

LA ANTIJURIDICIDAD

(SEGUNDA PARTE)

Por el Doctor Biagio PETROCELLI
Juez de la Corte Constitucional de Roma.

Traducción del italiano por
José Luis PÉREZ HERNÁNDEZ

CAPÍTULO III

EL ILÍCITO COMO VIOLACIÓN DE LA OBLIGACIÓN

SUMARIO:

17) Fundamento subjetivo de la antijuridicidad. La obligación como punto de apoyo de la disciplina jurídica. 18) Los postulados de una teoría objetiva de la antijuridicidad. 19) Crítica. Inexistencia de normas de pura valoración. 20) Clasificación de los hechos desde el punto de vista de su relevancia jurídica. Necesidad de distinguir *lo contrario al interés tutelado de lo contrario al derecho*. 21) Ineficacia de otros argumentos a favor de la antijuridicidad objetiva. 22) El calificativo de antijuridicidad no se aplica a los hechos naturales, a las acciones de los incapaces y a los meros *estados*. 23) La responsabilidad sin culpa. 24) La concepción objetiva de la antijuridicidad no responde a ninguna exigencia práctica del derecho. 25) Los llamados elementos *subjetivos de la antijuridicidad*. 26) El calificativo de antijuridicidad se refiere exclusivamente a la acción. 27) La antijuridicidad como violación de la obligación. 28) Momentos subjetivos y objetivos en la antijuridicidad.

17. De la norma jurídica, como es sabido, se deriva una doble situación subjetiva: *derecho y obligación*. A favor del sujeto titular del interés protegido surge el derecho (en sentido amplio) al comportamiento positivo o negativo, impuesto por la norma; a cargo de otro o de otros sujetos surge la obligación, el deber de tener aquel comportamiento.

La obligación es el punto de apoyo de la disciplina jurídica. El valor de la norma es todo en la creación de la obligación y en la imposición de su observancia; a esto se reduce su función de tutelar los intereses y asegurar la vida social. Llamando la atención sobre la obligación no se relega a segundo plano la otra situación subjetiva, o sea el derecho, sino que se pone en evidencia el elemento esencial a través del cual se desarrolla su tutela. El curso normal de la vida social, dentro de los límites de la Ley y de acuerdo con sus finalidades, queda asegurado en cada instante, casi invisiblemente.

blemente por el espontáneo y habitual cumplimiento de las obligaciones jurídicas; y la normal actuación del derecho consiste en lograr tal cumplimiento. Además, por medio de la violación de aquellas obligaciones, la vida social sufre la serie más o menos continua de ataques constituida por los hechos jurídicamente ilícitos.

La razón de esto se ha de buscar en la misma naturaleza y función del derecho. Cuando el legislador estime que una relación de la vida social debe ser ordenada y disciplinada de alguna manera, con un solo medio podrá alcanzar su propósito; gracias a los comportamientos de los sujetos que viven y obran en el Estado, mediante el desenvolvimiento de las acciones humanas dentro de los límites y hacia los fines indicados por el derecho. En conclusión: de la voluntad humana y sólo de la voluntad humana depende la actuación del derecho e influenciando tal voluntad debe desarrollarse la acción reguladora del derecho. Consecuentemente, el derecho se reduce en su esencia a un sistema de fuerzas que impone vínculos, es decir, obligaciones, a las voluntades de los hombres asociados: es, por ende, un sistema de imperativos y de medios para asegurar su observancia.⁴³ Quienes atacan bajo la influencia de puntos de vista y finalidades doctrinarias de diverso género, el concepto imperativista del derecho no llegan, en verdad, a individualizar ni a demostrar una función diversa del derecho. Se detienen en la consideración de los aspectos de esta función y en primera línea de la función valorativa, no excluida en absoluto por la imperatividad, sino necesariamente comprendida en ella, podríamos decir, como obvio presupuesto lógico.

Si de la voluntad humana depende la actuación del derecho, también de la voluntad humana y únicamente de ella, depende lo contrario. Sólo con manifestaciones de voluntad adversas a la acción reguladora del derecho, con actos contrarios a los vínculos por ella establecidos se produce el hecho antijurídico. La antijuridicidad es, por consiguiente, inconcebible fuera del elemento subjetivo de la desobediencia al mandato, o sea, no puede concebirse por sí misma, desligada del conocimiento. Los dos fenómenos, en parte diferenciados por conveniencias metodológicas, no son, en realidad, más que dos aspectos de una sola cosa, los cuales se funden y compenetran entre ellos.⁴⁴

⁴³ Acerca del carácter imperativo del derecho cfr. nuestra obra: *Pericolosità criminale*, Padova, 1940-60 y ss., y otros en ella citados.

⁴⁴ A este concepto de antijuridicidad, desarrollado a lo largo del ensayo, alguien objeta cómodamente la petición de principio: la antijuridicidad tiene tal carácter si el derecho tiene función imperativa; si el derecho no tiene esta función, etcétera, etcétera. Objeción fácil (y que se puede fácilmente emplear contra el objetante) con la cual toda persona puede ufanarse de echar por tierra una construcción científica fundada sobre un determinado principio; pero que disimula, ordinaria-

Este principio se desarrollará poco a poco, pero entre tanto podrá ser entendido mejor en su eficiencia y en su fundamento a través del análisis y la crítica del pretendido carácter objetivo de la antijuridicidad, difundida y tenaz supervivencia de una errónea visión del derecho y del ilícito.

18. Sería la antijuridicidad, de acuerdo con esta corriente de pensamiento, absolutamente independiente de elementos de valoración subjetiva y netamente distinta y separada de la culpabilidad. La relación de contradicción, sobre la cual se funda, tiene como términos propios el hecho y las normas de derecho, pero entendidas éstas no subjetivamente como fuentes de obligación, sino como ordenamiento objetivo, carente de vida, en forma tal que la antijuridicidad surge con la simple verificación de lo que, según el derecho, está en pugna con el interés tutelado; sólo con una valoración diversa y sucesiva se toma en consideración el elemento subjetivo, consideración de la cual el hecho, calificado ya como antijurídico, resultará culpable o no, según los casos.

La antijuridicidad objetiva, escribía recientemente *Von Hippel*, constituye el juicio de desaprobación sobre el hecho (*das Unwerturteil über die Tat*); la culpabilidad, el ulterior juicio de desaprobación sobre el autor (*das hinsutretende Unwerturteil über den Täter*).⁴⁵ Este calificativo de antijuridicidad objetiva puede referirse a todo: al comportamiento de hombres, capaces e incapaces; a los actos de otros seres vivientes; a sucesos y a situaciones del mundo exterior no producidos por seres vivientes.⁴⁶

La clara distinción entre lo que es objetivamente antijurídico y lo que es culpable, se apoya en el concepto de una doble función del derecho (*Doppelfunktion des Rechts*); función *valorativa* y función *dispositiva o imperativa*, y en la correspondiente distinción entre *normas de valoración (Bewertungsnormen)* y *normas de disposición o de mandato (Bestimmungsnormen)* las unas referibles a todos, como base de valoración objetiva de lo que es favorable o desfavorable al interés tutelado, las otras dirigidas a los destinatarios de la obligación y que constituyen base para la valoración de la culpabilidad.⁴⁷ La antijuridicidad, objetivamente entendida equivaldría a la contradicción del hecho con las normas de valoración.

mente, el deber incumplido de escudriñar a fondo el problema. El principio, por el cual el derecho actúa esencialmente sobre las voluntades humanas y por medio de las voluntades humanas, se puede ciertamente discutir, como todos los principios; pero para contraponer y substituir otro diverso es preciso algo más que la evasiva de reprochar a los oponentes una petición de principio.

⁴⁵ *Von Hippel, Strafrecht*, II, 187.

⁴⁶ *Mezger, Diritto penale*, trad. italiana, 183, 184.

⁴⁷ *Mezger*, op. cit., 185; *Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1932, 175.

Entre las justificaciones aducidas en apoyo de la teoría por sus numerosos defensores, recordaremos los principales. Subordinar la valoración de antijuridicidad al elemento subjetivo de la culpabilidad significaría limitarla a las acciones de los sujetos capaces y culpables, excluyendo la posibilidad de valoración de las acciones de los destinatarios inidóneos y de los sujetos que actúan inculpablemente, y creando una especie de estado legal de los incapaces.⁴⁸ No puede considerarse antijurídico solamente el contraste culpable con los preceptos de derecho, porque éstos deben valer en todo caso: poner en el contraste la necesidad de un elemento subjetivo significaría desconocer la suerte del ofendido, siendo que lo verdaderamente decisivo es que éste sea protegido contra los ataques.⁴⁹ La característica de la esencia real del ilícito es la lesión de los intereses jurídicamente protegidos, etcétera.⁵⁰

Tan arraigados son los errores que forman el punto de partida de la antijuridicidad objetiva que todavía en 1930 *Von Hippel*, considerando sobre el tema la dirección de *Adolfo Merkel*, escribía que éste limitaba *desgraciadamente* (*leider*), el concepto de ilícito al obrar culpable.⁵¹

⁴⁸ *Nagler*, op. cit., 335 y ss.; *Von Hippel*, op. cit., 187; *Liszt-Schmidt*, op. loc. cit.

⁴⁹ *Nagler*, op. cit., 336; *Von Hippel*, op. cit., 188.

⁵⁰ *Von Hippel*, op. cit., 185. Cierta autor piensa que debe remontarse también la concepción objetiva de la antijuridicidad al concepto kantiano del derecho como ordenamiento exterior de la vida (Cfr. *Mayer H., Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936, 224). Pero la opinión no es exacta. *Kant* (Metafísica dei costumi, trad. Vidari, 1923, 20 y ss.), establecía la diferencia entre la conformidad a la ley (o legalidad) y la moralidad en esto: que para la moralidad es necesario que la acción encuentre impulso en la idea misma del deber, totalmente interna, en tanto que para la conformidad de una acción con la ley jurídica, ello no es necesario, bastando que el sujeto se dirija de acuerdo con el impulso (externo) que le viene de la ley. Esto no significa que el conformarse a la ley jurídica no implique esencialmente un hecho de la voluntad, aunque sea bajo un impulso diverso del impulso moral de la pura idea del deber. Es evidente, por consiguiente, que incluso la manifestación de contrariedad a la norma jurídica debe ser igualmente, ante todo, un hecho interno, del espíritu.

⁵¹ Se apegan al concepto de antijuridicidad objetiva, además de los autores ya citados en las notas precedentes: *Beling, Die Lehre von Verbrechen*, 139 y ss.; *Bierling, Juristische Prinzipienlehre*, III, 13, 14; *Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente, en Festgabe für Frank*, 302, 303; *Fischer, Die Rechtswidrigkeit*, 134; Cfr. también *Von Thur, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürg Rechts*, 1918, II, 455 y ss. Entre los autores italianos Cfr.: *Delitala, Il fatto nella teoria generale del reato*, 17 y ss.; *Bettioli, L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, 176 y ss.: ambos, según nos parece, bajo la influencia de *Beling*; y con rápidos esbozos, sin profundizar realmente en el problema, *Maggiore, Principi*, I, 255, y *Sabatini, Istituzioni di diritto penale*, I, 196. De actitud no resuelta: *De Marsico, Diritto penale*, 141 y ss.; *Battaglini, Diritto penale*, 115 y ss., 199 y ss.; *Pannain, Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, 77 y ss.; *Manuale di diritto penale*, 172; y *Florian, Parte generale del diritto penale*, 1934, 379, 380; quien afirma ser la antijuridicidad objetiva y subjetiva a la vez, y en la p. 380 identifica erróneamente la antijuridici-

19. Antes que nada, es insostenible la pretendida justificación formal de la teoría, o sea el concepto de una doble función del derecho y de una correspondiente doble base normativa. No existen normas jurídicas de pura valoración; tampoco existe una función autónoma de valoración en el ámbito de cada una de las normas. Como hemos tenido ya ocasión de observar, en otra parte, es menester distinguir la valoración *social* de la valoración *jurídica*. La conciencia social realiza indudablemente una valoración de lo bueno y de lo malo para la convivencia humana. Pero ésta es una valoración prejurídica, más aún, para ser exactos, extra-jurídica, pudiendo el legislador incluso no uniformar sus disposiciones sin que por ello dejen éstas de ser disposiciones jurídicas. Una valoración jurídica indudablemente existe, puesto que si una norma impone límites y fines a la acción humana, es inconcebible sin valoración. Pero, aceptado este nexo lógico, preciso es entenderse. O se atiende a la norma en su proceso de formación y la valoración será llevada a cabo por los órganos legislativos en el periodo de preparación de la norma misma: valoración ésta también prejurídica al permanecer separada de la norma, pudiendo constituir a lo más, históricamente, el motivo de inspiración. O se atiende a la norma en cuanto ya existe jurídicamente y entonces la valoración está implícita en el imperativo mismo y constituye su contenido.⁵² En el primer caso, no podrá haber relación de contradicción (y por ende tampoco ilícito) con lo que es ya elemento extrínseco a la norma; en el segundo, la contradicción cae a la vez, en la unidad de la norma, sobre la valoración y el mandato jurídico. Por lo demás, tampoco podría ser

dad objetiva con la formal. Entre los subjetivistas han de contarse: *Rocco*, op. cit., 139, 141, nota 8, 143, nota 10, etcétera; *Carnelutti*, *Teoria Generale del reato*, 26 y ss.; *Antolisei*, *Problemi penali odierni*, 136 y ss., con reserva sobre algunos aspectos de su orientación (p. 145); *Alimena*, *Appunti di teoria generale del diritto*, 10. Cfr. también *Musotto*, La colpovezza, 145; y *Messina*, *L'antigiuridicità nella teoria del reato*, 1942, 36 y ss. Una especial mención merece *Grispigni*, quien, recientemente (*La sistematica della parte generale del diritto penale*, en *Rivista di diritto penitenziario*, 1934, 1276, y *Diritto penale*, II, 1945, 13, 12) hace contrastar en cierta medida la tendencia objetivista afirmando que "si para la ilicitud jurídica de un hecho la ley requiere también un elemento subjetivo, hasta tanto que éste no se establezca, no se puede en rigor hablar de antijuridicidad". Teniendo presentes los anteriores trabajos del mismo autor (*La responsabilità giuridica dei cosiddetti non imputabili*) y su orientación general, debe excluirse que pueda ser partícipe de la directriz subjetivista en su más clara expresión y con fundamento en la imperatividad de la norma y su destinación exclusiva a los capaces. Tampoco la orientación subjetivista puede consistir solamente en propugnar la presencia del elemento subjetivo al lado del objetivo. Esto se dice también de otros autores (como *Alimena*, *Musotto*, *Messina*, op. y loc. cit.).

