

TERCERA PARTE

ESTIMATIVA Y TURISPRUDENCIA

<i>Capítulo Segundo: Mala in se y Mala prohibita</i>	172
1. <i>Mala in se</i>	172
a) El delito	172
b) Homicidio	174
c) Robo	175
d) Violación	177
2. Construcción de los hechos por el derecho	178
3. <i>Mala prohibita</i>	178
a) La criminología	180
b) Antiiuridicidad y sanción	182

CAPÍTULO SEGUNDO

MALA IN SE Y MALA PROHIBITA

Ningún hecho natural es en sí mismo jurídico. Los hechos jurídicos son *construidos* por el derecho.

F.E.V.B.

1. MALA IN SE

a) *El delito.* Sobre el supuesto de que existen conductas malas en sí mismas, el pensamiento jurídico tradicional afirma, en el ámbito del derecho penal, que hay dos clases de delitos: los artificiales como los políticos y los naturales como el homicidio, el robo y la violación. Ahora bien, el ilícito penal no es sino el aspecto criminal del acto antijurídico en sentido amplio, entendido históricamente como la conducta que el legislador desea evitar (técnica del castigo). Tanto en el derecho civil como en el penal se da el acto antijurídico, distinguiéndose el delito del ilícito civil, únicamente por el tipo de sanción que en cada caso trae aparejada la conducta constitutiva del supuesto de la norma. Si la sanción es retributiva o preventiva, el acto antijurídico será un delito; si reparativa, ilícito civil.

Garófalo acomete la tarea de conceptualizar el delito natural, afirmando que “el sociólogo no debe dirigirse al legislador para pedirle la definición del delito”, sino que “debe adquirirla él mismo”, y se pregunta: “¿Pero ante todo existe un delito natural? o lo que es lo mismo, ¿podemos agrupar cierto número de hechos que en todo tiempo y en todos los pueblos hayan sido considerados como delictuosos?, ¿puede obtenerse el criterio del delito por medio del método inductivo, único de que se puede valer el positivista?”,¹ a fin de sentar en la respuesta afirmativa a estas cuestiones, las bases para formular el concepto de delito natural. Pero apenas iniciada tal tarea tiene que abandonarla, ante la imposibilidad de encontrar un solo caso que le permita fundar la contestación positiva a su interrogante, por lo que recurre al expediente de refugiarse en la falsa objetividad de un elemento sociológico para conceptualizar el delito. Aunque relativizando ingenuamente ese concepto al referirlo al grupo social históricamente considerado, con lo que no hace sino referirlo realmente al derecho positivo, en cuanto éste es el que determina objetivamente los sentimientos del grupo. Y así nos dice, que el delito es:

¹ *Criminología*, 2^a ed., Turín, 1891, p. 4.

la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, en la medida media en que se encuentran en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas para la colectividad,²

pero sin esclarecer cuáles son esos sentimientos de una manera objetiva, fuera del orden jurídico, siendo que los mismos varían de una clase social a otra, de una confesión religiosa a una ideología política, etcétera.

Alimena considera que

la postura de Garofalo no sólo es inútil para el derecho penal, debido a que no explica ni fundamenta un gran número de delitos contenidos en el código, sino que es falsa ante la historia y la psicología, ya que sólo se aplica para un momento determinado.³

Al igual que Garofalo, Emile Durkheim, jefe de la Escuela Sociológica Francesa, recurre a la indirecta referencia al derecho positivo para conceptualizar al delito de manera absoluta, considerándolo como "toda ofensa a los sentimientos profundamente arraigados y claramente definidos de la conciencia social".⁴

Ahora bien, la conciencia social objetiva sólo puede ser el contenido de un orden jurídico determinado en un cierto momento histórico, y por otra parte, los sentimientos claramente definidos de esa conciencia tendrán que ser los que las normas del derecho positivo establezcan coactivamente, pues las ideologías que difieren de los contenidos jurídicos sólo poseen una mera objetividad histórica, y únicamente en la medida en que contrastaron con el orden vigente.

