas.

La antijuridicidad —certeramente lo proclama Petrocelli— no puede, en consecuencia, ser concebida fuera del elemento subjetivo de la desobediencia al comando, ni puede ser entendida sin tomar en cuenta la conciencia (61).

Los aspectos de la antijuridicidad que se habían mantenido separados por razones de carácter metodológico resultan a la postre como dos caras de la misma realidad.

A) *Error de la teoría objetiva de la antijuridicidad.*

No se puede sostener, como lo hacen algunos autores, que la antijuridicidad permanece completamente indiferente y ajena a los elementos de la valoración subjetiva y por completo separada de la culpabilidad. No es en consecuencia aceptable la tesis de von Hippel para quien la antijuridicidad objetiva es el juicio de desaprobación del acto mientras que la culpabilidad es el ulterior juicio de desaprobación del actor (62). Esta teoría de von Hippel se basa en el distingo entre normas de valoración y de mandato (63) que ya hemos criticado, demostrando que no existen las normas de mera valoración (64).

Tampoco tiene fundamento la tesis que pretende afirmarse en la necesidad de tutelar los intereses contra cualquier ataque o violación. Los atentados cometidos por los incapaces el Estado no los tolera —como dice Petrocelli— ex lege por no ser estos

(61) Petrocelli, ob. cit. pág. 35.

(62) Petrocelli, ob. cit. pág. 36.

(63) Esta es la teoría de la Doppelfunktionen des Rechts.

(64) La valoración que se produce en el ámbito social es prejurídica o extrajurídica, mientras que lo que entendemos por valoración jurídica se encuentra implícita en el mismo mandato imperativo de la norma.

individuos susceptibles de entender y obedecer el comando de la norma. Por el contrario en este caso el mandato jurídico se dirige a los órganos estatales, para los que existe la obligación de tomar todas las medidas que sean necesarias para impedir que los miembros de la sociedad se encuentren expuestos a sufrir atentados de este género (65). Y la protección que se dispensa a estos derechos atacados por los incapaces no implica considerar el atentado como si hubiera sido ejecutado por un sujeto capaz pues pues la calificación de ilícito no recae sobre los hechos sino sobre los comportamientos que tienen significación tan sólo en cuanto provienen de seres dotados de discernimiento.

El fundamento para la antijuridicidad objetiva no se ha podido encontrar tampoco aprovechando de la teoría de la responsabilidad sin culpa. En estos casos (66) no hay antijuridicidad pues o bien no hubo acción o esta fué consentida o debida. Sería en consecuencia más propio hablar de una responsabilidad sin ilicitud, sin antijuridicidad, antes que de una responsabilidad sin culpa (67). Esta responsabilidad no se hace derivar de la comisión de un delito o daño injustamente causado sino de una restricción que experimenta nuestro campo jurídico de acción, para poder satisfacer el interés de otro sujeto.

En resumen la teoría que descansa en la apreciación exclusiva del carácter objetivo de la antijuridicidad, prescindiendo de la relevancia que se debe conceder al aspecto subjetivo, es equivocada y no responde a ninguna finalidad pues ni obedece al propósito de satisfacer las necesidades de la defensa contra los incapaces ni sirve para resolver los problemas de la responsabilidad del copartícipe en caso de no sancionarse al autor principal (68).

(65) Aclara Petrocelli que sobre los seres humanos capaces actúa directamente, para orientar sus voluntades, el Derecho que persigue asegurar el respeto de los intereses protegidos. En cambio sobre las fuerzas brutas sobre los incapaces, la norma jurídica actúa indirectamente o sea a través de sujetos idóneos que son en estos casos los destinatarios de la norma (por lo general son los órganos estatales) y que, a su vez, actúan sobre los individuos carentes de voluntad y que son considerados como méros objetos del comando jurídico.

(66) Petrocelli señala tres grandes grupos: el de la responsabilidad por los daños causados por personas o cosas que están bajo nuestra "potestas" — acciones noxales, daños causados por vehículos y de los cuales responden los propietarios —; el de la responsabilidad por actos que constituyen ejercicio de un deber o de una facultad jurídica; y el de la responsabilidad por actos que son obra de inimputables.