⁵² La coexistencia en la norma de un acto valorativo y de un acto imperativo, de una operación lógica y de un acto de la voluntad, es paralela a la coexistencia de los mismos elementos en el ámbito de la sentencia, la cual expresa precisamente la realización de la norma en el caso concreto.

de otra manera, si se tiene en cuenta que una violación, un ataque, no es concebible en contra de un mero juicio sino tan sólo contra una afirmación de voluntad, que imponga el resultado de la valoración como propósito por realizar.

20. Las otras razones aducidas en pro del carácter objetivo de la anti-juridicidad insisten todas fundamentalmente sobre el mismo motivo: necesidad objetiva de tutela de los intereses contra cualquier ataque o violación. En consecuencia, todas se fundan en el mismo error, a saber que una concepción subjetiva de la antijuridicidad no tiene en cuenta esta exigencia y que adondequiera que por cualquier causa se dirijan las fuerzas de tutela jurídica, ahí debe haber necesariamente un hecho antijurídico. Esto sucede de manera especial en la tentativa de identificar, a los fines de la calificación jurídica, las acciones de los sujetos incapaces con las de los sujetos capaces.

Ya se hizo notar, al tratar de los destinatarios de la norma, cómo carece de fundamento la preocupación de que el negar la referibilidad del mandato a los sujetos incapaces conduzca a una no posibilidad de valoración jurídica de sus acciones, a un estado legal de esta categoría de sujetos.⁵³ Que el derecho deba extender su eficacia y ejercer su disciplina frente a cualquier causa que actúe, en un sentido o en otro, contra los intereses tutelados, no significa que todas las causas hayan de considerarse y tratarse de igual manera, siendo diversos los sujetos, diverso el modo de actuar sobre ellos, diversos los comportamientos, diverso el calificativo de éstos y diversa la disciplina jurídica.

Los sujetos capaces, precisamente en cuanto tales, son destinatarios de imperativos jurídicos; esto quiere decir que están llamados a actuar voluntariamente las disposiciones del derecho para tutelar los intereses; los incapaces, no pudiendo, precisamente en cuanto tales, ser influenciados y dirigidos en la misma forma, deben por otra vía y con otros medios sufrir los límites, las restricciones y los remedios de la tutela jurídica.⁵⁴ Esta se encuentra presente y vigilante frente al daño que pueda derivarse bien sea de los unos o de los otros; y, valga el ejemplo, el interés de la integridad física de los ciudadanos está protegido jurídicamente contra los atentados de cualquier clase, provenientes tanto de los sujetos normales,

⁵³ *Principi di diritto penale*, I, 108. Cfr. también: *La pericolosità criminale*, 75 y ss., y autores en ellas citados. Cfr. en especial nota 102 en la p. 81.

⁵⁴ Sobre la función del derecho como mandato y sobre la capacidad de los sujetos destinatarios. Cfr. también *Croce, Conversazioni critiche*, serie IV, 182; "Las leyes penales son mandatos de la voluntad humana, y por ello deben presumir que aquel a quien mandan entiende las palabras del mandato".

como de los dementes. Sin embargo, mientras en un caso el ordenamiento jurídico provee con un mandato dirigido al sujeto capaz, y que contiene la prohibición de lesionar la integridad personal de los demás, en el otro, provee con un mandato dirigido a los órganos públicos competentes, a fin de dictar la reclusión del anormal en el manicomio. Resulta así la diferencia clara, no ya desde un punto de vista teórico, sino en la realidad de la vida y del derecho positivo, entre el sujeto humano en cuanto voluntad sometida al imperativo y capaz de obedecerlo y el sujeto humano sobre el cual recae, no el imperativo, sino, objetivamente, la acción de tutela y de defensa exigida a otros sujetos. La protección de los intereses se actúa con respecto a todos, pero en forma diversa, de acuerdo con los dictados de la necesidad y de la razón.

Ahora bien, la misma distinción vigente por la fuerza natural de las cosas acerca del modo de tratar los varios sujetos, se impone acerca del modo de calificar y de tratar sus acciones. Es inadmisibile la reducción de todas las cosas a las categorías del lícito y del ilícito, para después confundir en el ámbito del ilícito toda clase de causa dañosa.⁵⁵

Una primera categoría general, que podemos llamar del *relevante jurídico*, se considera como continente de todo lo que el derecho hace objeto de su consideración y de sus disposiciones, como causa operante en alguna forma sobre los intereses humanos. Pero un hecho puede ser relevante desde el punto de vista del derecho por dos razones opuestas: o es *conforme al interés protegido* y entonces es aprobado; o es *contrario al interés* y entonces es combatido. Tales son las dos especies en las que se distingue el relevante jurídico. Cada una de ellas, a su vez, se subdistingue en especies menores, según la diversa manera con que se presentan y la conformidad y la contrariedad con respecto al interés. Una cosa es que en sentido favorable al interés protegido actúe naturalmente un hecho material, o el comportamiento de un incapaz, y otra que en el mismo sentido se dirija el comportamiento de un sujeto capaz, el cual voluntariamente acepta la disciplina jurídica: en el primer caso habrá un hecho *conforme al interés* pura y simplemente, o en sentido estricto si se quiere; en el segundo, un hecho, estrictamente hablando, *conforme al derecho*. Asimismo si un hecho natural o el comportamiento de un incapaz se desarrolla en sentido desfavorable al interés protegido, se tendrá simplemente como *contrario al interés*, en sentido estricto; pero, si un sujeto capaz, que podía y debía plegarse voluntariamente a la disciplina de la norma jurídica, ha actuado

⁵⁵ Cfr. por ejemplo: Grispigni, *La responsabilità giuridica dei cosiddetti non imputabili*, en *Scuola Positiva*, 1920, 19; "Ninguna acción humana es indiferente al derecho y todas las acciones son jurídicamente lícitas o ilícitas".

en sentido contrario, entonces tendremos simplemente lo *contrario al derecho*, o *antijurídico*, o *ilícito jurídico*. Estas distinciones pueden consignarse sinópticamente en el siguiente cuadro:

Relevante jurídico.	}	Conforme al interés jurídicamente pro- tegido.	}	Conforme al interés (en sentido estric- to).
				Conforme al derecho.
		Contrario al interés jurídicamente pro- tegido.		Contrario al interés (en sentido estric- to).
				Contrario al derecho, o antijurídico, o ilícito jurídico, o in- justo jurídico.

La contrariedad al derecho, o antijuridicidad o ilicitud jurídica es, por tanto, sólo una parte, una subespecie de la contrariedad al interés.⁵⁶ No todo lo que es contrario al interés protegido, y que como tal el derecho tiende a impedir, es contrario al derecho. El error central de la corriente

⁵⁶ Estas páginas estaban ya en prensa cuando pudimos analizar el muy reciente volumen de *Cariota-Ferrara* sobre el "*Negozió giuridico*" (Napoli, 1945), el cual contiene importantes observaciones acerca del problema de la antijuridicidad (pp. 24 y ss.). Este autor enuncia una categoría general por él denominada *no conformidad con el derecho*, la cual "abarca toda posible hipótesis de oposición de un hecho o de un acto a una norma", y en consecuencia, comprende el delito, el ilícito civil, los hechos dañosos, tanto humanos como naturales, los negocios ilícitos, los negocios sin causa, etcétera. De esta categoría sería subespecie la *antijuridicidad y la ilicitud*: la primera, llamada también *antijuridicidad en sentido objetivo*, expresa una relación de contraste entre el hecho y el ordenamiento "prescindiendo del agente, si lo hay" como en los casos de responsabilidad objetiva, de avulsión (artículo 944 del Código Civil); la segunda, llamada también *antijuridicidad subjetiva* "se enlaza a la posibilidad de imputar el acto al sujeto en cuanto capaz de entender y querer, en cuanto responsable (por culpa o dolo)". Es preciso reconocer el mérito de *Cariota-Ferrara* principalmente por la tentativa de diferenciación entre lo que es *no conforme*, en general, y lo que es *contrario* al derecho (antijurídico). Pero en la determinación y delimitación de estas categorías no nos parece que haya logrado desvincularse de las viejas posiciones doctrinales. Ninguna diferencia real se hace entre *no conformidad con el derecho*, en general, y *antijuridicidad en sentido objetivo*, en especial (y esto, si no me engaño, lo reconoce el mismo autor en la p. 25), lo cual es signo notable de que, establecida la primera, la segunda es insostenible como categoría independiente; el calificativo de *antijuridicidad* (aun en sentido *objetivo*) continúa siendo referida a situaciones que nada tienen que ver con la contrariedad al derecho, más aún, que (como algunos casos de responsabilidad objetiva) se refieren a acciones jurídicamente autorizadas, cuando no obligatorias; pero, sobre todo, continúan permaneciendo en la vaguedad e indeterminación aquellos que deberían ser los elementos opuestos de la relación de contradicción en la cual consiste la antijuridicidad (identificada claramente, en

objetivista se halla en la confusión, más o menos inadvertida, de estas dos categorías. La diferencia, en cambio, existe y se basa en la diversa relación lógica en la cual vienen a encontrarse respecto al derecho las varias fuerzas operantes en sentido contrario al interés protegido. Todas estas fuerzas son tomadas en consideración por el derecho y frente a todas, como ya hemos dicho, el derecho obedece a la exigencia de tutela del interés; sin embargo, es diverso su tratamiento y esto en relación con la diversa naturaleza de las fuerzas y en relación también con la función propia del derecho. Esta función no es material sino esencialmente espiritual, esto es, de voluntad que actúa sobre voluntades. De manera que si la fuerza contraria al interés es la de una voluntad humana madura y normal, el derecho influye sobre ella directamente. Si es una fuerza material o una fuerza humana espiritualmente no controlable influye indirectamente, o sea, por medio de otros sujetos. Sobre los individuos humanos capaces, el derecho desarrolla directamente, de acuerdo con su naturaleza propia, una acción encaminada a dirigir sus voluntades en el sentido juzgado conforme al interés; sobre las fuerzas naturales, brutas o inconscientes el derecho opera indirectamente, es decir, por medio de sujetos idóneos a quienes se impone la obligación de adoptar los medios adecuados contra la influencia de aquellas fuerzas: obligación de disponer medidas contra los incendios, obligación de custodiar los animales, obligación de vigilar o internar a los anormales, etcétera. De las formas de este segundo grupo no puede surgir el hecho antijurídico sino sólo de las pertenecientes al primero, o sea de los individuos humanos capaces operantes a lo largo de la línea de una relación directa con la voluntad del ordenamiento jurídico.⁵⁷ Para que pueda verificarse lo que va en *contra del derecho*, y por ende lo *antijurídico*, no basta que una fuerza cualquiera llegue a una realización diversa y tal vez opuesta a la del derecho; es necesario que el derecho sea atacado en su misma direc-

cambio, por nosotros en la voluntad del ordenamiento jurídico, por un lado, y en la voluntad del sujeto desobediente, por el otro) y, consecuentemente, continúa permaneciendo en la vaguedad e indeterminación la esencia misma de aquella relación. Baste considerar que se sigue hablando de "oposición de un hecho o de un acto a una norma". Pero, ¿cómo puede un hecho, que no sea un acto, oponerse a una norma, que es regla del obrar y no ciertamente del mero suceso? Y si a esto se objeto que la oposición no existe en realidad entre el hecho y la norma, sino entre el hecho y la situación que la norma tiende a garantizar en bien del interés protegido, ¿cómo no ver que todo esto implica, no una *no conformidad con el derecho*, sino una *no conformidad con el interés*? Este es precisamente el fundamento de la categoría general de la *contrariedad al interés protegido*, por nosotros enunciada en el texto.

⁵⁷ Es obvio, por otra parte, que las acciones antijurídicas puedan llevarse a cabo, en contraste con las obligaciones relativas, por sujetos a quienes confiaba el derecho, en normas adecuadas, el uso de los medios contra aquellas fuerzas.

ción en el movimiento y en la acción que le son propios, es decir, en cuanto dirige y gobierna a la voluntad humana. Así que, mientras la mera *no conformidad* o *contrariedad al interés* puede verificarse por efecto de una fuerza cualquiera, humana o no humana, pero capaz en cierta forma de destruir o disminuir el bien en su contenido concreto de utilidad, la *no conformidad* o *contrariedad al derecho*, en una palabra la *antijuridicidad* no puede verificarse sino por una voluntad humana capaz de obrar y llamada a obrar en el sentido querido por el derecho, y que, en cambio, se mueve en sentido contrario. El individuo humano desprovisto de voluntad capaz no es *destinatario*, sino *objeto* del mandato jurídico; y el mandato jurídico, que va dirigido a otro sujeto, no se dirige a él, sino que se le aplica. El anormal se considera no como un sujeto dotado de voluntad sino como un hecho cualquiera que el derecho tiende a influenciar, en uno u otro sentido, para la tutela de la convivencia social. El anormal que debe ser recluido en el manicomio, el enfermo contagioso que debe ser aislado, el menor de edad que debe ser internado en el reformatorio judicial, el alcohólico que debe ser internado en un hospital, etcétera, son *objeto*, no *destinatarios* del mandato jurídico; son el *hecho* valorado por el derecho como necesariamente controlable a los fines de la tutela de los intereses humanos que pueden ser influenciados por aquél, no la voluntad guiada e impelida por el derecho para la tutela misma; y, en consecuencia, tampoco la voluntad de la cual puede partir la violación del derecho.

En otro ensayo, hemos contestado al viejo argumento de la existencia de obligaciones, cuyos sujetos pasivos son incapaces, intentando equipararlos con los sujetos capaces;⁵⁸ no es inoportuno resumir aquí lo dicho. Se exponen las hipótesis del loco que llega a ser heredero y que asume, como tal, las obligaciones de quien hereda; y de dos niños de pecho que, llegando a ser herederos cada uno de ellos, de los dos sujetos de una obligación, llegan a ser respectivamente deudor y acreedor; de aquí la consecuencia de que el mandato jurídico se dirigiría también a aquellos sujetos de quienes no se puede esperar la observancia.⁵⁹ Si se considera atentamente la función del representante del incapaz, se cae en la cuenta enseguida del error de identificar la incidencia del mandato jurídico como tal con la incidencia de la obligación en su totalidad. En el ámbito general de la obligación, es preciso aislar los términos de la *obligación*, en sentido estricto, como *sujeción de la voluntad* y de la *carga*, como *sujeción del interés*; de la obligación como reflejo subjetivo, de la carga como reflejo

⁵⁸ *La pericolosità criminale*, 88 y ss.