Carrara estima que existen delitos naturales,

porque para concebirlos no es necesaria la configuración de un consorcio de ciudadanos, habiendo la naturaleza misma acordado al hombre derechos de los cuales tiene necesidad como individuo ... y ya que la Ley natural concede al hombre esta serie de derechos y quiere que en él sean protegidos, y quiere sólo como medio indispensable de tal protección la organización de la autoridad civil, la denominación de delitos naturales dada a aquellos hechos que se limitan a lesionar tales derechos, no es más que una deducción lógica de nuestros principios.⁵

Para Carrara, "delitos naturales son aquellos que tienen por objeto un derecho atribuido al individuo por la misma ley de la naturaleza".⁶

Es decir, que ni Garofalo ni Durkheim definen al delito como algo na-

² *Op. cit.*

³ *Principii di diritto penale*, vol. I, p. 240.

⁴ Citado por Constancio Bernaldo de Quiroz, en *Criminología*, p. 42.

⁵ *Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte Especial*, vol. I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944. § 1081, p. 30.

⁶ *Op. cit.*, § 1084, p. 33.

tural el primero o como algo “social normal” el segundo, sino como algo exclusivamente jurídico positivo, muy a pesar de los propósitos absolutistas que animan a ambos pensadores. Y en cuanto a Carrara, podemos decir que como cada ideología política (feudalismo, absolutismo, capitalismo, socialismo, etcétera) sostiene la existencia de sistemas de derechos naturales diversos entre sí, y cada una de ellas posee el mismo derecho histórico que las demás para autoafirmarse, la única conclusión viable que deriva de sus principios es que habrá tantos catálogos de delitos naturales como ideologías se puedan registrar en la historia universal.

Para Wilhelm Sauer, otro iusnaturalista, el delito es “un querer y obrar antijurídico (socialmente dañoso) y culpable, insoportable cultural y ético-socialmente, en contradicción grave con la justicia y el bien común”.⁷

En Puffendorf “el delito es una actividad inmoral”, aun cuando —aclara— “de esta afirmación no se deduce que todo acto inmoral sea punible, sino únicamente que la inmoralidad de la acción es una de las condiciones de su punibilidad”, o sea, que “para que un hecho sea punible debe ir acompañado de una culpa moral”.⁸

Ahora bien, la existencia de delitos naturales es inaceptable, pues presupone una conducta mala de por sí, independientemente del orden jurídico, y la conducta sólo puede ser un concepto jurídico alcanzable a través del derecho, por lo que no pueden existir conductas ajurídicas. En efecto, el comportamiento humano sólo puede ser determinado imputativa y no causalmente, pues la conducta únicamente es tal contemplada desde un punto de vista normativo, ya que el hacer material del hombre no puede ser otra cosa que un simple hecho natural y no una conducta, porque ésta implica un elemento que no es capaz de proporcionarnos ninguna ciencia natural, como es el carácter humano de su autor. Y ya vimos en el inciso 3 del Capítulo Tercero de la Primera Parte, que lo humano no es lo racional como quiere el escolasticismo.

En igual sentido que nosotros se expresa el finalista Maurach, para quien

no existe ningún delito natural desprendido del derecho positivo; tan sólo a reserva del expreso mandato de la ley, puede la criminalidad ser concebida como fenómeno de patología social.⁹

Por último, si hacemos un análisis particular de cada uno de los ejemplos típicos de delito natural, llegaremos a la misma conclusión.

b) *Homicidio*. Se puede hablar de homicidio *lato sensu*, como “la muerte de un hombre cometida por otro hombre” según la doctrina clásica. En esta concepción caben todos los homicidios no sancionados por la ley:

⁷ *Derecho Penal. Parte General*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1956, p. 52.

⁸ Citado por Fausto Costa, en *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, UTEHA, México, 1953, p. 80.

⁹ *Tratado de Derecho Penal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, vol. I, p. 39.

por fuerza física irresistible, fuerza mayor, error, legítima defensa, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, etcétera.

