

**“UNIVERSIDAD”**

REVISTA DE CULTURA Y VIDA UNIVERSITARIA

---



# **La antijuridicidad como elemento del delito**

Por

**José Guallart L. de Goicoechea**

**Profesor Auxiliar de la Universidad de Zaragoza.**

**Pensionado en Alemania**

**por la Junta para Ampliación de Estudios.**



**ZARAGOZA**

**TIP. «LA ACADÉMICA» — F. MARTÍNEZ**

**1931**



F.8. F.135  
17534

"UNIVERSIDAD"  
REVISTA DE CULTURA Y VIDA UNIVERSITARIA



# La antijuridicidad como elemento del delito

Por

José Gualart L. de Goicoechea

Profesor Auxiliar de la Universidad de Zaragoza.  
Pensionado en Alemania  
por la Junta para Ampliación de Estudios.



ZARAGOZA  
TIP. «LA ACADÉMICA» — F. MARTÍNEZ  
1931

# La antijuridicidad como elemento del delito

POR

JOSÉ GUALLART L. DE GOICOECHEA

Profesor Auxiliar de la Universidad de Zaragoza.

Pensionado en Alemania por la Junta para Ampliación de Estudios.

I

## EL DELITO Y SUS ELEMENTOS

**P**ROBLEMA central del Derecho penal es el del delito. El comparte, en pie de igualdad, con el del infractor y el de la reacción jurídica, un integral contenido de la parte general de nuestra disciplina.

En la evolución histórica de las escuelas penales, todas aquellas que fueron agrupadas luego bajo el común denominador de "clásicas" hicieron de este problema su afán preferente; y ellas elaboraron construcciones muy vastas y se ufanaron de haber logrado una certera técnica. También el positivismo, desdeñoso primero con este problema, supo recogerlo más tarde y darle nuevos enfoques. Y la ciencia penal actual medita igualmente, en un plano doctrinal y en un plano práctico, sobre el concepto y carácter y elementos de la infracción criminal; de la fecunda literatura jurídica alemana han brotado, especialmente, más últimas tendencias y técnicas.

### EL DELITO PARA LOS CLÁSICOS

Ya los precursores de la ciencia penal atisbaron, frente al concepto del delito, aspectos y matices que aun hoy pasan por nuevos. Pausatinamente se va volviendo la vista a las posiciones doctrinales sostenidas por pensadores de otros siglos y se va penetrando en el estudio, de horizontes insospechados, que las mismas ofrecen (1). Mas muchas de aquellas construcciones quedan olvidadas todavía; es que a

---

(1) Vid., como una de las más últimas y mejores contribuciones a esta tarea investigadora, Dr. Friedrich Schaffstein (Göttingen), *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*. Berlín, Springer, 1930.—El nombre de nuestro Covarrubias es allí recordado frecuentemente.

nuestra disciplina faltaba, en aquellas viejas épocas, coherencia y sistema; y, así, las dispersas aportaciones perdiéronse pronto.

El problema del delito pasa a primer plano con el movimiento doctrinal que el siglo XVIII genera; movimiento que logró singular virtualidad al concurrir cronológicamente con la presentación autónoma de la ciencia penal. Aparece ya el Clasicismo, afanoso de lograr una elaboración propia sobre el delito; elaboración ésta que es más fácil sintetizar hoy que la de los precursores, porque, sobre darse con notas peculiares y en cierto modo de una mayor uniformidad, muéstrase también como de más asequible estudio.

No hay, propiamente, en la obra del Marqués de BECCARIA una pretensión definidora del delito; crítica práctica de las instituciones penales de la época, la producción del ilustre pensador lombardo no ahonda en disquisiciones doctrinales. Allí, tan sólo de pasada, se ha dicho que a "todas las acciones opuestas al bien público" se las llama delitos (2); y ya antes, en las páginas primeras de su libro célebre, se había hablado del gesto de quien "trata de usurpar la libertad de los demás".

Harto más científica es la posición de Gian Domenico ROMAGNOSI. El gran vidente de la ciencia penal, profesor en Parma, en Pavía y en Milano, recogió de la Filosofía el sensualismo de Condillac y matizó de esa su nota al concepto del delito; pero su construcción plantea ya otras certeras sugerencias. El delito es el acto de la persona libre e inteligente, perjudicial a los demás e injusto (3).

En la rama inglesa, Jeremías BENTHAM, con criterio más limitado que ROMAGNOSI, imprimió a su fórmula del delito la general tendencia utilitaria que es lema de sus producciones. Porque, para él, si el fin último del Derecho debería ser la utilidad de todos o al menos la mayor dicha posible del mayor número, el delito habrá de caracterizarse por notas contrarias. Es en sus *Tratados de Legislación civil y penal* donde quedó la fórmula (4). Es el delito todo acto que se cree debe prohibirse por razón de algún mal que produce o que puede producir.

(2) *Dei delitti e delle pene*, 1764.—Vid. en primera edición castellana, de Las Casas, 1784, pág. 31. Edición de 1930. Madrid. Ed. Hernando, pág. 178.

(3) *Genesi del Diritto penale*. Milano, 1791, § 555.

(4) *Traité de législation civile et pénale*, publicados en francés por Et. Dumont, según los manuscritos del autor. París, 1803.

Vid. edición castellana. Madrid, 1842, tomo IV, página 6.

Rossi, el ecléctico francés, adopta una nueva posición visual, más espiritualista, al concebir como elemento esencial del delito a la violación del deber. El delito es la violación de un deber para con la sociedad y sus individuos, exigible en sí y útil al mantenimiento del orden (5). Entre nuestros penalistas clásicos, PACHECO, seguidor fiel en tantos aspectos de la ideología de Rossi, habrá de recoger también sus orientaciones sobre el delito, presentándolo como "quebrantamiento intencional y libre de los deberes naturales" (6).

Venida de la ciencia alemana, una preocupación de carácter moral y de defensa del orden jurídico late en la concepción de BERNER, quien sabe dedicar al problema toda una monografía (7). Son delitos, para este autor, las acciones inmorales opuestas a la voluntad común y que quebrantan el derecho público o privado, o bien la religión y las costumbres en cuanto necesarias al orden político.

ODOT busca el introducir una más original explicación a estas concepciones jurídico penales, en aquel su libro sobre *Conciencia y Ciencia del deber* (8). Para él, en concepción unilateral, delito es la acción contraria a la ley moral y a la justicia.

La concepción clásica adquiere en Francesco CARRARA nuevos perfeccionamientos y prestigios. En el *Programma* del maestro de Pisa quedó una bien meditada concepción del delito, recogedora de los distintos aspectos antes presentados, reforzadora de trazos que ya CARMIGNANI bosquejara. Sin perjuicio de volver más adelante a ella, anticipémosla ahora: el delito es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso (9).

También en el último estadio evolutivo de la Escuela clásica, aparece el nombre de Enrico PESSINA. Es en sus *Elementi di Diritto penale*

(5) *Traité du Droit pénal*. París, 1829.—Cf. tercera edición. París, Helie, 1835, página 247.

(6) *Estudios de Derecho penal*.—Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840. Especialmente lección V.

(7) Albert Friedrich Berner.—*Ueber den Begriff des Verbrechenens*, en *Archiv des Kriminalrechts*. Nueva serie, 1849, página 442 ss.

(8) *Conscience et Science du devoir*.—Introduction a une explication nouvelle du Code Napoléon.—París, 1856; núm. 559 y ss.

(9) *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella R. Università di Pisa*, 1860.—Parte generale, I, §. 21.

donde, estudiando al delito en su aspecto legal, se dijo de él que podría definirse como la acción humana que la ley considera como infracción del derecho, y que, por tanto, prohíbe bajo la amenaza de un castigo (10).

Pero no es nuestro empeño el dar aquí una larga antología de definiciones del delito; ni, menos aún, aportar notas críticas. Las líneas precedentes permiten afirmar—y ello nos basta—cuáles fueron las notas que los clásicos anotaron a este concepto básico de la Ciencia penal; y, aunque las posiciones doctrinales de la escuela son multiformes, sobre ellas domina un preferente enfoque legal. El delito es primordialmente concebido, por los más de los seguidores de estas tendencias clásicas, como fenómeno legal, como una violación de la ley del Estado, de la misma ley penal. El delito es la lesión al derecho, sea como derecho subjetivo, sea como bien o interés jurídico protegido.

#### POSITIVISMO Y DELITO

Hay un primer momento, en estas escuelas a las que ha calificado el nombre de su método, en que el problema del delito pierde todo interés. La invasión antropologista relega al olvido los problemas estrictamente jurídicos de la ciencia penal. El antes olvidado estudio del infractor pasa ahora, como tema único, a primer plano; del delito se estudia tan sólo su etiología.

No siente LOMBROSO la preocupación de concretar un concepto del crimen. Posición quizás consecuente con sus directivas generales, pero que ha de significar para los restauradores del contenido integral de nuestra ciencia—como ha escrito HAMON (11)—, muestra de un espíritu poco metódico y poco preciso.

Por fortuna, un hombre con formación de jurista, Rafael GAROFALO, había de afiliarse pronto a las nuevas escuelas; y había de colmar, con pensamientos fecundos, las anteriores lagunas de construcción.

GAROFALO no sólo elaboró un criterio positivo de la penalidad, de que la escuela hasta entonces carecía, sino que afrontó también la

(10) *Principii*.—Napoli, 1865.—Libro I, § 33.

Vid. edición castellana de 1919, páginas 304-5.

(11) *De la definition du crime*. En *Archives d'Anthropologie, etc.*, 1893, página 242.

difícil construcción del delito. A la luz del método de observación—observación de los sentimientos—, siguiendo las huellas de DARWIN y SPENCER, el magistrado napolitano encontró, no al delito legal, sino al delito natural en la lesión a los sentimientos altruistas fundamentales en la medida media en que ellos son poseídos por un pueblo, en un determinado momento histórico (12).

Cierto que era vieja ya la distinción entre delitos naturales y delitos legales, de la que ULPIANO mismo hablara (13); cierto, también, que, en el orden práctico de las consecuencias, la diferenciación no ofrece para GAROFALO gran valor. Pero la nueva tendencia había de tener, especialmente entre los seguidores de la Sociología Criminal, franca y favorable acogida.

FERRI nos dice, ya en la primera edición de aquel su libro que luego denominó *Sociología Criminale*, cómo la entonces nueva escuela se propone el estudio concreto del delito, mas no como abstracción jurídica, sino como hecho natural (14). Y, en cierto modo, sigue sobre el concepto del delito las rutas trazadas por GAROFALO, bien que, prácticamente, se acomoda él a la noción legal (15).

También Gabriel TARDE aporta la colaboración de la Historia y de la Filosofía al construir la noción del delito (16).

Emilio DURKHEIM, enlazando la concepción de los juristas con las de GAROFALO y TARDE, ha definido al delito como acto que en un grado cualquiera (de la evolución social) determina contra su autor esa reacción característica que se denomina pena. El crimen—añade—lesiona sentimientos que, para un mismo tipo social, se encuentran en todas las conciencias sanas (17).

Con gemelos enfoques, bien que recogiendo con preferencia lo

(12) *La Criminologia*.—*Studio sul delitto, sulle sui cause e sui mezzi di repressione*.—Torino, 1885.—Cf. traducción española de Dorado Montero.—Madrid. La España Moderna, s. a.; pág. 51 ss.

(13) *De verborum significatione*, *Digesto*, XVI, § 42.

(14) *Nuovi orizzonti di Diritto e procedura penale*, 1880.—Vid. versión castellana de Pérez Oliva. Madrid, Góngora, 1887, pág. 18.

(15) *Relazione* al proyecto de C. P. italiano de 1921; comentario al Tít. I. art. 11.—Vid. reproducido en *Principii*, pág. 625.

(16) *Philosophie penale*. París y Lyon, 1891.

(17) *De la division du travail social*. París, 1893, pág. 77 ss.

causal, Franz von LISZT ha estudiado al delito como fenómeno de patología social (18).

De esta suerte, desde el punto de vista natural y social, el delito consiste para las doctrinas positivistas, según fórmula de BERENINI (19), en la "acción determinada por móviles individuales antisociales que turban las condiciones de vida y se oponen a la moralidad media de un pueblo en un momento determinado".

#### LA CONSTRUCCIÓN TÉCNICA DEL DELITO

Útiles las distintas todas construcciones precedentes, presentadoras de aspectos que desde varios ángulos visuales se ofrecen, ha interesado al Derecho penal, en fin, una concepción de corte estrictamente técnico jurídico.

De la ciencia alemana han llegado, a este respecto, contribuciones merítimas, que han logrado imprimir fuerte huella en las tareas sucesivas. Carlos BINDING elaboró nuevas concepciones de la infracción criminal, hace no pocos lustros ya, a la luz de la fecunda teoría de las Normas; logró con ella armonizar el filosofismo exclusivo de algunas de las construcciones anteriores con las exigencias de la noción legal. Ernesto BELING, el actual maestro clásico de la Universidad de Munich, analizaba preferentemente los elementos del delito, en su monografía célebre *Die Lehre vom Verbrechen*, y dejaba en ella originales pensamientos; sin duda, el más peculiar de ellos es la consagración de la "Tipicidad" como elemento del delito. El delito es la acción típica, antijurídica, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad. (Página 7) (20).

(18) Singularmente en la monografía *Das Verbrechen als sozialpathologische Erscheinung*, 1898. Reproducida en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905, II, páginas 230 ss.

(19) *Offese e difese*. Parma, 1886, pág. 79. Resume en esa fórmula los conceptos de Garofalo, Ferri y von Liszt.—Cit. por Ferri, *Relazione*, I, 11; repr. en *Principii*, 625.

Vid., también, de análoga orientación, Colajanni, *Sociologia criminale*. Catania, 1884, I, 64.

(20) Sobre Bibl. de Binding vid. páginas ulteriores. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.—Vid. sintetizada su elaboración por F. Ballvé, *La*

Más tarde, así alentadas estas preocupaciones doctrinales, una literatura abundante ha ahondado en ellas, principalmente entre los autores tudescos. PRINS, el maestro de Bruselas, llamaba la atención de los cultivadores franceses del Derecho penal sobre las nuevas corrientes, de ellos poco conocidas, iniciadas por BINDING (21).

#### LA SISTEMATIZACIÓN DE LAS CONSTRUCCIONES SOBRE EL DELITO :: ::

Con preocupaciones de sistema, llevadas a varias de sus producciones de índole penal, Tomás GIVANOVITCH (Belgrado) ha agrupado bajo tres rúbricas las nociones que sobre el delito fueron formuladas por unos u otros autores (22).

Las concepciones del delito responden a uno de estos tipos:

Noción sintomática.

Noción realista.

Noción jurídica.

El primer tipo—que, en puridad, no cabe llamar noción, pues que no nos da los elementos del delito—presenta a la Infracción criminal como el *índice* que permite reconocer el "estado" de la Culpabilidad del agente. (Tesar. Kollmann, Grünhut). En el Derecho actual, mejor que de noción sintomática del Delito, cabrá hablar de importancia sintomática del mismo.

La noción realista asigna al Delito, como su elemento fundamental, el de ser él un acto irrelevante de Derecho, un movimiento corporal o la omisión de tal movimiento. Todos los otros elementos, y con ellos la cualidad jurídica, han de considerarse como elementos atributivos del fundamental. (Schutze, Halschner, Loening, A. Merkel, Janka, Birkmeyer, Thomson, Meyer-Allfeld, von Liszt, Frank, Stooss...).

La noción jurídica, que tiene en BINDING su mejor representante, concibe al Delito como *ente puramente jurídico*, hace abstracción de lo

*teoría jurídica del delito según Beling*, Anales de la Junta de Ampl. de Estudios, IX. Madrid, 1913

(21) *Science penale et Droit positif* Bruxelles, 1899, núm. 142.

(22) *De la notion du Delit*, en *Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht*, XXIII, 1910, página 47 ss.

que el Delito significa como Hecho del mundo exterior, lo considera así como VIOLACION de una NORMA. FINGER y Graf zu DOHNA (23), entre otros, han secundado esta técnica y esta orientación.

#### LOS ELEMENTOS DEL DELITO

Una noción certera del Delito debe recoger, con trazos precisos, los elementos integradores del mismo (24).

Hay en el Delito un elemento básico, fundamental, que es el substratum de los otros. Para quienes siguen la construcción realista, ese elemento es el *Hecho*—positivo o negativo—. Para quienes propugnan esa concepción que GIVANOVITCH llama jurídica, el elemento fundamental es la *Violación*.

Hay, además, elementos atributivos. Elementos atributivos lo son la *Culpabilidad* y la *Punibilidad*, aunque no falta quien quiera llevar la primera de estas notas, en un ensayo de mejor sistemática, al Tratado del Infractor.

También la *Antijuridicidad* tiene tal carácter de elemento del Delito. Ella se presenta como elemento independiente, junto a la *Culpabilidad* y a la *Punibilidad*, en las nociones realistas; mientras que ella queda comprendida ya en el elemento fundamental—violación de Norma—de la noción jurídica.

La fórmula preeminente de la *Tipicidad*—la Tipicidad como elemento esencial e independiente del delito—fué criticada por BINDING. De la misma ha escrito FERRI (25) cómo BELING la tomó “nuvolescamente tra le nuvole”. No haremos nuestras estas palabras desdeñosas, pero sí habremos de reducir la Tipicidad a sus justos límites; mejor que significar ella un elemento propio del Delito, habrá de ser considerada como un subelemento del elemento primario *Punibilidad*, o como un presupuesto de la sanción.

(23) Como preocupación de sistema, vid. Graf zu Dohna, *Zur systematik der Lehre von Verbrechen*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1907, pág. 329 ss.

(24) Como presentación de las formas en que un gran número de autores concibe y expone los elementos del Delito, véase Ferri, *Principii di Diritto Criminale*. Torino, Utet, 1929, páginas 388-392 (nota).

(25) *Principii*, 387 (nota).

#### LA ANTIJURIDICIDAD: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En unas y en otras fórmulas de las nacidas en la moderna Literatura alemana, el Delito es presentado como *ente “antijurídico”*.

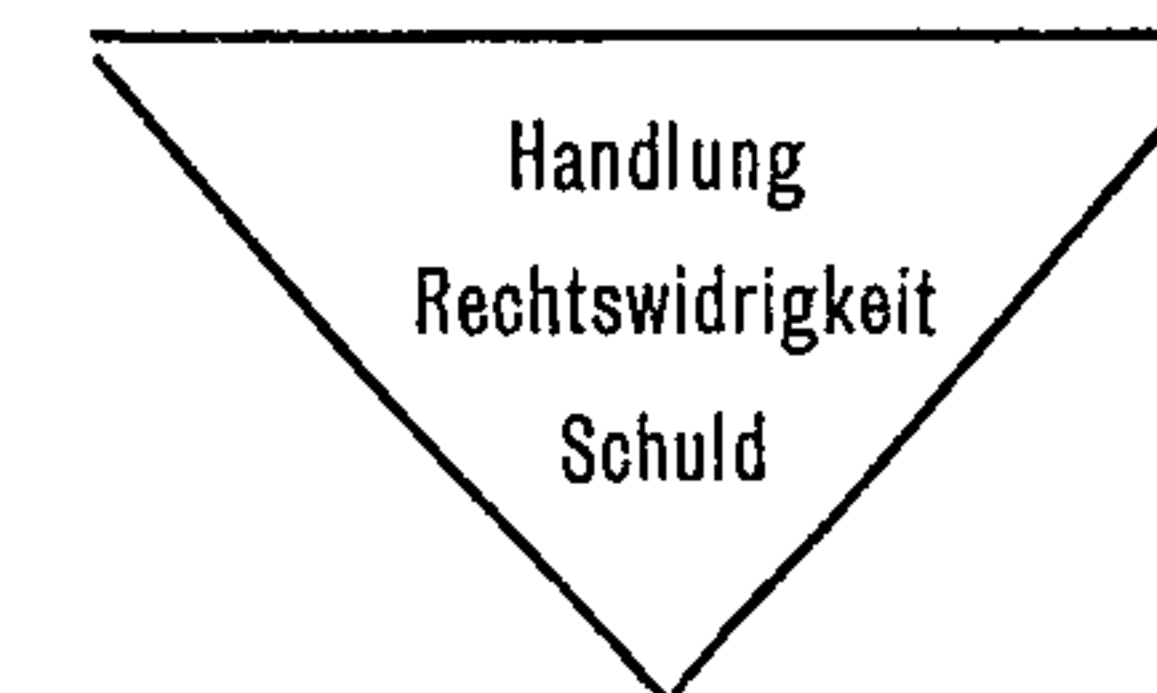
BELING, en efecto, nos dice que “Verbrechen ist die tatbestandmässige, *rechtswidrige*, schuldhafte, einer auf die passenden Strafdrohung unterstellbare und den Strafdrohungsbedingungen genügende Handlung” (26).

