

LA IMPRONTA GENÉTICA DE IHERING EN LA DOGMÁTICA PENAL

*Carlos Arturo Gómez Pavajeau**

Resumen: Se ocupa el presente estudio de dar cuenta de la importancia de RUDOLF VON IHERING para el Derecho penal y sus desarrollos dogmáticos. La impronta de su importancia marcó el descubrimiento de un concepto de antijuridicidad independiente de la culpabilidad, inauguró la discusión entre objetivistas y subjetivistas en materia del injusto y visionó un concepto final de acción fundado teleológicamente; lo cual significa que su pensamiento y el núcleo duro de la discusión permanece con plena actualidad, especialmente para el entendimiento de un Derecho Penal Liberal ante las arremetidas de nuevas concepciones que, eludiendo el tema de los cuestionamientos al subjetivismo, legitiman instituciones que son paradigmáticas a dicho pensamiento.

Palabras clave: aspectos estructurales, aspectos funcionales, injusto, imputabilidad, culpabilidad, deber, bien jurídico, injusticia objetiva, injusticia subjetiva, realizabilidad formal del derecho, realizabilidad material del Derecho, norma objetiva de valoración y norma subjetiva de determinación.

* Abogado y Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Profesor titular de Derecho penal y Derecho disciplinario en la misma universidad en Pregrado, Postgrados y Maestría. E-mail: [gomezpavajeau@hotmail.com]. Fecha de recepción: marzo de 2010. Fecha de modificación: abril de 2010. Fecha de aceptación: mayo de 2010.

IHERING GENETIC FOOTPRINT (MARK)

Abstract: The present study shows the importance of RUDOLF VON IHERING to the Criminal Law and its dogmatic developments. The footprint of its importance marked the discovery of a concept of independent illegality of the guilt, opened the discussion between objectivism and subjectivism in the subject of the unjust and predicted a final concept of action based teleologically; which means that his thinking and the core of the discussion remains in full today, especially for the understanding of a Liberal Criminal Law before the onslaught of new concepts that, avoiding the issue of questions to the subjectivism, legitimize institutions that are paradigmatic for that thought.

Key words: structural issues, functional issues, unjust, imputability, guilt, duty, legally protected rights, legally protected interests, objective act of injustice, subjective act of injustice, material execution of the of the Law, objective rule of valuation, subjective rule of determination.

La dogmática jurídico-penal, tal como se le conoce modernamente, tiene sus inicios en el siglo XIX, como obra del positivismo jurídico.

SAVIGNY, muy a pesar de que su especialidad fue el Derecho civil, también incursionó en la conceptualización de lo que debía ser el Derecho penal. Aprisionó este autor, conceptualmente, el pensamiento del mundo occidental de manera compleja, integrando las diferentes líneas filosóficas y doctrinarias vigentes en su época.

Paradigmática de ello resulta la siguiente afirmación:

El Derecho existe en el espíritu común del Pueblo o sea en la voluntad común que por ello lo es también de cada individuo. Pero el individuo puede gracias a su libertad sublevarse mediante lo que quiere para sí, contra lo que piensa y quiere como miembro de la totalidad. Esta contradicción es el entuerto o la infracción del Derecho, que tiene que ser destruida, si el Derecho quiere existir y dominar¹.

Esa destrucción, para que “se haga independiente del azar y se realice con seguridad regular”, debe llevarse a cabo desde “dentro del Estado”, habida cuenta que “sólo en él puede enfrentarse la regla jurídica con el individuo como una cosa exterior y objetiva”².

1 FEDERICO CARLOS VON SAVIGNY. “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, en *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 42.

2 *Ibíd.*, pp. 42 y 43.

Allí aparece la lesión a un derecho, el individuo debe recibir, por parte del Estado, una protección en tanto “lesionado en su derecho contra esa misma lesión”. La misión del Derecho, la “primera y más urgente misión consiste en imponer el reinado de la idea del Derecho en el mundo visible”; ese reinado implica una retribución moral, de lo cual se ocupa el Derecho penal³.

Pero, presentadas así las cosas, teniendo en cuenta el desarrollo conceptual-formal de la dogmática, en sí lo antijurídico no estaría constituido por *la* lesión a un derecho, a la manera de lo que entendía FEUERBACH⁴, sino como violación *del* derecho⁵.

Por eso, si se analiza con cuidado, para SAVIGNY delito es sublevación del individuo respecto de la ley, voluntad contraria del individuo respecto a la voluntad común del Pueblo. Es, en concreto, una contrariedad frente al “espíritu” y la “conciencia” del Pueblo.

Así debería ser si se concibe al Pueblo a la manera de otro gran representante de la Escuela Histórica, nos referimos a PUCHTA, quien lo entendía como “un todo orgánico dotado de actividades y formas espirituales propias”⁶.

IHERING, en 1844, fue enfático en señalar que la idea fundamental de SAVIGNY giró en torno a que “el Derecho expresa un producto del espíritu del pueblo”⁷.

Allí entonces, las conexiones con la filosofía hegeliana, pues a pesar de que el concepto de “Espíritu de Pueblo” ya tenía mención con anterioridad, fue HEGEL quien lo utilizó por primera vez, afirma GONZÁLEZ VICEN, agregando que en tal línea filosófica el mismo tenía realidad en las grandes objetivaciones culturales, como lo es sin duda el Derecho⁸.