(67) Petrocelli. ob. cit. págs. 56 y 57.

(68) Petrocelli, ob. cit. págs. 64 y sigs.

B) El aspecto subjetivo de la antijuridicidad.

Para descubrir el aspecto subjetivo de la antijuridicidad es preciso, después de haber formulado un primer y tosco juicio de imputación (69) formular un segundo juicio, más cuidadoso y sutil con el fin de descubrir la significación subjetiva del acto. Esta apreciación no se hará desde el punto de vista exterior sino respondiendo a una exigencia ética que es imprescindible en el mundo del derecho. Se tomará en cuenta al hecho, al resultado del comportamiento en su auténtica significación o sea reconociendo que es algo que depende del actuar, del comportamiento de una persona, de un ser humano.

Veamos ahora cuales son las líneas generales de la actividad espiritual del sujeto si esta actividad se expresa como una manifestación de disvalor.

Frente a la exigencia de la norma, que impone al sujeto una obligación determinada, éste puede exteriorizar su voluntad de diferente manera. En algunos casos obedece a la norma, procediendo de acuerdo con el mandato que ella le impone. En estos casos no hay oposición al derecho y en consecuencia no hay ilicitud. Empero no siempre sucede esto. Con frecuencia el sujeto actúa frente al mandato, desatendiéndolo, procediendo como si este mandato no existiese. En estas ocasiones se produce aquella oposición que, por ser fruto de un acto humano y por haber derivado resultados contrarios a las normas de derecho, solemos calificar de antijurídica.

Desde luego cuando hablamos de desobediencia no entendemos una simple y mecánica oposición al mandato del derecho. Por el contrario nos referimos a aquella forma de actuar de un sujeto que, conociendo perfectamente bien los fines que persigue o los objetivos que se ha impuesto alcanzar —pues valoriza con pleno discernimiento y con absoluta libertad— actúa contra el mandato del derecho que es una fuerza ético-jurídica que está dirigida a los seres racionales.

Es por esto que se consideran ilícitas aquellas acciones que nacen de “un proceso de motivación irregular o sea diverso del que la norma esperaba que se produjese” (70).

(69) Juicio de imputación que sirve para apreciar el hecho como algo que no debía ser o como una lesión de bienes o intereses jurídicos.

(70) Moro, ob. cit. pág. 117.

Por las razones que acabamos de exponer la antijuridicidad no debe ser apreciada solamente desde el punto de vista objetivo o con referencia a un abstracto "ordenamiento social". Por el contrario debe ser captada por la conciencia del agente a fin de que tenga relevancia para el mundo del derecho (71).

El hecho o el resultado no puede ser apreciado solo en su materialidad, sino en su compleja significación de valor "ético-jurídico".

Esta es, como lo señala Moro (72), la única forma de atribuir un resultado al agente y sobre esto se funda aquella posibilidad de reproche que destaca la teoría normativa de la culpabilidad.

Es sin embargo indispensable aclarar que la captación, por parte del agente, del carácter antijurídico de la acción no implica un conocimiento exacto de la misma, sino la aptitud genérica y normal para entender la significación del acto.

La interpretación que da el profesor de la Universidad de Bari a la teoría de la culpa normativa puede servirnos en la investigación que venimos realizando acerca del aspecto subjetivo de la antijuridicidad, para que ésta no quede a la merced del entendimiento del agente.

En efecto para que se pueda atribuir a un sujeto un comportamiento determinado, sin que esta imputación se resienta de ese objetivismo que mecaniza el derecho, desconociéndole su aliento ético, es preciso que el agente se haya representado los alcances y las consecuencias de su acción y que esta coincida o de alguna manera recaiga en el ámbito de la valoración que hace el juez de ese mismo comportamiento.

De esta manera al contenido psicológico de la conciencia del agente se superpone el juicio de reprochabilidad que constituye la apreciación que hace el juez de la actuación de dicho agente con el objeto de que la antijuridicidad no quede reducida a la mera subjetividad del actor.