Von LISZT define al delito como “*rechtswidrige*, schuldhafte Handlung” (27).

Marx Ernst MAYER lo concibe como “tatsbestandsmässiges, *rechtswidrige*, zurechenbares Geschehnis” (28).

Von HIPPEL recoge en las páginas recientes de su Tratado, como la más aceptada de las definiciones del delito, la que habla de él como “*rechtswidrige*, schuldhafte, vom Staate mit Strafe bedrohte Handlung” (29) (Hecho antijurídico, culpable, sancionado por el Estado con pena).

Nuestro maestro Max GRÜNHUT, de la Universidad de Bonn, esquematizaba en la forma que adjunta presentamos, seguidora en esto de la orientación de LISZT, su concepción sobre el Delito y los elementos integradores: Acto, Antijuridicidad, Culpa:



Esa *Rechtswidrigkeit*, ese Hecho “*rechtswidrig*” de que los autores hablan, ha de traducirse a nuestra lengua por *Antijuridicidad*, por hecho antijurídico.

(26) *Die Lehre vom Verbrechen*, pág. 7.

(27) *Lehrbuch*, § 26, I.

Vid. segunda edición castellana, II, 252.

(28) *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, segunda edición, Heidelberg, 1923, pág. 13.

(29) *Deutsches Strafrecht*, II, Berlín, 1930, pág. 89.

Claro está que no faltan quienes han criticado la orientación que hace de la Antijuridicidad uno de los elementos esenciales del Delito. Fuera de Alemania, FERRI mismo, ve en esa nota, no un elemento del Delito en su esencia—esencia social o esencia jurídica—, sino tan sólo la característica formal de la acción delictuosa (30).

Pero el problema tiene, especialmente entre las corrientes técnicas germanas, una fecunda acogida. Aunque alguien ha hablado ya de la crisis de la teoría (31), ella sigue significando uno de los capítulos más vivos y más fecundos del Derecho, tanto dogmático como exegético, actual.

Algunos de sus aspectos—concepto, contenido, posibles elementos subjetivos de la Antijuridicidad—bien merecen ser presentados en páginas ulteriores.

## II

### LA ANTIJURIDICIDAD Y SU CONTENIDO

Quienes elaboran una construcción jurídica del Derecho asignan a aquel concepto, con casi uniforme coincidencia, en unos o en otros términos, la nota de significar él una negación del Derecho, un gesto quebrantador de lo jurídico. En distante época, BÖHMER mismo (+ 1772) había hablado ya del Delito como de “*legibus contrariae*”.

En el Delito, pues, aparte otros caracteres, debe darse éste al que se ha llamado *Antijuridicidad*.

Mas si es fácil concretar una noción formal de tal nota—el término es lo bastante expresivo —, tarea harto más ardua significa la de precisar el contenido íntimo, material, de la Antijuridicidad.

No basta decir que “antijurídico” vale tanto como contrario al Derecho. Porque la cuestión viene a adquirir graves complejidades cuando, ahondando más, quiere desentrañarse el valor preciso de aquellos términos. Y el primero que ha de someterse a revisión es el concepto mismo del Derecho y lo que dentro de él quedará comprendido.

(30) *Principii* citados, pág. 394.

(31) L. Wolter, *Die Krise der Rechtswidrigkeitslehre*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 48, p. 35 ss

Los capítulos más interesantes de la Filosofía del Derecho habrían de ser recordados, a este respecto. Las mismas grandes directivas filosóficas proyectan su influjo sobre los valores jurídicos, sobre la noción del Derecho, sobre la opuesta idea de Antijuridicidad.

El tradicional pensamiento del Escolasticismo se quebró, agitado por el movimiento de rebeldía que la Reforma entraña. Filósofos y juristas de los siglos XVII y XVIII, no queriendo admitir otro crisol de la Ley que su Razón, presentaron a ésta como la única creadora del Derecho. La tendencia se concretó en el Racionalismo.

Y sobre esa base escriben los fautores de la llamada Escuela del Derecho Natural, y ROUSSEU, y, siguiendo en el camino emprendido, también KANT; en este último, la Razón, falta de normas directivas, empieza a perderse en el vacío (32). Las elucubraciones de SCHELLING y las de HEGEL—formulador éste del principio de la “Inteligibilidad universal”: lo que es racional es real y lo que es real es racional (33)—acaban con el principio mismo de contradicción.

Luego, el pensamiento humano, desorientado al fin, y fatigado, abate el vuelo y viene a ras de tierra con la Escuela Histórica (34) que hace del Derecho un fenómeno social, como la Cultura, y el cual, como la lengua, tiene también sus provincianismos (35).

El potente genio alemán, tan afanoso en otras épocas de abstracciones profundas, en relación exasperada frente al idealismo de sus poetas, da puesto de honor, como DONNEDIEU de VABRES escribe (36), a una concepción realista, autoritaria del Derecho. El Historicismo o el Positivismo Jurídico son la expresión más caracterizada de la tendencia.

En tales circunstancias, así cercenado el concepto del Derecho, poca

(32) Sobre su influjo en lo penal, vid. Max Salomón, *Kant und die Strafrechtslehre (Eine Skizze zum 200. Geburtstage Kants)* en *Monatsschrift für Kriminalpsy. und Strafrechtsreform*, XV, 1924, 171 ss.

(33) Hegel: *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821.

(34) Savigni: *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*.

(35) Vid. síntesis de estas directivas en Sancho Izquierdo, *El derecho justo de Stammer y la ley justa de Santo Tomás*, en *Revista UNIVERSIDAD*. Zaragoza, 1926, fasc. I, págs. 100 y 101.

(36) *Introduction à l'étude du Droit pénal international*. Paris, 1922. Conclusions, pág. 459-60.



trascendencia podía tener el paralelo estudio de la Antijuridicidad. La Antijuridicidad, si es que de ella se habla, es sinónima de la Ilegalidad.

De la Antijuridicidad se trata como problema de algunas situaciones concretas, a la vista de varias de las causas excluyentes de responsabilidad. Pero falta aún una concepción más genérica y comprensiva (37).

Es en el último tercio del siglo XIX cuando la Ciencia germana acoge y fecunda este problema de la Antijuridicidad. Como ha dicho von HIPPEL (38), carecíase en la Ciencia, hasta poco después de 1870, de una profunda construcción dogmática sobre el problema, digna de tal nombre.

Distintos son los factores que contribuyen a este planteamiento científico de la cuestión y a su provechoso estudio. De un lado, independizada ya la Ciencia penal, adquiere, al empuje de las escuelas clásicas, perfeccionamientos técnicos ante el problema del Delito. De otra parte, el genio germano, aunque afanado al estudio concreto de los textos de la Ley, sentía la aspiración de abstraer fórmulas generalizadoras; y un nuevo Código penal, vigente en todos los Estados de la Confederación, daba, desde 1870, tema amplio a los estudiosos; en él, un capítulo (Capítulo IV del Libro I; artículos 51 y ss.) ofrecía los motivos de exclusión de la pena, entre los que quedaban recogidos aquellos que, cual la legítima defensa, se fundamentan precisamente en una ausencia de Antijuridicidad.

Más tarde, el vigoroso retorno de los afanes filosófico jurídicos, retorno hoy por todos comprobado, había de estimular estas profundas disquisiciones que en torno a la Antijuridicidad surgen.

Y el estímulo se consolida cuando, en los albores del siglo en curso, se inicia el lento, pero seguro movimiento de reforma de la legislación penal alemana. De *lege ferenda*, nacen estudios y fórmulas sobre la Antijuridicidad.

El estudio del problema inició la etapa más fecunda cuando Carlos BINDING, el gran maestro alemán, formuló su genial teoría de las Normas.

(37) Sobre el proceso evolutivo de aparición del concepto, vid. von Liszt: *Lehrbuch*, § 32, E.; 25.ª edición, págs. 181-2.

(38) *Deutsches Strafrecht*, II volumen: *Das Verbrechen: Allgemeine Lehren*. Berlin, Springer, 1930, pág. 182.

#### LA PERSONALIDAD DE CARLOS BINDING (39)

Nació en Frankfurt del Main, en junio de 1841, Carlos BINDING recibía de su padre, un jurista, hijo de jurista a su vez, la cualidad preciada de un pensamiento profundo; el carácter ardiente, la constancia por seguir los caminos propuestos, llegábanle por la línea materna.

Con el sólido fundamento de la formación humanista clásica, de la formación griega preferentemente, entraba Carlos BINDING, como escolar, en 1860, en la Universidad de Göttingen. Tres nombres ilustres han de figurar a la cabeza de quienes fueron allí sus maestros y sus guías: Federico MOMMSEN, Alberto ZACHARIA, Emilio HERMANN; fué este último, sobre todo, quien, aunque cultor preferente del Derecho eclesiástico, inspiró a Carlos BINDING, con sus lecciones sobre Ciencia penal, la vocación hacia nuestra disciplina.

Y al par que los estudios jurídicos, afanábase Carlos BINDING por las preocupaciones de la Filosofía. De esta suerte complementábase su formación, con la solidez que había de caracterizar más tarde su total obra científica. Seguidor de la corriente hegeliana, no fué, sin embargo, Carlos BINDING un exclusivista; que él buscó armonizar los resultados de la ciencia positiva con el Idealismo.

Tanto, quizás, como el Derecho y la Filosofía, atrajo a BINDING la vocación histórica.

HERMANN vió en su joven discípulo al profundo maestro del mañana, al didáctico y al investigador. Y supo hacer nacer en él el amor a la Universidad y la aspiración académica. Es en 1864 cuando BINDING, bajo la dirección de MITTERMAIER, habilitábase para la enseñanza del Derecho Penal, obteniendo la "venia legendi" con su meritorio estu-

(39) Johannes Nagler: *Karl Binding zum Gedächtnis in Der Gerichtssaal*, vol. XCI.

Vid., igualmente, *Deutsche Strafrecht Zeitung*, 1920, pág. 123. Y en la misma revista, la nota de Lilienthal, págs. 319-21.

A. Baumgarten, en *Schwerische Zeitschrift für Strafrecht*, 23, 1920, páginas 187-90.

Löffler, *Karl Binding*, en *Osterreichische Zeitschrift für Strafrecht*, VIII. Wien, 1918-20, págs. 423-4.

Adelmo Boretini: "Prefazione" a su versión italiana del *Compendio di Diritto penale*, de Binding. Roma, Athenaeum, 1927.

dio *De natura inquisitionis processus criminalis Romanorum*, dedicado a Emilio HERMANN.

Muy pronto, 1866, en un momento de duda en que su vocación debatíase entre el ejercicio de la abogacía y la enseñanza, la Universidad de Basilea le abrió sus puertas y lo elevó al profesorado ordinario.

Luego, los escolares de Friburgo de Brisgovia y los de Estrasburgo aprovecharon de sus aleccionamientos. Y, al fin, la ciudad de Leipzig, cuya Universidad logró atraer a BINDING cuando tantas otras se disputaban ya su ciencia, fué testigo, durante cuarenta años, de 1873 a 1913, de las actividades del maestro.

Monografías selectas, obras de carácter general, forman su copiosa producción. A través de ella, el pensamiento penetrante del maestro ilumina los viejos problemas, con certeros enfoques, o descubre también lagunas por colmar en la Ciencia penal.

Sería prolijo detallar el catálogo de las producciones del profesor de Leipzig (40). Pero sí hemos de mencionar aquí expresamente aquella obra en la que BINDING puso sus mejores amores y su más profunda originalidad: son las célebres *Normas, Die Normen und ihre Übertretung* (Las Normas y su transgresión). Aparecido el primer volumen de esta obra en 1872, agotábase ya, muchos años después, la larga vida del maestro y aún laboraba él en este mismo empeño, enriqueciendo con nuevas ideas las ya vertidas sobre los problemas más básicos de nuestra Ciencia. La fundamentación del concepto de Norma (vol. I), sus consecuencias fecundas sobre Culpabilidad y Dolo (vol. II, Parte I), sobre el propósito antijurídico (II, Parte II), sobre el error (vol. III), sobre la Culpa (IV, I, I), se presentan sistematizadas en los distintos volúmenes de la producción.

En 1911, discípulos y amigos y pensadores de campos muy alejados del suyo agrupáronse, en un homenaje de respetuoso afecto, para

(40) He aquí, aparte de las Normas, las más salientes de sus obras penales: *Das burgundisch-romanische Königreich* (von 443 bis 532 n. Chr.).

*Grundriss des deutschen Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 7.<sup>a</sup> edic., 1907. Nueva edición en 1913.

*Handbuch des Strafrechts*, 1.<sup>a</sup> edic., 1885.

*Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrecht: Besonderer Teil*, 2.<sup>a</sup> edición, 1902, 4-5.

*Die Schuld im deutschen Strafrecht*, 1920.

Binding y Hoche: *Die Freigabe des Vernichtung ebensunwerten Lebens*, segunda edición, 1922. (Obra póstuma, defendiendo la tesis de la Eutanasia).

celebrar el setenta aniversario de aquella vida laboriosa; el homenaje se concretó en dos volúmenes, nutridos de doctrina (41). Dos años después, Carlos BINDING solicitaba su retiro, para, en el tranquilo apartamiento de sus tareas docentes, dedicar enteros su pensamiento y su pluma a dar cima a la gigantesca empresa de las Normas; los últimos volúmenes de la obra imprimiéronse por vez primera en 1916, 1918 y 1919.

Como término de su vida de trabajo, Carlos BINDING ofrecía a los juristas, en 1919, un breve tratado, *Die Schuld im deutschen Strafrecht*; buscaba con él dar una práctica utilización a sus elucubraciones profundas, al propio tiempo que divulgaba sus ideas anteriores.

En 7 de abril de 1920 expiraba el gran jurista alemán. Sobre su mesa de trabajo había quedado, abierta por la mano del viejo amante de las Humanidades clásicas, la *Teogonía* de HESÍODO.

#### LAS DIRECTIVAS DEL PENSAMIENTO DE BINDING

Carlos BINDING es, con BIRKMEYER y GREENER, con BELING y FINGER, uno de los representantes más genuinos de la moderna rama clásica germana. Como ha dicho uno de sus traductores, "representante de la rama estrictamente jurídica, es BINDING fiero adversario de la teoría antropológica y sociológica y siente desprecio por los diletantismos y por los eclécticos" (42).

Yo soy maestro de Derecho penal, escribía en 1906 (43), y como tal no puedo y no quiero enseñar otra cosa que Derecho penal. Sólo los diletantismos y los apóstatas del Derecho podrán reducir a más modestas las proporciones de nuestra Ciencia.

BINDING, como CARRARA, aspiró a una construcción exclusivamente jurídica de la Ciencia nuestra, con método propio, con contenido peculiar y autónomo. Así elaboró, desde un plano jurídico, sus construcciones penales; así concibió técnicamente al Delito, mejor que como "acto", como "violación". Admirador del método de investigación histórico-empírico que VACHTER había propugnado, supo aplicarlo a sus construcciones.

(41) *Binding-Festschrift*, 2 vols., 1911.

(42) Boretini: Prefacio a la edición italiana del *Grundriss*, pág. XXVIII.

(43) Prólogo a la VII edición de su *Grundriss*.

El nombre y la doctrina toda del gran maestro de Leipzig van asociados a sus pensamientos sobre la *Norma de Derecho*. La teoría de las Normas—escribe uno de sus expositores—informa a la completa producción científica del pensador genial.

La ideología de Carlos BINDING gravita potente sobre la Ciencia penal alemana, y sobre la Ciencia mundial también. Pensadores de todos los campos reconocen hoy el valor de aquellas aportaciones y en no pocos extremos se asocian a ellas. No hace muchos meses asistíamos nosotros a las reuniones periódicas de un Seminario alemán, del Seminario Binding, que en la Universidad de Bonn y durante el semestre de verano de 1930, trabajaba por ahondar y difundir las ideas del maestro clásico; la iniciativa y la dirección de las tareas pertenecía a un penalista de distintas orientaciones doctrinales, a un discípulo de Moritz LIEPMANN, al Profesor Max GRUNHUT (44).

#### LA TEORÍA DE LAS NORMAS

Al forjar el concepto del Delito, no basta decir—apartándose de las construcciones realistas, situándose en un ángulo visual jurídico—que él es una violación. ¿Violación de qué?, habrá de preguntarse seguidamente.

En nuestro primer capítulo hemos analizado algunas de las posiciones más peculiares sobre el concepto de la Infracción penal. Y veíamos allí, en el rápido recordatorio de unas y de otras, cómo, entre los juristas clásicos preferentemente, se reproducía el pensamiento que ve en el Delito una lesión, una violación de la ley penal del Estado.

El criterio de los seguidores de las ramas clásicas parecía culminar en aquel magistral tratado que un pensador de la escuela de Toscana, el ilustre Francesco CARRARA, dedicara a sus discípulos en 1859, con el original y humilde nombre de *Programma*. Allí quedó consignada una definición de la Infracción penal que durante muchos años había de estimarse, desde su punto de vista, como perfecta: Delito es *la infrazione della legge dello Stato promulgata per proteggere la sicurezza*

(44) Vid. referencia en *Rheinische Friedrich Wilhelms Universität zu Bonn. Vorlesungs-Verzeichnis für Sommer Semester, 1930. Bonn, 1930, pág. 59*; "Strafrechtliches Seminar.—a) Die Bedeutung Karl Bindings vom Standpunkt der heutigen Strafrechtswissenschaft".

*dei cittadini, risultante da un atto esterno dell uomo, positivo o negativo, moralmente imputabile, e politicamente dannoso* (45). Concepción ésta elaborada en un plano estrictamente legal; pero ella no quiere suponer que no existan superiores principios delimitadores del contenido de Delito; CARRARA refiérese a aquellos principios que deben obedecerse por el legislador en la alta empresa de determinar qué hechos habrán de reputarse delitos en el Estado por él gobernado; el incumplimiento de tales preceptos provoca el abuso de poder, crea la Ley injusta.

Unos y otros autores repitieron la fórmula: Delito es la Infracción de la ley penal. Y CARRARA mismo, creyendo agotada ya la materia del Derecho nuestro, encauzaba las vocaciones de sus jóvenes discípulos hacia el estudio del procedimiento criminal.

Pero Carlos BINDING era capaz de mostrar, cuánto quedaba, aun sin salir de los estrictos estadios del Derecho penal, por construir todavía.