⁵⁹ Thon, *Der Normenadressat*, en *Iherings Jahrb*, I, 42, 43.

objetivo, de la sujeción a la norma jurídica. La afirmación de *Thon* acerca de que no es tarea del derecho la de plegar la voluntad, sino la de tutelar los intereses, puede admitirse, pero dentro de ciertos límites. Tutelar los intereses es la finalidad del ordenamiento jurídico, pero dirigir las voluntades es el medio esencial para alcanzarlo. Por otra parte, el ordenamiento tiende a alcanzar su finalidad aun *contra* y *fuera* de la voluntad, aun cuando la voluntad del sujeto cuyo interés está subordinado a otro se muestre reacia o incapaz. Sin embargo, en el campo de las obligaciones, cuando la voluntad del obligado es una voluntad incapaz, el derecho no recurre inmediatamente a la coacción, saltando —por decirlo así— sobre la función atribuida a la voluntad, sino que substituye otra voluntad; la del representante, a la voluntad, imperfecta y anormal del incapaz. Así que, mientras las consecuencias de la obligación gravan siempre los intereses del representado, el ordenamiento se dirige a la voluntad del representante para imprimir la conciencia de la obligación y lograr su espontáneo cumplimiento; sobre el primero recae la *carga* de la satisfacción del interés activo de la obligación; sobre el segundo la *obligación*, como sujeción de la voluntad. Con la expuesta consideración del fenómeno, por un lado, se logra en todo caso la finalidad última del derecho, y por el otro, se elimina el absurdo de un mandato, que es comunicación de voluntad a voluntad, dirigido a quien no puede recibirlo y obedecerlo. A la ilógica proposición de *Thon*, según la cual el imperativo se habría de considerar dirigido también a aquellos de quienes no se puede esperar la observancia, es menester substituir la otra: *Las finalidades del ordenamiento jurídico se alcanzan gracias al sometimiento del interés incluso de la persona de quien no se puede esperar la observancia con voluntad propia*. En resumen, cuando la norma subordina el interés de un sujeto al de otro sujeto no se dirige al incapaz, sino a su representante en cuanto subordina una voluntad. Y resulta así, en definitiva: el vínculo del interés, o sea, subordinación del mismo a favor del interés dominante, a cargo del representado; y el vínculo de la voluntad, o sea, obligación, o sea, destinación del mandato jurídico, a cargo del representante.

21. Una vez asentado que el derecho, aun no dirigiendo sus imperativos a los sujetos incapaces, provee igualmente, imponiendo también una carga a aquéllos, a la tutela de los intereses protegidos, han de considerarse sin fundamento los argumentos que tratan de apoyar la tesis del mandato jurídico dirigido también a los incapaces y del carácter objetivo de la anti-juridicidad sobre la objetiva consideración del interés por tutelar. Si el derecho debe extender y efectivamente extiende la tutela del interés frente

a cualquier causa de eventual perturbación, y si contra esta exigencia no se levantan en ninguna forma los postulados de la dirección subjetivista, inútil sería continuar insistiendo en objeciones como éstas: que el derecho es tutela de bienes y de intereses y que dicha tutela debe ser *objetiva*, en el sentido de que la necesidad de tutelar los bienes es válida contra todos los posibles violadores, sanos o enfermos de la mente; ⁶⁰ que el derecho es *irrefragablemente obligatorio*, es decir, obligatorio en forma absoluta; ⁶¹ que el significado y el efecto práctico de la valoración jurídica se encuentra en la *posibilidad de impedir* las acciones ilícitas; ⁶² que en el fondo la esencia real del ilícito (*das sachliche Wesen des Unrechts*) se halla en la lesión del interés jurídicamente protegido; ⁶³ y otras objeciones similares. Debe quedar ya bien claro que la necesidad por ninguno desconocida, de extender la eficacia y los medios de tutela del derecho también a las acciones de los incapaces no significa que deba considerarse el contraste por ellas producido con los intereses tutelados del mismo modo que el contraste derivado de la consciente y culpable desobediencia al mandato jurídico. ⁶⁴ Además, el concepto de que la esencia real del ilícito se encuentra, como entre otros afirma *von Hippel*, en la lesión del interés jurídicamente protegido, no sólo se rechaza como los otros y por los mismos motivos, sino que cobra relevancia, especialmente en el campo del derecho penal, en el cual la moderna concepción del delito va dando siempre mayor importancia a la acción, como supervivencia todavía más singular de una imperfecta y anticuada visión del ilícito de la que los estudiosos han de guardarse cuidadosamente.

22. El calificativo de antijuridicidad, que, por todo cuanto se ha dicho en las páginas anteriores, no se aplica a las acciones de los incapaces, ni

⁶⁰ *La Responsabilità giuridica dei cosiddetti non imputabili*, en *Scuola Positiva*, 1920, 14.

⁶¹ *Grispigni, op. y loc cit.*

⁶² *Del Vecchio, Lezioni di filosofia del diritto*, 178; *Il concetto del diritto*, 9 y ss.

⁶³ *Von Hippel, op. cit.*, 185.

⁶⁴ La falacia de aquellas argumentaciones se deja ver principalmente por el hecho de que la necesidad objetiva de tutela de los bienes y la dirección del mandato también a los incapaces se colocan sobre el mismo plano, como si fuese indiscutible la correspondencia recíproca. Véase, por ejemplo: *Grispigni (op. cit., 18)*. "Consecuentemente, cuando el Estado impone: *no matar*, tal mandato es absoluto, dirigido a todos, precisamente porque la necesidad de garantizar el bien de la vida de los miembros de la comunidad es una necesidad indeclinable incluso en el caso de que el agresor sea un enfermo mental". Confusión evidente, porque puede atribuirse el carácter de absoluta a la necesidad de tutela del bien y no a la prohibición de ofenderlo. Si la necesidad de garantizar el bien de la vida debe tener fuerza también frente a las acciones de los incapaces, esto no significa que a ella deba corresponder, como medio único e inderogable, un absurdo mandato dirigido a quien no está capacitado para recibirlo.

tampoco a los hechos naturales (comprendidos en ellos los hechos de seres infrahumanos), ni a los meros estados, a las meras situaciones, como, por ejemplo: el estado de peligrosidad social (Arts. 203 y ss. del Código Penal).⁶⁵

Los hechos naturales se encuentran frente al derecho exactamente como las acciones de los incapaces (desde el punto de vista —se entiende— de la relación lógica entre ellos y el derecho, no en el mérito y contenido de las medidas adoptadas). Por tanto, como el calificativo de anti-juridicidad no se aplica a unos ni a otros, de acuerdo con los criterios desarrollados aquí por nosotros, a los unos y a los otros, en cambio, se aplicaría el calificativo de la antijuridicidad si ésta hubiera de entenderse en sentido objetivo. A ello se oponen vivamente los mismos objetivistas, con evidente incoherencia respecto a sus postulados, pero con preocupación igualmente evidente acerca de la vaguedad e inconsistencia de que puede tacharse al concepto de antijuridicidad como consecuencia inevitable de aquella equivalencia. Sin embargo, ésta no puede negarse.

Si la valoración de antijuridicidad de un hecho tiene carácter objetivo, esto significa que se lleva a cabo fuera de toda referencia a un sujeto, y que el hecho se considera únicamente en su resultante puramente objetiva, de no conformidad con el interés tutelado, en su valor de contraste con tal interés, cualquiera que sea su causa y solamente por la relevancia del efecto. Con el interés humano de la vida están igualmente en contraste tanto el rayo, como la acción del asesino, tanto el gesto irreflexivo del niño, como el ímpetu de la bestia; y con el interés de la propiedad tanto la acción del ladrón, como el granizo y la tempestad, tanto la furia destructora del loco como la invasión de las langostas. En este sentido, *Binding* decía que el aspecto práctico del derecho de propiedad queda igualmente lesionado si la cosa se la llevan la tempestad, o el ladrón, o un sujeto de buena fe, o incluso por negligencia del propietario mismo.⁶⁶

Indudablemente los hechos naturales se toman en consideración por el derecho gracias a un conjunto de disposiciones dictadas para favorecer u obstaculizar, según los casos, la influencia de aquéllos sobre los intereses tutelados. De ahí lo infundado de la opinión según la cual los fenómenos

⁶⁵ Las normas citadas en el texto se sirven del término *peligrosidad social*; en el presente trabajo adoptamos siempre el otro de *peligrosidad criminal*, el cual expresa mejor la naturaleza del peligro de que se trata. Cfr. *La pericolosità criminale*, cit. 35.

⁶⁶ *Binding, op. cit.*, 301. Sobre la equivalencia entre hechos humanos naturales como objeto de medidas defensivas por parte del derecho. Cfr. *Croce, Conversazioni critiche, Serie IV*, 183: "Si la defensa social contra los dementes fuese concepto de derecho penal, ¿por qué no debería ser igualmente concepto de derecho penal la defensa contra la filoxera y los diques contra las inundaciones?"

naturales no se moverían en el campo jurídico.⁶⁷ ¿Qué sentido puede tener esta vaga expresión? O se refiere a todo lo que el derecho sitúa delante de sí como objeto de su consideración y disciplina, como materia y fin de sus disposiciones, y entonces se mueven en el campo jurídico tanto las acciones de los capaces como las acciones de los incapaces y los hechos naturales; o se refiere, en sentido estricto, a los sujetos que se mueven, que actúan y pueden actuar directamente bajo la guía y dentro de los límites impuestos por el derecho, y en tal caso quedan excluidos igualmente tanto los hechos de la naturaleza como los comportamientos de los sujetos incapaces. Consiguientemente, cualquiera que sea el sentido que se quiera atribuir a la expresión, hechos naturales y acciones de los incapaces se hallan jurídicamente sobre el mismo plano y no hay lugar a diferencia entre ellos.⁶⁸

Tampoco tienen sentido proposiciones análogas a éstas: que el derecho sólo esté en función de lo relativo a la convivencia humana; que sea exclusivamente regla social y, por ende, regla de las acciones de los hombres, porque sólo entre los hombres existe una sociedad propiamente dicha, etcétera, pues tales afirmaciones no descartan que, precisamente en interés de la convivencia humana, deban considerarse todos los hechos, de cualquier género, que puedan influenciarla (y, en consecuencia, los hechos naturales junto con los hechos humanos) y que, como tales, pueden ser objeto de la regla jurídica; pero si la expresión *regla de las acciones de los hombres* se toma en sentido estricto no puede referirse sino a los hombres capaces de entender y seguir la regla, o sea, únicamente a los capaces y, por tanto, no puede, entendida en esa forma, fundar la diferencia entre comportamientos de sujetos incapaces y hechos naturales.

23. Al pretendido carácter objetivo de la antijuridicidad, se intenta además dar fundamento, sosteniendo que los ordenamientos jurídicos pre-

⁶⁷ Nagler, *op. cit.*, 328.

⁶⁸ Para establecer la diferencia no son válidas razones como éstas: El hecho cometido por sujetos humanos no responsables resulta ser siempre la expresión de un hombre y de su personalidad; el sujeto no responsable está presente, en los propios actos y es autor de los mismos, etcétera (Del Vecchio, *Il Concetto del diritto*, 22; Santoro, *Il caso fortuito nel diritto penale*, 109 y ss.). Tales razones se fundan sobre los atributos naturalistas de las acciones de los incapaces cuya existencia no se pone en tela de juicio, siendo discutida sólo su relevancia jurídica. Una importante y autorizada confirmación de nuestra opinión acerca del valor jurídico de la acción del incapaz y su identidad, bajo este aspecto, con los hechos no humanos nos viene de la jurisprudencia: Cfr. Casación, 20 de octubre de 1933, *Giustizia Penale*, 1933, 1, col. 1943, m. 433: "La acción del incapaz se equipara no a una fuerza humana, sino a una fuerza subhumana, respecto a la cual no se puede emitir un juicio de valor, sino sólo de daño o no: consiguientemente, la acción del loco o del menor no es justa ni injusta, sólo es dañosa".

sentan, y presentaron en el pasado, ejemplos de *injusto objetivo* y de *responsabilidad sin culpa*.⁶⁹ Se habla también de *injusto de cosas* y de *animales*, hechos históricos —se dice— cuya existencia es innegable.⁷⁰ Empecemos por éstos:

Con las expresiones *injusto de cosas* y *de animales*, se hace referencia a hechos que no pueden identificarse con el fenómeno del ilícito. Ciertamente, en la mentalidad del hombre primitivo la idea del injusto surgió de manera elemental, en base al simple sufrimiento del daño, al cual la reacción estaba tan inmediata e instintivamente unida que envolvía en ella también la causa bruta del daño y hasta la causa material representada por un hecho cualquiera de la naturaleza; y a este hecho probablemente no era extraña la influencia de una personificación supersticiosa de que eran objeto, a veces los animales, las cosas y también los acontecimientos. Es preciso reconocer también que la historia presenta ejemplos de procesos y de penas a cargo de animales.⁷¹ Pero todo esto no puede ofrecer elementos para la construcción del concepto de ilícito, así como no los puede ofrecer el hecho del niño que golpea la pared contra la cual estrelló la cabeza y del perro que muerde la piedra que lo ha lastimado. El fundamento de la idea de injusto se ha de buscar en las relaciones entre los hombres en cuanto hombres, no en cuanto animales y en aquellos elementos y manifestaciones que la civilización hace surgir progresivamente, no en aquellos que gradualmente hace desaparecer. Una investigación histórico-jurídica sobre los términos *injusto*, *acto ilícito* y también *delito*, de *animales* conduce a reconocer en ellos un significado totalmente diverso del aparente y precisamente el significado de *daño producido por animales*, como fuente de obligación para determinados sujetos.⁷² Para estos casos el derecho romano tenía la llamada *actio de pauperie*, la cual implicaba análogamente a

⁶⁹ Cfr., por ejemplo, Esposito, *op. cit.*, 110, 111. Delitala, *Il fatto*, 19; y los autores por ellos citados. Véase también Bettioli, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, en *Rivista italiana di diritto penale*, 1938, 527.