No puede olvidarse que SAVIGNY fue un connotado representante de la Escuela Histórica del Derecho, la cual, como lo expone WILLIAMS, tiene conexiones muy estrechas con la filosofía del derecho de HEGEL, para quien “la legislación en sus disposiciones, tanto generales como particulares, no debe ser tratada como algo aislado y abstracto, sino como la parte subordinada de un todo, unida a los otros rasgos que constituyen

3 Ibid., p. 42.

4 Cfr. PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON FEUERBACH. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, pp. 62 y ss.

5 FEDERICO CARLOS VON SAVIGNY. *Metodología jurídica*, Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2004, p. 58.

6 Citado por FELIPE GONZÁLEZ VICEN en la introducción al libro de JOHANN JAKOB BACHOFEN. *El Derecho Natural y el Derecho Histórico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, pp. 20 y 21.

7 RUDOLF VON IHERING. *¿Es el Derecho una ciencia?*, Granada, Comares, 2002, p. 104.

8 GONZÁLEZ. Ob. cit., pp. 21 y 22.

el carácter de una nación y de una época⁹, de lo que se derivaba que lo contrario a derecho, lo antijurídico, estaba constituido por una “rebelión consciente” respecto de la ley estatal, decía BERNER, un reconocido hegeliano, en 1849¹⁰.

Se refuerza la idea de lo conceptual-formal, en SAVIGNY, si se atiende a la función de la pena: “por el miedo al castigo serán evitadas las violaciones *del* derecho” y, entre otras, una violación *del* derecho está presente en la tentativa o conato, pues “no se tiene en vista los actos que en él se dan, sino las disposiciones de ánimo”¹¹.

La tentativa, en estricto sentido, no lesiona el Derecho; ello es verdad apodíctica en la tentativa imposible, muy cara al pensamiento alemán y reflejada en la disposición de ánimo como la caracteriza SAVIGNY: allí no puede, por ningún motivo, entenderse lesionado un *Derecho* como facultad jurídica. Sí puede entenderse quebrantado el derecho, a partir de su sinonimia con lo legal, como quebrantamiento de la ley.

Tal idea se mostrará evidente en nuestro próximo autor. Lo que en SAVIGNY es todavía implícito, en AUSTIN lo será explícito.

AUSTIN bebió intelectualmente de SAVIGNY, por lo que el bosquejo de lo que debería ser el Derecho Penal entendido por un civilista, bajo el dogma de la jurisprudencia de conceptos, muy bien puede ser entendido por lo expuesto por el primero.

Es más, podría decirse, si los comentaristas de AUSTIN afirman que la expresión *jurisprudencia* en el sentido por él utilizada bien puede ser entendida hoy como *Teoría del Derecho*¹², podríamos afirmar que el autor inglés expuso una verdadera *teoría del Derecho Penal*.

En efecto, para AUSTIN la ley civil “es una regla, a la cual los hombres refieren sus acciones para juzgar si son o no son acciones delictivas”; las leyes positivas en sentido propio, esto es, como se vio, las leyes producto de la voluntad del soberano “*son mandatos*”. Ellas son el objeto propio de la jurisprudencia y dan cuenta de la ley “imperativa

9 JORGE N. WILLIAMS. *Interpretación de las leyes en el derecho norte-americano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, p. 129. Es más, según ROSCOE POUND, lo cual afectaría al concepto de lo antijurídico en el siglo XIX, especialmente en su último tránsito, “existía un persistente elemento hegeliano en el positivismo”: ROSCOE POUND. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Granada, Editorial Comares, 2004, p. 88.

10 Cfr. ERNST-JOACHIM LAMPE. *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2003, p. 37.

11 SAVIGNY. *Metodología jurídica*, cit., pp. 58 y 59.

12 Así VICEN GONZÁLEZ y ARGÜELLES DE PÁRAMO en el Estudio preliminar al libro de JOHN AUSTÍN. *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, pp. xxxvi.

en sentido propio”, implicando el concepto de *mandato*, los conceptos de *sanción o imposición coactiva de la obediencia, deber u obligación*¹³.

Ese derecho positivo, esto es, las “leyes puestas por los hombres a otros hombres”, implican que los primeros tengan soberanía y los segundos obediencia; los primeros ejercen un poder soberano y los segundos son subordinados a las leyes¹⁴.

El mandato, que emana de la ley, dice AUSTIN es la “llave de acceso a las ciencia de la jurisprudencia”: los mandatos se expresan en órdenes de hacer o de abstención de actos, so pena de la imposición de un daño. El mandato se caracteriza, pues, como “el poder y la intención de quien emite el mandato de infligir un mal o un daño en el caso de que el deseo no sea satisfecho”, surgiendo la idea del mandato como deseo y consiguientemente como *deber u obligación* de quien se encuentra sujeto a él¹⁵.

Así “la existencia de un deber implica la expresión de un mandato; siempre que se expresa un mandato, existe la imposición de un deber”. Quien es sujeto del mandato se encuentra bajo una obligación o un deber de obedecer: si el sujeto a quien se dirige el mandato, en cabeza de quien se radica el deber u obligación, no cumple, se desobedece la voluntad del que manda y así *se transgrede el deber que impone*, desobediencia que desencadena la sanción o “*imposición coactiva de la obediencia*”, que en Derecho Penal toma el nombre de pena¹⁶.