Carrara se refiere al homicidio *stricto sensu*, definiéndolo como “la destrucción del hombre injustamente cometida por otro hombre”.¹⁰

La palabra asesinato se usó en el código francés (artículo 296) para expresar cualquier homicidio premeditado. En el lenguaje clásico, el vocablo asesinato —indica Carrara— quiere decir “el homicidio cometido por orden y cuenta ajena”, y hay quienes agregan “en vista de una merced pactada”, por lo que también se le denomina homicidio mercenario.¹¹

Para Antolisei, “el homicidio es la muerte de un hombre ocasionada por otro hombre con un comportamiento doloso o culposo y sin el concurso de causas de justificación”.¹²

En los proyectos mexicanos de Código Penal, los de 1949 y 1963 disponen: “Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro” (artículos 302 del primero y 263 del último). Y el proyecto de 1958, en su artículo 221, estatuye que “homicidio es la privación de la vida de una persona por otra”.

Ahora bien, el homicidio realizado en ciertas circunstancias especiales (las que hacen procedente su sanción jurídica), no posee ninguna diferencia esencial con la privación de la vida de un hombre realizada bajo cualesquier circunstancias, pues esas específicas condiciones sólo pueden ser determinadas objetivamente por un orden jurídico concreto. Es decir, que el *matamiento hominis* no es una conducta mala en sí misma, pues en ocasiones hasta es un deber, como en la guerra o en la legítima defensa. Claro que en estos casos no puede hablarse en rigor lógico de la figura jurídica de homicidio, pues no existe objetivamente ningún hecho determinado como tal por el derecho, en cuanto no lo sanciona en forma alguna (pena o premio). En consecuencia, el homicidio no es ningún delito natural.

c) *Robo*. En Carrara, penalista del capitalismo, la

clase de los delitos contra la propiedad encuentra lugar adecuado en el orden de los delitos naturales, porque aun cuando en ellos (según es condición de todo delito) concurre el daño mediato, que es puramente social y político, el daño inmediato hiere un derecho que, por una parte, tiene su origen directo en la ley de la naturaleza y, por la otra, es puramente particular en los individuos en los cuales la propiedad es violada.¹³

Sobre el derecho de propiedad privada dice este autor, que “el destino que la ley de la naturaleza ha dado a la humanidad, no podría ser alcanzado sin la apropiación de las cosas indispensables para el mantenimiento de la propia existencia y para el mejoramiento de las propias condiciones... Del

¹⁰ *Op. cit. Parte Especial*, vol. III, p. 142.

¹¹ *Op. cit.*, p. 226.

¹² *Manuale di diritto penale, Parte Speciale*, I, p. 35.

¹³ *Op. cit.*, vol. IV, p. 3.

derecho incontrastable de servirse de las cosas nace el derecho de apropiárselas... De este derecho nace el derecho de propiedad".¹⁴

La clara tendencia individualista de Carrara, comprometida a ojos vistos con una de las ideologías políticas en boga desde el siglo pasado, nos releva de la necesidad de objetar un concepto tan estrecho del derecho de propiedad, confrontado ya en estos tiempos por ideologías opuestas que han sido incorporadas hasta en nuestro derecho positivo (artículo 27 constitucional).

El delito más destacado de la clase de infracciones penales contra la propiedad es el robo. Sobre el mismo expresa el Código italiano: "El que se apodera de una cosa mueble que pertenece a otro para sacar provecho quitándola del lugar en que se encuentra, sin consentimiento de aquel a quien pertenece, es castigado..." El Código Penal francés, con mayor concisión dispone: "Todo aquel que sustrae fraudulentamente una cosa que no le pertenece, es culpable del delito de robo". Y el Código Penal alemán establece: "Cualquiera que con la intención de apropiárselo e ilegalmente toma un objeto mueble que pertenece a otro, es culpable de robo".

El Código Penal vigente en el Distrito y Territorios Federales de nuestro país y en toda la República en materia federal, desde 1931, ordena:

Art. 368. Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

El proyecto de Código Penal de 1949, reitera la definición anterior salvo la expresión "sin derecho y". Más elaboradamente, el proyecto de 1958 en su artículo 274 dispone:

Comete el delito de robo el que con ánimo de dominio o de uso se apodera de una cosa ajena, mueble, sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ella.