⁷⁰ Esposito, *op. y loc cit.*

⁷¹ Cfr. al respecto Manzini, *Trattato*, I, 458 y ss., quien, entre otras cosas, oportunamente distingue los casos en los cuales se puede en cierta forma hablar de pena a cargo de animales de aquellos casos que constituían acción preventiva, en forma de exorcismos y semejantes manifestaciones supersticiosas, contra el peligro representado por ciertos animales; y, además, de aquellos en que los animales eran muertos "non propter conscientiam peccati sed quia reficant memoriam facti" (no a causa de la conciencia del pecado, sino porque recuerdan la memoria del hecho). No sin razón denominaba tales aberraciones *bestialidades judiciales*, incapaces de constituir la base para principios de derecho.

⁷² Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, 391; Girard, *Manuale elementare di diritto romano*; trad. ital. 408, n. 5, 692, etcétera. Perozzi (*op. cit.*, II, 992, nota) habla hasta de *delito* del animal.

cuanto sucedía, en fuerza de las *actiones noxales* respecto a los esclavos y a los hijos de familia, el *dari id quod nocuit, id est, animal quod noxiam commisit, o bien aestimationem noxiae offerre*⁷³ (sea dado aquello que produjo el daño, o sea, el animal que causó el daño, o bien ofrecer el pago estimativo del daño). Es de notar en las fuentes una identificación, a propósito de daños causados por los animales, entre los términos *noxia*, *delictum* y *pauperies*, identificación que se apoya precisamente en el fondo común del daño objetivamente causado: "*noxia est ipsum delictum*", "*pauperies est damnum*", etcétera. Mas aún, al definir la *pauperies* como *damnum*, se infiere que se trata de *damnum sine iniuria facientis datum*, pues el animal no puede cometer lo injusto, careciendo esto de sentido.⁷⁴ En esta etapa ya adelantada del derecho romano, en la cual ha cristalizado ya la afirmación de la presencia indispensable del elemento subjetivo en el ilícito, la existencia de un injusto, de un hecho ilícito, en el daño provocado por el animal (se entiende: de un ilícito de que pueda decirse autor el animal) es negada (*damnum sine iniuria facientis datum*), con el simple hecho de la negación de un substrato de culpabilidad (*quod sensu caret*) (lo cual carece de sentido). Pero incluso si se quisiera uno colocar con el pensamiento en época anterior a la que registró el reconocimiento del elemento subjetivo en la *iniuria*, no nos parece que la entrega del animal, causa del daño, representase, como finalidad específica suya, según creen algunos, el ejercicio de la venganza sobre el animal considerado como autor de un acto ilícito; más bien se ha de pensar que se trataba, como para los casos relativos a las acciones noxales, de una toma de posesión por parte del sujeto pasivo del daño, con la consiguiente posibilidad de ejercicio de todo derecho inherente al dominio, no excluido —como es evidente— el de aportar, eventualmente, satisfacción violenta a causa del daño sufrido.

Para los hechos cometidos por hombres, es necesario referirse a cuanto dijimos antes: base originaria de la idea del injusto en la mentalidad primitiva fue el mero sufrimiento del daño. Consiguientemente, las exigencias instintivas y elementales de la reacción y de la reparación se afirman inicialmente en forma confusa, mezcladas entre ellas y sobre todo sin o con escasa diferenciación de las causas. La atribuibilidad de la lesión a su autor prescindía en general de criterios subjetivos de culpa y la misma expresión *culpa* tuvo originariamente entre los juristas romanos el amplísimo significado de una mera relación de causalidad material

⁷³ D., IX, I, I.

⁷⁴ Cfr. Texto de la nota anterior.

entre la acción y la lesión.⁷⁵ Y no sólo a la consideración de la causa se antepone la del efecto dañoso, sino también, correlativamente, en la consideración de cualquier otro interés se daba mayor realce al interés del sujeto pasivo del daño. La forma misma de ilícito que fue elevada después al carácter de ofensa esencialmente pública, o sea el ilícito penal, tuvo también inicialmente, como es sabido, carácter prevalentemente privado, a tal grado que, inclusive en una etapa más bien avanzada, cuando se llegó a la consideración del aspecto pecuniario de la ofensa y a su disciplina jurídica, al ofendido o a su grupo correspondió fijar el monto. La gradual superación de esta fase de la vida jurídica, produjo entre sus manifestaciones principales: la progresiva afirmación del interés del Estado, con la correspondiente incrementación de la categoría de los delitos públicos, como violación de aquel interés, de donde surgió la individuación siempre más marcada del derecho penal en el sentido moderno; y el ingreso del principio de la culpabilidad como fundamento del hecho ilícito en general.

A nosotros por ahora no nos interesa ni es tarea nuestra indagar, cuándo y a través de qué institutos antes que en otros se abre paso el coeficiente subjetivo. Nos basta con establecer que en la compilación de Justiniano está contenida una concepción amplia de la *iniuria* en el sentido de *omne quod non iure fit*⁷⁶ (todo aquello que no se hace con derecho), y que la idea de esta *iniuria* está estrechamente ligada a dicho coeficiente subjetivo. El daño producido por el *furiosus* (enfermo mental), por el *cuadrupes* (animal), por el *infans* (niño) escapa por ausencia de culpa, a la responsabilidad por la Ley Aquilia y se asimila a la caída de la

⁷⁵ Cfr. Venezian, *Danno e risarcimento al di fuori dei contratti*; en *Opere giuridiche*, I, 86; Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, IV edic.

⁷⁶ El término *iniuria*, como es sabido, tiene en derecho romano dos significados: Por un lado, indica el delito privado de injuria (de contenido mucho más amplio que el consignado en el derecho penal moderno); por el otro, en sentido amplio y general, todo hecho contrario al derecho. Particularmente importante para la determinación de esta diferencia son los textos: "*Generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit; specialiter a alias contumelia*" (Inst., IV), y el otro: "*Iniuria ex eo dicta est quod non iure fiat: omne enim quod non iure fit iniuria fieri dicitur, hoc generaliter, specialiter autem iniuria dicitur contumelia*" (D. XLVII, 10, 1). Este segundo texto contiene más adelante una ulterior y más incisiva determinación del concepto amplio de *iniuria*, al establecer que se dice *iniuria* "*quod iure et iustitia caret*". Sobre la historia del concepto de *iniuria* en sentido amplio, con referencia también a las épocas en que el término aparece en aquel sentido en el uso común y literario, cfr. Permite, *Labeo*, II, parte I, 19 y ss. Finalmente, es importante observar que en cierto texto el elemento de la *iniuria*, como contrariedad al derecho, se contempla como netamente separado del elemento objetivo del hecho, como anticipación de la moderna distinción de los elementos del hecho ilícito: D. IX, 2, 3: "*non enim sufficit occisum sed oportet iniuria id esse factum*".

teja.⁷⁷ Pero lo que es profundamente significativo es que no sólo se afirma el elemento subjetivo, sino que, como se ve en no pocos textos, se compenetra en la idea misma de *iniuria*, y capacidad de culpa llega a ser una sola cosa con capacidad de hacer *iniuria*.⁷⁸ El progreso del derecho, salvo desviaciones de poca monta, no hace más que desarrollar siempre más decididamente el principio considerado no sin razón como un gran título de gloria, quizás el más grande, para la jurisprudencia romana.⁷⁹ Es menester explicarse cómo, esto no obstante, continúa, más aún cómo se desarrolla un conjunto de responsabilidades varias, unidas bajo la denominación de responsabilidad *objetiva o sin culpa*.

Estas formas de responsabilidad son las más diversas y se encuentran en cada rama del derecho: la responsabilidad objetiva penal (de la cual hablaremos en la teoría de la culpabilidad), la responsabilidad civil por hecho ajeno en general, la responsabilidad por daños causados por las cosas o por los animales, la responsabilidad por daños derivados de acciones cometidas en estado de necesidad, la responsabilidad por daños derivados de actividades peligrosas, etcétera. De todas estas situaciones y de otras análogas, algunas carecen del elemento de la culpabilidad sólo en apariencia, porque, recurriendo en ellas una *culpa in eligendo* (culpa en elegir) *in vigilando* (en vigilar) y otras semejantes, pueden ontológicamente reducirse a la categoría del injusto, subjetivamente entendido, a más del valor cuantitativo de la culpa misma. Todas las otras son de tal naturaleza que desaparece jurídicamente toda idea de injusto; pueden subs-

⁷⁷ D. IX, 2, 5, 2: Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum. Cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, Aquila cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Cfr. también D. XLVIII, 8, 12.

⁷⁸ Cfr. por ejemplo, siempre a propósito de la categoría de los incapaces la continuación del texto transcrito en la nota anterior, con relación al *impubes*: "*Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax*", en donde se ve que esta *iniuriae capacitas* no es, a nuestro parecer, más que la capacidad de obrar culpablemente; esto prueba precisamente la profunda y, podríamos decir, orgánica compenetración del elemento subjetivo en la idea del ilícito. Amerita, al respecto, sea recordado el pasaje ya mencionado: "*pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret*" (D. IX, 1, 1), en el cual se advierte la estrecha correlación entre la falta de capacidad de culpa y el no poder causar un daño *iniuria*.

⁷⁹ Ihering, *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, 16; Ferrini, *Delitti e quasi delitti, en Digesto italiano*, 738. A propósito del elemento de la culpabilidad en el derecho romano es interesante recordar cómo replicó Ferrini a quien, bajo la influencia de las corrientes materialistas de la época, no dudó en afirmar que los juristas romanos, como *buenas cabezas*, no entendían "Las abstrusidades de la libertad moral". "Los juristas romanos —replicó Ferrini (*op. y loc. cit.*)—, precisamente por ser *buenas cabezas*, no tenían dificultades en admitir la libertad moral, y por el contrario no habrían entendido otras abstrusidades."

tancialmente reducirse a tres categorías: responsabilidad por hecho no propio, sino por daños producidos por personas, animales o cosas que forman parte del patrimonio o de la propia *potestas*; responsabilidad por el hecho propio inculpable; responsabilidad por hecho propio constitutivo de ejercicio de facultad jurídica o de actividad obligatoria y que lesiona un interés ajeno, digno de tutela. En la primera categoría pueden incluirse los hechos que en el derecho romano daban lugar a las *actiones noxales* y a la *actio de pauperie*,⁸⁰ la responsabilidad del propietario de vehículo (Art. 2054, apartado 2 del Código Civil), etcétera. De la segunda es ejemplo típico el caso previsto por los Arts. 2046, 2047 del Código Civil, según los cuales quien no tenía la capacidad de entender y de querer en el momento del hecho *no responde* de las consecuencias dañosas del hecho mismo, pero puede ser condenado al pago de una justa indemnización en el caso en que el sujeto pasivo del daño no haya podido obtener la reparación del daño por parte de quien está obligado a la vigilancia. Quedan incluidos en la tercera la responsabilidad por daños producidos con acciones cometidas en estado de necesidad (Art. 2045 del Código Civil), la responsabilidad por daños derivados de actividades jurídicamente permitidas, pero peligrosas, la responsabilidad de la administración pública por las disminuciones patrimoniales consiguientes a la expropiación por utilidad pública, etcétera.

Ahora bien, que de las mencionadas formas de responsabilidad, se destierre, como decíamos, toda idea de injusto, de hecho ilícito, se deriva no de una determinada concepción del derecho y del injusto, establecida *a priori* como punto de partida, sino de consideraciones netamente jurídicas. En efecto, la conducta, la acción del sujeto responsable, sin la cual no es concebible la existencia de un ilícito, o falta aquí del todo o es jurídicamente permitida, o es jurídicamente obligatoria. Lógicamente no puede considerarse como *injusto* lo que el sujeto no ha realizado, o ha realizado *por derecho o por deber jurídico*. No se pueden confundir a la vez los hechos que el derecho, el interés de la vida social, tiende a impedir con aquellos que, por el mismo interés, autoriza o impone; tam-

⁸⁰ Ferrini (*op. cit.*, 772, 773), consideraba que la acción noxal no se dirigía contra quien tenía facultad de *actimationem noxiae offerre*, sino precisamente contra el culpable, o sea, fundándose sobre el carácter ambulatorio de la acción (*noxa coput sequitur*). Observaciones análogas dedica a la *actio de pauperie*, pensando que el remedio se deriva de las antiquísimas ideas acerca de la delincuencia de los animales. A nosotros nos parece que si esto puede decirse en relación al origen remoto de las dos acciones, no encuentra igual fundamento para la permanencia de las mismas en el derecho romano de los tiempos más avanzados. En todas formas, la opinión de Ferrini está, a nuestro parecer, influenciada por la tendencia a excluir en lo posible el fundamento objetivo de la responsabilidad.

poco se pueden confundir las medidas jurídicas establecidas como reacción a una actividad prohibida con las medidas establecidas como reparación del daño derivado de una actividad jurídicamente autorizada o impuesta.

De manera que se trata en estos casos no de una responsabilidad *sin culpa*, sino más exacta y completamente, de una responsabilidad *sin injusto* o *sin ilícito*. El término *responsabilidad*, en efecto, puede tomarse en el sentido estricto y específico y significa la carga de sufrir las consecuencias del propio hecho ilícito, es decir, de quedar sujeto a la sanción; pero puede tomarse también, y así se usa con frecuencia, en sentido amplio y genérico y significa la carga de soportar una restricción de la propia esfera jurídica para la satisfacción del interés de otro sujeto. Consecuentemente, se puede decir que si un sujeto es *responsable*, *responde* no sólo por haber cometido tal delito o por haber —en el campo civil— causado culpablemente determinado daño injusto, sino también por el daño causado por el vehículo de su propiedad conducido por otro, por el daño causado en estado de necesidad, etcétera, no pudiéndose hablar en estos casos de ilícito. Más aún, la doctrina civilista, al distinguir la responsabilidad no derivada de ilícito, ha intentado reafirmar la diferencia, atribuyendo a la segunda una propia y diversa denominación, la de *garantía*, la cual, sin embargo, no nos parece que haya sido muy afortunada hasta ahora.⁸¹

Todo lo dicho con anterioridad tiene valor indudablemente para descartar que en la defensa de la idea de la antijuridicidad objetiva se pueda ir a favor de la llamada responsabilidad sin culpa en la cual, como ya se ha advertido, no aparece ningún elemento de contrariedad al derecho.