El carácter imperativo de la ley es obvio, pues si las leyes en sentido propio son mandatos, también lo es “que quien está obligado por un mandato lo está en virtud de la previsión de un daño”: “sólo por la probabilidad de sufrir un *mal* puedo decir que estoy *obligado o compelido* a cumplirlo. Los deberes son *sancionados o impuestos* solamente mediante un *mal* condicional”: “Mediante una docena o serie de castigos se previenen miles de delitos. Con el sufrimiento de unos cuantos culpables se consigue la seguridad de la mayoría”, pues la sanción, como mal eventual unido al mandato, “puede operar como *motivo* de la conducta”¹⁷; lo que recuerda, sin duda alguna, los efectos psicológicos de la pena –coacción psicológica– de FEUERBACH¹⁸.

Resalta AUSTIN que “mandato, *deber* y *sanción* son términos inseparablemente relacionados: cada uno implica las mismas ideas que los otros, aunque cada uno se refiera a ellas en un orden o en una sucesión en particular”, esto es, “todo mandato obliga a una acción o a una omisión a quien se dirige”; de no ocurrir ello es obvio que “el daño

13 AUSTÍN. *El objeto de la jurisprudencia*, cit., pp. 25, 26, 27 y 173.

14 *Ibíd.*, pp. 33 y 34.

15 *Ibíd.*, pp. 36 y 37.

16 *Ibíd.*, pp. 37 y 38.

17 *Ibíd.*, pp. 38, 39, 61 y 144.

18 FEUERBACH. *Ob. cit.*, pp. 58 y ss.

infligido a un delincuente se añade el daño del propio delito”. Así, bajo el entendimiento del fenómeno a partir de la lógica formal, la cual ensalza nuestro autor como sin rival por su brevedad, claridad y precisión¹⁹, desobedecer el mandato implica incumplimiento del deber como transgresión de la ley y consecuentemente reclama la imposición de una pena.

De todo lo anterior surge meridiana y palmaria una idea: la jurisprudencia de conceptos se expresó, en el ámbito del Derecho penal, por intermedio de la idea imperativa de la norma, hoy entendida, con algunos retoques, como “norma subjetiva de determinación” en la configuración de lo contrario a Derecho.

Imperaron así hasta bien entrado el tercer cuarto de siglo las tendencias hegelianas, entre las cuales destacan las posiciones de BERNER, quien concibió al “injusto criminal como rebelión consciente” contra la ley estatal y de BAR, para quien la base de la justicia penal es “la voluntad culpable”²⁰.

Las mismas tuvieron su cúspide con la doctrina de ADOLF MERKEL, quien en 1867 desarrolló la teoría de la “identidad entre ilícito (injusto) y culpabilidad”, la cual presentaba como consecuencia central que “lo esencial del ilícito (injusto) es la imputabilidad”, habida cuenta que “el ordenamiento jurídico es el conjunto de mandatos y prohibiciones que se dirigen, como órdenes, a la voluntad del hombre capaz de imputación, como destinatario de la norma”, afirma ZIELINSKI²¹. Allí el injusto depende de la capacidad de culpabilidad y, obviamente, su realización queda condicionada a la “capacidad de culpabilidad del autor”, dice LAMPE²².

Tal visión de lo antijurídico, que no puede prescindir de lo culpable, es una mezcla compleja de aspectos objetivos y subjetivos, consecuencia ineludible de la visión hegeliana de acción, concebida por HEGEL en el sentido de “acción como acción moral”²³.

LAMPE caracteriza muy bien dicha concepción, toda vez que expresa que HEGEL examinó exclusivamente aspectos subjetivos para categorizar lo delictivo, pues lo injusto sería ya delictivo y punible cuando se realiza con dolo, lo que trae como consecuencia

19 AUSTÍN. *El objeto de la jurisprudencia*, cit., pp. 40, 41 y 60.

20 Cfr. LAMPE. Ob. cit., p. 37.

21 DIETHART ZIELINSKI. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, p. 5.

22 LAMPE. Ob. cit., p. 66.

23 La doctrina es clara en torno al punto cuando contundentemente afirma que “la teoría hegeliana de la acción, llevada a sus últimas consecuencias, impide la distinción de antijuridicidad y culpabilidad tal y como es habitualmente presentada en Derecho penal”: FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 198.

que “el actuar subjetivamente contrario a deber podría fundamentar un hecho punible. Todo delito es, al menos, una *lesión de deber*”²⁴.

De allí que el ilícito no sea la lesión a un derecho, también ella puede ser producida por un demente y aun por la naturaleza. Ilícito para MERKEL, dice ZIELINSKI, “es más bien la lesión del derecho como un poder espiritual, que sólo podría ser afectado, como tal, por un suceso que esté referido *a la voluntad inteligible del hombre [...] como esencia que piensa, que quiere, que se sabe responsable*”²⁵.

El primer gran paso, y tal vez el más importante para la configuración de un derecho penal liberal que pusiera a resguardo de la intervención estatal el fuero interno del individuo, en orden a la configuración del injusto, se da cuando IHERING postula la separación entre lo contrario a derecho y aspectos subjetivos que no incidían en aquél; distinción que se encuentra a partir de los estudios que sobre posesión pública en el año de 1867²⁶.

Como punto de arranque se tiene la teoría del bien jurídico esbozada por BIRMBaum en 1832 y manejada por IHERING, aunque tiempo después en el Derecho civil, con la denominación de los “*intereses que deben ser protegidos*” y para los cuales no se puede negar la protección jurídica. Esos intereses son variables de pueblo a pueblo y de tiempo en tiempo²⁷.