BINDING analiza los precedentes conceptos del delito y ve latir en el fondo de ellos un error. El delincuente mal podrá quebrantar la ley penal, porque los imperativos de ésta no son a él, precisamente, a quien se dirigen. La ley punitiva no gravita sobre el delincuente, ni aun sobre el mismo juzgador; su fuerza cae sobre el Estado, obligándole a castigar, dándole la función—mezcla de derecho y deber—de perseguir y sancionar el gesto criminoso. Como ha dicho BINDING, cuando el magistrado formula una sentencia contra el criminal, condena al Estado a seguirla y ejecutarla. El Estado es así el único transgresor posible de la ley penal.

Bastará la lectura de cualquier texto sancionador de la Ley penal para apreciar el fondo de verdad que estos pensamientos de BINDING encierran. Ellos no son tampoco meras sutilezas.

El criminal, más que violar la Ley penal, lo que hace es obrar en pleno acuerdo con sus textos, realizar u omitir la figura que el legislador previó. Quien ejecutó un delito obró conforme a la hipótesis prevista en la ley; por eso, precisamente, la subsunción es posible; por eso hay tal delito.

El criminal no infringió la ley penal. El criminal infringió algo que por encima y antes de la ley penal está; infringió un principio superior y respetado en la ley.

(45) *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella R. Università di Pisa Parte generale, cap. II, § 21, 11.ª edic., Firenze, 1924, pág. 61.*

A esos principios, BINDING los llamó las Normas. FERRI ha pretendido que el tecnicismo había sido creado, antes ya, sobre suelo italiano, por MORI (*Teorica del Codice penale Toscano*.—Firenze, 1854, pág. 68 ss.) (46).

El delincuente quebranta, pues, la Norma. El Delito es la violación de ella.

#### Y LA NORMA CREA LA ANTIJURIDICIDAD

La Norma es así el substratum de la Ley penal. La Norma es la que genera la Antijuridicidad. *Rechtswidrigkeit ist Normwidrigkeit*.

El profesor CUELLO CALÓN ha sintetizado con acierto las ideas básicas de Carlos BINDING. La ley penal, al imponer una sanción a un hecho determinado, reconoce la preexistencia de un principio (Norma), que debe ser respetado. La acción penada por la ley debe ser antijurídica; ya antes de la promulgación de ésta, su prohibición, ideológicamente, precede a la amenaza penal contra su infractor. La Norma jurídica (No matarás, no robarás, etc.) existe con anterioridad a la ley penal; ésta surge luego para la protección y defensa de aquellas Normas. Así, con gran precisión, afirma BINDING que “la Norma crea lo antijurídico y la ley penal crea el delito. (Die Normen, I, tercera edición pág. 133 y 134) (47).

Y no siempre es esencial a las Normas la concreta indicación de las consecuencias penales que han de seguir a su lesión, la amenaza de sanción. Así lo demuestra la Historia del Derecho; piénsese también, dice BINDING (*Grundriss, Parte general, libro I, I*), en el Decálogo.

La Antijuridicidad, a la luz de estas orientaciones, puede quedar bien diferenciada y delimitada de la Ilegalidad.

El Delito debe tener, ante todo, un fondo antijurídico. Y los principios que laten en la Norma no se referirán tan sólo, de *lege ferenda*, al legislador; como al legislador hemos visto referirse aquellos preceptos directivos de que CARRARA hablara. Sobre la Norma deberá meditar también el juzgador, quien mal podrá aplicar la sanción del

(46) *Relazione al Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti* (1921). Titolo I, art. 11.—Reproducido en *Principii*, 624, nota.

(47) Cuello Calón: *Derecho penal*, I, 2.<sup>a</sup> edición. Barcelona, 1929, página 223.

concreto texto legal, si el hecho, aun con la morfología de delito—con su tipicidad diría BELING—no es, por unas o por otras causas, antijurídico.

La Antijuridicidad, premisa de la declaración legal de una infracción, es requisito igualmente de la punibilidad de cada caso que la vida brinda. Salvo aquel grupo, de que hablaron ya los casuistas, precursores de nuestra ciencia, de infracciones creadas por *Lege moere penales*.

Situaciones hay—una de las más típicas la de legítima defensa—en que la Antijuridicidad queda de hecho excluída; en ellas la sanción penal se eliminará también.

#### EL PROBLEMA DE LA ANTIJURIDICIDAD

La doctrina de la Antijuridicidad, recibiendo al impulso de BINDING estos nuevos enfoques, pasa a primer plano entre los problemas de la Ciencia del Derecho. En Alemania créase en su torno una literatura copiosísima, incrementada al concurrir con el largo período preparador de la reforma legislativa penal. También en otros pueblos ha tenido acogida la doctrina (48). En nuestra patria elaborábase sobre el tema, no ha muchos meses, una memoria doctoral (49).

Pero precisa ya concretar, y no tan sólo por capricho especulativo, el contenido de la Antijuridicidad. Del éxito en este empeño habrá de depender la fecundidad de la doctrina. Interesa más especialmente precisar el contenido de la Norma, y, consecuentemente, el contenido de la Antijuridicidad, cuando la doctrina, trascendiendo de una mera construcción teórica, pasa a funcionar útilmente con máximos prestigios, decidiendo los límites mismos entre la eximente y el castigo.

La determinación precisa ha de valer algo más que una mera conquista doctrinal. Es que la Antijuridicidad, proyectando consecuencias prácticas, penetra en los Códigos penales modernos, con plenitud de

(48) Giulio Battaglini: *Le Norme del Diritto penale e i loro destinatori*. Loescher, Roma, 1910. (Vid. exposición y crítica de Binding, en cap. III, § 3).

Eduardo Massari: *La Norma penale*, S. María Capua Vetere. Cavotta, 1913.

Rocco: *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. Torino, Bocca, 1913.

(49) González López: *La antijuridicidad*, en *Revista de Ciencias jurídicas y sociales*, núms. 47 y 50.

valor, formulada como causa de justificación. Véase, si no, el movimiento que, a este propósito, inicia el proyecto alemán de 1913; véase lo que, análogamente, el proyecto de 1919 nos dice en su artículo 20 (50); y esta fórmula, con ligeras variantes que la mejoran, ha perdurado en los trabajos ulteriores (Proyectos de 1925, 1927 y 1929) (51). El texto de estos últimos proyectos, que tiene también el interés de haber sido aceptado por la Comisión austriaca, dice literalmente así: "Eine strafbare Handlung liegt nicht vor, wenn das öffentliche oder bürgerliche Recht die Rechtswidrigkeit der Tat ausschliesst". (No existe Hecho punible cuando el Derecho público o el civil excluye la Antijuridicidad del acto) (§ 23).

Ante los avances de la doctrina y de la técnica de la Antijuridicidad, no basta con decir que lo antijurídico es lo lesivo de la Norma, ya que el problema no habría hecho sino trasladarse así. Que hay que fijar, con la mayor pureza de trazos posible, el contenido de aquel término.

#### EL CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD

Muy varias son las posiciones doctrinales que, después de BINDING, los autores han sustentado en torno a este problema del contenido de la Antijuridicidad. Pero, si queremos dar una visión rápida de los mismos—y no es otro nuestro intento—nos bastará con presentar los nombres más representativos de esas distintas soluciones.

(50) Cuello Calón: *El proyecto de Código penal alemán de 1919*. Bibl. de la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, Reus, 1924, páginas 24 y 93.

(51) Proyecto 1925, § 20: *Eine strafbare Handlung liegt nicht vor, wenn die Rechtswidrigkeit der Tat durch das öffentliche oder bürgerliche Recht ausgeschlossen ist*. (Vid. *Amlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung*. Berlín, 1925.

Proyecto 1927, § 23: Vid. Documentos Parlamentarios, impreso número 3.390.—Reichstag, período 1924-27.

Proyecto 1929, después de su primera lectura en la Comisión del Reichstag, § 23. Conserva sin variantes el texto del Proyecto de 1927.

Vid. *Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der ersten Lesung des deutschen Reichstagsausschusses und den Deutschen und Osterreichischen Strafrechts-Konferenzen*. Ergänzung zu Kohlrausch, *Strafgesetzbuch*, 29 Auflage, Berlín y Leipzig, 1930, pág. 12.

Los nombres de BINDING, KITZINGER, M. E. MAYER, F. von LISZT y STAMMLER marcan las directivas más caracterizadas. Dedicuémosles unas breves palabras.

#### EL CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD SEGÚN BINDING

La Antijuridicidad, en la construcción de BINDING, aparece determinada por la Norma.

Es en el primer volumen de su célebre obra, *Die Normen und ihre Übertretung*, donde, preferentemente, nos da el pensador tudesco la presentación de su sistema; pero también en las páginas de otros de sus libros podremos encontrar ideas análogas; es que—lo hemos dicho ya—toda la producción científica del gran maestro quedó iluminada por aquel su pensamiento capital.

Buscando condensar el sistema de BINDING, afirmaremos, como arranque del mismo, que las Normas no pueden confundirse con la Ley penal. La Norma es un principio jurídico (Normen, I, segunda edición, 98); un principio afirmativo y autónomo (Ib., § 10 y 14); un principio del Derecho público (Ib., pág. 255), nunca del Derecho penal (Ib., pág. 97).

Y este principio, integrador de la Norma, no requiere manifestarse expresamente en el derecho escrito; así ocurre sólo raras veces (Ib., pág. 36). El principio pertenece, en la mayoría de los casos, al Derecho no escrito; la ley penal, de la que aquél es presupuesto, se encarga de manifestarlo (Ib., pág. 70) (*Handbuch*, 159). La ley penal formula la sanción al quebrantamiento de la Norma. Así, el Decálogo es un conjunto de Normas, mas no una ley penal, pues que no señala las sanciones.

La Norma entraña un mandato, que se impone a la obediencia de los súbditos. El Derecho penal sanciona desobediencias a las Normas jurídicas. El Derecho penal no supone mandato ni prohibición, sino la solemne sanción de la exteriorizada voluntad del Derecho, el *ita ius esto*.

De tal suerte, la violación que el Delito significa no se da sobre la ley penal con su sanción punitiva, sino que incide sobre el mandato o la prohibición del Derecho. Y este mandato o esa prohibición significan la Norma, Norma que precede a la Ley penal, ya que ésta no

hace sino definir la violación de aquélla, acompañándola de una consecuencia jurídica.

La Norma formula sus preceptos: No matarás, no robarás, y tantos otros; creando la Antijuridicidad. El Derecho penal sanciona la negación culpable de la Norma y crea el delito.

La Norma es concebida, pues, por Carlos BINDING, con contenido jurídico. Ella es—en conclusión—un principio de Derecho.

Mas el pensamiento de BINDING no fué fácilmente comprendido. Unos creyeron que él no era sino ropaje nuevo de ideas seculares, de aquellas ideas que habían hablado del *praeceptum legis* o de la función adjetiva del Derecho penal concebido como sancionador de las otras ramas jurídicas. Otros, ante lo incierto del contenido de la Norma, interpretaron diversamente este problema, creyeron que aquella—la Norma—se refería sólo al Derecho positivo, o aún hubo quien la limitó a la misma Ley penal escrita; WACH dirigió pronto su crítica al sistema (52).

Por eso, BINDING afina sus ideas en la nueva edición del volumen I de su obra básica (1890). BINDING se esfuerza en demostrar cómo la Norma es un principio jurídico autónomo, independiente del Derecho positivo; él ahonda en la presentación del Derecho penal subjetivo, derivándolo del general Derecho subjetivo de obediencia del Estado.

Pero, aun después, BELING y otros autores, reconociendo el mérito de la tendencia, lamentaban su imprecisión respecto a lo que tras la Norma se comprende.

Es que no basta, en efecto, decir que la Norma es el principio jurídico. Porque, a su vez, ¿cuál es la fundamentación de lo jurídico? Y todas las dificultades y divergencias que se dan en torno al concepto del Derecho renacen detrás de ese interrogante.

#### KITZINGER

Uno de los expositores y críticos de la teoría de Carlos BINDING fué Friedrich KITZINGER; Doctor en Derecho, profesor extraordinario años más tarde en la Universidad de Munich, aportaba en 1898 sus puntos de vista sobre este nuestro actual problema del contenido de la Antijuridicidad, en una monografía que vió la luz en las páginas de

(52) En la revista *Der Gerichtssaal*, 1873, págs. 432 ss.

la revista técnica *Der Gerichtssaal*. (*Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht*. *Der Gerichtssaal*, 1898, págs. 1 a 105).

En obra más reciente, reiteraba este autor sus viejas ideas (53).

Pero Federico KITZINGER no acertó a comprender el pensamiento que anima la construcción de BINDING; es más, KITZINGER limitó el contenido de la Antijuridicidad, elaborando de ella un concepto no sólo *formal*, sino circunscrito tan sólo al Derecho penal.

Si para BINDING la Norma es el principio jurídico superior y autónomo, para este autor la Norma es, estrictamente, el principio jurídico penal. Y la Antijuridicidad aparece en un todo análoga a la Punibilidad. La Antijuridicidad es una consecuencia de la Punibilidad y carece de valor substantivo.

KITZINGER no imagina la Antijuridicidad sino como Ilegalidad. Y, de esta suerte, esteriliza el pensamiento de BINDING, privándole de lo que él tenía de más original y constructivo.

El contenido de la Antijuridicidad queda así reducido a proporciones más nimias.

El Conde de DOHNA, que ha presentado y combatido con acierto la posición de KITZINGER (54), dirige contra ella uno de los razonamientos de más intensa fuerza. DOHNA pone de relieve lo inaceptable de aquella posición, refiriéndola a sus consecuencias sobre la valoración del delito incompleto; si en el Derecho vigente alemán, la Tentativa de los delitos menos graves (*Vergehen*) es castigada tan sólo en los casos concretos en que específicamente la ley lo ordene así (55), la tentativa no punible dejaría de ser antijurídica; “ante los ojos de KITZINGER, la tentativa de lesiones corporales carecerá del carácter antijurídico (DOHNA, *Ib.*, pág. 21). Y esto es claramente inaceptable.

La orientación de KITZINGER, que significa un paso atrás, imprimió poca huella en el pensamiento jurídico germano.

(53) *Die Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt (Grundzüge der Rechtspolizei und Beiträge zur Konstruktion des Strafrechts)*. Beck, München, 1913.

(54) *Die Rechtswidrigkeit*. Halle, 1905, págs. 20 a 25.

(55) Código penal, § 43, 2.º, “Der Versuch eines Vergehens wird jedoch nur in den Fällen bestraft, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt”.

## F. VON LISZT

Es el nombre de Franz von LISZT uno de los más representativos de la Ciencia penal tedesca. Nacido en Viena, de abolengo de juristas y de músicos ilustres, von LISZT logró generar, a través de su pensamiento vigoroso, no sólo obras meritorias, sino también intensos movimientos doctrinales, escuelas que son vivas aún; su sentido práctico se concretó en aquella fecunda Unión—*Internationale Kriminalistische Vereinigung*—de la que él fué fundador y alma. Acogedor, tras un tamiz depurador, de las entonces nuevas tendencias penales, supo pronto entrever sus aspectos más aprovechables y logró vigorizarlos dándoles cuerpo en las construcciones practicistas de la Política Criminal.

Maestro de Derecho penal en la Universidad de Marburg, von LISZT trajo a nuestra Ciencia las amplias sugerencias que un reciente libro de IHERING (*Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1877-83) había brindado. Von LISZT se refirió a la "Idea de fin en el Derecho penal" (56) en aquella práctica presentación de orientaciones que ha sido llamada "Programa de Marburgo". La fundamentación jurídica de la pena finalista quedó hecha allí.

Profesor ordinario luego en la Universidad de Halle y, al fin, en la de Berlín, von LISZT sistematizó su doctrina sobre el Derecho penal alemán en su *Lehrbuch* de renombre mundial (57). Una larga serie de monografías, recogidas luego en dos volúmenes (58), ofrece sus meditaciones sobre muy distintos problemas penales.

Si BINDING, y sobre todo KITZINGER, elaboraron sus concepciones desde un punto de vista interno, creador de una Antijuridicidad *formal*, von LISZT sitúase en posición distinta, dando al tema nuevos enfoques; para el maestro de Berlín, el ángulo visual debe ser externo, la Anti-

(36) *Der Zweckgedanke in Strafrecht. — Marburger Universitätsprogramm*. Marburg, 1882.

(57) *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, obra que alcanzó, en vida de su autor, la 21/22 edición, 1919. El Profesor Eberhard Schmidt (Hamburg), discípulo de v. Liszt, ha cuidado de ediciones ulteriores; vid. 25.ª edic., Berlín y Leipzig, Walter de Gruyter, 1927; en preparación la 26.ª edición.

De la parte general del *Lehrbuch* existe versión castellana, de los Profs. Saldaña (vol. I) y Jiménez de Asúa (II y III); 2.ª edic., Madrid, Reus, 1926, 1927-29.

(58) *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlín, 1905; dos volúmenes.

juridicidad ha de formularse así como una concepción de contenido *material*.

A través de toda la producción científica de von LISZT late como idea fundamental y como criterio, una preocupación *social*. Ya IHERING había señalado como contenido propio del delito la lesión a las "condiciones de la vida social", condiciones que él llamó "bienes sociales".

Von LISZT, al dar al Derecho una fundamentación y una finalidad sociales, matiza consecuentemente de notas contrarias al crimen. Pensamiento básico es para él este principio, que campea como la primera de las rúbricas en la Introducción de su Tratado: "Die antisoziale Bedeutung des Verbrechens und die soziale Funktion der Strafe" (El significado antisocial del delito y la función social de la pena). Von LISZT subrayó también la antisocialidad de los motivos que agitan al Hombre delincuente, que FERRI había presentado. Y el maestro alemán habló igualmente del ánimo antisocial del criminal (*antisoziale Gesinnung*).

Estas ideas penetran en el problema de la Antijuridicidad y dan un nuevo enfoque al valor material íntimo de ésta. Porque no basta decir que la Infracción debe ser antijurídica; que con ello poco se muestra de su esencial contenido; éste radica—dice de LISZT en las primeras páginas de su libro principal (59)—en el ataque a un jurídicamente protegido interés ajeno, sea de los individuos dicho interés, sea de la colectividad. Así como el Derecho no protege tan sólo al Estado, sino ante todo a la Sociedad que el organismo político representa, así también la Infracción dirígese en su fin último contra la misma Sociedad; y en ello radica, precisamente, el valor antisocial de la Infracción.

Von LISZT, al presentar los caracteres que concurren según su concepción en la Infracción penal—Hecho, Antijuridicidad, Culpabilidad y Punibilidad—, dedica varias interesantes páginas al segundo de esos caracteres, que es el que ahora tiene para nosotros valor primordial. Es el § 32 de las últimas ediciones el que aborda el problema del contenido de la Antijuridicidad en sus aspectos positivos.

El maestro de Berlín comienza refiriéndose a la doble presentación de que el problema es susceptible, presentación *formal* y *material*. El hecho es formalmente antijurídico, escribe (*Lehrbuch*, 25 edición, página 173) en cuanto transgresión de una Norma del Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. El acto es materialmente

(59) *Lehrbuch*, Einleitung, I, § 2, II.—25.ª edic., pág. 6.

antijurídico en cuanto su contenido sea dañoso a la Sociedad (antisocial o aun asocial).

Esta Antijuridicidad en su aspecto material es la que ofrece más complejas dificultades y divergencias doctrinales; por tanto, ella es la que encierra más vivo interés. Quizás no siempre ella coincida con la Antijuridicidad formal.