La exacta valoración jurídica de los hechos que se hacen entrar en aquella categoría es útil, además, para alejar un posible equívoco perturbador a veces de la dirección subjetivista en la doctrina del ilícito, o sea que la ampliación de la responsabilidad sin culpa viene necesariamente a minar el fundamento subjetivo del ilícito. Cierto es que el derecho penal, siendo por su naturaleza y en su totalidad disciplina jurídica de actos ilícitos, no puede sufrir la inclusión de elementos de responsabilidad sin culpa sin ver al mismo tiempo vulnerado precisamente aquel principio; con mucha razón el progreso se hace coincidir en este campo con la eliminación de todo vestigio de —si lo hay y donde lo haya— de respon-

⁸¹ Cfr. por ejemplo, Chironi, *Colpa extracontrattuale*, I, 32, 80, 261, II, 605 y ss. Véase también Barassi, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio* (*Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXIV, 175); que funda la responsabilidad objetiva sobre el concepto de patrimonio y sobre la *persona económica*.

sabilidad sin culpa.⁸² Sin embargo, no puede ni debe decirse otro tanto para el derecho no penal, en el cual, por un lado, el ilícito puede permanecer bien firme en su fundamento subjetivo, y por otro, las situaciones de responsabilidad sin culpa pueden tener, por diversos caminos, siempre mayor desarrollo e incremento. Esto a causa de las complejas exigencias de la vida moderna y de las crecientes posibilidades de recaer sobre los intereses ajenos con actividades que, si bien nada tienen que ver en absoluto con el injusto, implican a cargo de los autores o de los beneficiados obligaciones de indemnización con la finalidad del reequilibrio social y económico. En este sentido se dijo con exactitud que la responsabilidad sin culpa y la responsabilidad por culpa pueden estar una al lado de la otra, pues deben bien concebirse “*no en relación de subordinación como de excepción a regla, sino coordinadas entre ellas por la finalidad común de la reparación del derecho lesionado, e independientes por lo que se refiere al fundamento*”.⁸³

Pero la expresión *derecho lesionado*, en la frase transcrita, nos ofrece la ocasión de esclarecer un punto muy delicado del tema que nos ocupa.

Si bien el principio de la culpabilidad es, hoy por hoy, fundamento secular de la responsabilidad por el ilícito en todo campo del derecho y el concepto de ilícito se halla tan compenetrado de aquel principio que en gran parte se confunde con él, permanecen, sin embargo, especialmente en la doctrina del derecho privado, términos y conceptos que parecen divergir de tal fundamento y de los cuales es preciso caer en la cuenta.

Se habla todavía de *injusto*, *iniuria*, y aun de *lesión*, *violación de derecho*, *ofensa al derecho*, cuando se trata simplemente de la lesión de un bien

⁸² Sin embargo, advertimos enseguida, salvo que volvamos sobre el tema a su tiempo, que en derecho penal se habla a veces de responsabilidad objetiva o sin culpa con referencia a casos en los cuales puede encontrarse también un elemento de culpabilidad o se trata de elementos objetivos, inherentes a la esencia y a la gravedad del hecho, similares a aquellos que concurren a constituir el fundamento de la responsabilidad culpable ordinaria.

⁸³ Coviello N., *op. cit.*, 206. Cfr. También Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, iv, edic. 331, quien con igual exactitud afirmaba: “Las indemnizaciones o reparaciones que se está obligado a pagar *sin culpa* hallan su fundamento en principios de justicia social equitativa o compensadora. Es, por tanto, un principio diverso que *se coordina*, pero *no se sobrepone ni se subordina al principio de la responsabilidad por culpa*”. Es curioso cómo De Ruggiero (*op. cit.*, II, 459), considera la responsabilidad objetiva principio *nuevo* y *opuesto* al otro; y más aún cómo un jurista del valor de Venezian (*op. cit.*), haya aventurado la afirmación según la cual el principio de la responsabilidad sin culpa estaría en relación con la negación del libre albedrío. Cfr. también Ferri (*Principi di diritto criminale*, 117, nota), quien afirmaba que: “La justicia civil tiende cada vez más a trasladar la culpa civil al terreno objetivo, confundiendo el desarrollo de las formas de responsabilidad, que nada tienen que ver con la culpa, con una orientación nueva de las relaciones de responsabilidad culpable”.

o interés, en una palabra del *daño*, aunque se produzca *con derecho*, con tal que sea jurídicamente relevante a los fines de una indemnización. Escribía *Venezian* que "si uno no comete injusto cuando otro administra sus negocios, empieza a cometerlo cuando su patrimonio aumenta por haber soportado el gestor pérdidas o gastos en la administración; o bien cuando, por la disminución del patrimonio del gestor queda prohibida la disminución que sufriría el suyo".⁸⁴

Coviello N. admitía la existencia de una *lesión de derecho* no sólo en la hipótesis de que un sujeto se exceda de la propia esfera jurídica sino también cuando ejerza el derecho propio con el sacrificio del derecho ajeno llevado a cabo necesariamente por el ejercicio del propio.⁸⁵ Todavía hoy se habla de "un estado de hecho lesivo de un derecho y sin embargo independiente del comportamiento ajeno o al menos de un comportamiento que viole un precepto jurídico".⁸⁶ Y los ejemplos podrían continuar.

En la misma orientación débese incluir la idea de la *violación del derecho* como constitutiva de la *materialidad de la injuria*,⁸⁷ del *injusto* o *iniuria* como constitutivo del *momento objetivo del ilícito*⁸⁸ y otras semejantes.

Para tener una explicación inmediata del fenómeno es suficiente con agregar a las expresiones *lesión*, *violación del derecho*, el término *ajeno*. Lo que se considera no es el derecho como norma, sino el derecho como interés particular jurídicamente protegido. Nosotros los penalistas, por el carácter de la disciplina que tratamos y por la naturaleza del ilícito, objeto de aquélla, nos inclinamos más decididamente por considerar el Derecho como norma, como expresión de la voluntad del ordenamiento jurídico y a referir (como debe ser) el concepto de *lesión* y de *violación* al derecho así entendido. Los civilistas en cambio, con idénticas expresiones tratan ordinariamente de referirse al derecho en sentido subjetivo, a la situación de un sujeto tutelado por el derecho objetivo. Esto depende del prevalente relieve que en el sistema del derecho privado naturalmente asume la posición del sujeto y la exigencia de su tutela. Pero el mal mayor no estriba en volver la vista hacia este aspecto particular y redu-

⁸⁴ *Venezian, op. cit.*, 26.

⁸⁵ *Coviello, N., op. cit.*, 206.

⁸⁶ *Betti, Istituzioni di diritto romano*, 1942, 232. Lo que sucede en la doctrina italiana con los términos *torto*, *lesione di diritto*, *violazione di diritto*, etcétera, se verifica también en la doctrina francesa con el término *tort*, y en la alemana con *Unrecht*, *Rechtsverletzung*, etcétera.

⁸⁷ *Chironi, Colpa contrattuale*, 3, nota I.

⁸⁸ *Betti, op. cit.*, 238.

cido del derecho, sino principalmente en una objetivación de la idea de *violación o lesión* en tal forma que llegue a coincidir con la idea de daño.⁸⁹

Al haber daño basta con que se dé lugar a cualquier forma de indemnización, pero no ha de hablarse de *lesión o violación de derecho*. *Injusto no es el daño que se tiene la obligación de no producir, sino el daño que se tiene el derecho de ver reparado; no es la lesión o violación del derecho, sino la mera perturbación del interés, objeto de aquél.*

Todo esto no ayuda ciertamente para el esclarecimiento de la doctrina del ilícito; los estudiosos, en todo campo del derecho, deben emplearse a fondo a fin de que estas confusiones de términos, que después se vuelven confusiones de conceptos, sean definitivamente eliminadas. El fundamento del ilícito jurídico es uno solo; y sobre una base única deben ser fundados, tanto en derecho privado como en derecho público, los conceptos de *lesión y violación del derecho, de injusto y de iniuria*, que son la misma cosa. Esta base debe ser el derecho considerado como norma, al cual el comportamiento humano es conforme o contrario, según que sea conforme o contrario a la voluntad en ella expresada; tal derecho puede ser lesionado o violado sólo si se lesiona o viola aquella voluntad. Hablar de *lesión de derecho* cuando dicha contrariedad no se verifica, e inclusive en relación con casos en los cuales se actúa ejerciendo el derecho propio aunque perturbando un interés ajeno, significa mantener esta materia enredada en una confusión que nunca llegará a disiparse. Nada impide emplear las expresiones *violación y lesión* de derecho aun en el sentido de violación y lesión del derecho en sentido subjetivo, no obstante, debe quedar bien firme que tal violación o lesión no puede tener lugar sino con la violación del derecho objetivo. Para que esto suceda no basta que sea lesionado un interés; no basta que haya lesión de un interés que encuentre protección en el derecho objetivo; y tampoco es suficiente que la protección sea de tal naturaleza que garantice el interés, con medidas de indemnización, de los efectos lesivos de un determinado comportamiento; es menester que el comportamiento lesivo sea jurídicamente prohibido. En consecuencia, debe existir una norma jurídica de la cual surja: la *obligación* de abstenerse del comportamiento; el *derecho* de exigir tal abstención. Esto implica que en caso de desobediencia se verifiquen a la vez —fenómenos coordinados uno y otro—: la violación de la norma, la violación de la obligación, la violación del derecho (en sentido subjetivo).

⁸⁹ Para la identificación entre *lesión de derecho* y *daño*, cfr. entre muchos, Bonfante, *Istituzioni di Diritto Romano*, IV, ed. 95, 301.

Solamente así podrá darse una base segura y unívoca al concepto de injusto o ilícito jurídico y podrán ser eliminados el contrasentido y la confusión, desgraciadamente frecuente, de llamar injusto lo que el derecho autoriza o directamente ordena.⁹⁰

24. Finalmente ha de rechazarse la afirmación según la cual una concepción objetiva de la antijuridicidad respondería también a exigencias prácticas del derecho. Se trata, en realidad, o de exigencias imaginarias, o que se pueden satisfacer adecuadamente sin falsear el concepto de antijuridicidad. Se sostiene, por ejemplo, que el problema jurídico de la legítima defensa contra el incapaz únicamente puede resolverse calificando la agresión como objetivamente antijurídica; de otra manera, con la aplicación del criterio subjetivo, faltando una desobediencia culpable a la norma no cabría hablar de la injusticia de la ofensa.⁹¹ En este punto de vista dos son los presupuestos erróneos: que el término *injusto* sea

⁹⁰ Las observaciones hechas en el texto pueden substancialmente referirse también al concepto de Binding acerca del injusto y de la antijuridicidad, cuya orientación, por otra parte, hizo surgir la duda en la misma doctrina alemana acerca de si pertenecía a la corriente objetivista o bien a la subjetivista (Cfr. Mezger, *Diritto Penale*, trad. italiana, 186, nota I). La verdad es que coloca el concepto de antijuridicidad sobre bases tan amplias y omni-comprendivas que justifican una y otra opinión. Negada, como ya hemos visto, una posibilidad de violación de la ley, Binding fundó la idea de la antijuridicidad sobre la base de la violación del derecho subjetivo, y llamó *ilícito*, *antijuridicidad*, *violación de derecho* (*Unrecht*, *Rechtswidrigkeit*, *Rechtsverletzung*) a todo comportamiento o suceso contrario a un derecho subjetivo. En el ámbito de esta categoría general comprendió una categoría particular: *El Delikt*, es decir, la culpable transgresión del deber de obediencia. En la concepción de esta categoría particular era indudablemente subjetivista; sin embargo, permanece objetivista en todo lo demás y de manera especial en descubrir la existencia de una violación del derecho subjetivo cuando se produce una lesión del interés en su aspecto práctico y desde el punto de vista de su titular (*Die Normen*, IV, edic. 292 y ss., en especial 295, 298 y ss.). Lo que es esencial para el *Delikt* —decía él (p. 301)—, no lo es para las otras formas de ilícito; y admitía que la violación del derecho subjetivo podría tener lugar también a virtud de fuerzas diversas de la voluntad humana; asimismo, admitía que el derecho de propiedad podría ser lesionado en su aspecto práctico, por un ladrón, o por un sujeto de buena fe, o por la tempestad, así como el derecho de crédito podría ser lesionado incluso por el deudor que no paga porque no sabe que es deudor (p. 301). Echadas estas bases, Binding se maravillaba de que la discusión sobre la antijuridicidad objetiva no quisiera cesar. Pero la maravilla no era, ni sería justificada, porque la corriente subjetivista encuentra, sobre todo, su razón de ser en la tendencia justa e invencible de librar el concepto de ilícito de estas rudas superestructuras que no le pertenecen y que confunden las líneas genuinas y crean artificiosamente categorías amplísimas no apoyadas en el derecho ni en la conciencia común. La doctrina debe tender a la unificación del concepto de ilícito. La pluralidad de las especies de ilícito, de acuerdo con el sistema de Binding, todavía ardentemente aorada en época reciente (Cfr. por ejemplo, Nagler, *op. cit.*, 339), es la más fecunda fuente de errores y confusiones en la delicada materia.

⁹¹ Nagler, *op. cit.*, 341, 342. Von Hippel, *op. cit.*, 187.

tomado en sentido rigurosamente técnico, esto es, de hecho contrario al derecho y castigado con sanción jurídica y que para las agresiones provenientes de incapaces haya de hablarse siempre de legítima defensa. Bien decía *Hold von Ferneck*: ¿quién nos da la prueba de que el legislador haya tenido un concepto exacto de la antijuridicidad y de que se haya servido de términos apropiados?⁹² Salvo un retorno al tema en su lugar oportuno, baste observar por ahora que el fundamento lógico y jurídico de la limitación contenida en el término “ofensa injusta”, no está en el carácter propiamente antijurídico de la ofensa, sino en la ausencia de una obligación jurídica de soportarla sin reaccionar;⁹³ esto amplia, echando a perder su propiedad, el significado del término y extiende la referibilidad también a la acción del incapaz. Además, es necesario tener presente que se trata no de incapacidad meramente jurídica (como la derivada de la *immunidad* del Rey, del Pontífice, etcétera) sino de incapacidad jurídica fundada en una condición natural de la persona (edad, enfermedad de la mente) y no se ha de hablar de legítima defensa contra la agresión proveniente de tales incapaces, sino de estado de necesidad. Esto se dice no tanto plegándose coherentemente al principio de la imperatividad del derecho y a la imposibilidad lógica de una ofensa *injusta* por parte del incapaz, cuanto por la naturaleza y los límites de la reacción en estos casos permitida. Si el agresor es un loco o un niño inconsciente, la reacción no puede desarrollarse de la misma manera y hasta el mismo punto que contra un sujeto maduro y normal. La salvación por medio de la fuga, si es posible, resulta en semejantes casos, obligatoria, lo cual quiere decir que la tutela contra el peligro debe permanecer dentro de los límites del estado de necesidad (peligro *no evitable de otro modo*). En efecto, ¿quién querrá sostener que, pudiendo con la fuga escapar seguramente de la amenaza de un loco armado o de un niño que está por lanzar un explosivo, se tiene el derecho de ejercer la defensa matando al agresor inconsciente?