Así, en “el terreno del derecho todo existe para el fin y en vista del fin”, puesto que “el derecho entero no es más que una creación única del fin”. Empero, si “el fin le proporciona los medios” al derecho, es obvio que, de conformidad con los fines específicos, existirán medios específicos y allí radica el “objetivo más elevado de la ciencia jurídica”²⁸.

El “fin de la ley penal es el de otra ley cualquiera: asegurar las condiciones de vida de la sociedad”, por tanto el “derecho criminal empieza allí donde los intereses de la sociedad reclaman el establecimiento de una pena” y así “se trata de proteger jurídicamente sus condiciones de vida, que constituyen los bienes sociales”²⁹.

24 LAMPE. Ob. cit., pp. 36 y 37.

25 ZIELINSKI. Ob. cit., p. 6.

26 *Ibíd.*, p. 6. Así también lo afirma ROXIN, quien apunta que el “reconocimiento de una antijuridicidad objetiva e independiente de la culpabilidad”, fue formulado por IHERING en 1867, por medio de su trabajo titulado *El momento de culpabilidad en el Derecho privado romano*: CLAUS ROXIN. *Derecho penal. Parte general*, t. I, Madrid, Civitas, 1997, p. 196.

27 RUDOLF VON IHERING. “Del interés de los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias”, en *Tres estudios jurídicos*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1960, pp. 67 y 68.

28 RUDOLF VON IHERING. *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1978, p. 213.

29 *Ibíd.*, pp. 183 y 231 a 236.

Concretamente en materia penal, FRANZ VON LISZT, quien construyó sus teorías bajo la égida de una jurisprudencia de intereses, afirmarí que “todo derecho existe para el hombre” y tiene “por objeto la defensa de los intereses de la vida humana” y la protección del derecho eleva a la categoría de bien jurídico a los intereses dignos de protección³⁰.

Su noción de bien jurídico, para el Derecho penal, sin duda alguna tuvo origen en IHERING, pues en su famoso “Programa de Marburgo” de 1889, lo citó expresamente; incluso su escrito fue titulado con denominación paralela a la del gran civilista.

Allí, dijo LISZT que la pena es “forma de protección de bienes jurídicos”, es “creación dirigida a un fin y función consciente del objetivo de una sociedad organizada”³¹.

Por tanto diría IHERING que “los derechos son los intereses jurídicamente protegidos” y, “sin duda, la palabra *derecho* se representa en la expresión *jurídicamente protegidos*”. Pero allí radica una distinción importante, puesto que debe considerarse un elemento formal de la protección, pero también otro sustancial y él es el “*interés*”, interés concreto digno de protección que, en la posesión, se identifica con el *uso económico* del bien en relación con sus necesidades³².

Lo que se protege pues, es “la relación normal de la persona con la cosa”, allí radica su seguridad, a ello apunta la “protección” creando un “obstáculo jurídico” para quien pretenda quebrantarla. En consecuencia lo antijurídico está dado por “*la perturbación de la relación normal de la persona con la cosa*”³³.

Si así son las cosas, resulta obvio entender que “los datos a los cuales el derecho supedita esta pretensión son *exteriores* a la posesión”, de allí que el interdicto posesorio procedía “aun contra el *bonae fidei possessor*”³⁴.

Esto es, aún en caso de error,

... no se puede poner en duda que la obligación de restituir existe también en el caso del error del ocupante [...] En la mutación de la propiedad de los fundos rurales por sucesión o venta puede ocurrir que el nuevo propietario no tenga un conocimiento exacto de la extensión de sus bienes, y tome por error demasiado poco o mucho en su posesión.

30 FRANZ VON LISZT. *Tratado de Derecho penal*, t. II, Madrid, Reus, 1927, p. 2.

31 ÍD. *La idea del fin en el Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1990, pp. 1 y ss.

32 RUDOLF VON IHERING. “La posesión. Teoría simplificada”, en *Tres estudios jurídicos*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1960, pp. 122 a 125 y 139.

33 Íbid., pp. 138 y 144.

34 RUDOLF VON IHERING. “La posesión”, Madrid, Reus, 1926, pp. 51 y 103.

Basta que eso sea de hecho *injusto*, contra su voluntad, y que la posesión sea reconocida en principio como una relación que merece y reclama protección [...] las circunstancias particulares de esta apreciación, la violencia, el error, el dolo o falta de un tercero, son completamente indiferentes; el demandante no tiene más que probar su posesión³⁵.

Se confirma lo anterior si se tiene en cuenta que, si lo que se protegiera fuera la voluntad del poseedor, por tanto lo antijurídico fuera el quebrantamiento de esa voluntad, se tendría que con la muerte del poseedor, al desaparecer la voluntad desaparecía también la protección, lo cual no es exacto, pues tiene cabida la *hereditatis petitio*, en tanto lo que interesa para la posesión es “su importancia para la propiedad”³⁶.

Pero hay más, si lo que se protegiera fuera el elemento “subjetivo psicológico”, según el cual “el poseedor se *siente* y *sabe* poseedor” dice IHERING,

... las personas que no tienen voluntad, como los mentecatos, los niños y las personas jurídicas, no pueden, según ese motivo, tener una verdadera posesión [...] ¿Por qué admitir una posesión de las personas desprovistas de voluntad, si el motivo y el interés de la posesión descansan únicamente sobre la voluntad?³⁷.