Von LISZT asigna a la Antijuridicidad en su aspecto material un contenido antisocial, razonándolo de esta suerte: El acto antijurídico es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas; por consiguiente, una lesión o riesgo de un bien jurídico. Pero esta regla debe ser interpretada restrictivamente. La protección de los intereses vitales es el primer deber de las normas jurídicas. Mas por muy cuidadosa que sea la delimitación de los intereses vitales—que son elevados a bienes jurídicos por la protección que el Derecho les otorga—no pueden ser totalmente impedidos los conflictos de los intereses y las colisiones de los bienes jurídicos. El fin de la convivencia humana—garantizar la consecución de la cual es el último y principal deber del orden jurídico—exige que en un conflicto semejante sea sacrificado el interés de menor importancia, cuando sólo puede conservarse a este precio el interés superior. De aquí resulta: que la lesión o riesgo de un bien jurídico sólo será materialmente contraria al Derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida común; esta lesión o riesgo será materialmente legítima, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responda a esos fines del orden jurídico, y, por consiguiente, a la misma convivencia humana (60).

El contenido material (antisocial) de la infracción es independiente de su exacta apreciación por el legislador. La Norma jurídica se encuentra ante él; ella no lo crea.

La Antisocialidad significa, pues, para von LISZT el contenido material de la Antijuridicidad.

(60) Vid. edición castellana del *Tratado*, 2.<sup>a</sup> edic., II, págs. 324-5.

En la 25.<sup>a</sup> edición alemana, Liszt-Schmidt; vid. págs. 173-4.

M. E. MAYER

Doctor de la Facultad de Filosofía y de la Facultad jurídica, maestro luego de Filosofía del Derecho y de Derecho Penal, Max Ernst MAYER logra traer al problema del contenido de la Antijuridicidad—al fundir las aportaciones de aquellas dos disciplinas—una orientación amplia. MAYER sitúase también en un punto de vista externo al abordar el contenido de la Antijuridicidad material.

Es en 1903 cuando las prensas alemanas dan al público aquella monografía genial que tan honda huella había de dejar en el ánimo y en la actuación de los juristas. Una brillante colección de trabajos (*Strafrechtliche Abhandlungen*) enriqueciase entonces con las páginas que, trazadas por la pluma de M. E. MAYER, llevaban a su frente un expresivo título: *Rechtsnormen und Kulturnormen* (61). “Normas de Derecho y Normas de Cultura”.

Otras de las obras del mismo autor desarrollan análogos pensamientos. Es así, singularmente, en aquella que M. E. MAYER dedicó a la presentación de la Parte general del Derecho penal alemán (62).

Como el autor nos dice en las palabras iniciales de aquella su monografía, recoge ésta las directivas esenciales de sus anteriores disertaciones sobre Filosofía del Derecho. Y en ellas—él lo afirma también (Prólogo)—el pensamiento de IHERING gravita intensamente sobre los principios constructivos del sistema.

Es que, en las corrientes negadoras del Derecho Natural, al lado de la rama que del evolucionismo *individual* camina hasta llegar al positivismo y al materialismo jurídicos, hay otra que marcha del evolucionismo *universal* hasta el monismo panteísta; para esta segunda rama, el Derecho no es otra cosa sino expresión de un fenómeno de Cultura.

M. E. MAYER, entroncando con esta ideología, trayéndola al concepto de Norma y al concepto de Antijuridicidad, viene a ser así fundador del que MEZGER llamó más tarde *Objetivismo cultural* (*Kulturellen Objektivismus*).

La Cultura, como fenómeno empírico, tiene sus Normas; de ellas

(61) *Rechtsnormen und Kulturnormen.—Strafrechtliche Abhandlungen*. Heft 50, Breslau: Schletterische Buchhandlung 1903, 136 pág.

(62) *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch.—Heidelberg: Carl Winters, 1915, 2.<sup>a</sup> edición, ib., 1923.*



genérase el Derecho. Normas de Derecho son, de esta suerte, aquellas Normas de Cultura que el Derecho reconoce.

Es esencial aquí el precisar el tecnicismo. Con la expresión "Norma de Cultura", Kulturnorm, refiérese MAYER, concibiéndola como nombre colectivo, al conjunto de aquellos mandatos y prohibiciones que, como los religiosos, morales y convencionales plantéanse como requisitos de la convivencia y de la actuación de los individuos ("Den Ausdruck Kulturnormen gebrauche ich als einen Sammelnamen für die Gesamtheit derjenigen Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und des Berufs an das Individuum herantreten"), página 17.

La Norma de Derecho reconoce y consagra a la concordante Norma de Cultura que late como su substratum.

Y la Antijuridicidad muestra como contenido propio la lesión a la Norma de Cultura. Antijurídica es la Acción que quebranta la Norma de Cultura políticamente reconocida (Rechtswidrig ist dasjenige Verhalten, das staatlich anerkannten KULTURNORMEN widerspricht) (63).

La lesión de la Norma de Cultura es, por tanto, la fundamentación de la Antijuridicidad. El punto de mira es externo, es objetivo también, es el Ideal Etico.

El contenido de la Antijuridicidad va así concretándose más. Antijurídico no es ya, tan sólo, en vaga fórmula, lo opuesto al Derecho. Detrás de esto se agita, para M. E. MAYER, una lesión a la Cultura.

M. E. MAYER mismo nos muestra sus paralelos y sus discordancias con la teoría de Carlos BINDING. El presenta el esquema que sigue (64):

(63) *Der allgemeinen Teil, etc.*, 2.<sup>a</sup> edic., pág. 180.

(64) *Rechtsnormen u. Kulturnormen*, cap. VI, pág. 131.

A.—Teoría de las Normas, de BINDING

PRINCIPIOS DE DERECHO

Normas: Ellas son:	Leyes penales: Ellas son:
a) Principios de Derecho, mas no del Derecho penal.	a) No Normas, sino principios de Derecho penal.
b) Mandatos, los cuales demandan obediencia al Estado.	b) No mandatos, sino principios sancionados por el Estado con pena.

B.—Teoría de Max Ernst MAYER

NORMAS

Normas de Cultura: Ellas son:	Normas de Derecho: Ellas son:
a) No principios de Derecho.	a) Normas y verdaderamente principios de Derecho (principios de Derecho penal).
b) Mandatos, los cuales al pueblo demandan actuaciones conformes con el deber (o actuaciones sociales).	b) Mandatos a los órganos del Estado.

Carlos BINDING y Max Ernst MAYER coinciden, pues, en afirmar cómo junto a las leyes penales existen otros principios, principios éstos que proyectan su fundamental influjo en la teoría y en la práctica del Derecho penal. Esos principios son, en cuanto a su contenido, para BINDING principios de Derecho (Rechtssätze); mientras que para MAYER tienen el significado de Normas de Cultura (Kulturnormen). (Vid. páginas 130 y 131).

STAMMLER

El renacimiento germano de la Filosofía del Derecho debe mucho a la mente vigorosa de Rodolfo STAMMLER. También nuestros problemas de la Antijuridicidad han sido iluminados por él.

Nacido en Alsfeld de Hesia, en 1856; Privatdozent en las Universidades de Leipzig, Marburgo y Giessen, Profesor ordinario en Halle y en Berlín, Rudolf F. STAMMLER, entroncando con el Criticismo kan-

tiano, ha captado esa fórmula, que es la mejor expresión de su pensamiento, del que llama *Derecho justo*.

De lleno en el estudio penal cayó una de las primeras y más aplaudidas producciones del que luego había de ser maestro genial de la Filosofía del Derecho. Era 1878 cuando STAMMLER dió a la estampa un estudio sobre un tema de tan vivo contenido filosófico y jurídico como el valor penal del estado de necesidad. (*Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes*).

Más tarde, este autor recoge problemas de más amplia envergadura científica. En 1902 aparece, en el más original de sus libros, la teoría del Derecho justo (*Die Lehre von dem richtigen Recht*). Y esta su construcción fundamental se mantiene y amplifica en obras posteriores, singularmente en su *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911 (Teoría de la Ciencia del Derecho), y en su afamada *Rechtsphilosophie*, 1922, de la que no hace muchos meses fué ofrecida al público español una versión (65).

Si KANT había pronunciado, poniendo en las mismas un dejo de ironía, aquellas sus palabras: "Aun buscan los juristas una definición para su concepto del Derecho", STAMMLER las ha creído todavía actuales y se ha preguntado: ¿Han de quedar siempre así las cosas?

Buscando contribuir a aclarar estos viejos problemas, STAMMLER restaura la Filosofía del Derecho y asigna a ella un doble finalismo; de una parte, desenvolver el concepto del Derecho y ver cómo aparece en la vida humana, diferenciado de la Moral, de los dictados convencionales y del poder arbitrario; de otra, el enseñar en qué consiste la Justicia. Porque para STAMMLER, en divergencia con LOENING (*Über Würzel und Wesen des Rechtes*, 1907) no son idénticos los conceptos del Derecho y de lo justo.

STAMMLER elabora sus construcciones con la ideología y los enfoques del neo-kantismo de la escuela de Marburg. Pero sabe imprimirles notas muy propias.

Es el Derecho, para este autor, algo puramente *formal*. Un Derecho perfecto, ideal, aplicable a todos los tiempos y a todos los pueblos, es inadmisibile. Existe, sí, un Derecho Natural; pero Derecho Natural de contenido variable (ein Naturrecht mit wechselnden Inhalte). Es,

(65) *Tratado de Filosofía del Derecho*. Traducción Roces.—Madrid, Reus, 1930.

precisamente, en este pensamiento en el que GENY ve la expresión más peculiar de la inicial orientación stammleriana (66).

Interesa buscar, por tanto, una *fórmula unitaria de valor universal* que, separándose de los variantes elementos intrínsecos, logre, como *criterio formal*, una unidad. STAMMLER, apartándose aquí de KANT, rechaza los conceptos, que cree ambiguos, de libertad y de igualdad. La libertad no conduciría en su aplicación sino a un círculo vicioso o a antinomias irreductibles con el concepto mismo del Derecho.

La máxima formal se concreta para STAMMLER en el *Ideal Social* (67).

Detrás, en el subsuelo de la positiva formulación del Derecho se agita la aspiración de la Justicia. Y para llegar al valor de lo "justo", la demostración puede tener lugar en dos sentidos:

"I.—Viendo si el medio empleado es necesario para alcanzar un *determinado fin concreto*, y si lo perseguido tiene algún valor para una aspiración determinada, tal como ésta se presenta. En este caso, el fin y el medio tendrán un valor *subjetivo*. He aquí una tendencia ya iniciada por KANT en la que él llamó "Imperativo hipotético" (Hypothetische Imperative).

"II.—Viendo si lo perseguido por la voluntad tiene un fundamento *absoluto*, si es *objetivamente* justo". (Vid. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, primera edición, 1922, § 79, pág. 168. En la versión castellana, pág. 210).

El aspecto subjetivo del problema tiene en la *Interior Pureza* ("Innere Lauterkeit"), en la pureza de voluntad, su piedra de toque. De ella se desprende, como idea paralela, la de Comunidad justa ("reine Gemeinschaft"); porque necesaria es la comunidad jurídica de los hombres.

Así, no basta referirse, como M. E. MAYER hizo, a un ideal cultural, aunque se diga que Cultura es el desenvolvimiento de la Sociedad en el sentido de "lo justo"; ello no sirve, dice STAMMLER (*Lehrbuch*, § 93, página 205 de la primera edición alemana), para descubrir y esclarecer en sus características propiedades el criterio de la Justicia.

Lo justo es lo que sirve al ideal social. Social ha de entenderse aquí como sinónimo de "entrelazante" (verbindend), porque coordina en

(66) Geny: *Science et technique en Droit privé positif*, II, 151.

(67) Vid. Sancho Izquierdo: *El Derecho justo de Stammler*, etc. EN UNIVERSIDAD. Zaragoza, III, pág. 103-4, 1926.

una trama los fines de los distintos individuos (68). Derecho justo son aquellas proposiciones jurídicas que poseen la propiedad formal de la Justicia; es decir, que por razón de su contenido se conformen con el pensamiento universal de toda Sociedad humana, o sea con el Ideal social. En otro lugar de su *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, hace consistir STAMMLER este ideal social en la "unidad de la ponderación metódica de los fines particulares con respecto al fin último de la Comunidad".

He aquí, pues, compendiado en cortos trazos, el nudo del pensamiento stammleriano. Tras el Derecho se levanta, una y varia, la fórmula de la Justicia. Justicia que sirve, en criterio teleológico, como medio a fin, a la Comunidad social; pero que es en absoluto independiente del querer de la mayoría de la comunidad; estos dos conceptos, la mayoría y la Justicia, nada tienen que ver entre sí (die beiden Begriffe—Mehrheit und Richtigkeit—haben an und für sich nichts miteinander zu tun.—*Rechtsphilosophie*, § 170).

Así concebidos el Derecho y la Justicia, la noción de la Antijuridicidad ha de quedar, simétricamente, matizada por las mismas orientaciones. De éstas deduce STAMMLER los que él llama "Conceptos fundamentales derivados"; entre ellos, los de Juridicidad y Antijuridicidad.

La Juridicidad significa para STAMMLER (69), desde el ángulo visual del sujeto del Derecho, una facultad jurídica; en atención al objeto, un deber jurídico; respecto al fundamento del Derecho, validez jurídica; en cuanto a la relación jurídica, adquisición de derechos; en atención a la soberanía jurídica, un precepto jurídico; como sujeción al Derecho, un mandato jurídico.

Contrariamente, la Antijuridicidad, analizada en iguales aspectos que los arriba mencionados, vale tanto, respectivamente, como Culpa jurídica, daño jurídico, negación del Derecho, pérdida de derechos, prohibición jurídica y rebeldía jurídica. (Rechtsschuld, Rechtsschaden, Rechtsverneinung, Rechtsverlust, Rechtsverbot y Rechtsweigerung).

Pero son los discípulos de STAMMLER quienes logran derivar las más meritorias conclusiones sobre el aspecto penal de la Antijuridicidad.

(68) Recasens Siches: *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, pág. 57, razona su versión del término "verbindand" por "entrelazante", como la más expresiva del pensamiento de Stammler.

(69) Vid. el esquema de "Conceptos fundamentales sintéticos" contenido en el *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, § 112.

En el capítulo inmediato hemos de ver cómo Graf zu DOHNA construye su peculiar posición arrancando de la ideología de Rudolf STAMMLER.

Bástenos ahora con subrayar cómo STAMMLER, partiendo de un punto de vista externo, refiriéndose al aspecto material de la Antijuridicidad, ha traído a él subjetivas valoraciones.

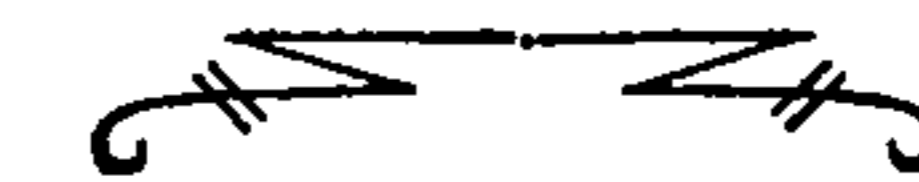
Si los autores precedentes han orientado la solución del problema con vista al resultado, al efecto de la acción, STAMMLER busca la Antijuridicidad en la acción misma, en la motivación del agente. Lo antijurídico encierra, para él, un contenido injusto (unrichtige Verhalten).

#### SÍNTESIS DE LAS TENDENCIAS

Estas distintas tendencias sobre el contenido de la Antijuridicidad han sido esquematizadas así por un profesor germano, por el profesor Max GRÜNHUT, de la Universidad de Bonn:

Punto de vista interno. . . .	}	Kitzinger.	} Valoración objetiva.
Antijuridicidad formal. . . .		Binding.	
Punto de vista externo. . . .	}	M. E. Mayer	} Valoración subjetiva.
Antijuridicidad material ..		Von Liszt	
		Stammler:	

Discutible podría ser—mucho se ha discutido—la catalogación de Carlos BINDING en el primer grupo.



# LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA ANTIJURIDICIDAD

---

## I

### INFRACCION Y CULPA

**E**N un precedente estudio (1) esbozábamos lo que la Antijuridicidad significa como elemento del delito; señalábamos también cuál era, para unas u otras tendencias, su contenido material. Interesa precisar ahora cuáles de los varios elementos integradores del Delito refiérense al aspecto subjetivo de la infracción y cuáles al objetivo; la delimitación tendrá no tan sólo una mera eficiencia doctrinal, sino práctica también.

Ernst BELING, Reinhard FRANK, recogiendo pensamientos que no eran nuevos, habían formulado sobre la materia una regla uniforme y rígida, una regla sin excepción: En la infracción criminal, todo lo subjetivo corresponde a la Culpabilidad; como a la Antijuridicidad afecta lo objetivo (2).

O, dicho de otra suerte, para tales pensadores lo injusto, lo anti-jurídico, refiérese a la faceta objetiva del Delito; la Culpabilidad a la subjetiva. Faceta ésta concebida como comprensiva de todos los psíquicos acaecimientos en la persona del agente.

El pensamiento podría condensarse así:

Delito (Tatbestand)...	}	elementos subjetivos o psíquicos: Culpabilidad. elementos objetivos: Antijuridicidad.
------------------------	---	--

---

(1) *La antijuridicidad como elemento del delito*, en UNIVERSIDAD. Zaragoza, año VIII, núms. 3-4, páginas 601 a 633.

(2) BELING.—*Die Lehre vom Verbrechen*, 178 ss.—*Grundzüge des Strafrechts*, 11.<sup>a</sup> ed., Tübingen, 1930, p. 17 ss.—Así como en otras obras.

FRANK.—*Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich* (Comentarios). (En curso la 18.<sup>a</sup> edición); § 1, I, 4.

Más modernamente iníciase, en la literatura jurídica alemana, un franco movimiento rectificador de las concepciones arriba esquematizadas. HEGLER esboza la nueva orientación cuando, en 1914, da a luz su monografía *Die Merkmale des Verbrechens* (3). Von MEZGER (Marburg) la amplifica luego, en un certero estudio sobre los Elementos Subjetivos de la Antijuridicidad (4). Y el Profesor Von HIPPEL (Göttingen) refiérese a esta dirección doctrinal en el volumen II, volumen que no ha muchos meses salía de las prensas, de su magistral Tratado sobre el Derecho penal alemán (5).

No se dice ya que todo lo subjetivo afecte con exclusivismo al juicio de Culpabilidad. Existen también subjetivos elementos que sobre la Antijuridicidad inciden; son los llamados, en técnica germana, *Subjektive Unrechtselemente*. La noción de los mismos precisa de un largo proceso constructivo.

#### UN PREVIO PROBLEMA

Condición primera para el esclarecimiento del concepto de estos subjetivos elementos de la Antijuridicidad es la fijación del valor de los términos. Muchos problemas, muchas estériles discusiones evitaríanse—se ha dicho en repetida frase—con un previo acuerdo sobre el sentido de las palabras.

Aquí, esas palabras cuyo alcance interesa medir son “Negación del Derecho” y “Culpa”, Antijuridicidad y Culpabilidad, Antijurídico y Culpable, “Unrecht” y “Schuld”. Su determinación podrá llevarnos muy lejos; nos obligará quizás a revisar la noción misma del Derecho.

En esta inicial tarea se afana con mérito el Profesor MEZGER, cuando él, en la primera parte de su estudio, traza la historia de las doctrinas sobre nuestro problema.

Es que interesa, ante todo, reunir los trabajos antes dispersos, sobre la zona fronteriza entre Infracción y Culpa, que no es otra que la zona de los Elementos subjetivos de la Antijuridicidad.

(3) En *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. XXXVI, 1914, páginas 19 y ss.

(4) *Die subjektiven Unrechtselemente*, en *Der Gerichtssaal*, v. LXXXIX, 1923, páginas 207 a 314.

