

## LA ESTRUCTURA OBJETIVA DEL INJUSTO APLICADA AL ESTADO DE NECESIDAD

*Alberto Tala Japaç*  
Abogado

“El aspecto práctico de mi derecho de propiedad queda lo mismo afectado si mi velero es arrebatado para siempre por un desconocido de buena fe, o por un ladrón, o por la tempestad, o por mi propia imprudencia”.

Karl Binding

Para un correcto planteamiento de la problemática de los estados de necesidad<sup>1</sup> conviene prescindir provisionalmente de la ley<sup>2</sup>. Sólo así puede captarse la esencia de este “microcosmos jurídico”, que impone, por su naturaleza, enfoques diferenciados<sup>3,4</sup>. Sobre todo, si se tiene presente que este instituto no es privativo del Derecho Penal, sino que tiene aplicación en las

<sup>1</sup> Sobre esta expresión plural, COUSIÑO, Luis, *Derecho Penal Chileno*, T. II, pág. 332, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

<sup>2</sup> MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, pág. 339, traducción y notas de Derecho Español, por Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, aunque alude más ampliamente al “Derecho vigente”.

<sup>3</sup> La expresión es de GOLDSMITH, *Oster Zeitschrift F. Strafrecht* 1913, 196, citado por Jescheck H. H., Cfr. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, vol. I, pág. 484, traducción y notas de Derecho Español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, aludiendo específicamente al problema de la unidad o diferenciación en el estado de necesidad.

<sup>4</sup> Esto, con mayor razón en nuestra ley, que contempla específicamente una pobre y embrionaria regulación del estado de necesidad, de la cual ya se quejaba Raimundo DEL RÍO, *Elementos de Derecho Penal*, pág. 199, Editorial Nascimento, Santiago, 1939, calificándola de “muy circunstancial y limitada”, aunque explicándolo —sólo parcialmente— por las concepciones científicas de la época; y también Pedro ORTIZ, *Nociones Generales de Derecho Penal*, págs. 47, 125 y 126, Editorial Nascimento, Santiago, 1933, tácitamente, al apearse en extremo a V. Liszt y postulando una modificación de esta materia en su proyecto de 1929. Al conmemorarse el centenario del Código Penal Chileno, fue éste uno de los puntos en que se hacía ver por Manuel DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora*, Estudio Preliminar, pág. XXXIV, Edeval, Valparaíso, 1974, la conveniencia de regularlo con la debida amplitud, aunque reconoce como mérito del texto positivo el permitir una acabada construcción dogmática, entre otras materias, ante la notoria insuficiencia del estado de necesidad, pág. XXXII, nota 67. Labatut buscó también una fórmula más satisfactoria en el proyecto de 1938, en lo cual fue seguido y ampliado por el de 1946, *Derecho Penal*, Parte General, T. I, pág. 131, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición, Santiago, 1972. Sin profundizar por ahora en los motivos, se puede decir que el diagnóstico es generalizado entre los autores nacionales, aunque con poca vehemencia por los más actuales.

diversas ramas del Derecho <sup>5</sup>. Lo cual, por cierto, vale también para un aspecto de su contenido.

La tradicional definición de V. Liszt, que concibe al estado de necesidad como "Una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos" <sup>6</sup>, es útil descriptivamente, porque su amplitud alcanza a todas las situaciones imaginables, pero no nos proporciona un criterio objetivo, que decida el *tertium non datur*, el cual viene dado por la estructura y contenido de lo injusto <sup>7</sup> acogida en el ordenamiento jurídico. Este es el punto que abordamos.

La base de la situación de necesidad radica en la urgencia o apremio; en lo ineludible de la acción necesaria, que lesiona o pone en peligro típicamente un bien ajeno al autor, en holocausto de un peligro inminente, que sólo por ese medio puede conjurarse <sup>8</sup>. Las circunstancias obligan a actuar, a emplear el último recurso. Pero, dado que la utilidad, sin más, no es un criterio de justicia —y a eso apunta la crítica que Maurach dirige a Mezger— <sup>9</sup>, la solución jurídica del *fatum*, cuando es alcanzable, no puede obtenerse aplicando un mismo arquetipo al universo de situaciones posibles.