Podemos terminar el examen de este aspecto del problema diciendo que la culpa en última instancia es un demérito del su-

(71) Una apreciación meramente objetiva de la antijuridicidad — ya lo hemos apuntado en otras ocasiones — es inaceptable pues desconoce el significado ético del derecho y lo reduce a una simple armazón exterior en la que se toman en cuenta solo los resultados, como sucedía entre los pueblos más primitivos de la humanidad.

(72) Moro, ob. cit. pág. 121.

jeto que espera ser reconocido y declarado en lo que es y que previamente ha sido apreciado y juzgado negativamente —aunque no quiera confesarlo— por el sujeto actor que se condena por esto.

Antes de concluir y sujetándonos a las restricciones que nos impone el carácter de este estudio, señalaremos los elementos constitutivos del juicio de culpabilidad. Son estos la imputabilidad del agente o sea la facultad en virtud de la cual sus actos tiene significación humana: el dolo, y la culpa en sentido estricto, que serían la expresión concreta de un proceso de motivación, y la exigibilidad de este proceso de motivación que, para la aparición del juicio de culpabilidad, debe expresarse en la ausencia de las causas de justificación (73).

Estos elementos no se encuentran en un plano igual. Por el contrario, la imputabilidad y la exigibilidad en el fondo solamente condicionan el disvalor ético-jurídico del proceso de motivación que, encarnándose en el dolo y en la culpa en sentido estricto, agotan por entero el significado de la culpabilidad.

La voluntad contraria a la obligación puede asumir dos modalidades —dolo y culpa— que son las dos formas de rechazar la exigencia jurídica que emana de la norma.

En el caso del dolo se da una voluntad consciente del suceso, que teniendo presente la exigencia jurídica, aprueba el acto contrario al derecho. En cambio en la culpa la acción consciente se mantiene apartada del contenido de lo ilícito. En el primer caso se acredita la mala voluntad del agente mientras que en el caso de la culpa solo se comprueba la inercia de la voluntad. En el dolo se registra una acción consciente y positiva contra el derecho, mientras que en la culpa nos encontramos frente a un caso de “no obrar” activo en favor del derecho.

Recapitulando, antes de poner término a esta parte del presente trabajo, recordaremos que, para que exista la antijuridicidad es preciso que una voluntad humana se oponga al derecho, como sostiene Moro (74), y que se registre una toma de posición del sujeto frente a los valores afirmados por el derecho. La simple apreciación objetiva del resultado o del daño ocasionado

(73) Moro, ob. cit. pág. 129.

(74) Moro, ob. cit. pág. 143.

nado, que preconizan los que no suscriben la tesis subjetivista es inaceptable por las razones ya tantas veces expuestas. (75).

La apreciación objetiva de la antijuridicidad solo tiene valor provisional y sería inútil tomarla en cuenta si no se integra con aquello que es su contenido característico o sea el aspecto subjetivo. En efecto el elemento objetivo en la apreciación de la antijuridicidad no tiene significado sino cuando se le mira a la luz del proceso espiritual que da valor y significación al derecho. Solo la norma ética es eficazmente activa en la vida humana y el derecho es la expresión característica de esta norma en cuanto respecta a la regulación de las relaciones sociales.

Podemos finalmente agregar, que "lo ilícito objetivo es como una envoltura exterior del verdadero acto ilícito en el cual la subjetividad se desarrolla, aunque sea en un proceso negativo, según la ley íntima" (76) y que si al derecho se le resta esa referencia espiritual que constituye su esencia queda rebajado en su dignidad de mandato ético-jurídico y reducido a una armazón externa y mecánica que es comparable al juego de caricias y de amenazas que se emplea para lograr la obediencia de un animal.