(5) *Deutsches Strafrecht*, II Band. Das Verbrechen. Allgemeine Lehren.—Berlín, Springer, 1930, p. 188.

Porque, como MEZGER dice (6), el problema de la delimitación entre lo Injusto y lo Culpable, y, con él, el problema de los elementos subjetivos de la Antijuridicidad, pierde su carácter problemático allí donde la diferenciación entre “Unrecht” y “Schuld”, entre Antijurídico y Culpable, se niega.

Y no son pocos los autores para quienes esa distinción no se da. Mal podrán hablar de Elementos subjetivos de la Infracción quienes identifiquen lo Antijurídico y lo Culpable, quienes, cuando menos, no conciban la Antijuridicidad sin previa Culpabilidad, convertida así ésta en condición de aquélla.

Por el contrario, los horizontes serán más amplios cuando la diferenciación se haya precisado ya; cuando quepa decir que puede un acto ser “antijurídico” aun no siendo “culpable”.

Más tampoco bastará esta distinción entre lo Antijurídico y lo Culpable. El Profesor BELING la establece (7); él es, como GIVANOVITCH nos dice (8), el partidario moderno de la teoría que hace de la Culpabilidad un elemento del Delito, pero no de la Infracción (Infracción, Tort, Unrecht). Y BELING, sin embargo—lo hemos visto ya—, no habla de elementos subjetivos de la Antijuridicidad; es más, la noción de estos elementos encierra una crítica de los puntos de vista del maestro de Munich.

#### ADOLFO MERKEL

La primera aportación sobre la materia, digna del recuerdo, es la de Adolfo MERKEL (1836-1896); es en sus *Kriminalistischen Abhandlungen*, I (9), donde el problema se aborda ya.

MERKEL, restaurador con BERGBOHM y BIERLING de una Filosofía de las Ciencias jurídicas (10), propugnador del programa de una Teo-

(6) Monografía citada, página 207.

(7) *Die Lehre vom Verbrechen*, pág. 127, IV.

(8) *De la notion du delit*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, volumen XXIII, 1910, pág. 59.

(9) *Zur Lehre von den Grundeinteilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*.—*Kriminalistischen Abh.*, I, Leipzig, 1867. — Vid. especialmente páginas 42-56.

(10) *Juristische Enzyklopädie*. Hay versión castellana de W. Roces, Madrid, 1924.

ría general del Derecho (11), aporta al estadio penal su visión amplia del mundo jurídico.

Del concepto del Derecho ha de derivar, pues que con él está concatenado, el concepto de lo Injusto, de lo Antijurídico, de lo que es negador del Derecho mismo.

Para MERKEL es el Derecho un principio ideal, un poderío espiritual, una norma superior destinada a los Hombres, como sujetos que éstos son de la vida jurídica. Su expresión se da a través de prohibiciones y mandatos de carácter justo. El Derecho no es *Ser* (Sein); es *Deber Ser* (Sollen).

El Derecho, de esta suerte concebido, tan sólo a los sujetos capaces de conocerlo y de quererlo podrá dirigirse. Ni la Naturaleza, ni los Irracionales, ni los seres humanos inimputables podrán ser causantes de Injusticia. Que Injusticia, Infracción, no es otra cosa que conciencia y voluntad de una perturbación de Derecho.

La Imputabilidad es así esencial a la Injusticia, a la Antijuridicidad. El agente debe tener noción de que perturba con su gesto el orden jurídico; no existe, pues, Infracción, Negación del Derecho, sin Culabilidad.

MERKEL, dando al problema este enfoque *subjetivo*, atisbando el psiquismo del sujeto penal, viene así a ser, como MEZGER dice, el prototipo de quienes identifican las nociones de SCHULD y de UNRECHT, las nociones de Culpa y de Infracción.

MERKEL significó también, en oposición al pensamiento de HEGEL, hasta entonces por todos acatado (12), el punto de arranque de las tendencias negadoras de distinción entre infracciones civiles e infracciones penales (13). Para este autor, el concepto de Infracción es uno, apareciendo como culpable rebelión a la Ley. Y ni aun siquiera en el orden de las consecuencias jurídicas hay diversidad; que reparación civil y pena no encierran contenidos distintos, sino que aquélla es, en

(11) Véase Recasens Siches, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*.—Barcelona, Colec. "Labor", 1929, páginas 41 y 42.

(12) HEGEL.—*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1833, § 82 ss.

(13) MERKEL.—*Kriminalistische Abh.*, I, p. 38. — *Jurist. Enzyklopädie*, §§ 291-330.—*Lchrbuch*, § 4-5.

Vid. recordada esta posición de Merkel, en Binding. *Grundriss*, 8 ed. Introducción, § 1. VI. Von Hippel, *Deutsches Strafrechts*, II, pág. 183. Givano vitch, *De la notion du delit*, págs. 44-45.—Respecto a la afinidad que Merkel ve entre reparación y pena, vid. Ferri, *Principii*, 586, nota 1.

la construcción merkeliana, una especie de pena; otros (WELCKER y HEPP) habían dicho que la pena es, más bien, una subclase de la reparación. Ese pensamiento de MERKEL había de ser valorado, por von LISZT, muchos años después, 1881, "como una de las más hermosas conquistas de la moderna Ciencia del Derecho penal" (14).

#### LOS DISCÍPULOS DE MERKEL

MERKEL encontró no pocos seguidores de sus rutas filosóficas y jurídicas; también de sus rutas penales. Es especialmente HERTZ quien recoge el pensamiento del maestro, sobre los problemas que nos preocupan, en su libro *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts* (La Infracción y las teorías generales del Derecho penal), 1880.

Las orientaciones de MERKEL son, con ligeras variantes, mantenidas. Mas hay en el pensamiento de HERTZ un paso al frente. La Culpa es concebida como elemento "primario"; la Infracción como su derivado. La Culpa es expresamente señalada como presupuesto (Voraussetzung) de la Antijuridicidad.

#### RODOLFO DE IHERING

En el año mismo en que MERKEL publicaba su monografía, 1867, imprimía también honda huella sobre el problema el genio de Rudolf von Ihering (1818-1872), el gran pensador que tan decisivo influjo ejerció en las construcciones germanas de la Ciencia jurídica (15).

En el volumen de homenaje a BIRNBAUM, un estudio, con fuerte sabor de otras disciplinas jurídicas, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* (El momento de la Culpa en el Derecho privado romano), agitaba, trazado por la pluma de Ihering, los aspectos básicos del Derecho y de su lesión.

Rechazando la técnica de MERKEL, buscando el nervio del problema de la Infracción no en el subjetivismo, sino en la situación externa

(14) *Lehrbuch*, I, pág. 31, l.—Recordado también por von Hippel, vid. supra, página 183.

(15) Vid. Hurwicz, *Rudolf von Ihering und die deutsche Rechtswissenschaft*, en *Berliner Seminarabhandlungen*. Neue Folge, VI, Heft 4, 1911.—Berlín.

de hecho, Ihering logra forjar una terminología nueva, *Objektives Unrecht*, "Infracción objetiva", iniciando con ella otras corrientes. IHERING opone esa su técnica, como contra argumento, frente a las concepciones merkelianas.

A la luz del Derecho romano y del Derecho Civil llegaban las nuevas corrientes. Las meditaciones ante la situación jurídica del poseedor de buena fe de una cosa extraña habían sido el punto de arranque de la construcción de IHERING. Aspecto objetivo del problema, infracción objetiva: he ahí criterios y enfoques que podían trazar nuevos rumbos.

Pero esos rumbos no habían de llegar con Rodolfo de IHERING. Inconsecuente quizás con sus conceptos fundamentales, el gran romanista, llega, por otros caminos, a formular conclusiones análogas a las que MERKEL propugnara.

IHERING, en efecto, que, teóricamente, por esa su tendencia objetiva, inicia la separación entre el Hecho Culpable y el Hecho antijurídico, cae luego, prácticamente, cuando de las consecuencias se trata, en identificar ambas nociones.

Como MERKEL, IHERING vindica un subjetivo momento respecto al infractor del Derecho. Los elementos de la Naturaleza (*Wind und Wetter*), las bestias, los seres inconscientes no pueden figurar como sujetos de lo antijurídico.

La Imputabilidad es así, en abstracto, tanto requisito de la Culpa como de la Antijuridicidad. Sólo lo culpable es antijurídico.

Pero IHERING ha bosquejado ya una sugerencia, iniciadora de nuevas directivas, siquiera no logre él fecundarla. IHERING, más en los fundamentos doctrinales que en las conclusiones concretas, es el iniciador de una intermedia orientación.

#### THON

Adolfo MERKEL y Rodolfo de IHERING, pese a sus matices diferenciadores, encuentran el substratum de sus concepciones en una coincidente noción del Derecho. Si el Derecho es señorío espiritual sobre los Hombres, todo acaecimiento estrictamente físico, sin mezcla de Culpabilidad, carecerá de relevancia jurídica, no logrará interesar al Derecho ni podrá significar su lesión.

Nada extraño es, pues, el que otras construcciones sobre el concepto fundamental del Derecho tengan su pronto reflejo en este nuestro

problema. Y una nueva noción había sido formulada; es la que deriva de la Teoría de los Imperativos (*Imperativentheorie*); THON la desarrolló en su libro *Rechtsnorm und subjektives Recht* (Norma de Derecho y derecho subjetivo), (1878).

Cierto que, como han dicho NAGLER (16) y SOMLO (17), el pensamiento que late en la teoría de los imperativos tuvo ya sus representantes en DONELLUS, GROTIUS y PUFFENDORF. Y aun algunos de los juristas romanos supieron entreverlo y matizar de su colorido las concepciones jurídicas; LAGORGETTE afirmaba cómo para "el griego, amante de las formas y de la armonía, el Derecho se presenta como un principio de orden, mientras que para el romano se da como fórmula en la que se combinan la voluntad y la razón, la energía moral con la disciplina (18). THON restaura aquellas viejas ideas y les da nuevas amplitudes.

THON, de formación civilista, ensalza la función de la voluntad colectiva en la generación del Derecho. El Derecho de una Colectividad no es otra cosa que un Complejo de Imperativos. Toda manifestación del Derecho es Voluntad (*Wille*) del grupo, enfocada a las actividades y al querer (*Wollen*) de los particulares. En el Derecho, que busca el mantenimiento del Orden jurídico, exteriorízase un Impulso; este impulso se concreta en preceptos de contenido positivo o negativo, en prohibiciones o mandatos.

Esencialmente, en cada principio jurídico existe un Imperativo, un *Praeceptum legis*, o, en mejor terminología, una Norma. Y el Derecho tan sólo a los Hombres se dirige; que no dicta el Orden jurídico sus mandatos a ciegas y sin fin; mas el Imperativo de la Ley sí que a todos los Hombres compele, sean ellos imputables o inimputables; como este autor dijo gráficamente, también a oídos sordos predicase el Orden jurídico

THON, tras tales precedentes, plantea la difícil cuestión, clave de nuestros problemas, de si existe o no una Infracción o Negación del Derecho sin Culpabilidad ("*Schuldlosen Unrechts*"). Para él hay infracción en la Negación del Imperativo; la acción o la omisión, contrarias al Derecho, son la negación de la Norma (*Normwidrigkeit*). La

(16) *Rechtswidrigkeit*, 1911, pág. 309.

(17) *Jur. Grundl.*, 1917, pág. 214.

(18) LAGORGETTE, *Fondement du Droit*, pág. 40.—Cit. por Nagler, *Rechtswidrigkeit*, pág. 310.

infracción es concebida así como fenómeno *objetivo*; la infracción—o, con otro nombre, lo antijurídico—es el hecho característico de la contravención.

Mas no siempre esa Infracción tendrá relevancia jurídica, no siempre generará consecuencias; que la cuestión ha de tener un distinto enfoque en el campo civil que en el penal.

En el Derecho penal tan sólo derivarán consecuencias jurídicas respecto a la *Infracción culpable*. No hay pena sin Culpa; no hay procedimiento ni sanción contra los inimputables. La Punibilidad, que es la consecuencia jurídica de la Infracción criminal, tiene como premisas tanto a la Antijuridicidad como a la Culpabilidad.

En el Derecho civil sucede de otra suerte. Basta que la lesión objetiva del Derecho se dé para que surjan consecuencias jurídicas. La Antijuridicidad crea por sí sola acciones y responsabilidades civiles; aunque el fundo ajeno sea tomado por un inimputable, por un enfermo mental, el Interdicto *Recuperandae possessionis* podrá ser planteado.

El pensamiento de THON podría, pues, sintetizarse en esta forma: Parte de una construcción de Derecho civil; concibe a la Norma como un Imperativo; utiliza un enfoque objetivo; objetiviza así el concepto de la Infracción; cree posible la Infracción sin Culpa; la sola Infracción hace nacer consecuencias jurídico penales; la Infracción debe sumarse a la Culpabilidad para que de consecuencias jurídico penales pueda hablarse.

En THON aparece bien delimitado ya el concepto de Infracción, con contenido marcadamente objetivo. La Infracción concíbese independiente de la Culpabilidad del agente.

#### LÖFFLER

Han de transcurrir dos largos decenios, para que en esta lucha de ideas en torno al concepto y contenido de la Infracción surjan aportaciones caracterizadas por la originalidad. Es en 1901 cuando LÖFFLER trazó, en una de las más meritorias revistas técnicas germanas, en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (XXI, pág. 537 ss) su monografía fecunda sobre Infracción y Legítima defensa (*Unrecht und Notwehr*).

LÖFFLER remóntase a los fundamentos mismos del problema concreto que estudia. Y él, frente al concepto del Derecho y al de Infrac-

ción, sitúase en una posición distinta a las anteriores; porque aquellos conceptos, el último de modo especial, pese a la Literatura copiosa anterior, no aparecen aún con notas precisas. LÖFFLER, manteniendo los criterios objetivos, esos criterios que en THON hemos descubierto ya, sabe reforzarlos, asignándoles bases nuevas y consecuencias más amplias. Pero su objetivismo parte de otros puntos de vista, distintos de los que otros autores utilizaron.

LÖFFLER, civilista preferentemente también, arranca de una nueva concepción jurídica. El Derecho no es, para él, aquel puro ideal, aquella fuerza espiritual que de los hechos reales de la vida puede abstraerse; el Derecho es un estado, una situación. Paralelamente, el acaecimiento antijurídico no supone la alteración de un derecho subjetivo, sino la alteración de un *estado de Derecho*. Infracción hubo—nos dice, ejemplarizando su pensar—cuando un perro devoró mi alimento, cuando las aguas crecientes de un río disolvieron mi azúcar; esos hechos dieron término a mi derecho de propiedad. Este mi derecho no feneció, en cambio, de modo igual, cuando el ladrón tomó uno de mis bienes, pues que yo poseeré entonces contra él el poder de reivindicación de la cosa.

De esta suerte, la Infracción se concibe como algo *absolutamente objetivo*. Y no hay por qué distinguir, a este propósito, la naturaleza de aquella fuerza o de aquel sér que creó el ataque a la situación de Derecho.

No sólo no es absurdo, sino que es más bien lo estrictamente correcto, el decir que existe Infracción en las lesiones que un bien de Derecho pueda recibir de las cosas inanimadas, o, de los seres irracionales, o de los inimputables que obraron sin Culpa. No importa el que las Legislaciones no lo digan expresamente así; es que los Códigos no agotan el contenido de todo el Orden jurídico; parcamente, esos Códigos nos hacen tan sólo saber los más calificados, los más esenciales de los principios jurídicos. Y no se hablará de las cosas inanimadas ni de los seres irracionales, porque sobre ellos no pueden gravitar consecuencias jurídicas y porque carecen de una personalidad *standi in iudicio*.

Originales son también algunos de los argumentos que LÖFFLER ofrece para acreditar cómo existe infracción en los mismos actos de aquellos inconscientes. Es que el Orden jurídico no queda tan sólo garantizado por los órganos judiciales, sino que lo es, igualmente, por las autoridades y funcionarios administrativos, por los órganos secun-



darios; hubo protección del Derecho—escribe—cuando el guardia o el gendarme lograron impedir que un ciervo violento atacara al pacífico paseante.

Para este autor, en fin, existe Infracción en todo aquello que contradice la voluntad del Orden jurídico.

La Culpa no es presupuesto de la Infracción; que a ésta bástale la Antijuridicidad. Y antijurídico, injusto, es también el ataque a los bienes de Derecho que un niño, un demente, una bestia o una cosa inanimada puedan producir.

#### KOHLRAUSCH

En esta presentación cronológica de las tendencias, poco ha de durar sin contrapartida la posición de LÖFFLER. Dos años después de la monografía de este autor, KOHLRAUSCH, el actual maestro de Derecho penal en Berlín, el discípulo de von LISZT y sucesor de sus actividades en la cátedra, referíase a estos mismos problemas cuando, en 1903, publica su libro *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht* (Error y concepto de Culpa en Derecho Penal), (Parte I). Otros trabajos posteriores amplifican su contribución (19).

KOHLRAUSCH busca en un criterio *subjetivo* la solución de nuestras cuestiones. Retrocede a puntos de vista que guardan gran similitud con los que MERKEL utilizara.

La esencia de la construcción del Profesor de Berlín reside en esta máxima: La Imputabilidad es tanto lógica premisa de la Culpa como lo es de la Antijuridicidad.

El concepto del sujeto de la Imputabilidad delimita la esfera del receptor de la Norma. Porque para KOHLRAUSCH, con MERKEL y IHERING contra THON, solamente a los seres imputables, conscientes, afecta la consignación del precepto, el mandato jurídico. La Infracción es, pues, dependiente de la personal calificación de su autor; la Norma sólo se dirige a quienes son capaces de comprenderla y de quererla.

La Imputabilidad, para KOHLRAUSCH, encierra, como momento

(19) Principalmente, *Die Reform des Reichstrafgesetzbuchs*, 1910, vol. I, págs. 179 y ss.

*Die Straftat im deutschen Strafgesetzentwurf 1919*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, XXXIV, 1921, pág. 156 ss.

esencial, la Conciencia del deber de no causar perjuicio a los demás. Solamente habrá de reputarse imputable aquel en quien no falte por completo aquella conciencia del deber; esa conciencia representa para nuestro autor un inexcusable subjetivo elemento de la Infracción.

El fundamento de esta construcción es—bien se comprende—la fórmula del Derecho profesada. El Derecho es concebido por KOHLRAUSCH como un Complejo de Normas consignadas, destinadas a sujetos (Bestimmungsnormen); y aun cuando el pensamiento del autor osciló, entre distintas concepciones, él, siguiendo en esto así las rutas de MERKEL, afirmó al fin que en el Derecho el elemento imperativo es el esencial.

Para KOHLRAUSCH, Infracción es la “legalmente reprobada alteración de un estado”. Y esa Infracción tan sólo los seres conscientes podrán provocarla; porque una Norma proclamada precisa tener ante sí un sujeto, un sujeto respecto al cual quiera y pueda tener validez; y, en tal sentido, únicamente los Hombres podrán ser sujetos del Derecho; y aun de entre los Hombres, no más que aquellos que, reputados imputables, puedan recibir sobre sí el imperativo jurídico. La esencia de la Imputabilidad radica, pues, en un imprescindible elemento subjetivo.

De esta suerte, KOHLRAUSCH, como MERKEL, y como HERTZ, identifica los valores de Infracción y de Culpabilidad.

Concebida la Norma de Derecho como un fundamento capaz de determinar la voluntad humana, la comprobación de un “querer lesionador” de la Norma encierra el problema capital, tanto de la Infracción como de la Culpa. Pertenece a la Culpabilidad la “conciencia de la negación del deber (Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit); mas también sin esta conciencia no puede concebirse a la Infracción. Tan sólo aquel que obra con conciencia de la negación del deber puede realizar Infracción.