Y, por último, el proyecto de Código Penal de 1963, artículo 332, establece que comete robo "quien se apodera de una cosa mueble, ajena, con ánimo de apropiársela y sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ella".

El robo tampoco puede ser un delito natural, pues el mismo ni siquiera podría ser conceptualizado fuera del derecho. En efecto, si el robo es apoderamiento sin derecho de cosa ajena, la determinación de lo que es ajeno y de la facultad exclusiva de disposición, es algo que sólo el orden jurídico positivo puede hacer, por lo que resulta imposible hablar siquiera de robo fuera del derecho. Además, el robo presupone también la existencia objetiva de un derecho: *el de propiedad*, que tampoco es un derecho natural,

¹⁴ *Op. cit.*, vol. IV, p. 1.

según lo demuestra la existencia histórica de órdenes jurídicos que lo han abolido en relación con los particulares, como el de la URSS, o totalmente, como el de algunas tribus polinésicas en donde nada pertenece a nadie y ni siquiera a la tribu, pues se tolera al extranjero la disposición de cuanto encuentre. Por otra parte, también en el derecho espartano tenemos un ejemplo de que no siempre y en todas las circunstancias ha sido sancionado el apoderamiento de cosas como delito, pues Esparta no castigaba el hurto realizado por sus efebos, sino más bien lo fomentaba como un ejercicio de su habilidad, sancionando por el contrario la torpeza de quien se dejaba descubrir como autor del robo realizado. Aun en el derecho mexicano el robo no siempre es sancionado como delito, pues en el llamado robo por necesidad de que habla el artículo 379 del Código Penal de 1931, no se enlaza ninguna consecuencia normativa a la ejecución del hurto. En estos casos en realidad no existe delito de robo, pues éste es un concepto jurídico positivo, que nace del hecho de que la norma vigente sanciona una conducta así denominada.

d) *Violación*. Maggiore sostiene que “el delito de violación carnal, consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de la violencia o amenazas”.¹⁵

Para Soler, “Violación es el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, ejecutado mediante violencia real o presunta”.¹⁶

El artículo 265 del Código Penal vigente entre nosotros desde 1931, define implícitamente la violación, al sancionarla, diciendo: “Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, sea cual fuere su sexo, se le aplicarán...” Igual disposición contiene al respecto el proyecto de Código Penal de 1949. El proyecto de 1958 dice esencialmente lo mismo, al disponer en su artículo 260:

Se sancionará..., a quien por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, cualquiera que sea su sexo; así como al que tenga cópula con persona menor de catorce años, o que por cualquier causa no pudiere resistir.

El proyecto de Código Penal de 1963, reitera casi literalmente la disposición ahora en vigor.

La violación o uso sexual forzado de una persona, no sólo carece también del carácter absoluto de delito, sino que inclusive ha sido históricamente la base de una de nuestras instituciones civiles de mayor prestigio: el matrimonio. En efecto, entre los pueblos primitivos no era delito usar de las mujeres del enemigo vencido (despojos del combate); más aún, la fundación de Roma y la primera institución matrimonial romana, tienen su origen histórico en el rapto de las sabinas. Aun en el derecho moderno, la

¹⁵ *Derecho penal*, 4^a ed., Editorial Ternis, Bogotá, 1955, vol. IV, p. 56.

¹⁶ *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1956, vol. III, p. 342.

violencia sexual es un acto permitido por la ley o la jurisprudencia en ciertas circunstancias, como el apoderamiento sexual obligado de la mujer dentro del matrimonio, el cual podrá tal vez constituir el delito de lesiones si las hubiere, pero no siempre el de violación. En realidad, la jurisprudencia de algunos países indoamericanos ha considerado que siendo el débito conyugal una de las obligaciones fundamentales de la esposa, su exigencia y consumación violentas por parte del marido no son deseables pero tampoco delictuosas, por faltar el bien (libertad sexual) que se pretende proteger en el tipo concreto. Luego, la violación no es ni puede ser un delito natural.

2. CONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS POR EL DERECHO

Ningún hecho es en sí mismo jurídico, por lo que no puede haber homicidios, robos, violaciones ni delito alguno fuera del derecho. La muerte de un hombre por otro hombre, el apoderamiento de un objeto y la cópula con violencia física o moral sobre una persona, son hechos naturales, cognoscibles causalmente, pero nunca delictuosos en sí mismos, ya que ocurren sin que el derecho enlace a la determinación naturalista de su existencia ninguna consecuencia normativa. El homicidio, el robo y la violación son hechos también, pero no se les puede conocer como tales por el método natural, es decir, por la relación de causalidad sino sólo por el método normativo, o sea, por la relación de imputación. Esto es, surge un homicidio, robo o violación, únicamente cuando el derecho imputa una sanción a la realización de ciertos actos, que el propio derecho reputa como homicidio, robo o violación. Ahora bien, tampoco la ejecución de tales actos se determina causalmente, sino sólo normativamente. En efecto, es posible hablar objetivamente de homicidio, por ejemplo, cuando ciertos órganos del Estado, dentro de un procedimiento determinado por la ley, han *construido* ese hecho, mediante el levantamiento de un acta, la declaración de testigos de identidad, la expedición de un certificado de autopsia, etcétera. Por tanto, para hablar correctamente debe decirse que también los hechos jurídicos son construidos por el derecho.

3. MALA PROHIBITA

De los grandes penalistas, Carrara ha conceptualizado lo que él llama delito civil, diciendo que 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 políticamente dañoso.¹⁷

¹⁷ *Op. cit.*, *Parte General*, vol. v, § 21, p. 41.

La definición de este autor adolece desde luego de dos errores, pues habla de actos moralmente imputables, siendo el de imputabilidad un concepto exclusivamente jurídico que nada tiene que ver con la ética, y también de que los mismos pueden ser políticamente dañosos, cuando que objetivamente sólo puede hablarse de lo estimado por el legislador como socialmente perjudicial, ya que se carece de un criterio universal para determinar lo socialmente pernicioso fuera del derecho. Lógicamente la definición transcrita yerra también al pretender conceptualizar un objeto (el delito), atendiendo a un fin específico (la seguridad) que algunos legisladores han puesto en él; pero ningún objeto se caracteriza o concibe merced a un fin, puesto que ninguno tiene un fin propio o único, primero, porque la finalidad es algo que el pensamiento pone en los objetos; segundo, porque a un mismo objeto se le pueden dar y de hecho se le dan diversas finalidades; y tercero, porque a distintos objetos se les puede dar idéntica finalidad.

En el mismo sentido Radbruch considera, con Federico Julio Sthal, que “la justicia penal es el restablecimiento del señorío del Estado mediante el aniquilamiento o dolor de aquél que se ha sublevado contra él”,¹⁸ entendiendo así el delito como el acto al cual el derecho enlaza una sanción, no obstante cualificar ésta biopsicológicamente como destrucción causal o sufrimiento físico.

En la propia dirección, Bohmer entiende al delito como “la acción anti-jurídica, punible, típica, culpable y sancionada con una pena”. Y nuestro Código Penal considera al delito simplemente como “el acto u omisión que sancionan las leyes penales” (artículo 7), asumiendo así un criterio exclusivamente positivista, pues no inmiscúe para nada apreciaciones subjetivas.

Los Códigos Penales de 1871 y 1929, igualmente definen el delito desde un punto de vista jurídico y positivo, y así hablan, el primero, de que “delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda”, y el segundo de que “delito es la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal”.

Ferri también critica la noción de delito natural y aporta datos para la creación de un nuevo concepto de los delitos, atribuido a él y a Berenini, que los entiende como “acciones punibles determinadas por móviles individuales, antisociales, que perturban las condiciones de vida y contradicen la moralidad media de un pueblo en un cierto momento”.¹⁹

“Es delito aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, contrasta con los fines del Estado y exige una pena criminal como sanción”, o sea, “todo hecho al que el ordenamiento jurídico enlaza como consecuencia una pena”,²⁰ expresa acertadamente Antolisei.