Por tanto entonces, ha dado IHERING con la clave para entender la viabilidad jurídica de la existencia de un estado antijurídico, independiente de la existencia de la culpabilidad:

... no se limita de ninguna manera a la necesidad de ser garantido contra la sustracción *clandestina* o *violenta* de la posesión, sino que reclama protección contra *toda especie* de sustracción, sin distinguir si implica o no delito. No puede haber cuestión respecto del delito, cuando uno posee *bona fide* como propia una cosa de otro³⁸.

35 *Ibid.*, pp. 143, 144 y 168.

36 *Ibid.*, pp. 119 a 122.

37 *Ibid.*, pp. 122 y 184. Precisamente, allí está lo novedoso, pues si bien como dice MOLINA FERNÁNDEZ. *Ob. cit.*, pp. 201 y 201, otro autor anterior a IHERING manejó el mismo ejemplo de la posesión para hacer la distinción entre lo objetivo contrario a la ley y lo subjetivo independiente, como lo fue presuntamente KÖSTLIN, quien dijo que “el injusto civil tiene su esencia en que la verdadera y acaecida diferencia entre la voluntad particular y la general no es patente para la primera, que, por el contrario, se *mantiene firme en la buena fe de hallarse en identidad con la voluntad general*”, no es menos cierto que en tal consideración no aparece tal distinción y, de todos modos, está fundada todavía en la voluntad, aspecto que rechaza IHERING para asentarla novedosa, y auténticamente en la noción de bien jurídico. Lo antijurídico fundado en el quebrantamiento de la voluntad estatal, y en el caso de la posesión también de la voluntad del titular del derecho, no era para nada novedoso como ya se vio en el ámbito de la jurisprudencia de conceptos, en cambio, la idea de lo contrario a derecho teniendo como base la afectación de bienes jurídicos implica un giro significativo en la teoría del delito.

38 IHERING. “La posesión”, *cit.*, pp. 135 y 136.

En efecto, si el ordenamiento jurídico tiene como misión proteger situaciones valiosas que son desconocidas cuando se lesionan los objetos del derecho, para la configuración del estado antijurídico basta ello y no más. Así, en la posesión, el objeto del derecho se ve lesionado cuando otro sujeto despoja materialmente del bien a quien lo detenta pacíficamente, quedando, sin más, configurado con tales presupuestos el estado antijurídico.

Sólo ello y no otra demostración, es lo que corresponde para ordenar un desalojo, el cual no se impide ni paraliza si los nuevos detentadores del bien alegan posesión de buena fe. Este nuevo elemento, de naturaleza subjetiva, servirá para configurar otra consecuencia como es la atinente al reconocimiento de las mejoras introducidas al bien; no obstante, no cumple papel alguno en la configuración de lo contrario al derecho.

Tales ideas son refrendadas más tarde en su escrito *La lucha por el Derecho* (1889), interesante visión sociológica del mismo, donde critica al viejo derecho romano por cuanto, fundado en la “irritabilidad del sentimiento del derecho” de la época, consideraba que toda lesión al derecho “se consideraba como una injusticia subjetiva, sin tomar en cuenta, ni en consideración, la inocencia o el grado de culpabilidad del agresor”. Ve con buenos ojos la distinción entre injusticia objetiva e injusticia subjetiva, señalando que “la primera sólo supone la restitución del objeto, la segunda entraña, además, un castigo que consiste, ya en la multa, ya en la marca de infamia”, y por supuesto en la aplicación proporcional de las penas³⁹.

Reitera más adelante, que resulta incorrecto colocar en un mismo nivel de *injusticia*, no efectuar la debida diferenciación, el evento referido a una lesión premeditada de un derecho y una debida a ignorancia, pues el primero es una *injusticia subjetiva* y el segundo una *injusticia objetiva*⁴⁰.

Tal idea fue capitalizada por THON, quien señaló que el ordenamiento jurídico es un complejo de imperativos que busca incidir en el ciudadano en orden a que se respeten los derechos ajenos: empero, el imperativo sin más no puede entenderse quebrantado cuando externamente aparece la infracción a la norma, puesto que la norma no es un fin en sí misma, su objetivo es la protección de los derechos de otro; el imperativo en sentido objetivo “persigue como meta la obtención de determinada situación valorada positivamente, el imperativo está lesionado objetivamente ya cuando esta meta no es correspondida”; “para la comprobación de un ilícito objetivo –dice ZIELINSKI críticamente– tenía que bastar la mera perturbación de una situación jurídicamente considerada como buena, independientemente de la existencia y condición de una voluntad humana”. Si ello es así, entonces, como lo establecería el posterior paso por obra de GOLDSCHMIDT, el imperativo sólo se ve lesionado cuando se afecta al objeto del derecho,

39 RUDOLF VON IHERING. *La lucha por el Derecho*, Bogotá, Fica, 2007, pp. 136 y 137.

40 *Ibíd.*, p. 148.

esto es, la antijuridicidad está dada por el quebrantamiento de la “norma de derecho” allí explícita; mientras que la culpabilidad está dada por no haberse motivado quien la quebrantó conforme se lo imponía la norma –norma de deber– “implícita” en aquélla, esto es, pudiendo y debiendo hacerlo⁴¹.