#### VON FERNECK

Posición *subjetiva* también, y contemporánea de la precedente, es la que adopta Hold von FERNECK; él la desarrolla en su libro *Die Rechtswidrigkeit* (La Antijuridicidad) (Vol. I, 1903; vol. II, 1905).

De Von FERNECK ha podido decirse que es el más consecuente representante de la concepción subjetiva de la Antijuridicidad. Fecunda

este autor la concepción merkeliana y le da más dilatados horizontes, al entroncarla con la Teoría de los Imperativos, y al hallar en el estudio de la naturaleza de las relaciones del Derecho un unificador fundamento para todas sus consecuencias.

Von FERNECK desenvuelve una noción subjetiva e inmanente. El Derecho es, en cierto aspecto, "un sistema de relaciones entre individuos humanos"; y, consecuentemente, también los conceptos jurídicos deben ser, ante todo, referidos a tales relaciones entre seres humanos; interesa así la valoración de lo subjetivo. La misma existencia del Derecho depende y fluctúa de la motivación y contramotivación del agente, en un momento concreto.

Como para THON, es también el Derecho para FERNECK un Complejo de Imperativos; pero, contra la opinión de aquel autor, estimase ahora que puede bien hablarse de dirección de las Normas, de consignación de las mismas. Y así, como lógica consecuencia, tan sólo a los seres imputables—que son quienes pueden recibir el Imperativo de la Ley y quienes pueden motivar un acto ulterior—será susceptible la Norma de dirigirse.

Es más, cuando obran las fuerzas de la Naturaleza o el Irracional, no existe siquiera el Derecho; es que falta la motivación subjetiva. Mal puede, pues, hablarse de infracción en tales casos.

De Infracción son capaces quienes posean la Imputabilidad. A tal respecto, FERNECK recoge aquella noción de imputabilidad que, apartándose de la orientación clásica, habla de la "normal determinabilidad por motivos" ("normale Bestimmbarkeit durch Motive").

FERNECK equipara la Infracción y la Culpabilidad, los momentos antijurídicos y los culpables. La nota esencial de ellos es la lesión del deber; contrario al deber, contrario a la Norma son expresiones gemelas, y en un todo coincidentes con la de Antijuridicidad.

#### EL CONDE DE DOHNA

Una de las monografías más luminosas sobre los problemas de la Antijuridicidad es la que, en 1905, tuvo por autor a uno de nuestros maestros, al Conde de DOHNA, Profesor hoy de la Universidad de Bonn.

Privatdozent aun en la Universidad de Halle, Alexander Graf zu

DOHNA proyectó en las páginas de ese su trabajo (20) la honda huella de su pensamiento filosófico potente. Este late también en producciones ulteriores, singularmente en aquella que, aparecida en 1925, abordó el estudio de problemas tan básicos como Derecho y Error (21).

Conserva el Conde de DOHNA muchos de los rasgos que en von FERNECK acabamos de apreciar; es la misma construcción subjetiva, es similar preocupación ante los motivos del agente. Pero, seguidor de las rutas de Rudolf STAMMLER, Graf zu DOHNA trae a la esfera penal, en aquel su primer libro, libro que dedicó al maestro, las concepciones del ilustre pensador, las que abre así a horizontes nuevos.

El Criticismo kantiano, mantenido en la rama filosófica de Marburg, hemos visto ya cómo adquiere modernas amplitudes a través del genio jurídico de STAMMLER. La fórmula del Derecho justo proyéctase sobre los estadios penales; el Conde de DOHNA, que se adhiere a ella, es una de las figuras más representativas de la tendencia Criticista.

Y a la luz de este Criticismo, estúdiase la noción de la Antijuridicidad. Porque, como DOHNA nos dice, pese a la literatura copiosa nacida alrededor del problema, la Ciencia penal carecía aún, en los albores del siglo XX, de una respuesta satisfactoria al inquietador interrogante ¿cuándo una acción humana es antijurídica?

Mejor que seguir las huellas de la Escuela del Derecho Natural o las del Historicismo, porque unas y otras son imperfectas cuando no falsas, Graf zu DOHNA concentra sus cuidados en la presentación de una pura *Máxima formal* que trace directivas amplias y que, a su vez, pueda referirse también a los casos concretos de la vida.

Tomando como punto de arranque el ideal stammleriano—el Derecho quiere ser justo—DOHNA encuentra la medida para la crítica valoración de la Norma del Derecho en el enfoque teleológico, que presenta compendiado en una *Máxima formal*; según ésta, será jurídico aquello que signifique *justo medio para un justo fin*.

(20) *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle a. S., 1905.

(21) *Recht und Irrtum. Zwei Kernprobleme der Verbrechenlehre*, 1925. Mannheim-Berlín-Leipzig.

Sobre Dohna, véase Kohlrausch, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 25, p. 656.—También Wegner, *Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht*, Hamburg. Schriften, Heft 7, 1925, pág. 46 y ss.

Dohna, *Vergl. neuerdings: Das neueste Strafgesetzentwurf in lichte des richtigen Rechts*.—Berlín, 1926.

Esta máxima de DOHNA rinde un doble servicio; tanto será útil para determinar el justo contenido de la Norma, como para valorar la concreta juridicidad o antijuridicidad de un hecho vivo.

Empero ahora precisa conocer—nuestro problema, más que resuelto, ha experimentado tan sólo una traslación—qué es justo fin. Y frente a las dos orientaciones posibles, objetiva o subjetiva, DOHNA decídese por la segunda; como él escribe, el experto en la valoración de los actos es, en primer término, el autor mismo de ellos.

El fin del Derecho genera así un criterio para fundamentar la juridicidad de la acción, de una parte; la conformidad del autor con su propio deber, de otra.

Si el Derecho tiene su propia motivación, el sujeto de una actuación que tenga relevancia jurídica habrá de obrar por motivos análogos, paralelos, a los del Derecho.

Y, para calificar a un acto de la nota de jurídico o de antijurídico, la misión del juzgador no es otra que la de investigar la posición del agente, o, dicho más técnicamente, no es otra que la de Subsumir los momentos psicológicos de la motivación del autor.

Por estas razones, la función del Derecho se concibe como formadora de una conciencia del deber, de una conciencia jurídica que aprecie los motivos de la Norma y que sepa vivificarlos en la generación de cada hecho concreto. El Derecho es, pues, teleológicamente hablando, *Educación*.

La Antijuridicidad, de esta suerte equiparada a la lesión del Deber (*Rechtswidrigkeit=Pflichtwidrigkeit*), es el punto central de la construcción. Y ella es nota esencial tanto de la Infracción como de la Culpabilidad. Estas dos nociones quedan, pues, equiparadas teóricamente por el Conde de DOHNA; en toda Infracción han de latir, como esenciales, *elementos subjetivos*.

Sin embargo, quien doctrinalmente, por este su criterio subjetivo, señaló la coincidencia de Infracción y de Culpabilidad, didácticamente, con inconsecuencia quizás, diferencia y separa aquellas nociones. Quienes, en cátedra y en Seminario, hemos seguido la labor del Profesor ilustre, podemos apreciar cómo en el orden de las consecuencias, Graf zu DOHNA no identifica ya aquellas ideas fundamentales.

DOHNA presenta, en la Parte II de su monografía, los aprovechamientos prácticos de su Máxima formal sobre problemas tan candentes en la Ciencia nuestra como derecho de corrección del educador, dere-

cho de amputar del cirujano, inadecuada revelación del secreto, estado de necesidad, ejercicio del deber y consentimiento de la víctima (páginas 79 a 152).

#### H. A. FISCHER

Hasta el momento presente, estos problemas, más que con vistas al Derecho positivo, se han debatido en un plano de profunda filosofía jurídica. FISCHER, que lo pone así de relieve en sus estudios sobre la Antijuridicidad (*Die Rechtswidrigkeit*, 1911), quiere dar a la cuestión un enfoque práctico, refiriéndola a la interpretación de los concretos textos legales.

Por ello, el valor doctrinal de su contribución es relativo; no aporta él tampoco una especial novedad teórica.

En la posición de FISCHER es digna de subrayarse la importancia preponderante que a la subjetiva finalidad del agente asigna. Como él nos dice, el Hecho, neutro en sí, recibe la coloración jurídica o antijurídica de la concreta intención del autor.

Por las páginas de FISCHER desfilan varios de los específicos casos que el Derecho Civil alemán plantea, varios de los parágrafos del B. G. B. (*Bürgerliches Gesetzbuch*. Código Civil).

De la esfera penal, este autor recoge un problema de índole general, la relación entre Antijuridicidad e Inmoralidad; para él, en construcción gemela a la del Humanismo italiano de Vincenzo LANZA, “lo que es inmoral, en el sentido del Derecho, es antijurídico”. Tras esta cuestión general, preséntanse otras más concretas, las que derivan de la legítima defensa, del estado de necesidad, del fin curativo...

FISCHER busca solución a los problemas, guiándose por una orientación de *intenso subjetivismo*.

#### NAGLER

Si FISCHER ha dado realce al aspecto subjetivo, es también en 1911 cuando, en contraste con ese gesto, exteriorízase con NAGLER una concepción de la Infracción fundamentada en el más *rígido objetivismo*. En el volumen con que los juristas germanos festejaron el setenta aniversario del nacimiento del genial Carlos BINDING, uno de los dis-

cíbulos de éste, NAGLER, dejó impresas páginas de interés relativas a la teoría de la Antijuridicidad. (*Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*.—Bindin-Festschrift, vol. II, páginas 273 ss.).

El Derecho es para NAGLER la objetiva ordenación de la Vida; es la externa reglamentación de la convivencia de los hombres, realizada a través de autoritarios principios de la Voluntad ordenadora. Así, la función del Orden es la primaria función del Derecho; y de ella forma parte, en primer plano, la función protectora.

La Antijuridicidad, apreciada como simple contravención al Derecho objetivo, no puede lógicamente concebirse de otra suerte que como algo puramente objetivo.

NAGLER dirige con ahinco sus críticas sobre la llamada Teoría de los Imperativos, frente a la que formula dos distintas objeciones; la más saliente de ellas es que tal teoría no logra eficacia bastante para aclarar el contenido del derecho subjetivo.

El Objetivismo de este autor puede, en el orden de las consecuencias, condensarse en estas frases: Hay situaciones antijurídicas que pueden producirse sin actuación humana. También el caso fortuito—el acaecimiento de la Naturaleza, la inundación, el gesto de un animal—puede lesionar una situación garantida por el Orden jurídico.

NAGLER, que es así uno de los objetivistas más consecuentes, logra dar nueva actualidad a estas orientaciones, consolidándolas en la Ciencia. Sin embargo, quedan todavía en su construcción vacíos por llenar.

#### HEGLER: NUEVOS HORIZONTES

La contienda que los autores precedentes personifican, gira, con accidentales matices, en torno a dos distintas posiciones. De una parte se da aquella concepción que hace coincidentes, en todo o en parte, las ideas fundamentales de Antijuridicidad y de Culpabilidad, de hecho antijurídico y de hecho culpable; o esta última noción es, cuando menos, presupuesto esencial de la primera. Frente a ella ha ido ensanchando su dominio la concepción traída por el Objetivismo, para la cual aquellas ideas deben quedar diferenciadas: la Antijuridicidad, con substancia propia, es estrictamente la objetiva lesión al Derecho, provenga ella de unos o de otros seres o fuerzas, con independencia del psiquis-

mo del autor; la Culpabilidad es, sí, la que recoge esas notas del proceso íntimo del agente.

Y si los objetivistas han delimitado los conceptos de Antijuridicidad y Culpabilidad, ellos habían consagrado además una fórmula simple permitiendo conocer el contenido de aquellas dos básicas ideas. Pensadores como BELING y como FRANK, figuras destacadas en la técnica del delito, conservan y reproducen el criterio; en páginas anteriores lo hemos visto ya. Para estos autores, como para tantos otros, todo elemento objetivo del delito pertenece a la Antijuridicidad, proyectándose sobre ella; por el contrario, todo elemento subjetivo incide sobre el juicio de Culpabilidad.

Es HEGLER quien primero presiente como demasiado simplista aquel criterio. Sobre una fundamentación objetiva sabe este autor iniciar originales pensamientos, en las páginas fecundas de aquel su estudio *Die Merkmale des Verbrechens* (Los caracteres del Delito), aparecido en 1914 (22).

HEGLER no es estrictamente un objetivista; él inicia, más bien, una posición mitigada, que es en cierto modo ecléctica.

HEGLER refuta la generalizada opinión que, pese a las variantes de las ramas del Derecho, ve la nota de unidad en el concepto de Antijuridicidad. El problema de la Antijuridicidad es así, de modo específico, un problema de Derecho penal; el criterio teleológico del Derecho no abona, precisamente, por la unidad; según la índole del interés protegido y lesionado, podrá hablarse de Infracción de Derecho privado o de Infracción de Derecho penal.

Y esta específica Infracción de Derecho penal, *fundamentalmente objetiva*, muéstrase—he aquí entronques con de Liszt—como antisocial.

Mas la Antisocialidad del acto no es en absoluto independiente de los elementos psíquicos de autor. He aquí la *concesión al Subjetivismo*.

Es el estudio de un determinado grupo de infracciones el que hace decir a HEGLER, en pensamiento que rompe con las generalizadas construcciones precedentes, que *no todo lo subjetivo pertenece a la Culpa, ni sólo a la Antijuridicidad afecta lo objetivo*.

De esta suerte quedó ya rasgada la incipiente brecha. Más tarde,

(22) Estudio citado ya, aparecido en la *Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft*, XXXVI, 1914, pág. 19 y ss.

a través de ella había de hacer pasar von MEZGER una más amplia teoría. Esa brecha vale tanto como decir que también en la Antijuridicidad pueden darse, junto a los momentos objetivos que le son peculiares, otros elementos subjetivos.

Existe, en el catálogo de los hechos punibles que el libro II del Código penal alemán describe y guarda, un grupo de delitos que sólo podrán darse, pese a su presentación morfológica perfecta, cuando en el agente concurra una especial intención antijurídica. Son los delitos en los que ha de precisarse, según la técnica de HEGLER, una *überschüssende Innentendenz*; aunque la versión castellana ofrece dificultades, son delitos a los que podremos llamar Delitos con excedente, con avanzada, con específica tendencia interior.

Es ese grupo de Delitos, precisamente, en el que HEGLER ve elementos subjetivos que no a la Culpabilidad sino a la Antijuridicidad se refieren. Así se han abierto ya nuevos horizontes.

HEGLER ofrece, como ejemplos los más convincentes de su aserto, los tipos del Hurto y de la Estafa, tal cual el Código federal de 1870 los presenta en sus artículos 242 y 263 (23). El Hurto no consiste tan sólo en tomar la cosa mueble ajena; que, según el texto expreso de la ley, ha de sumar a ese gesto una *intención* de apropiación *antijurídica* (*Absicht...*, dieselbe (die Sache) sich rechtswidrig zuzueignen). La Estafa del vigente Código alemán demanda también, aparte su tipicidad objetiva, la *intención* de procurar para sí o para un tercero un

(23) § 242: "Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft". (El que se apodera de una cosa mueble perteneciente a otro, con la intención de antijurídicamente apropiársela, será castigado a causa de hurto con prisión).

§ 263: "Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird wegen Betruges mit Gefängnis bestraft, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann".—(Quien, en la intención de procurar para sí o para un tercero un antijurídico lucro, hubiese perjudicado la fortuna de otro, por medio de engaño o por deformación o supresión de hechos ciertos causando un error, será castigado, a causa de estafa, con prisión; podrá además ser condenado a una multa de hasta 3000 marcos, así como a la privación del ejercicio de los derechos civiles).

*antijurídico* lucro ("der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen").

Esa específica intención, que es momento subjetivo del delito, refiérese no a los problemas de la Culpabilidad, sino a la Antijuridicidad misma.

Existen, pues, según la técnica de HEGLER, elementos subjetivos de la Antijuridicidad.

#### M. E. MAYER

En los capítulos precedentes hemos recogido, con el alto interés que bien merece, la posición original del que fué maestro ilustre de Filosofía del Derecho y de Derecho Penal en la Universidad de Frankfurt am Main. Su estudio sobre la Norma de Cultura, 1903, logró imprimir nuevas directivas al siempre candente problema de la Antijuridicidad; el contenido de ésta quedó especialmente abordado en aquella monografía, iniciadora del que ha sido llamado luego *Objetivismo Cultural* (24).

Además de esa aportación monográfica, Max Ernst MAYER concretó su construcción integral sobre nuestra Ciencia en páginas tan enalzadas por su originalidad y por su profundo sentido filosófico, como por la certera y clara expresión del pensamiento. Ello fué en 1915, en el volumen en que quedó científicamente presentada la Parte General del Derecho penal alemán, (*Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts—Lehrbuch*), Carl Winters, Heidelberg).

En ese volumen de Max Ernst MAYER se recogían las entonces más últimas orientaciones sobre los elementos subjetivos de la Antijuridicidad. M. E. MAYER inspirábase, a este respecto, en los criterios que sostuviera ya NAGLER. Y, seguidor, como éste, de la tendencia objetivista, él la fundamenta en las exigencias mismas de la presentación del problema; para MAYER, el concepto de la Antijuridicidad no permite una separación de la misma, como algunos habían hecho, en Antijuridicidad objetiva y subjetiva; que ella es una e indivisible.

Mas no es esta la cuestión que ahora se debate. Cuestión, distinta de la anterior, es la de conocer si la Antijuridicidad de una acción

(24) WOLTER.—*Die Krise der Rechtswidrigkeitslehre*, en *Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtsw.*, 1928, XLIII, pág. 36.

quedará siempre sin relación alguna con la finalidad propuesta por el agente; M. E. MAYER responde negativamente al problema así planteado, reconociendo, por tanto, la posible *coherencia de lo antijurídico con los elementos subjetivos*; véanse las páginas que, en el Capítulo IV de su obra, dedica al tema. (IV, Die Rechtswidrigkeit, A, II, 2) (25).

El estudio de algunos textos del Código Civil, el que análogamente plantean otras situaciones jurídico penales—como la intervención médico quirúrgica—, casos suministrados también por la misma literatura, cual el del Doctor del Fausto de Goethe, llevan a M. E. MAYER a formular luego una orientación de carácter general: Los elementos subjetivos de la Antijuridicidad son puros caracteres de la Antijuridicidad; que no son ellos caracteres de la Culpa, ni propia ni impropriamente hablando; ellos tienen un único valor antijurídico.

De esta forma concibe MAYER, asignándoles peculiar contenido, a estos *elementos subjetivos*.

#### SAUER

Discípulo del Conde de DOHNA, cultivador profundo de los estudios filosófico penales, “quasi classico” en frase de Enrico FERRI (26), Guillermo SAUER (Königsberg) se ha referido a los elementos subjetivos de la Antijuridicidad en libro en que presenta las cuestiones básicas del Derecho penal, *Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts—und Sozialphilosophie*, 1921.

Entroncando este autor, por el eslabón intermedio que su maestro significa, con el Neo-kantismo stammleriano, él aporta los enfoques del Criticismo.

Pero su posición concreta frente a los problemas de la Antijuridicidad difiere en mucho de la que en Graf zu DOHNA hemos visto representada. Porque si DOHNA, tras aquella su Máxima formal—justo medio para justo fin—al estudiar luego la justicia del fin decídese por los criterios del Subjetivismo, SAUER, diversamente, en retroceso doctrinal, concibe este problema teleológico a la luz de lo objetivo.

Así, si Graf zu DOHNA es en estos problemas el líder del Criticis-

(25) Segunda edición de su obra *Der allgemeine Teil &c.*, Heildelberg, 1923, páginas 185-188 especialmente.