En opuesta corriente, pero con precisión no exenta de psicologismo, Pes-

¹⁸ *Introducción a la ciencia del derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, p. 122.

¹⁹ *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 383.

²⁰ *Manual de Derecho Penal. Parte General*, UTHEA, Buenos Aires, 1960, p. 125.

sina define lo que él llama “delito legal” como “la acción humana que la ley considera como infracción del derecho y que, por ende, prohíbe, bajo la amenaza de un castigo”.²¹

El teutón Maurach, con característica concisión, enseña que “delito es una acción típicamente antijurídica, atribuible”.²²

a) *La criminología*. La actividad denominada Criminología se inicia en el año 1876, con la publicación por César Lombroso de la primera edición de *L'uomo delinquente*. Aunque es hasta 1901 que Lombroso forma definitivamente la edición del *Hombre delincuente*.

Para algunos autores

la criminología constituye la ciencia fundamental (en relación al derecho penal), (pues) define la esencia del delito como un fenómeno de patología social, investiga los factores de la criminalidad y dota al derecho penal del instrumento que, conforme a las experiencias de la investigación etiológica, constituye la mejor garantía para una oportuna profilaxis vinculada al hecho singular y al autor concreto.²³

Según Maurach, la tesis anterior es degradante del derecho penal, pues el mismo

se convierte, de este modo, en una teoría táctica configurada según puntos de vista de conveniencia, dependiente de la investigación etiológica, transformándose en un órgano de expresión de la criminología.²⁴

Maurach sostiene que “la ciencia normativa del derecho es la que configura a la criminología, su firme punto de partida”.

El delito es, pues, su punto de partida; la criminología, al considerar al delito como fenómeno de patología social, constituye una disciplina perteneciente a la sociología, que opera, sin embargo, con métodos de investigación de la ciencia de la naturaleza, y cuyo punto de partida está integrado por el hacer humano terminantemente descrito por el legislador penal.²⁵

En Sauer,

la Criminología considera el delito como una aparición social de nuestra vida cultural; sólo como un hecho histórico, sin referirlo a las leyes y orientaciones estatales, esto es, lo estudia como un hecho en conexión con las causas productoras del mismo. Es una disciplina —prosigue Sauer— que

²¹ *Elementos de Derecho Penal*, 4^a ed., Reus, Madrid, 1936, p. 276.

²² *Op. cit.*, vol. I, p. 154.

²³ Cfr. Maurach, *Op. cit.*, vol. I, p. 39.

²⁴ *Op. cit.*, vol. I, p. 39.

²⁵ *Op. cit.*, vol. I, pp. 41 y 42.

participa de la naturaleza de la sociología y la psicología; en un sentido amplio... también se relaciona con la biología y la psiquiatría.

Y concluye este autor, que "la investigación criminológica es un venero inagotable para el conocimiento del delito y del delincuente".²⁶

Se ha considerado, en fin, que la criminología investiga la criminalidad con medios propios de las ciencias naturales, pero ante todo con medios sociológico-estadísticos en una pura dirección fáctica.

Toda la estructura de la criminología se levanta sobre el presupuesto inicial de encontrar el origen del crimen. Y se la ha definido como una ciencia sintética, causal explicativa, que se ocupa del hombre que realiza conductas antisociales.

Algunos autores, carentes de toda agudeza crítica, afirman que es una disciplina a la vez natural y cultural, sin percibirse de que ciencia es método y de que las características diferenciales de lo natural y de lo cultural son exclusivamente metódicas.

En consecuencia, esa actividad llamada Criminología, que pretende tener carácter científico y cuyos procedimientos intentan un estudio naturalista del acto antisocial (delito) y del individuo que lo realiza (delincuente), o de ambos, ha obtenido resultados que se quieren hacer trascender a la jurisprudencia normativo empírica, concretamente al derecho penal, mediante la política criminal.