Para ZIELINSKI en tal esquema mental, donde “ilícito equivale a lesión objetiva del bien jurídico (resultado) y culpabilidad equivale a lesión subjetiva del deber (acción)”, posibilitando una “delimitación siempre tajante entre ilícito (injusto) y culpabilidad”, se encuentra que la

... distinción entre norma de valoración y norma de determinación, decisiva para la evolución posterior, está fundada en este doble plano de valoración: el ilícito objetivo, como contradicción a una situación objetiva, valorada por el derecho como positiva, y la culpabilidad, como no realización del deber subjetivo⁴².

Allí quedaron echadas las bases para el entendimiento de un injusto objetivo y una culpabilidad subjetiva.

Pero replicó KOHLRAUSCH que aún así los destinatarios del derecho penal no estarían delimitados, puesto que sería un ilícito (injusto) toda *lesión de una situación que se corresponde con el derecho* y toda *producción de una que contradice el derecho*, con la consecuencia de que la caída de un rayo sería un ilícito objetivo, del mismo modo que un asesinato. Postula entonces que sólo la capacidad de imputación tendría idoneidad para efectuar la delimitación de destinatarios⁴³.

La forma de “espantar el fantasma de la naturaleza que obra antijurídicamente”, como más tarde identificaría el fenómeno NAGLER, llevó a HOLD VON FERNECK a recalcar “al hombre como único objeto y sujeto de referencia del derecho; se desconoce la naturaleza psicológica de todo derecho, si se prescinde del proceso de formación del suceso”:

... únicamente la acción sería contraria a derecho, y al resultado en sí no le correspondería, para el derecho, ninguna significación. Por cierto, *el derecho prohíbe la acción con la finalidad de que el resultado no se produzca, pues la acción no está prohibida por sí misma. No obstante, el resultado en sí no es contrario a derecho; no él, sino la acción está prohibida, el derecho no puede prohibir el resultado, dado que él no tiene a la acción como única causa*⁴⁴.

41 Cfr ZIELINSKI. Ob. cit., pp. 6, 7, 10 y 11.

42 Ibíd., pp. 6 y 12.

43 Ibíd., p. 7.

44 Ibíd., pp. 8 y 9.

Allí se inaugura en la dogmática la más recalcitrante visión subjetivista del injusto⁴⁵, aquella que más tarde, por virtud de los finalistas más radicales, irá a entender que el resultado en el delito es un mero componente del azar, por tanto no captado por la estructura de la responsabilidad penal, siendo considerado apenas como una condición objetiva de punibilidad.

Así ZIELINSKI, subjetivista extremo en materia del ilícito o injusto, crítica duramente la versión objetivista, expresada por la línea conformada por IHERING, THON y GOLDSCHMIDT:

La fórmula del ilícito como *perturbación causada por el hombre de una situación objetiva*, excluye sólo en apariencia a la causalidad como causante del ilícito, en la medida en que el elemento que causa el ilícito reside en la perturbación de la situación y no en la producción humana. El hombre, como sujeto de relación, entra en consideración, en THON y en GOLDSCHMIDT, recién en la culpabilidad; el ilícito como mera perturbación de la situación de los bienes jurídicamente ordenada, está desligado del hombre, al menos, es desligable⁴⁶.

Sin embargo, tal crítica no es inherente a un Derecho penal liberal que se funda y propicia en la distinción entre injusto y culpabilidad, bien logrado por IHERING, quien lejos estaba de verse siquiera rozado por críticas más de laboratorio, artificiales, que reales y jurídicas, pues no puede olvidarse que en su escrito sobre “El fin en el Derecho” esbozó la finalidad como característica de la acción humana, regida ésta por la “*ley de finalidad*” como contraria a la *ley de causalidad*. Decía muy plásticamente que “el fin abarca lo porvenir”, “jamás la acción es en sí misma un fin, sólo es el medio de conseguirla”, “el acto no puede concebirse sin un fin: *obrar, y obrar con un fin, son términos equivalentes*”; esto es, la voluntad es independiente de la ley de causalidad⁴⁷.

De manera que la idea del “fantasma de la naturaleza que obra antijurídicamente” no le era aplicable a la noción de acción en IHERING, por lo que ya, con esta, daba una puntada decisiva hacia una concepción del injusto enmarcada en la idea liberal del Derecho.

Concibió IHERING una propuesta moderna del injusto penal, fundado desde 1887, época en la cual también publicó su tratado LISZT con una visión exclusiva y excluyentemente objetiva del injusto, dando origen a la “dogmática clásica”, que tantas críticas suscitó.

45 Dice MOOS que “la concepción subjetiva del injusto que surge en las postrimerías del siglo XIX, así como el entendimiento de la norma como norma subjetiva de determinación de conductas, son frutos tardíos del concepto de derecho de Hegel”; citado por MOLINA FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 195.

46 ZIELINSKI. Ob. cit., p. 13.

47 IHERING. *El fin en el derecho*, cit., pp. 6 a 12 y 17.

Para IHERING la ley protegía, como vimos, intereses jurídicos. Pero la norma, como “lado interno del derecho”, contiene

... una disposición de naturaleza *práctica*, es decir, que ordena las acciones humanas. Es una *regla*, según la cual el hombre debe dirigir su conducta ... impone a la voluntad de otro la dirección que debe seguir. Toda norma es un *imperativo*: ordena o prohíbe”; esto es, la norma le marca a un sujeto “su línea de conducta [...] es, pues, el *imperativo abstracto de las acciones humanas*”⁴⁸.