La concepción objetiva de la antijuridicidad puede considerarse necesaria para la solución de otros problemas, como la responsabilidad del participante en el caso de no punibilidad del autor principal, la responsabilidad del encubridor en caso de que el delito principal sea cometido por persona no punible y otros semejantes.⁹⁴

⁹² *Hold von Ferneck*, *op. cit.*, 357.

⁹³ En este sentido cfr. también *Frank*, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 1931, 161.

⁹⁴ *Delitala*, *Il Fatto*, 60 y ss. Acerca del argumento en sentido análogo al adoptado por nosotros, cfr. *Antolisei*, *Problemi penali odierni*, 143 y ss.

Sólo fundándose en el carácter objetivamente antijurídico de la acción del sujeto no punible —se dice— es posible encontrar una solución satisfactoria para semejantes hipótesis. No estamos de acuerdo con esto. También aquí, a nuestro parecer, el presupuesto es infundado. El legislador, al resolver aquellas situaciones, no parte de puntos abstractos y de opiniones doctrinales, como serían la naturaleza accesoria de la participación, la relación de accesoriedad, de algunos delitos con respecto a otros, etcétera, sino simple y prácticamente de la voluntad de castigar o no castigar penalmente a quien se ha comportado de cierta manera, por el valor social del comportamiento individual, en sí y por sí mismo, y no por la relación en que viene a encontrarse abstractamente con el comportamiento de otros. De esto es manifestación no poco significativa el apartado del Artículo 648 c.p., el cual, poniendo coto a las cuestiones teóricas, ha establecido que la norma se aplica aun cuando el autor del delito, del que provienen el daño y las cosas, no es imputable o no es punible. En verdad, nadie ha pensado seriamente que pueda estar exento de responsabilidad penal el partícipe de un homicidio solamente porque el autor principal (en la hipótesis de que se pueda hablar de autor principal, especialmente en el sistema de nuestra ley) sea un loco; o el partícipe de un robo sólo porque el autor principal sea un pariente cercano del sujeto pasivo del robo. Puntos de vista prácticos de la ley y de la conciencia social que hallan por otra parte su fundamento lógico en el principio, esclarecido durante toda la exposición y más adelante explícitamente declarado, de que el calificativo de antijuridicidad se refiere no al hecho, en su conjunto, sino a la acción particular, y a cada uno de los comportamientos convergentes en el hecho.

25. Como conclusión de esta exposición crítica del concepto de antijuridicidad objetiva, se hace mención de la teoría de los llamados *elementos subjetivos de la antijuridicidad*, inventada por algunos objetivistas como correctivo y atemperación de su doctrina. Dicha teoría puede resumirse brevemente en la siguiente forma: *la determinación del ilícito se produce ordinariamente sobre bases objetivas, es decir, por medio de un juicio de antisocialidad relativa a lo que el hombre realiza en el mundo exterior; pero hay casos en que esta determinación se produce en base a elementos de carácter subjetivo; de tal manera que, para establecer el carácter socialmente dañoso y penalmente antijurídico de la conducta, lo decisivo no es la producción de un determinado hecho en el exterior, sino el modo como frente al mismo se presenta la psique del agente, el significado*

*asumido por el hecho partiendo de la intención que lo mueve.*⁹⁵ La doctrina alemana, a la cual este correctivo reconoce la paternidad, no está de acuerdo con respecto a la figura delictiva en la cual se descubrirían tales elementos subjetivos;⁹⁶ sin embargo, para no perdernos en un detallado análisis de estos casos y de las categorías en las que, bajo complicadas y barrocas denominaciones, han sido agrupados, podemos decir que los tipos en los cuales esencialmente se manifestaría esta pretendida particularidad, son en su mayoría los delitos *intencionales*, o delitos *de dolo específico*. La acción es relevante desde el punto de vista jurídico penal, no en sí misma sino por un particular *propósito* o fin al cual se dirige, por una determinada intención que la inspira. El ilícito se realiza con la presencia de este factor psicológico; faltando éste, la acción o es jurídicamente irrelevante, o bien constituye otro tipo diverso de ilícito. Así, para citar ejemplos de nuestra legislación, la antijuridicidad constaría de elementos subjetivos en el delito de adquisición y recepción de monedas falsificadas o alteradas *con el fin de ponerlas en circulación* (Artículo 453 N4 del Código Penal), en el delito de destrucción fraudulenta de la cosa propia *con el fin de cobrar el precio de un seguro* (Artículo 642), y otros. La doctrina alemana menciona también, entre otros, los llamados *delitos de tendencia*, como, por ejemplo, el delito de *actos obscenos*, en el cual se manifestaría una determinada inclinación del sujeto, que sería el fundamento de la incriminación. La tentativa quedaría también incluida en la categoría mencionada.⁹⁷

Prescindiendo de cualquier otra consideración, una cosa nos parece cierta: que, *a través de la creación de esta categoría, los objetivistas manifiestan implícitamente la imposibilidad de construir el concepto de antijuridicidad sobre bases exclusivamente objetivas*. Es verdad que algunos, como por ejemplo Zimmerl, han tratado de objetivizar, por decir así, estos elementos subjetivos, transformando lo que es el elemento psicológico de la intención en una tendencia objetiva de la acción hacia un determinado resultado. Pero tan complicados puntos de vista no han encontrado unanimidad de pareceres ni siquiera en la doctrina alemana;⁹⁸ y sobre

⁹⁵ Cfr. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit*, 288 y ss.; Hegler, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente en Festgabe für Frank*, I, 250 y ss.; Mezger, *Diritto penale*, trad. italiana, 187 y ss.; Mayer, M. E., *Der Allgemeine Teil*, 185 y ss.; Mayer M., *Das Strafrecht*, 231 y ss.; Grispiigni, *Diritto penale*, II, 168 y ss.

⁹⁶ Véase una cita en Mezger (*op. y loc. cit.*), y en Grispiigni, p. 169, nota.

⁹⁷ Cfr. Hegler, *op. y loc. cit.*, 277, 278.

⁹⁸ Hegler (*op. cit.*, 286), duda que una acción pueda objetivamente tender a algo, observando que el tender es un quid estrictamente subjetivo y psicológico, y que si, en ocasiones, parece que la acción objetivamente se encamina hacia una

todo, no pueden ser útiles para influenciar a la doctrina italiana, la cual, con claridad y simplicidad de visión tiende a incluir todos los elementos subjetivos en el ámbito de la culpabilidad, puesto que todos concurren a establecer su fundamento y a determinar su vario modo de ser. Pero hay otra observación que hacer.

Esta relevancia que tienen los elementos subjetivos de la determinación del ilícito no es una invención reciente de la doctrina. Ya Carrara hablaba de ella en términos muy claros. "Por la influencia del elemento intencional —escribía— *en la esencia del delito*, puede, no obstante la identidad de actos físicos, nacer diversidad de delitos, a causa de la diversidad de la intención del agente".⁹⁹ Del mismo tema trata entre nosotros Carnelutti con el título de "*la relevancia constitutiva del interés activo*".¹⁰⁰ Que un hecho adquiera o no relevancia social, moral, jurídica, o la adquiera en una medida más bien que en otra, según que converjan, o no, en el mismo, determinados elementos subjetivos, lo confirma la sensibilidad y experiencia más común. Tampoco podría tratarse de una cosa nueva, porque reponde a una exigencia tan antigua como el juicio del hombre civilizado sobre los hechos humanos.

Pero esta consideración nos conduce a entender mejor la esencia del fenómeno, en cuanto es válida para establecer su carácter de generalidad. En efecto, este fenómeno no es propio exclusivamente de aquellas figuras delictivas particulares a las cuales se refieren los denominados elementos subjetivos de la antijuridicidad, sino que se refiere a todos los delitos y, en general a todas las categorías del ilícito, tanto jurídico como moral. En aquellas figuras delictivas particulares el fenómeno es más manifiesto; sin embargo, en realidad el elemento subjetivo en todas las otras es igualmente fundamento esencial del juicio de valor que está a la base de la antijuridicidad. Esta, efectivamente, sólo puede derivar de un juicio que, al determinar el valor social de la acción, debe necesariamente abarcar todos los aspectos en forma unitaria, sea objetivos como subjetivos, y entre los objetivos tanto aquellos que se refieren a los elementos psíquicos particulares de propósito, fin, tendencia, etcétera, como también a los elementos psíquicos generales, de mera voluntad. La relevancia

dirección, esto no es más que un indicio del fenómeno subjetivo. Otros autores alemanes, como Mezger y Frank (Mezger, *op. cit.*, 191), piensan que los llamados elementos subjetivos de la antijuridicidad son, al mismo tiempo, elementos de culpabilidad.

⁹⁹ Carrara, *Programma*, edic. 1881, parte generale, párrafos, 151 y ss.

¹⁰⁰ Carnelutti, *Teoría generale del reato*, 139. El tema es considerado por el autor en el ámbito del concepto de *causa del delito*; nosotros creemos más conveniente estudiarlo a propósito del fenómeno de la exclusión del delito.

social y, por ende, jurídica del hecho se sigue de todos éstos elementos; y no es decisivo uno más que el otro, sino la *combinación* de ellos, aun cuando alguno parezca presentarse en particular evidencia y en posición, por así decir, de exclusiva eficacia.¹⁰¹

El tema de los elementos subjetivos de la antijuridicidad, si bien es fruto de una de las habituales complicaciones doctrinales, sin embargo, es útil para el esclarecimiento de las relaciones entre antijuridicidad y culpabilidad. Como ya apuntamos, también nosotros nos consideramos en el deber de seguir el criterio metodológico de acuerdo con el cual, en el análisis del delito, el estudio de la culpabilidad y el de la antijuridicidad se distinguen, en cierto sentido y en las particularidades propias de cada uno de ellos. Pero pocas veces como en este caso la distinción se encuentra bien lejos de significar separación. Especialmente en el campo del derecho penal, el querer reducir el juicio sobre el hecho a su objetividad es una absurda pretensión, porque la razón de la incriminación se halla en gran parte en la calidad de la acción, y gran parte de la calidad de la acción se halla en el elemento psíquico. La verdad es que la doctrina, al seccionar y dividir a su manera el objeto de su análisis, considerándolo bien sea desde un punto de vista, bien sea desde otro, termina en ocasiones creyendo que su abstracta y convencional manera de ver es la realidad. Cuando, por ejemplo, *Beling* sostenía que la norma valora el hacer humano en su conformidad o no conformidad con el ordenamiento jurídico sin tocar la esfera psíquica, y que la valoración normativa es inmune de toda referencia al momento de la culpabilidad, confundía precisamente sus esquemas mentales, fabricados de antemano, con la realidad.¹⁰² Si se quisiera seguir el criterio de *Beling* sucedería que frente a dos homicidios, uno doloso y otro culposo, la valoración del hecho sería en uno y otro caso idéntica, pues se pretende que la valoración del elemento psíquico es totalmente distinta y sucesiva; por el contrario, es evidente a todos que la conciencia humana, y con ella el legislador, ve cada uno de los dos hechos en su unidad objetiva y sub-

¹⁰¹ Esto no debe inducir a creer que somos partidarios del criterio de la llamada *consideración unitaria del delito* (cfr. Bettiol, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, en *Rivista italiana di diritto penale*, 1938; véase también para la crítica, nuestra obra *Principi de diritto penale*, I, 278). Una cosa es concebir unitariamente el juicio de valor social y jurídico conducente a la determinación del ilícito y que nos hace contemplar cada una de las figuras delictivas en la síntesis de los elementos que lo componen, y otra proponerse, desde un punto de vista metodológico, negar la posibilidad de la distinción de los varios elementos, que nosotros sostenemos, en cambio, ser indispensable criterio de investigación, aun conservando la visión de la unidad de aquéllos.

¹⁰² *Beling*, *Die Lehre vom Verbrechen*, 140.

jetiva, tomando de cada uno, en un solo momento, la individualidad propia. Al mismo error fundamental ha de hacerse remontar la otra afirmación análoga para la cual el valor de contraste con el ordenamiento jurídico habría de buscarse en la objetividad del hecho, mientras que con el análisis sucesivo de la culpabilidad, el hecho se consideraría en su significado personal, en la situación asumida por el sujeto frente al mismo; ¹⁰³ precisamente bajo la influencia del erróneo criterio metodológico que separa —a más de distinguir— la objetividad de la subjetividad, se viene a crear una idea artificiosa del hecho en base a la cual, éste tendría fuera de sí mismo algo, separado y extrínseco: el sujeto y sus diversas actitudes psíquicas: espíritu y vida fuera de sus despojos. ¹⁰⁴

26. La crítica a la concepción objetivista nos ha conducido a fijar gradualmente, en los varios puntos los fundamentos esencialmente subjetivos de la antijuridicidad. Tales fundamentos pueden ser reducidos a un principio único, hacia el cual necesariamente convergen y que, a nuestro parecer, se debe situar en el centro de la doctrina del ilícito. El principio es éste: el objeto del calificativo de antijuridicidad es solamente *la acción*. *El hecho*, considerado en su conjunto, la parte efectiva del mismo, o sea el *resultado*; además los *estados*, las *situaciones*, de personas o de cosas, aunque se deriven de la acción humana, no son, en sí y por sí mismos, objetos de tal calificativo. Este, en cambio, ha de referirse estrictamente a la parte del hecho que constituye la manifestación de la voluntad (de sujeto capaz). Las expresiones hasta ahora corrientes en la doctrina y en el lenguaje común, *hecho ilícito*, *hecho antijurídico*, y otros semejantes deben entenderse errónea o impropriamente empleados en vez de *acción ilícita*, *acción antijurídica*. Cuando se habla de *resultado* o de *estado*

¹⁰³ Hegler, *op. cit.*, 302.