Ahora bien, para que una ciencia sea tal, ha menester de un objeto y un método propios. La criminología pretende que su objeto es el delito o el delincuente o ambos, y que el conocimiento del mismo puede ser conocimiento de sus causas, es decir, la determinación naturalista de los motivos del delito y de la delincuencia. Pero es el caso que esto sólo es posible en un sentido puramente derivado.

En efecto, el delito y el delincuente no son nada real en el marco de la naturaleza, pues ya vimos que no es fundada la tesis del delito natural; en consecuencia, el delito y el delincuente sólo pueden ser una construcción jurídica, una realidad normativa, como objetos determinados imputativamente por la norma de derecho y no causalmente por la ley de la naturaleza. Y si esto es así, acerca del delito en general no cabe ni puede caber un conocimiento por la relación de causa a efecto, como lo pretende esa moderna actividad criminológica, sino tal vez sólo acerca de lo que por delito entiendan los diversos órdenes jurídicos positivos, en un cierto momento histórico o en una determinada tradición cultural.

Y en este caso, el del estudio naturalista del delito con fundamento en un concepto histórico jurídico del mismo, pensamos que no puede hablarse de sincrétismo metódico, pues si bien es verdad que el delito es un concepto alcanzado por el método de la imputación, y que el estudio criminológico emplea el método de la causación, también es cierto que aquél debe consi-

²⁶ *Op. cit.*, p. 8.

derarse como un mero supuesto de la criminología y que el objeto de ésta lo serían las causas de un hecho natural que la propia criminología considera convencionalmente como delito.

En consecuencia, estimamos que quizá sea posible aceptar a la criminología como ciencia, bajo el supuesto de que sus rendimientos no podrán nunca ser universales, como los de las ciencias teóricas, sino meramente históricos, como los de toda ciencia fáctica, en cuanto su objeto de estudio lo constituyen hechos que jamás podrán considerarse objetivamente como invariables.

b) *Antijuridicidad y sanción.* La sanción es uno de los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica, y lo es porque no es posible pensar ningún orden jurídico sin sanción, ya que en este caso dicho orden no podría ser de carácter jurídico.

Históricamente la sanción aparece como de tipo esencialmente penal por ser de índole retributiva, carácter que se destaca notablemente en la Ley del Talión: ojo por ojo, diente por diente, vida por vida. Las llamadas sanciones preventivas o medidas de seguridad, son en verdad la retribución vergonzante que la sociedad aplica a situaciones que ella misma ha creado: mendicidad, prostitución, vagancia, alcoholismo, toxicomanía, taurismo, etcétera, y que hipócritamente se niega a calificar como delictuosas, por reconocerse coautora de las mismas, y así, con gazmoña pudibundez llama preventión a la *vendetta*.

Con posterioridad a la penal surge la sanción civil, cuyo carácter es básicamente reparativo, ya que busca la reparación del daño causado. Empero, esto no significa que en algunos casos un cierto código civil no pueda establecer una sanción retributiva o preventiva, y a la inversa, que un código penal sea incapaz para estatuir sanciones reparativas, pues estos caracteres que señalamos a la sanción son meramente históricos, y por ende, contingentes y variables, los que no pueden diferenciar esencialmente un tipo de sanción del otro, ya que la sanción jurídica sólo puede tener una caracterización universal y objetiva.

El derecho convierte la sanción en consecuencia normativa de la conducta estimada socialmente perniciosa, a la que se llama acto antijurídico y constituye el supuesto al que la norma enlaza la sanción. Este acto antijurídico será delito si la sanción es de carácter retributivo o preventivo, y será un ilícito civil si la sanción es de índole reparativa. Sin embargo, un legislador puede elegir la técnica del premio en vez de la del castigo al establecer una cierta sanción, y entonces se llamará antijurídico al acto meritorio y no al acto ilícito.

Ahora bien, como ya se vio, una conducta no trae aparejada una sanción por ser antijurídica, sino que es antijurídica porque su consecuencia es una sanción, ya que carecemos de un criterio objetivo que nos permita calificar de antijurídica una conducta, previamente al punto de vista del derecho. De aquí el absurdo del llamado delito natural que, según la doctrina tradicional,

es sancionado por constituir una conducta antijurídica en sí misma, aun cuando no exista ningún criterio objetivo que nos permita determinarla como tal fuera del orden jurídico.