Pero como se dijo, su visión del injusto era objetiva, en consecuencia, podría decirse, en términos modernos, que IHERING se adelantó a los penalistas de su época, concibiendo, si la norma de conducta era un imperativo subjetivo de determinación, una teoría normativa dualista: un injusto complejo, dado a partir del quebrantamiento tanto de la norma objetiva de valoración como de la norma subjetiva de determinación.

Sin duda alguna, como resultado del balance, debe decirse que dicha teoría dualista otorgaría mayor peso al quebrantamiento de la norma objetiva de valoración –*elemento fundante del injusto*–, siendo el de la subjetiva de determinación un elemento cofundante.

Decía IHERING que lo justo es lo conforme con el derecho, con la ley, pero el que infringe ésta “obra injustamente”. Tal quebrantamiento se da en una doble faz, como la cara de Jano, o como la luz que es única, pero cuando penetra al prisma se bifurca, expresada en las nociones de *justicia formal* y *justicia material*, palabras expresas utilizadas por el autor citado; además, precisando que son “los términos más apropiados para expresar ese doble aspecto de la noción de justicia”⁴⁹.

La injusticia formal estaría dada por el quebrantamiento de la norma, el contraste entre lo realizado y lo ordenado, a través de prohibiciones y mandatos, por las normas.

Pero la conducta por medio de la cual se lleva a cabo la realización de lo pensado, finalmente es ordenado, puesto que no existe un obrar sin un fin, toda vez que “obrar, y obrar con un fin, son términos equivalentes”, dice IHERING, son características inherentes a la acción humana. De allí que:

La voluntad se juzga con arreglo al *fin* que se propone. El fin de la voluntad es el que caracteriza al acto como *justo* o *no justo*. Lo *justo* es la medida de lo *práctico*, es decir, de la acción; la *verdad* es la medida de lo *teórico*, es decir, de la percepción. *Justo* es la medida de la *voluntad* con lo que *debe ser*⁵⁰.

48 Ibid., pp. 163 a 165.

49 Ibid., p. 179.

50 Ibid., pp. 12 y 211.

Allí, al parecer, no estaría diciendo cosa diferente que aquello afirmado por los subjetivistas en materia de injusto, esto es, lo sostenido por MERKEL, KOLHRAUSCH y FERNECK, empero, es apenas un lado del injusto, que en IHERING es necesaria e imprescindiblemente *complejo*.

La idea de finalidad, de la cual debe encontrarse preñada la voluntad, que no es solamente un querer, sino también la dirección del querer, sirve a la idea de perfecto ajuste, *prima facie*, entre conducta y lo relevante penalmente contenido en la ley; pues a partir de una interpretación a *contrario sensu*, si la voluntad se dirige a lo que debe ser, o al menos a un acto irrelevante desde la óptica deontológica, no habría acto injusto.

Allí, sin duda, los rudimentos básicos y elementales de la categoría dogmática de la tipicidad. Pero, sin duda alguna, también en su versión más acabada como tipicidad compleja en los términos de la demanda por un tipo objetivo y un tipo subjetivo, tal cual lo planteó modernamente el finalismo welzeliano.

La idea de tipo objetivo la extraemos de poner en contacto lo afirmado anteriormente, contenido de su obra *El fin en el Derecho*, con lo expresado en otra de la misma época, *Espíritu del Derecho Romano*, que se dice por sus estudiosos que fueron producidas entre 1877 y 1888:

La *realizabilidad formal* del Derecho está dada por “la facilidad y la seguridad de la aplicación del derecho abstracto a las especies concretas”⁵¹.

Ahora, no basta ello. Las instituciones jurídicas deben responder a la lógica del “motivo de su existencia”, determinable a partir de un examen del fin y las necesidades de la época, de la vida real, esto es, “la utilidad o la oportunidad de las disposiciones materiales del derecho”, apuntada a la relación que debe existir entre el “derecho y el mundo social”, lo que caracteriza la *realizabilidad material*.

Dice IHERING que el derecho debe complementar la *realizabilidad formal* con la *realizabilidad material*, pues muy a pesar de la aspiración a la “perfección lógica del contenido abstracto del derecho”, ante las disposiciones “groseramente elaboradas”, debe el jurista reconocer *in concreto* “el aspecto del fondo y de la forma”, para lograr su “*realización uniforme*”.

El ejemplo es claro:

La esencia de la injuria está en “las lesiones contra la honra”⁵².

51 RUDOLF VON IHERING. *La dogmática jurídica (extractos de su obra “Espíritu del Derecho Romano”)*, Buenos Aires, Losada, 1946, pp. 42 y ss.

52 *Ibíd.* p. 43.

Es necesario, para comprender a cabalidad lo que aquí afirmamos, recordar que IHERING fue un civilista, pero tuvo la virtud jurídica de poner en contacto la noción de *realizabilidad material* del Derecho con la función que éste cumple de proteger *intereses jurídicos*.

Ya vimos que en IHERING la lesión del derecho no está dada, como en KÖSTLIN, por la lesión a la voluntad del individuo o del Estado. Se repite, lo protegido son los intereses jurídicos y la conducta antijurídica está dada por el quebrantamiento de aquella situación jurídica que se ha estimado como valiosa y por tal razón digna de protección.

Creemos no equivocarnos. IHERING dice contundentemente que los órganos, entre ellos el Derecho, existen para cumplir alguna o algunas funciones:

“... es preciso el conocimiento de sus funciones para la inteligencia del de sus órganos”, de allí que sea, superlativamente *erróneo* considerarle “desde el sólo punto de vista de su mérito intelectual, del orden lógico de sus miembros y de su unidad”, destacándose entonces el “aspecto funcional del derecho”⁵³.