¹⁰⁴ A la pregunta, que otros antes de nosotros se han formulado (véase, por ejemplo: Hold von Ferneck, *op. cit.*, 281), de cómo puede surgir esta concepción objetiva de la antijuridicidad, se puede responder recurriendo a varias causas: visión todavía no exacta y completa, no obstante las enseñanzas tradicionales del derecho romano, del valor jurídico de los hechos naturales y de las acciones de los incapaces; influencia de ciertas concepciones de la norma, como las de Binding y Beling, pero, sobre todo, el ser la antijuridicidad objetiva un cómodo expediente en apoyo de equivocados puntos de vista doctrinales tenazmente defendidos; y además, la idea de que el derecho es un ordenamiento objetivo, casi estático de los bienes de la vida y del hecho antijurídico como ofensa a este ordenamiento. Pero todo, a nuestro parecer, esencialmente se debe a la perdurable influencia de una anticuada configuración civilista del derecho y de su función, que pone de especial relieve el bien — interés inmediatamente lesionado y la exigencia de la reparación. Por el contrario, especialmente para el derecho penal, una visión moderna y completa toma como punto de apoyo la acción humana, considerando el derecho como regla y disciplina de la acción, y el hecho antijurídico como infracción de tal disciplina.

antijurídico, se trata igualmente de expresiones o erróneas, por referir al resultado y al estado un calificativo que compete sólo a la acción, o impropias en cuanto que van dirigidas a significar solamente resultados o estados derivados de acciones ilícitas.

El principio declarado con anterioridad amerita una ulterior explicación. Cuando se afirma que el calificativo de *antijuridicidad* tiene por objeto la acción, es preciso entender la acción particular, o sea la manifestación particular de voluntad de cada sujeto. El mismo hecho, consecuentemente, si convergen en el mismo varias acciones, puede comprender en sí acciones antijurídicas y acciones no antijurídicas. Aun cuando opere en un todo, del cual representa una parte, cada acción humana constituye objeto distinto y autónomo de valoración jurídica; y aquella que comúnmente aparece como valoración jurídica del hecho no es en realidad más que valoración de cada una de las acciones. El principio reviste los puntos fundamentales de la doctrina del acto ilícito en general y del delito en especial y muchos problemas, planteados diversamente en un sentido o en otro, deben encontrar por su medio la vía de la solución exacta.

Estrechamente enlazado con el tema en cuestión se halla el concepto de valoración jurídica. Se habla frecuentemente, como de cosas colocadas sobre el mismo plano, de valoración jurídica de la acción y del resultado, de valoración favorable o desfavorable, más aún, de aprobación o desaprobación jurídica de la acción y del resultado.¹⁰⁵ Pero la valoración que el derecho hace del resultado, como en general de toda cosa o hecho o estado que no sea acción, es bien diversa de la valoración que el mismo hace de la acción. A los fines de la tutela de los intereses humanos todo puede ser objeto, como sabemos, de la valoración del derecho; inclusive el rayo, la tempestad, la invasión de las langostas, el aluvión, la furia de un loco, etcétera, porque para proveer a la tutela es menester considerar todas las causas que en un sentido o en otro pueden influir sobre los intereses; pero no se puede decir que el derecho *aprueba* o *desaprueba* aquellos resultados. La aprobación o desaprobación no puede identificarse con una valoración genérica de conformidad o no conformidad con los intereses tutelados, es decir, que se limite a encontrar la dirección de una causa cualquiera para el mantenimiento o bien para la destrucción o disminución de los bienes relativos. Aprobar o desaprobar se refiere no a un simple *ser*, sino a un *deber ser*; consiguientemente, puede referirse sólo a lo que puede ser regulado y subordinado de acuerdo con un deber

¹⁰⁵ Cfr. por ejemplo: Bettioli, *L'ordine dell' autorità nel diritto penale*, 76 y ss. y otros por él citados.

ser. Frente a los resultados dañosos de la naturaleza, el hombre civilizado y de normal capacidad psíquica, expresa temor, dolor, no aprobación ni desaprobación; más aún, en el camino de la civilización ha de considerarse precisamente la gradual liberación de la mente humana con respecto a la tendencia a aprobar o desaprobar los resultados de la naturaleza precisamente en cuanto son atribuidos a la acción de misteriosas voluntades. Incluso en los resultados que pueden reportarse, como consecuencia, a la acción humana, lo que es propiamente objeto de la aprobación o desaprobación no es el resultado, sino la acción que lo produce. A este propósito, baste considerar el resultado mismo como producido por causas diversas; la muerte de un hombre puede ser producida por un hecho natural, por un animal, por un niño inconsciente, por un loco, por un sujeto maduro y normal. Como contrarias objetivamente al interés humano, a la vida, todas estas causas son valoradas de la misma manera, pero solamente la última puede ser verdaderamente *desaprobada*, sea por el derecho como por la conciencia común. En efecto, sólo la última ha obrado en un sentido pudiendo y debiendo obrar en otro sentido, sólo la última es contraria a un deber ser, es decir, a una norma.¹⁰⁶ Además, tal causa es la sola que puede incluirse en el ámbito de la función específica desarrollada por el derecho. En realidad, la valoración objetiva de las causas que pueden obrar sobre los intereses humanos no es la función específica del derecho, sino únicamente el presupuesto de tal función. La función del derecho no es de mera observación o contemplación, sino que es función eminentemente activa, esto es, de realización de lo que es conforme, de eliminación de lo que es contrario a los intereses tutelados. Como tal esta función no puede desarrollarse más que por medio de la voluntad humana. El derecho no actúa sobre la naturaleza, sobre los animales, sobre las cosas, sino sobre la voluntad humana. Solamente en este sentido, solamente sobre la línea de esta relación entre la norma reguladora y la voluntad que debe ser regulada por ella, se puede encontrar lo que es conforme y lo que es contrario al derecho o anti-jurídico. La licitud o ilicitud tiene como base una relación jurídica, no una relación natural entre los resultados y los bienes de los hombres.

No obstante, son tenaces los vestigios de orientaciones diversas, aun en la más reciente doctrina. *Bettiol*, por ejemplo, en su trabajo sobre *La orden de la autoridad en el derecho penal*, al analizar la acción del superior que da una orden ilegítima con fuerza vinculatoria y la acción

¹⁰⁶ Es inadmisibile, por consiguiente, como alguien querría (por ejemplo, Halschner, *Das Gemeine deutsche Strafrecht*; 1881, 79) que una voluntad contraste con el derecho inculpablemente.

del subordinado que cumple con la orden se esfuerza en determinar el carácter jurídico de estas acciones en base a la valoración jurídica del resultado. "El carácter jurídico de la acción —dice textualmente— se determina en base a la valoración jurídica del resultado. La acción se ha de considerar ilícita si el resultado puede ser encajado dentro de una figura delictiva legal abstracta y si entre el resultado y la norma existe una relación de contradicción." El mismo autor prosigue: "La acción por sí misma no tiene en el campo del derecho penal, una relevancia jurídica porque adquiere esta relevancia, sea positiva o negativa, sólo por el resultado llevado a cabo por el sujeto activo... Si el resultado es ilícito, la acción es ilícita y si es lícito aquél, será también lícita ésta: el carácter jurídico penal de una acción es, en consecuencia, el resultado de un juicio a posteriori".¹⁰⁷

Todas estas proposiciones han sido dictadas bajo la influencia de directrices objetivistas, y sobre todo están inspiradas en la idea de que en el derecho es esencial la función valorativa. Hoy en día no ofrece gran dificultad descubrir su carencia de fundamento. Ciertamente la valoración de la acción humana, tanto en el campo moral, como en el campo jurídico, se realiza teniendo presente lo que la acción produce en el mundo exterior, lo cual significa que la acción se valora en cuanto opera como causa. Es evidente que el valor de la causa encuentra su índice principal en el efecto producido. Pero esto no significa que el calificativo de licitud o ilicitud de la acción dependa de una licitud o ilicitud del resultado. El resultado o se considera en sí mismo, como mero dato objetivo, y no se presta a un calificativo de licitud o ilicitud, o se considera en relación con la acción de la cual se deriva y entonces, es ésta y no el resultado a la que inevitablemente se refiere el calificativo. El resultado: muerte de un hombre, considerado en sí y por sí mismo, es contrario al interés de la vida, pero no lícito o ilícito; en esta consideración puramente objetiva, es decir, en su valor de contraste con el interés, el resultado es siempre el mismo, tanto si es producido por un hecho natural, como por una fuerza infrahumana, tanto si es producido por la acción de un hombre normal, como por la acción de un anormal; es la muerte de un hombre, la destrucción del bien de la vida, un hecho dañoso, y con ello es suficiente. Decir de un resultado, aisladamente considerado, que es lícito o ilícito, que está en relación de contradicción con una norma jurídica, significa dar a los términos un significado que no tienen, en el

¹⁰⁷ Bettioli, *L'ordine dell' autorità nel diritto penale*, 77, 121.

lenguaje jurídico y en el lenguaje común. Además, si nos desligamos de esta valoración puramente objetiva y ponemos el resultado en relación con su causa, será ésta, de acuerdo con el normal juicio humano, la que dará su impronta por sí misma al resultado y no viceversa; el juicio será diverso según se trate de causa natural, infrahumana, humana anormal, humana normal; lo cual significa precisamente que la valoración y, consiguientemente, el calificativo, tiene por objeto la causa, no el efecto; y en el caso de resultado producido por acción humana, la acción, no el resultado.

El mismo *Bettiol*, en algunos puntos de su exposición, termina reconociendo implícitamente este principio. En efecto, cuando a propósito de la ejecución de la orden ilegítima vinculatoria por parte del subordinado, afirma que “la realización del resultado no es ilícita para el subordinado, porque el derecho le impone obrar en conformidad con la orden”, y que “el cumplimiento de un deber, *aunque provoque la lesión de un interés protegido*, no puede ser ilícita”,¹⁰⁸ llega a establecer precisamente que el resultado, en sí y por sí mismo, no constituye el fundamento verdadero y directo de la licitud o ilicitud, y la acción, como tal, es directamente calificada por el derecho. Viceversa, cuando el mismo autor se aleja de esta implícita aceptación incurre en afirmaciones contradictorias. “Es lógicamente imposible —y dice bien hasta cierto punto— que la misma acción sea al mismo tiempo impuesta como obligatoria y prohibida como ilícita: es acción lícita;” pero en seguida añade: “El resultado, en cambio, se halla en contraste con las exigencias requeridas por el ordenamiento jurídico y *por eso* el superior es llamado penalmente a responder”.¹⁰⁹ No *por eso*, si para llamar a responder penalmente se debiera partir únicamente del valor del resultado, no se comprende por qué debería ser llamado a responder un sujeto y no también otro. Por el contrario, del mismo modo como, no obstante el resultado producido, el subordinado no es llamado a responder porque la ley le imponía la obligación de obedecer, así también el superior es llamado a responder del resultado porque la ley le imponía la obligación de no emanar aquella orden: en uno y otro caso, objeto del calificativo jurídico es la causa no el efecto, la acción no el resultado, la manifestación de la voluntad, no lo que ésta ha realizado en el mundo exterior. El resultado es el motivo (uno de los motivos) por el cual el legislador llega al crear el mandato jurídico, no el objeto del calificativo de licitud o ilicitud

¹⁰⁸ *Bettiol*, *op. cit.*, 93.

¹⁰⁹ *Bettiol*, *op. cit.*, 95.

la cual se refiere, en cambio, al comportamiento de quien está sometido al mandato.

El principio de que el calificativo de antijuridicidad tiene por objeto solamente la acción, se confirma una vez más cuando aquellos que piensan referirla al resultado hablan de resultados lícitos, de resultados aprobados por el derecho que derivan de acciones ilícitas y de resultados ilícitos, desaprobados por el derecho, que derivan de acciones lícitas.¹¹⁰ No se trata aquí de resultados lícitos o ilícitos, sino de resultados y de estados dañosos que, aunque se deriven de acciones ilícitas, el ordenamiento jurídico, por razones de conveniencia social o económica, considera encontrarse en el deber de rechazar. O bien de resultados y de estados dañosos que, aun cuando se deriven de acciones lícitas o inclusive obligatorias, el ordenamiento jurídico en base a criterios de reequilibrio social y económico, considera hallarse en el deber de rechazar o reparar. La situación consiguiente a la confección ilícita de la cosa ajena, tomada como ejemplo por *Belting*,¹¹¹ por la cual la cosa ajena transformada arbitrariamente por el autor de la obra llega a ser propiedad de éste, no es aprobada por el ordenamiento jurídico, juzgada favorablemente, declarada lícita, sino solamente se considera de tal naturaleza que el rechazarla es imposible o en definitiva socialmente más perjudicial que el mantenerla; valoración jurídica cuya prueba plena se encuentra en la obligación de la reparación del daño a favor del propietario de la cosa (Párrafo 951 del Código Civil Alemán). Y viceversa en el caso de engaño producido por acción necesitada, o en el caso del daño producido por quien persigue su enjambre de abejas en el fundo ajeno, no se presenta la existencia de un resultado desaprobado, juzgado desfavorablemente, declarado ilícito por el ordenamiento jurídico, sino un daño que es oportuno reparar aun cuando sea producido por acción lícita. La afirmación, hecha, entre otros, por *Beling*¹¹² según la cual el índice para establecer la aprobación o desaprobación de una situación por el derecho se encuentra en la existencia o no de un medio jurídico para hacerla cesar es uno de los errores más crasos que graves en la doctrina del ilícito. En definitiva, la afirmación de *Bettiol* según la cual "cualquier acción humana, sea prohibida o impuesta por el derecho, produce un número indefinido de resultados, algunos de los cuales pueden ser aprobados y otros desaprobados por el ordenamiento jurídico, según que correspondan

¹¹⁰ Bettiol, *op. cit.*, 77 y ss. y otros por él citados. También véase nuestra obra: *Pericolosità criminale*, 98 y ss.

¹¹¹ Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 173.