El acto antijurídico es un supuesto de la sanción, pero no es el único, pues como se ve claramente en el campo del derecho civil por ejemplo, es menester que se realice por lo menos otro supuesto: el ejercicio de una acción. Claro que el ejercicio de una acción es también supuesto de otros tipos históricos de sanción jurídica y no sólo de la civil.

El acto antijurídico es la conducta del individuo contra el que se dirige la sanción, y en su conceptualización nada tienen que hacer ideas religiosas o políticas acerca de la conducta, las cuales nos permitan calificarla como pecaminosa, indebida, violatoria, injusta, etcétera, pues tal conducta sólo es ilícita (“violatoria del deber jurídico impuesto en el tipo”) porque la norma enlaza a la misma una sanción. Es decir, que “hay derecho porque hay verdugo”, o sea, que hay juridicidad porque hay sanción, que una conducta no es en ningún caso objetivamente pecaminosa, indebida, violatoria o injusta, si la misma no constituye el supuesto de una sanción.

Sólo una conducta intencional o negligente puede ser antijurídica, porque la sanción tiene que dirigirse contra el que directa o indirectamente produce el efecto socialmente estimado perjudicial. Y si en algún derecho bárbaro se ejecuta por ejemplo al hijo por un acto del padre, es ésta una pena indirecta contra el padre. Y lo mismo ocurre en el caso de la ejecución de rehenes, que permiten las actuales leyes de la guerra, pues esta ejecución se entiende como una sanción contra el Estado o población que, por conducto de algunos de sus miembros inidentificados individualmente, hostiliza a un invasor.

El acto antijurídico civil, a diferencia del penal, no hace consistir generalmente el supuesto normativo en la realización de un daño, sino más bien en la no reparación de ese daño.

En numerosas situaciones tanto del derecho primitivo como del moderno y del contemporáneo, el orden jurídico identifica al individuo con el grupo, como ocurre en los casos en que una institución es sancionada por el acto de uno de sus miembros, es decir, por el acto que si bien en sentido causal pudiera ser referible a uno de los individuos que componen el grupo, en el aspecto normativo sólo puede ser imputado a éste por cuanto su actuación es reputada como de la institución por la norma positiva. Y lo que ocurre es que para la ciencia del derecho no existen individuos entendidos como unidades biológicas, sino sólo personas, por lo que si una de éstas representa para la observación causal, una unidad, una pluralidad o una totalidad (Estado) biológicas, ello es irrelevante para la jurisprudencia, la que sólo estudia aquello que el derecho construye.

Por esto es por lo que Hans Kelsen está en lo justo al afirmar que, “antes de que la sanción sea establecida, el comportamiento no tiene el ca-

rácter de *malum* en sentido jurídico”,²⁷ ni en ningún otro sentido —agregamos nosotros—, pues no se puede hablar en forma alguna de conducta fuera del derecho. El hacer y el obrar físico material de la unidad biológica hombre, no es lo que se denomina “conducta real y efectiva del ser humano”, entendido éste como individuo psicofísico, es decir, en su auténtica y única dimensión zoológica, por cuanto es un error considerar que un animal es capaz de conducirse en forma alguna. El de conducta es un concepto esencialmente normativo, imputable únicamente a las personas jurídicas y no a los seres vivos: árboles, peces, tigres, hombres, chimpancés, etcétera. El organismo biológico se define, como “un todo cuyas diversas partes se engendran mutuamente”. La persona jurídica, como un *conjunto activo de obligaciones y derechos*. Sólo las personas tienen conducta, no los organismos vivos.

En conclusión, podemos decir, con el jefe de la Escuela de Viena, que “no hay *mala in se*, sólo hay *mala prohibita*, pues un comportamiento es *malum* sólo cuando es *prohibitum*”.

²⁷ *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 54.