Del ingenio y la rectitud del juicio depende, dice IHERING, el “diagnóstico jurídico”⁵⁴. Ese diagnóstico sólo es correcto cuando exista “realización uniforme” de los aspectos formales y materiales (determinados a partir de la funcionalidad) del Derecho, lo que, traducido al lenguaje jurídico penal, significa que para considerar como antijurídica una conducta se requiere la antijuridicidad formal y material.

Allí se cumple el trabajo del jurista según IHERING:

... ligar de nuevo la teoría con la vida, y el segundo completarla de dentro afuera y espiritualizarla⁵⁵

Repetimos, pues, que allí, en IHERING, se encuentra el germen de los desarrollos actuales de la discusión jurídica: la noción de injusto configurado a partir de lo contrario a la norma *objetiva de valoración y subjetiva de determinación*.

No sería del caso hacer mención a otras consideraciones de IHERING en torno al Derecho penal, empero, ya que están vinculadas con una noción de injusto objetivo, la mayor conquista del Derecho penal liberal, vale la pena traerlas a colación, pues son por demás expresión de un derecho penal mínimo, de *última ratio*, de reacciones proporcionales al grado de injusto cometido y por el reproche de culpabilidad:

53 *Ibíd.*, pp. 40 y 41.

54 *Ibíd.*, p. 43.

55 *Ibíd.*, p. 49.

1. “En verdad, el fin de la ley penal es el de otra ley cualquiera: asegurar las condiciones de vida de la sociedad. Sólo que para alcanzar este fin se sirve de un medio particular: la pena. ¿Por qué la pena?”;
2. “La sociedad recurre a la ley cuando comprende que necesita su ayuda. Esta consideración general es también su guía cuando se trata del establecimiento de la ley penal. La aplicación de una pena no podría justificarse cuando el derecho puede realizarse por otros medios; la sociedad sería la primera en sufrir las consecuencias”;
3. “El derecho criminal empieza allí donde los intereses de la sociedad reclaman el establecimiento de una pena [...] la pena es legítima allí donde la sociedad no puede pasar sin ella [...] En todas partes el delincuente es aquel que ataca las condiciones de vida de la sociedad”;
4. El “delito es la colocación en peligro de las condiciones de vida de la sociedad, peligro que el legislador comprueba que sólo puede alejar mediante la pena”;
5. “Cuanto más estimamos un bien, mayor es nuestro cuidado para conservarlo. La sociedad obra de igual modo cuando se trata de proteger jurídicamente sus condiciones de vida, que constituyen los bienes sociales. Cuanto más preciado es el bien, más grave es la pena. *La tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales*”, y
6. Es “de su propio interés medir con cuidado las penas con que amenaza. Nada de prisión donde basta la pena pecuniaria; nada de pena de muerte si es suficiente la de prisión”⁵⁶.

Pero también principio de protección del bien jurídico, subsidiariedad y fragmentariedad, principios hoy que le dan la identidad al Derecho penal liberal; para nosotros Derecho penal constitucional.

Ya en 1906, por obra de BELING, aparece la distinción entre tipicidad y antijuridicidad, encomendándosele al primer elemento la fijación anticipada de las conductas que resultaren relevantes para el derecho penal, puesto que, el injusto penal y el civil, sólo encontraban diferenciación en el examen de la reacción estatal utilizada: pena o indemnización de perjuicios. Aporta, además, economía jurídica al examen de lo relevante penalmente, mostrando las bondades del examen estratificado de las características de lo delictivo.

Comienza en firme, a partir de ese momento, la definición del delito como una acción o conducta típica, antijurídica y culpable.

56 IHERING. *El fin en el derecho*, cit., pp. 183 y 231 a 236.

En realidad, salvo en un momento posterior del desarrollo de la dogmática neoclásica, cuando se postuló la definición del delito como una conducta típicamente antijurídica y culpable, lo cual conllevaba a una división bipartita del concepto de delito, la discusión se ha centrado en el contenido de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, puesto que allí y en su conexión interna entre las categorías y subcategorías penales, es que se encuentran las grandes diferencias que surgen cuando se analiza la evolución de la teoría del delito; por tanto la tridivisión ha adquirido rango de tradicional.

Sin embargo, el punto de unión de todas las metodologías utilizadas para el desarrollo de las etapas clásica, neoclásica y finalista se encuentra a partir de la adopción y utilización de un particular concepto de acción, que va perfilando el contenido de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, encontrando la conexión interna entre las mismas a partir de un manejo de la lógica formal, imponiéndose la idea de que el tratamiento correcto de cada una de las instituciones del Derecho penal general depende de la coherencia interna entre las proposiciones.

Esa coherencia interna entre las categorías y subcategorías dogmáticas era la mayor aspiración de cada una de las etapas mencionadas, lo que implicaba que su perfeccionamiento no sólo otorgaba validez científica a las propuestas, sino también el grado de seguridad jurídica necesario para la aplicación del Derecho Penal a la realidad social.

Empero, ya en IHERING se encontraba el germen teleológico que permitiría, a partir de los años 60 del siglo pasado, la normativización de la teoría del delito a partir de los conceptos de norma objetiva de valoración y norma subjetiva de determinación.