¹¹² Beling, *op. cit.*, 175.

más o menos a las exigencias del mismo”,¹¹³ constituye, además de todo, una prueba evidente de que la llamada por él aprobación o reprobación, no puede tener nada que ver con la licitud o ilicitud.

Todas las razones aducidas como soporte del principio de la exclusiva referibilidad del calificativo de antijuridicidad a la *acción*, excluyen también que se pueda hablar de antijuridicidad de situaciones como la de peligrosidad criminal. Son sabidas las tentativas para atribuir a la peligrosidad un carácter antijurídico; tales tentativas no son más que una particular aplicación de la tendencia a atribuir carácter de antijuridicidad a los *estados* y a los *resultados* en general. Hemos hecho ampliamente la crítica de dichas tentativas en otro estudio¹¹⁴ y no es el caso de repetirla ahora, incluso porque el fundamento de tal crítica reposa en los principios fijados en las páginas precedentes. La peligrosidad es un conjunto de condiciones y situaciones, en muchísimos casos no dependientes ni siquiera indirectamente de acciones o comportamientos del sujeto; y como tal no se le puede aplicar el calificativo de antijuridicidad. La tentativa muy personal de *De Marsico* de establecer incluso un *elemento normativo específico de la peligrosidad, esto es, una prohibición de la conducta de la cual se sigue el peligro*, se ha de considerar del todo infundada.¹¹⁵

Tampoco es admisible una antijuridicidad de la conducta, entendida, no como sinónimo de acción, sino en sentido mucho más amplio, como cualquier cosa “que resulta de una serie de acciones unidas en la personalidad y reveladora de la personalidad del autor de todas”.¹¹⁶ Así como en el ámbito de un hecho las acciones que convergen son singularmente valoradas y calificadas por el derecho, como manifestaciones particulares y diversas de voluntad, así también en el ámbito de la vida y de la personalidad de un hombre, el calificativo de antijuridicidad sólo puede referirse a cada una de las acciones. Una valoración complexiva de la personali-

¹¹³ La referencia del calificativo de antijuridicidad a cada acción, en cuanto manifestación individual de voluntad, excluye la posibilidad de hablar de ilicitud en relación a sujetos de derecho que no pueden realizar aquella específica manifestación de voluntad, como los seres colectivos y el Estado. El llamado *acto ilícito internacional*, por ejemplo, no puede significar correctamente más que los actos de los particulares representantes del Estado en el campo internacional, de los cuales se deriva una responsabilidad a cargo del Estado mismo. Bien sea en las relaciones con los otros Estados, bien sea en las relaciones con los súbditos, el Estado carece de los atributos necesarios para cometer directamente un acto antijurídico, y no existe, propiamente hablando, un acto antijurídico, un acto ilícito del Estado, sino sólo la obligación de reparar las consecuencias de las violaciones cometidas por los individuos que lo representan.

¹¹⁴ Cfr. nuestra obra: *La pericolosità criminale*, 98 y ss. 129 y ss.

¹¹⁵ Cfr. la misma obra, 139 y ss., 160 y ss.

¹¹⁶ De Marsico, *Diritto Penale*, 105.

dad y de la *conducta* (en sentido amplio) debe indudablemente admitirse en el campo moral y social; en el campo del derecho, como se verá más prolijamente, dicha valoración tiene su relevancia a los fines de la determinación de la peligrosidad y de las medidas relativas, así como también en la ejecución de la pena.

Pero ni la personalidad, ni la conducta —como serie de comportamientos de un individuo— de la cual se infiere la personalidad, pueden ser objeto, en sí y por sí mismos, del calificativo de antijuridicidad; y si en la valoración de la acción individual se deben tener en cuenta aquéllas, será siempre y solamente con el fin de establecer únicamente el valor de la acción misma, dentro de la cual la personalidad y la conducta encuentran cada vez una manifestación distinta y autónoma.¹¹⁷

27. El principio de la exclusiva referibilidad del calificativo de licitud o ilicitud a la acción, está lógicamente enlazado con el otro de que, el ilícito *es esencialmente violación de obligación*; más aún, bien puede decirse que se trata de dos aspectos de una sola cosa. Puesto que el derecho cumple con su función, actuando sobre las voluntades humanas por medio de la imposición de reglas de conducta, el apartarse de ellas implica ruptura, violación del vínculo resultante, esto es, violación de la obligación. Por otra parte, tal violación coincide y en cierto sentido se compenetra con la violación de la norma. La acción prohibida, con respecto al sujeto que la lleva a cabo, rompe el lazo interior constituido por la obligación; con respecto al Estado se halla en pugna con la voluntad reguladora expresada en la norma; por un lado se manifiesta con ilicitud, por otro con desobediencia. De la misma manera que el desarrollo normal de la disciplina jurídica se realiza gracias al reconocimiento de la norma y a la aceptación, por parte de la voluntad de la regla en ella establecida, la infracción de dicha disciplina, o sea la acción ilícita, tiene su momento esencial en esta dirección de la voluntad del sujeto subordinado en sentido diverso o contrario a la obligación fijada en la norma.¹¹⁸

Con todo, es preciso advertir ahora que la afirmación de este esencial aspecto de la antijuridicidad no significa enrolarse en una directiva idéntica al llamado derecho penal de la voluntad (*Willensstrafrecht*), en fuerza del cual debería tener primacía, como fundamento de la responsabilidad

¹¹⁷ Acerca de esto, cfr. nuestras observaciones sobre la capacidad de delinquir en el trabajo: "*La funzione della pena*" en *Studi in memoria de Edoardo Massari*, 179 y ss. y en los *Principi de diritto penale*, I.

¹¹⁸ Acerca de la antijuridicidad como violación de la obligación, cfr., entre otros, Rocco, op. cit. 129; Carnelutti, *Teoria generale del reato*, 28; Graf zu Dohna, op. cit. 69, 70; Hold von Ferneck, op. cit. 276 y ss., 371, Halschner, op. cit., 18.

penal, la manifestación de la voluntad en sí y por sí misma considerada fuera del resultado.¹¹⁹ Entretanto es necesario decir enseguida que las dos tendencias son profundamente diversas en su naturaleza; una se refiere a la esencia del ilícito y establece su fundamento lógico, la otra se refiere a los límites de la responsabilidad y propugna la extensión de ésta, en base a nuevos criterios de política y de psicología criminal. El derecho penal de la voluntad expresa, además, una tendencia encuadrada, como tantas otras, en el fondo de un conjunto de orientaciones doctrinales suscitadas o revividas recientemente en Alemania, bajo el influjo del nazismo y que se valoran precisamente de la misma manera que éste su origen político. La naturaleza y los fines en absoluto no científicos de tales orientaciones fueron ya denunciados por nosotros hace algunos años.¹²⁰ Aspiración a una dogmática nueva como más cercana a la realidad social y política, aplicación analógica de las normas penales, hecho en contra del criterio metodológico del bien jurídico, consideración unitaria del delito, intuición de la esencia (*Wesensschau*) del delito, sustitución del tipo de autor al tipo de hecho, la comunidad del pueblo sobre la Ley, aumento de los poderes del juez, etcétera, eran otros tantos impulsos, desde diversas direcciones, hacia un único fin: reducción al mínimo de la garantía de la norma, como regla preventivamente establecida, y aumento al máximo del poder de regular cada vez los casos concretos. En relación con semejantes tendencias asentamos claramente que no era difícil captar la directriz común; “se quiere la libre reglamentación del caso concreto; es decir, la destrucción del derecho”.¹²¹ El llamado derecho penal de la voluntad iba incluido en el ámbito del mismo fin, eliminando o reduciendo al mínimo, en la función penal, los límites constituidos por las realizaciones externas de la voluntad. El fondo político de la tendencia, mal disimulado por la pretensión de una unidad entre ordenamiento jurídico y ordenamiento ético, nos parece sobre todo, claramente iluminado por la cruda afirmación de *Mezger* de que el derecho penal, esencialmente derecho de lucha, debe mantener al adversario en el punto de partida, es decir, en la voluntad criminosa.¹²² Una dirección que, por criterios de orden ético, atendiese a dar mayor relevancia a la manifes-

¹¹⁹ Shaffstein, *Rechtswidrigkeit und Schuld*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1937, 300, 301; y del mismo autor, *Die Materielle Rechtswidrigkeit en Kommenden Strafrecht*, 1935, 31; *Mezger*, *Deutsches Strafrecht, Ein Grundriss*, 1938, 131.

¹²⁰ Cfr. nuestro ensayo “*Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*”, en *Rivista italiana di diritto penale*, 1941, p. 3 y ss.; en especial 17, 18.

¹²¹ Cfr. nuestro ensayo citado, p. 18.

¹²² *Mezger*, *op. cit. y loc. cit.*

tación de la voluntad en sí, fuera de sus realizaciones, vería ciertamente en ella la fuente de una más austera afirmación de la responsabilidad moral, pero no el punto de apoyo para la más encarnizada persecución de un adversario; por lo demás, la profunda y radical diferencia entre la dirección subjetivista en la antijuridicidad y el derecho penal de la voluntad estriba en lo siguiente: que la primera, fundándose en la función imperativa del derecho y en el criterio de la desobediencia al mandato, acentúa en la norma su función, jurídica y ética, de garantía para la libertad del ciudadano que viva en la confiada observancia del derecho; el segundo, en cambio, nacido de un clima de profundo rebajamiento del valor de la norma y en el cual se colocaba la comunidad sobre la ley, o sea en realidad, el modo de ver actual sobre la regla preventivamente establecida, expresa una orientación policiaca del derecho penal.

28. Se habla a menudo de *elementos* subjetivos y objetivos de la antijuridicidad; de *aspectos*, o *monumentos*, o *perfiles* subjetivos y objetivos del ilícito; se afirma que antijurídico es siempre algo que es, a un tiempo externo e interno. Sin embargo, no se da un sentido preciso a esta división, y sobre todo, nos parece referida indistintamente a la antijuridicidad y al hecho antijurídico, a la ilicitud y al ilícito, sin distinguir, como es necesario, estas dos cosas diversas. La acción por ser realidad que se desarrolla en la psique del hombre y en el mundo exterior, tiene sus elementos subjetivos y objetivos; la antijuridicidad en cuanto a valoración y calificación jurídica, valor y no hecho, no contiene propiamente en sí aquellos elementos, sino la referencia a ellos. Aun cuando la antijuridicidad se considera desde otro punto de vista, como momento de realización o punto de contacto de todos los coeficientes del ilícito, como relación de contradicción o choque, según la expresión de *Carrara*, entre la acción y la norma, se debe tener siempre presente la misma distinción. La antijuridicidad —ya lo hemos visto— se refiere propiamente a la acción, sólo a ésta en cuanto manifestación de voluntad, pudiendo ser contraria en sentido estricto al derecho, o sea a la voluntad del derecho. Surge entonces la cuestión acerca del significado y valor que se ha de atribuir, respecto a la antijuridicidad, al resultado, como efecto material de la acción, y a las otras entidades objetivas, a las cuales no puede referirse propiamente el calificativo de antijuridicidad, pero cuya presencia es necesaria para que nazca el ilícito con sus consecuencias: cuestión muy delicada, que ahora sólo esbozamos para después tratarla de nuevo a medida que aparezca en relación con otros temas, especialmente el de la punibilidad.

Cierto es que el derecho no castiga la mera desobediencia a la norma en sí y por sí misma, sino solamente la desobediencia en cuanto productora de la perturbación de la vida social que aquél tiene la tarea de prevenir y reparar. La norma indica cada vez, de manera explícita o implícita, las condiciones objetivas que contribuyen a realizar esta perturbación.

La forma más simple es la constituida por un resultado material, consecuencia querida por la acción, y que la norma tendería precisamente a impedir (Ejemplo: Homicidio voluntario); en tal caso este elemento objetivo está tan estrechamente ligado a la acción que casi es parte última de ella y el acto de la desobediencia, manifestándose en el mundo exterior realiza directamente el efecto conferido por su particular relevancia jurídica.

Un aspecto más delicado presentan los casos en los cuales la desobediencia se castiga sin atender a la producción de un resultado externo, materialmente observable, que sea su consecuencia inmediata: son los denominados delitos formales, en los que, como veremos, la perturbación es presumida por el legislador. Se alejan notablemente de estas dos categorías aquellas figuras en las cuales el resultado requerido para el perfeccionamiento del delito, sólo parcialmente va enlazado con la acción (resultado no querido a los delitos culposos, enlazado con la acción por una relación de causalidad material), o que no va enlazado directamente con la acción en manera alguna (Ejemplo: declaración de quiebra, sorprendida flagrantemente en los delitos consignados en los Artículos 688, 720, etcétera, del Código Penal). Hemos expuesto ya las razones por las cuales, a nuestro parecer, el calificativo de antijuridicidad no se ha de referir a los resultados en general; mucho menos puede ser referida a resultados como los indicados en último término, los cuales frecuentemente, por su naturaleza, se derivan de comportamientos directamente obligatorios. Sin embargo, sólo con la verificación de los mismos, la desobediencia a la norma llega a ser relevante y determina la aparición del ilícito. Ahora bien, no obstante las particulares apariencias, el principio aplicable es el mismo: la sola desobediencia no es castigada por el ordenamiento jurídico, sino la desobediencia que, combinada con otros elementos de la realidad, causados o no por ella, dé lugar a la perturbación de los intereses tutelados.

La declaración de quiebra no tiene en sí misma nada de ilícito; sin embargo, a falta de ella, la Ley presume que los actos realizados por el comerciante no son idóneos para producir una perturbación relevante; sucede lo mismo en lo que se refiere a la sorpresa flagrante en los

otros casos ya indicados. El objeto del calificativo de antijuridicidad es siempre el comportamiento prohibido, el acto en que se concreta la desobediencia a la norma jurídica, pero el ilícito no surge, con sus efectos propios, sin el concurso y la combinación de los otros elementos. Veremos enseguida, al tratar de la punibilidad, cómo es insostenible, en relación a estos casos, que tales elementos se refieran a la sanción y no al precepto, y que el ilícito surja y solamente sus consecuencias sean condicionadas.

La antijuridicidad no es una afirmación platónica del legislador sino eminentemente activa por su naturaleza; así como no existe un imperativo puro, separado de la idea de sanción, así tampoco existe una antijuridicidad pura, es decir, una antijuridicidad que no traiga consigo, como propia de su ser, la posibilidad de que se produzcan sus consecuencias jurídicas.

(Continuará)