(26) *Principii*, página 105.

mo lógico, su discípulo SAUER, discordante en este punto, representa al *Criticismo sociológico*. Para este autor, no es el individual fin del agente lo que suministrará el criterio de valoración de su gesto; este criterio deriva del general fin del acto, de su real fin, de la general tendencia de la acción.

SAUER muévase en los límites del más *estricto Objetivismo*. Para el Profesor de Königsberg—y esta frase nos resumirá su pensamiento—“Nunca puede un puro elemento subjetivo fundamentar por sí solo la Antijuridicidad”.

#### EDMUNDO MEZGER

La teoría de los elementos subjetivos de la Antijuridicidad, esbozada por alguno de los autores precedentes, adquiere con Edmund MEZGER nuevos perfeccionamientos, logra precisión y origina un favorable movimiento doctrinal. Es en la revista técnica *Der Gerichtssaal*, revista de preferente sabor clásico, donde el Profesor de Tübingen dejó, en 1923, su recordatorio de las tendencias precedentes y sus pensamientos propios.

La monografía de MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, desarróllase en las páginas 207 a 314 del volumen LXXXIX de aquella publicación penal (27). A la presentación de su contenido, dado el fuerte empuje que a la construcción de la teoría aporta, dedicaremos íntegro nuestro capítulo siguiente.

#### OTRAS APORTACIONES

El estudio de la Antijuridicidad, ganando en difusión y contenido, mostrando nuevas sugerencias como esta que sus posibles elementos subjetivos significan, ha venido siendo materia, en los años últimos, de una copiosa literatura. Literatura que no es circunscrita sólo ya a los países de lengua germana, siquiera en éstos siga teniendo aún sus preferencias.

(27) *Der Gerichtssaal — Zeitschrift für Zivil und Militär Strafrecht und Strafprozessrecht sowie die ergänzenden Disciplinen*.—Stuttgart. Verlag von F. Enke. 1923. Bd. XXXIX, Heft 3-4.

Algunos de los autores reseñados en las páginas que anteceden han vuelto sobre el tema. Interesantes trabajos encontramos en la obra que los penalistas de Alemania han ofrecido como homenaje a uno de sus mejores maestros, a Reinhard FRANK (München), al afamado comentarista del vigente Código penal germano, en la fecha en que él, 16 de agosto de 1930, llegaba a los setenta años de su laboriosa vida. En el primero de los volúmenes de esta colección de monografías, Johannes NAGLER estudia el concepto de la Antijuridicidad (28); y Augusto HEGLER nos da concretamente su pensamiento sobre los subjetivos elementos de ella (29).

También recientes contribuciones al tema han sido debidas a WEGNER (30), y singularmente a HEINITZ (31).

En la Bibliografía italiana, pese al desdén con que algunos maestros han mirado la tendencia, prodúcese también obras sobre la materia. Una de las más dignas de subrayarse en este lugar es la que, debida a la pluma de Giacomo DELITALA, aparece en 1927; su nombre es lo bastante expresivo para darnos cuenta de la orientación: *Contributo alla nozione del reato (Il reato como offesa ad un bene od interesse obbiettivamente protetto)* (32).

DELITALA, concibiendo al Derecho como protección de intereses, sigue la ruta estrictamente objetivista; distingue la Antijuridicidad de la Ilicitud, la violación de la Norma de la violación del deber jurídico.

No deja de ser personal la concepción de este pensador italiano. La Ilicitud y la Antijuridicidad, términos diferentes, tienen, para él, el criterio delimitador en que si al primero de ellos se refiere la acción, afecta el segundo—la Antijuridicidad—al hecho; y puesto que la acción concurre a integrar el hecho, la Ilicitud es elemento constitutivo

(28) *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*. Verlag J. C. B. Mohr, Tübingen, 1930. Vol. I, trabajo X, Nagler, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*.

(29) Obra arriba citada. Monografía IX. Hegler, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente*.

(30) *Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht*, — Hamburg. Schriften, Heft 7, 1925.

(31) *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, en *Strafrechtlichen Abhandlungen herausgegeben von v. Lilienthal*.—Heft 211

(32) Roma.—Vid. recensión de este libro en *Boletín de la Bibl. Nacional de Criminología y Ciencias afines*.—Buenos Aires, octubre, 1927, pág. 201.

de la Antijuridicidad. Y sobre este elemento formal de la Antijuridicidad distingue DELITALA el hecho antijurídico de Derecho penal, que es el delito, de los otros hechos antijurídicos extrapenales (infracciones de Derecho privado o público).

## II

### LA CONSTRUCCION DE EDMUNDO MEZGER

Figura sin duda la más representativa en la elaboración última del concepto de los "Elementos subjetivos de la Antijuridicidad" es la del Profesor de la Universidad de Marburg, Edmund MEZGER. El es quien logra dar planteamiento firme a la orientación.

Estudiador, primero, de problemas tan fundamentales como los de "Ser" y "Deber ser" en Derecho (33), abordaba luego, concretamente, el tema que constituye también el objetivo preferente de este nuestro trabajo en su monografía luminosa, ya citada, *Die subjektiven Unrechtselemente*, aparecida en 1923 (34). Más tarde volvió parcialmente al problema en su contribución al volumen de homenaje a TRAEGER (35).

Pero no puede penetrarse en el estudio concreto de la cuestión sin trazar antes, con rasgos claros, la diferenciación entre UNRECHT y SCHULD, entre Antijuridicidad y Culpa. Sólo entonces es cuando aquélla podrá plantearse eficazmente. A ese previo empeño diferenciador dedica MEZGER páginas de interés (239-259).

#### EL CONCEPTO DE LO ANTIJURÍDICO (UNRECH)

Hemos pasado rápida revista, en el capítulo precedente, a las más marcadas tendencias que abordan la unidad o diferenciación de Infracción y Culpa. Todas aquellas que, arrancando de orientaciones sub-

(33) *Sein und Sollen im Recht*, Tübingen, 1920.

(34) *Die subjektiven Unrechtselemente*, en *Der Gerichtssaal*, LXXXIX.—1923, fascs. 3-4, págs. 207-314.

(35) *Von Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, en *Festschrift für Träger*, 1926.

jetivistas, inspiradas en el tipo merkeliano, elaboran como coincidentes los conceptos de Infracción y de Culpabilidad, han llegado a tal conclusión como consecuencia de la común noción del Derecho de que parten. Como MEZGER escribe, al fundamentar la teoría propia, para aquellas tendencias identificadoras, "la Norma de Derecho es, primaria y exclusivamente, una Norma de destinación (Bestimmungsnorm), preceptiva, para la convivencia humana, para los hombres.

Así concebido el Derecho, análogo esencial criterio debe matizar el pensamiento sobre el origen y carácter de la lesión jurídica; tan sólo la voluntad inteligente de los hombres es capaz de originar una infracción, un agravio a la espiritual fuerza del Derecho.

Para aquellas tendencias, el concepto de la Infracción cae de lleno en el proceso psíquico de la motivación del agente. Es el Subjetivismo.

Por eso, interesa retornar a este problema fundamental antes de seguir construyendo. ¿Es el Derecho verdaderamente Norma de destinación? O, dicho con mayor exactitud, ¿es el Derecho verdaderamente tan sólo Norma de destinación?

He aquí la cuestión básica, que MEZGER plantea (página 240), enlazada con el concepto cognitivo del Derecho. Y, para él, la respuesta surge diáfana: El Derecho como Norma de destinación no puede concebirse sino conjuntamente con el Derecho como Norma de valoración (Bewertungsnorm); es la objetiva ordenación de la Vida (objektive Lebensordnung).

Lógica premisa del Derecho-Norma de destinación es, ante todo, el Derecho-Norma de Valoración, de garantía. El Derecho es tan sólo "practicable" como Bewertungsnorm.

Esta es exigencia crítica que Adolfo MERKEL y sus seguidores habían olvidado.

Así concebido el Derecho, en esa doble y armonizadora faceta, dos son las rutas posibles para elaborar la noción de lo antijurídico. La ruta subjetivista o la objetiva. La elección del camino a seguir es influenciada, en las páginas de MEZGER, por la idea del fin último, del mejor fin. De esta suerte, la deducción derivase concluyente: La construcción del Derecho, del Derecho penal especialmente, ha de arrancar de una *orientación objetiva*.

El Derecho muéstrase como Orden de vida. En consecuencia, lo antijurídico es la lesión de este Orden objetivo, la modificación de

una situación jurídica. El delito es antijurídico, precisamente porque él crea una antijuridicidad (36).

La Norma de Derecho no tiene por qué ser consignada a alguien (adressenlosen Norm). El Imperativo del Derecho es para MEZGER algo secundario, aceptable tan sólo en cuanto medio de realización del orden jurídico.

Cierto que a esta tesis cabrá oponer la argumentación de que también, tanto como el hombre, las fuerzas de la Naturaleza (Wind und Wetter), las cosas inanimadas y las bestias podrán ser causantes del Unrecht, de la Infracción; pero, a poco que se medite sobre ello habrá de apreciarse cómo la lesión de los intereses jurídicamente protegidos no puede ser imaginada sin un sujeto de Derecho que obre.

Ni tampoco puede objetarse, dice MEZGER, que el Derecho pierde, en su concepción, aquel carácter de poderío espiritual. Porque, en definitiva, tras el quebranto a la situación jurídica, late la lesión a una jurídicamente reconocida manifestación de voluntad.

El concepto de la Infracción acaba de concretarse con el estudio de su contenido. El contenido material de la Infracción es la *lesión de los intereses humanos*. Que el Derecho no es el fin en sí mismo, sino medio a fines más altos.

MEZGER entronca aquí sus pensamientos con las elaboraciones de la llamada Teoría de los Intereses (*Interessentheorie*). Ella nació como reacción a las abstracciones del filosofismo; HERTZ (37) y sobre todo KESSLER (38), le dieron concreción y amplitudes; una copiosa literatura la ha desarrollado; para el último autor citado, el ofendido y sus intereses significan el ángulo visual correcto del Derecho todo, del Derecho penal de modo especial.

MEZGER acoge estos criterios. La Infracción es, formalmente con-

(36) *Das Verbrechen ist rechtswidrig, weil es eine Rechtswidrigkeit bewirkt.* Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente*, pág. 246.

Von Liszt había criticado ya este punto de vista, que encuentra en Binding; afirmando hay en él confusión de dos distintos conceptos. Escribe, a este respecto, *Das Verbrechen ist rechtswidrig, nicht aber bewirkt es eine Rechtswidrigkeit.*—Lehrbuch, 25.<sup>a</sup> edic., pág. 172, nota 1.

(37) Hertz, *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts*, volumen I, 1880.

(38) Kessler, *Die Einwilligung der Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung*, 1884.

También en *Der Gerichtssaal*, XXXVIII, 1886, pág. 561 y ss.—XXXIX, 1887, 94 y ss.—XL, 1888, 590 y ss.



siderada, ruptura del Derecho en cuanto éste significa Norma de valoración sin destinación; materialmente, ruptura del interés protegido por el Derecho.

Mas el Profesor de Marburg subraya la dirección en que ha de buscarse el criterio y la medida de la Infracción: No el punto de vista del agente, del infractor, sino el del lesionado por el delito, el de la víctima.

En síntesis, la elaboración de MEZGER sobre el concepto y contenido de la Antijuridicidad practícase desde un plano objetivo y material. Esa elaboración puede bien ser denominada *Criticismo Sociológico*; no es el Criticismo lógico, subjetivo, que vimos propugnado por Graf zu DOHNA; es el Criticismo externo que se fundamenta en la que podríamos llamar fórmula de la economicidad jurídica, en *la máxima posible satisfacción de los intereses de Derecho*, "Der Prinzip der maximalen Interessenbefriedigung".

#### EL CONCEPTO DE LA CULPABILIDAD

*La idea básica.*—Sin Infracción no hay Culpa imaginable (Ohne Unrecht ist Schuld nicht denkbar). La Culpa contiene solamente la personal "reprochabilidad" (Vorwerfbarkeit) de una Infracción realizada.

La Culpa presupone una Infracción y se actúa sobre ésta. Ciertamente que existe una tendencia, la concepción sintomática del Delito (symptomatische Verbrechens-auffassung), que quiere hacer de la Culpa la piedra angular del tratado de la Infracción. TESAR (39) y KOLLMANN (40) son, en la Ciencia germana, sus representantes más genuinos; también KRIEGSMANN se afilió a ella; y FERRI ha reivindicado para sí el esbozo, que afirma quedó ya contenido en su *Sociología criminale* (edición de 1900), de la orientación (41).

(39) *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*, 1907. Abh. Berliner Sem.—Der symptomatische Verbrechensbegriff, en *Zeitschrift f. d. g. Strafrechtswissenschaft*, 1909, pág. 82 y ss.

(40) *Der symptomatische Verbrechensbegriff*, en la revista arriba citada, XXVIII, 1908, 449 y ss.

También *Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem*. Straf. Abh., Heft 91.

(41) Ferri.—Vid. *Principii*, pág. 137, nota.

Sin embargo, ya Merkel inició el tecnicismo y la tendencia. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, págs. 25-26.

Pero aun esta tendencia, en sus normas de utilización, ha de arrancar, en pureza, del hecho exterior delictivo; el delito es—en frase de KOLLMANN—el medio de reconocer la Culpabilidad penal; y quienes fundamentan el Derecho penal tan sólo en la fórmula de la "Peligrosidad" hablan, al presentar los índices más peculiares de ella, de la Peligrosidad postdelictual.

El planteamiento de la Culpa es así, para todas las tendencias, aun para la tendencia sintomática, dependiente de la existencia de la Infracción. MEZGER puede reproducir, a este propósito, las palabras de Ernesto BELING: "Kriminelle Schuld bei nichtrechtswidrigen Handeln ist ein Unding (42)". (Es un absurdo hablar de Culpa criminal en las actuaciones no antijurídicas).

#### LAS CONCEPCIONES DE LA CULPABILIDAD

Antes de avanzar, interesa recordar aquí, en sus líneas más fundamentales, las varias concepciones sobre el objeto del juicio de Culpabilidad.

##### 1 a. *Concepción concretamente psicológica:*

He aquí la primitiva, simplista posición. El objeto del juicio de Culpabilidad versa esencialmente sobre la relación subjetiva, psicológica, del agente con su propio acto. Si la infracción es concebida como antijurídico acaecimiento que lesiona intereses de Derecho, la Culpabilidad es, a su vez, para esta tendencia, la personal relación del autor con aquel Hecho que él produjo. ("Subjektive, psychologische Beziehung des Täters zu seiner Tat: Kohlrausch, Dohna, M. E. Mayer...).

La Culpabilidad recoge así los momentos descriptivos; y su juicio se realiza mediante la subsunción.

##### 1 b. *Concepción concretamente psicológica, mas ampliadora del juicio de Culpabilidad a una función normativa:*

Inspirada en iguales orientaciones que la precedente, pero con un contenido más amplio, surge la concepción normativa de la Culpa (Normativen Schuld-auffassung).

Sigue enfocándose tan sólo el hecho *concreto* de la infracción. Mas

(42) *Die Lehre vom Verbrechen*, pág. 78.

sobre la función recogedora de los elementos estrictamente descriptivos—que es la posición anterior—piénsase aquí, además, en una valoración, en una estimación de la psiquis del agente en el momento mismo en que él actuó el gesto perturbador. Trátase de dar al acto una consideración valorativa.

Al juicio sobre los elementos descriptivos se ha sumado el de los elementos normativos. Esto es, se estima, se enjuicia el interior contenido del autor al tiempo de realización del acto y en su relación con éste. (“Bewertung eines inneres Verhalten”).

Orientación ésta, complementadora de la precedente, que ha tenido por parte de los más de los autores modernos germanos, una eficaz aceptación. Bien que el criterio valorador difiere de unos a otros: quién lo encuentra en la Etica, quién en lo social, quién en lo estrictamente jurídico... Representantes genuinos de la tendencia lo son el Profesor GOLDSCHMIDT y el Conde de DOHNA.

GOLDSCHMIDT (43) elabora el concepto de la Culpa en relación muy íntima con los llamados “elementos normativos” de la misma (normativen Schuld-elementen); sírvele de criterio valorativo el que se deriva de la lesión al deber (Plichtwidrigkeit); ese criterio es válido tanto para justipreciar al delito doloso como al culposo.

También el Profesor Graf zu DOHNA nos da, en su magistral monografía sobre la Antijuridicidad (44), y en otras producciones (45), sus pensamientos, de gemela dirección a los anteriores. La Culpabilidad refiérese, en el fondo, a la estimación ética del gesto perturbador.

2.—*Concepción caractereológica de la Culpabilidad*: (Charaktereologische Schuldauffassung):

Las dos tendencias precedentes recogen la descripción o la valoración del acto concreto del agente y su proceso psíquico concreto. La tendencia que ahora presentamos aspira a penetrar en el carácter general del delincuente y aspira a dar a este integral conocimiento relevancia jurídica.

(43) Vid. *Der Notstand ein Schuldproblem*, en *Oesterreichische Zeitschrift für Strafrecht.*—IV, 1913, pág. 129 y ss.

(44) Monografía citada; vid especialmente pág. 122.

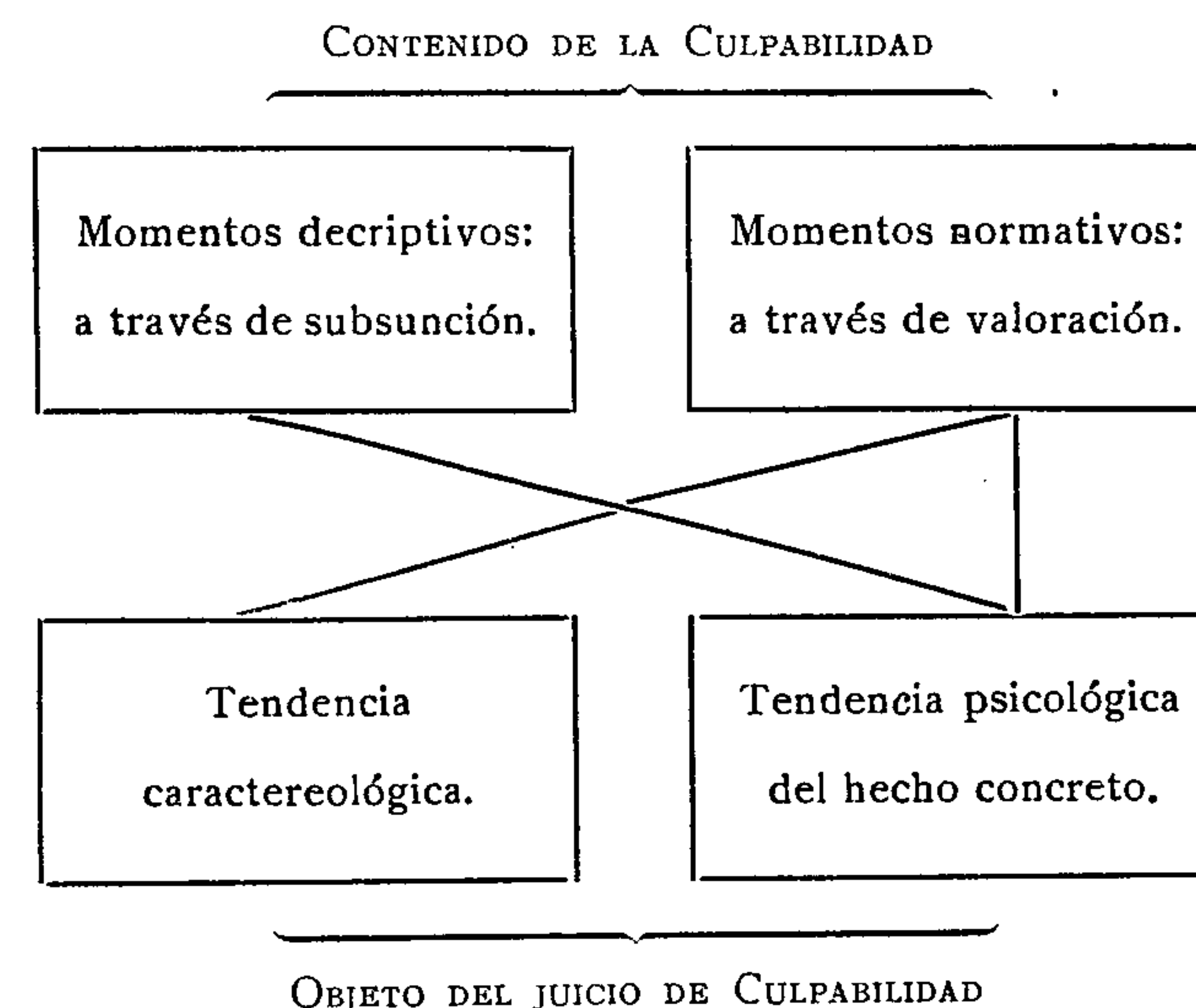
(45) Vid. en *Zeitschrift f. d. g. Strw.*, 32, pág. 323 y ss.