Queda en consecuencia demostrada la trascendental significación del aspecto subjetivo de la antijuridicidad y el error a que conducía la doctrina analítica del delito que en sus extremas concepciones pretendió dividirlo, mirando hora por un lado y hora por el otro, como si se tratara del conjunto de piezas que constituyen una máquina, olvidando que, como obra humana, es el resultado de la reunión de elementos distintos, pero íntimamente compenetrados unos con los otros, que no pueden ser separados sino con fines científicos o docentes y siempre teniendo a la vista su indivisible unidad.

Es por esta razón que hemos dedicado la parte final de este capítulo a poner de relieve la trascendencia del aspecto sub-

(75) Corroborando los puntos de vista de Moro el profesor Petrocelli, que también ha dedicado un extenso y meditado estudio a la teoría de la antijuridicidad, afirma que la valoración jurídica del resultado no puede ser el índice para establecer la ilicitud. Los resultados — escribe — no son susceptibles de una valoración jurídica pues esta solo es referible a la acción humana. Una muerte puede ser causada por un rayo, por un animal, por un niño, por un loco o por un hombre normal. Para el Derecho Penal tiene relevancia solamente la que es ocasionada por la acción de un hombre normal, pues el ordenamiento jurídico cumple su misión de tutela a los intereses dirigiéndose a las voluntades.

(76) Moro, ob. cit. pág. 149.

jetivo en la teoría de la antijuridicidad que, de paso, nos ha permitido destacar la estrechísima vinculación existente entre los diversos factores que intervienen en la configuración del delito (77).

ALBERTO V. SOMMARUGA.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

- Bettiol, Giuseppe.*—Diritto Penale. Parte Generale. 599 pp.— Priulla Editore, Palermo, 1945.
- Código Penal.*—Edición Oficial. 182 pp.— Imp. Americana. Lima, 1939.
- González López, Emilio.*—La antijuridicidad.— Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año XIII, No. 50. Madrid, 1930.
- Jiménez de Asúa, Luis.*—La Ley y el Delito. Curso de Dogmática penal. 717 pp.— Ed. "Andrés Bello", Caracas, 1945.
- Mezger, Edmondo.*—Diritto Penale.— Trad. italiana dell'avv. Filippo Mandalari, effettuata sulla II ed. tedesca con aggiunte dell'autore, 584 pp.— Cedam, Padova, 1935.
- Moro, Aldo.*—La antijuridicidad penal. Trad. de Diego Santillán.— 222 pp. Editorial Atalaya. Bs. Aires, 1949.
- Petrocelli, Biagio.*—L'Antigiuridicità. Parte (Prima.— 145 pp. Cedam, 1943.
- Renard, Georges.*—Introducción Filosófica al Estudio del Derecho. El Derecho, la Justicia y la Voluntad.— Versión castellana de S. Cunchillos Manterola, Tomo I. 256 pp. Ed. Descleé de Brouwer, Bs. Aires, 1947.
- Rocco, Arturo.*—Opere Giuridiche. L'Oggetto del reato e della tutela giuridica penale. 621 pp.— "Foro Italiano", Roma, 1932.
- Vecchio, Jorge del.*—La Justicia. Trad. de Luis Rodríguez-Camuñas y César Sancho, 132 pp. Centro Edit. Góngora, Madrid 1925.

(77) Antes de terminar una última salvedad. Es conveniente recordar, como ya lo ha puesto de relieve Petrocelli (ob. cit. pág. 80) que todas las referencias que en el curso de las páginas anteriores se han hecho a la voluntad como elemento esencial en la determinación de la antijuridicidad no implican que hayamos suscrito la teoría del Derecho Penal voluntarista — el *willen strafrecht* — que con un innegable trasfondo político (nazista) constituyó la nota predominante del Derecho Penal moderno de Alemania. El Derecho Penal voluntarista es el resultado de un clima político en el que se rebaja el valor de la norma y que pretendió poner por encima de la ley un indefinible e imprecisable "sano sentir de la comunidad". Nuestra tesis en cambio no implica en ningún momento menoscabo alguno de la ley y supedita siempre el importante factor de la apreciación subjetiva al no menos importante juicio de reprochabilidad que hace el juez aplicando la ley penal.