El juicio de la Culpabilidad no se limita ya a un solo gesto y a su motivación, sino que aborda el global contenido de la vida interior del sujeto. Es el conocimiento del carácter todo del agente lo que se busca; de ahí el nombre de la orientación: “caractereológica”.

Esta tendencia tiene su representación más natural y genuina en los seguidores de la teoría sintomática, vista ya (TESAR, KOLLMANN); por eso puede llamársela orientación caractereológico-sintomática.

Mas también, desde otros puntos de vista, la siguen en cierto modo, MITTERMAIER (46), KOHLRAUSCH (47) y GLEISPACH (48); y el Profesor GRÜNHUT la acogía abiertamente en fecha más próxima (49). Ella tiene, sin duda, reservado amplio porvenir en ciertas fórmulas de la peligrosidad.

El siguiente esquema muestra el contenido a la recíproca situación de las tres diversas teorías:



(46) En *Zeitschrift f. d. g. Strafrechtswissenschaft*, XXXII, 415 y sigtes.

(47) Véase *Schweizerische Z. für Strafrecht.*, vol. XXXIV, 162.

(48) *Oesterreich. Krim. V.*, 1921, pág. 9.

(49) Grünhut: *Gefährlichkeit als Schuldmoment*, en *Festgabe zum 60. Geburtstag von Gustav Aschaffenburg*. Heidelberg, 1926, págs. 87-96.

MEZGER Y LA CONCEPCIÓN DE LA CULPABILIDAD

Quizás porque la orientación sintomático-caractereológica es para MEZGER, en frase de ROSENFELD que él recuerda, una degradación, una "caricatura del verdadero concepto de Culpa"; quizás, mejor, porque el Derecho penal vigente en Alemania, y como él el Derecho procesal, no secundan aquella tendencia, MEZGER tributa sus preferencias a las otras concepciones.

A estas otras, orientaciones tradicionales, podría rendirse plena adhesión en caso de lograr colmar antes la laguna que ellas presentan. Y es que las tendencias psicológicas, que refieren la Culpabilidad a la relación entre el autor y su hecho concreto, podrán ser aprovechables y fecundas para enfocar los problemas del Dolo y las cuestiones de la Culpa consciente (*bewusste Fahrlässigkeit*) también llamada por algunos Culpa con previsión; pero esos criterios no siempre satisfacen a los otros y más frecuentes aspectos del Delito culposo; he aquí el gran problema que ante los clásicos de nuestra Ciencia se irguió inquietador, al querer armonizar estas tres básicas ideas: Responsabilidad, Culpabilidad, Delito Culposo. Las fórmulas, con pretensiones de solución, habían brotado abundantes; la más peculiar de ellas es la que nos habla de omisión voluntaria de diligencia al calcular, al prever, las consecuencias del propio acto; había sido presentada por CARRARA (50).

MEZGER busca dar una certera solución al problema de la *Culpa inconsciente* ("unbewusste Fahrlässigkeit") sin salir del enfoque psicológico del Hecho concreto. El combina, a este respecto, las ideas de Culpabilidad y de deber; y, arrancando de la técnica iniciada por KÖHLER (51), elabora la suya propia.

Para MEZGER, la Culpabilidad demanda el conocimiento de la relación existente entre el deber y el círculo de las consecuencias de los actos propios. No se requiere que surja como incumplido un primer deber esencial; existe una concatenación de deberes; el incumplimiento consciente de alguno de ellos podrá crear la Culpabilidad.

El carácter del deber lesionado debe ser conocido por el agente, tan bien como el deber mismo; la conciencia de la relación entre el

(50) *Programma. Parte generale, § 80.*

(51) *Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1912.*

deber incumplido y las consecuencias del mismo es requisito esencial de la Culpa. El guardabarrera que dejó de leer las nuevas instrucciones que sobre el régimen de señales le habían sido remitidas, y, por su falsa indicación, originó el descarrilamiento de un tren, puede ejemplarizar la teoría; él conocía el deber, que quebrantó, de estudiar los preceptos de su servicio, servidores de la seguridad de comunicaciones.

Y basta el incumplimiento consciente de alguno de los deberes de la serie, para que la Culpabilidad pueda afirmarse.

Con tal criterio, acéptase por MEZGER la concepción de la Culpabilidad fundada en lo concretamente psicológico. El juicio de Culpabilidad incide sobre la relación interior, psíquica, subjetiva, del agente con su acto.

LAS FRONTERAS ENTRE LO ANTIJURÍDICO Y LO CULPABLE

El gesto antijurídico, en su valor formal, debe ser concebido, en opinión de MEZGER, como oposición a Normas abstractas que no tienen consignación; en su valor material, como lesión a los intereses de Derecho.

La Culpabilidad es imaginable tan sólo en relación con una efectuada Infracción; esa relación es de naturaleza psíquica.

De éstas y de anteriores afirmaciones dedúcese cómo el concepto de la Infracción debe fundamentalmente ser dirigido en sentido objetivo; mientras que la Culpabilidad se orienta hacia lo subjetivo.

Mas no quiere ello decir que todos los caracteres objetivos de un delito pertenecen a la Antijuridicidad, ni que al juicio de Culpa afecten únicamente los momentos subjetivos.

Y, sin embargo, así lo ha propugnado un gran número de autores modernos, entre los que Reinhard FRANK y Ernst BELING, como veíamos en páginas anteriores, merecen especialmente figurar. Ellos han formulado una regla sin excepciones (52).

Contra esta regla sobrada rígida, alzó HEGLER sus posiciones; MEZGER las conserva y ensanoha. La atribución a la Culpabilidad de todos los subjetivos elementos del Hecho es insostenible; que ellos, esos subjetivos elementos, pueden pertenecer también, aunque en una menor

(52) *Rechtswidrigkeit = auf objektivem Gebiet liegend. Schuld = auf subjektivem Gebiet liegend.*

va la terminología, que acaba así por ganar carta de naturaleza en el Derecho dogmático alemán.

Interesa aclarar que no todos los Delitos de Intención figuran en este nuestro grupo; tan sólo aquellos en los que la intención avanzó más en los elementos subjetivos que en los objetivos que integran el Hecho típico descrito en la ley penal.

De las palabras de estos autores se desprenden las dos condiciones que son precisas para que el delito con sobreexcedente tendencia interior exista. La primera condición es que los elementos subjetivos de la Infracción vayan más allá que los objetivos; la segunda condición demanda que sea, precisamente, ese avance subjetivo lo que fundamentalmente o refuerce la Antijuridicidad—materialmente la antisocialidad—de la acción.

Bien se comprende cómo un gran número de delitos, los más de los que los Códigos penales contienen, no llevan consigo estos elementos subjetivos de antijuridicidad; en la mayoría de las infracciones criminales, el colorido antisocial, antijurídico, se fundamenta en la presentación de los solos caracteres objetivos del Tatbestand.

Aquella sobreexcedente tendencia subjetiva, que en algunos delitos se da como exigencia del tipo legal, en nada afecta a los problemas de la Culpabilidad; que no cabe ni en la concepción sintomática de la Culpa ni en la concretamente psicológica.

Esa tendencia es, precisamente, un elemento subjetivo de Antijuridicidad.

#### b.—PECULIARES CARACTERES SUBJETIVOS ESENCIALES AL TATBESTAND:

Problema harto más arduo es el de determinar si, además de en estos delitos con sobreexcedente tendencia interior, pueden existir otros casos en que se den también peculiares elementos subjetivos.

HEGLER niega tal posibilidad (55); para él los momentos subjetivos de la Antijuridicidad caracterizan tan sólo a aquel grupo de infracciones a las que denominó "Delikte mit überschüssender Innentendenz".

Pero MEZGER ensancha más la aplicación de la teoría.

De lege lata, estudiando, pues, concretamente tipos de infracciones del Código penal alemán, MEZGER presenta como el más peculiar de los casos aquel que esbozábamos en párrafos precedentes; es el caso

(55) Monografía citada, pág. 34.

del médico que actúa objetivamente, externamente, en forma paralela a la de la acción impúdica (unzüchtige Handlung), que los artículos 174 y 176 del Código presentan; mas en sus gestos no habrá infracción criminal si con ellos no concurre una determinada dirección de la voluntad del agente, dirección de voluntad que pasa así a ser *esencial carácter subjetivo del Hecho*. El autor, para que la subsunción plena sea posible, debe obrar con lasciva intención (wollüstiger Absicht); en otro caso, no solamente se dirá que falta la Culpabilidad sino también la misma Infracción.

Trátase, por tanto, de peculiares caracteres subjetivos, esenciales al Hecho legal, al Tatbestand; caracteres que se presentan localizados, diferenciados de los demás.

Y, como en el caso precedente, igual puede hablarse respecto de todos aquellos otros que ofrezcan caracteres del Hecho demandando *implícita intención del agente*. Tipos concretos de Infracción hay que llevan consigo, como esencial, la *codicia* del autor (Código penal alemán, § 180); otros requieren el ánimo de profesionalización (§§ 260, 285, 294, 302 d, 302 e, 361 en su párrafo 6.º); etc.

En esas peculiares notas no ve HEGLER ni caracteres de Antijuridicidad, ni tampoco caracteres de la Culpabilidad; que, según él, trátase de subjetivas condiciones de la Punibilidad (subjektive Strafbarkeitsbedingungen). Mas para MEZGER, con más afinado criterio, se dan ahí, claros, elementos subjetivos de Antijuridicidad.

Y MEZGER avanza todavía más. El encuentra elementos subjetivos de Antijuridicidad aun en aquellos casos en que no sea posible diferenciar localizados a tales elementos; bastará quizás que de la global estructura del Hecho típico derive una implícita intención ("implicite Absicht") o bien una accesoria contribución subjetiva (sonstige subjektive Bestandteile). Algunos tipos de Juegos de Azar (§ 284 y siguientes), de Duelo (§ 205 y ss.), o de los llamados Delitos de conocimiento (Kenntnisdelikte) (§ 139 del Código penal) (56). El artículo 13

(56) St. G. B., § 139.—"El que habiendo tenido conocimiento, por una confianza digna de crédito, del designio de cometer un delito de alta traición, o de traición contra el Estado, de falsificación de moneda, asesinato, robo, secuestro o de un crimen peligroso para la sociedad, en momento en que todavía hubiera sido posible evitar la realización del delito y no lo hubiere denunciado a tiempo, ya a la autoridad, ya a la persona amenazada, será castigado con la pena de prisión si el crimen ha llegado a consumación o a tentativa".

de la Ley de 9 de junio de 1884; el artículo 5.º y el 8.º, número 3, de la Ley de Protección a la República, de 21 de junio de 1922 (57); etc.

En otros muchos casos es la cuestión, en cambio, hartamente discutible para MEZGER. El Profesor de Marburg estudia, a este propósito, los grupos de Delitos que cabe denominar de desleal, incorrecta actuación (sog. unlauteren Machenschaften), así como los delitos de declaración (Aeusserungsdelikte). Entre los primeros, el de confabulación es el más típico; entre los segundos, delitos que se consuman por la sola manifestación de una idea, las Injurias, amenazas, perjurio, revelación de secretos quedan comprendidos; de todos estos casos puede decirse, casi en regla general, que los elementos subjetivos que posiblemente laten en ellos no pertenecen a la Antijuridicidad, sino que afectan al juicio de Culpa. No nos interesa, por tanto, recogerlos aquí.

#### c.—¿ FUNDAMENTACION DE LA ANTIJURIDICIDAD EN SOLOS ELEMENTOS SUBJETIVOS?

Una última cuestión, con vista al derecho positivo, cabe plantear: ¿Es posible, ausentes caracteres objetivos en que fundamentar la Antijuridicidad, basar a ésta tan sólo en elementos estrictamente subjetivos?

Sólo en un caso podría responderse afirmativamente a la demanda; en aquel en que la *teoría de la Tentativa* fuese elaborada a la luz de un criterio subjetivista. No son aquí de recordar las varias construcciones sobre la materia, que giran entre objetivismo y subjetivismo; baste únicamente con indicar que MEZGER no se muestra simpatizante hacia estas últimas orientaciones.

Así, la Antijuridicidad necesita siempre un momento objetivo en que basarse.

Aquí ha de ser mencionada también la viva discusión que un texto del Derecho privado alemán ha suscitado. Es la llamada "Schikaneverbot" del artículo 226 del B. G. B.: "El ejercicio de un derecho es improcedente, cuando solamente tenga por finalidad el ocasionar perjuicio a un tercero" (58). En la interpretación de este texto han luchado también subjetivistas y objetivistas; mas, en definitiva, en opi-

(57) Ley ésta sustituida por la de 25 de marzo de 1930.

(58) Código civil, § 226: "Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen".

nión de MEZGER, aquellas palabras del Código civil no autorizan tampoco a afirmar que en el vigente Derecho alemán existan elementos subjetivos que por sí solos puedan crear la Antijuridicidad.

De esta suerte, en fin, la Antijuridicidad requiere en todo caso, como punto de apoyo, un elemento objetivo.

#### B.—LOS FUNDAMENTOS SUBJETIVOS DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD :: ::

No basta sólo la presentación positiva de aquellos elementos que siendo de naturaleza subjetiva puedan matizar la Antijuridicidad. El doble aspecto, a que en páginas anteriores nos referíamos, obliga a meditar también ante lo negativo de la cuestión. Ello supone la posible existencia de elementos subjetivos entre las Causas excluyentes de la Antijuridicidad, o Causas de Justificación.

A la faceta negativa dedica MEZGER páginas, las últimas, en su monografía. No habremos de hacer aquí sino sintetizar en cortas líneas su posición; otra cosa nos apartaría en demasía de nuestro tema preferente.

Las causas de exclusión de la Antijuridicidad, partiendo de una orientación doctrinal presentadora del Derecho como protección de intereses, son sistematizadas por el Profesor de Marburg de esta suerte:

#### Causas que excluyen la Antijuridicidad:

##### A.—Por ausencia de interés jurídico:

- Consentimiento de la víctima,
- Presunto consentimiento.
- Gestión de negocios sin mandato (?).

##### B.—Por interés jurídico preponderante:

###### 1.—Por especial deber del agente:

- El deber de la función y del oficio.
- La función educativa.
- La colisión de deberes.

###### 2.—Por un especial derecho de necesidad del agente:

- La legítima defensa.
- El estado de necesidad.

Von MEZGER examina en cada una de tales situaciones en qué forma el elemento subjetivo podrá o no significar la fundamentación que excluya la Antijuridicidad.

Son de especial valor las páginas que MEZGER dedica a la cuestión, tan candente en el Derecho penal actual, del consentimiento de la víctima. Para nuestro autor, debiendo ser construída la teoría del consentimiento conforme a la voluntad de la víctima, que no conforme a la del agente, no cabe, en principio, que ella pueda significar un elemento subjetivo de Juridicidad; es más, en el instante mismo del acto no tiene el autor por qué conocer el consentimiento que el paciente presta. Tan sólo en un caso podrá quedar excluída la Antijuridicidad por razones subjetivas del agente; si bien lo que al Derecho interesa es el consentimiento al acto, no el consentimiento al resultado, cabe imaginar una discrepancia entre lo querido por el autor—en gesto conforme con el consentimiento—y lo producido por el acto; tan sólo en tal caso de discrepancia cabrá pensar en la posible existencia de elementos subjetivos excluidores de Antijuridicidad (59).

También en el consentimiento presunto (*mutmassliche Einwilligung*) la voluntad de la víctima es la que, ante todo, en principio, interesa; pero igualmente puede en alguna hipótesis ganar decisiva relevancia jurídica, en función de causa de justificación, la subjetiva finalidad del agente. El problema puede quedar iluminado por el Criticismo sociológico mezgeriano.

(59) Tres distintas posiciones son posibles:

- A.—Obra el agente como la víctima consiente, sin reservas mentales. Exteriormente (acción) e interiormente (intención) se obra conforme al consentimiento.  
No hay problema. La posición es jurídica.
- B.—Obra el agente, exteriormente como la víctima consiente, pero con reservas mentales, proponiéndose otra finalidad.  
Esta posición es siempre antijurídica, aun cuando el resultado coincida con el consentimiento.
- C.—Obra el agente como la víctima consiente, pero, por Casus, accidente, el resultado es otro, es resultado lesivo.  
Interiormente se obra conforme al consentimiento; exteriormente, por resultado fortuito, el resultado es dispar. Hay discrepancia.  
El hecho, no obstante, será jurídico.

LAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA TEORÍA DE  
LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA ANTIJURIDICIDAD

No es la construcción de HEGLER y especialmente de MEZGER una mera posición doctrinal, sin finalidades concretas ulteriores. Sobre varios de los problemas de nuestra disciplina ella proyecta viva luz; aparte de éste, amplísimo, de las causas de justificación, que acabamos de esbozar, también tiene la teoría hondo influjo sobre el tratado de la participación y sobre el aprovechamiento de las llamadas Medidas de Seguridad.

El tratado de la Participación muestra en el derecho exegético alemán y en su Jurisprudencia un peculiar carácter. Una tendencia, la de la naturaleza accesoria de la participación—la que, entre otros aspectos, supedita la punición de los cómplices a la misma imputabilidad de los autores (60)—ha dominado desde largo tiempo en los acuerdos del Reichsgericht, del Tribunal Supremo germano; esa tendencia, escribió M. Ernst MAYER (61), ha dominado y destrozado, como un tirano, la teoría de la participación. Pues bien, aun dentro de ella, pues que los Tribunales la siguen, de lege lata, prefiriendo, mientras nuevos textos más expresivos no la excluyan, aun dentro de ella será posible una solución concreta más adecuada a las exigencias de defensa social; no será precisa la Culpabilidad del autor para castigar al cómplice, que bastará la Antijuridicidad.

También en el fecundo campo actual de las Medidas de Seguridad la construcción de MEZGER será especialmente bienhechora. Los elementos subjetivos de la Antijuridicidad podrán fundamentar un más amplio aprovechamiento de las medidas aseguradoras.

De esta suerte, la construcción ha ganado raigambre en el Derecho germano y ha comenzado a tener prácticos aprovechamientos.

(60) Cf., entre otras producciones. Hegel, *Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, etc.*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 37, págs. 826 y ss.

(61) *Der allgemeine Teil usw.*, pág. 387, segunda edic.