La acción objetivamente necesaria, dominada subjetivamente por una voluntad salvadora y valorada conforme a Derecho, no es antijurídica <sup>10</sup>. Determinar los criterios con los que el juez concreta la voluntad del ordenamiento jurídico conjunto sobre un hecho imperioso es un problema de valor, que exige

<sup>5</sup> NOVOA, Eduardo, Curso de Derecho Penal chileno, Vol. I, págs. 338 a 341, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, quien, dada la fuente de Derecho Constitutivo de las normas sobre justificación, comunes a todo el ordenamiento jurídico, propone que esta materia integre una ley de leyes, semejante al título preliminar del Código Civil. Un ilustrativo análisis de su concepción y efectos en Derecho Civil, Internacional y Público en general, se encuentra en BIELSA, Rafael, El Estado de Necesidad en Derecho Constitucional y Administrativo, segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1957, aunque peca de formalismo y omisión de cuestiones fundamentales del valor. Constituye, sin duda, un principio general de Derecho, de mucha importancia práctica.

<sup>6</sup> VON LISZT, Franz, Tratado de Derecho Penal, T. II, pág. 341, traducción de la 18ª edición alemana por Quintano Saldaña, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1929.

<sup>7</sup> Empleamos la expresión "lo injusto", en el sentido de antijuridicidad material, es decir como abreviatura de "lo injusto del hecho". MIR PUIG, Notas de Derecho español al Tratado de Jescheck, op. cit., pág. 328. También, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Consideraciones en Torno del Injusto, en Nuevo Pensamiento Penal, año 3, pág. 33, 1974, prescindiendo por ahora del contenido que a ese concepto le atribuyen dichos autores.

<sup>8</sup> MAURACH, op. cit., T. I, pág. 394. También MEZGER, Edmund, Tratado de Derecho Penal, T. I, pág. 464, traducción y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955-1957. También DÍAZ PALOS, Fernando, Estado de Necesidad, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, T. VIII, pág. 904. En Chile lo enfatiza Novoa, op. cit., pág. 387, quien lo comprende objetivamente, al igual que Cousiño, op. cit., T. II, págs. 389 y 390.

<sup>9</sup> Ops. cits. locs. cits.

<sup>10</sup> WESSELS, Johannes, Derecho Penal, Parte General, pág. 90, traducción de Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1980.

un fino criterio jurídico<sup>11</sup>. Aquí palpita la "antinomía viviente" entre los fines de justicia y seguridad del Derecho, más urgentes en Derecho Penal por sus consecuencias sobre el súbito<sup>12</sup>. Si se nos permite la expresión, el tipo permisivo o justificante<sup>13</sup> de estado de necesidad, en tanto se construya sobre la llamada ponderación o balance de bienes, males o intereses en conflicto<sup>14</sup>, será una especie de tipo abierto, necesitado de complemento en el caso concreto por el juez, que no resuelve el problema, sino que anuncia lo que debe establecerse, pero sin decir cómo.

La importancia de este elemento en la composición de la eximente se presenta en la cuestión de la naturaleza jurídica de ésta<sup>15</sup>. Se discute si el

<sup>11</sup> CURY, Enrique, Derecho Penal, Parte General, T. I, pág. 332, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

<sup>12</sup> La fórmula es de RADBRUCH, Gustav, El Fin en el Derecho, pág. 70, en los Fines del Derecho, traducción de Daniel Kuri Breña, México, 1967.

<sup>13</sup> Cousiño, op. cit., T. II, pág. 125, la rechaza enérgicamente, diciendo que corresponde a una completa desnaturalización de los conceptos. La utilizó HEINITZ, Ernest, El Problema de la Antijuridicidad Material, págs. 163 y ss., traducido por Roberto Goldsmith y Ricardo C. Núñez, Imprenta de la Universidad de Córdoba, Argentina, 1947, en busca de la imprescindible sistematización de las causas de justificación en general. Actualmente, JESCHECK, op. cit., pág. 337, aludiendo al "fenómeno paralelo" a los tipos abiertos que se produce en ciertas justificantes. También, ZAFFARONI, Eugenio, Tratado de Derecho Penal, T. III, pág. 573, Ediar, Buenos Aires, 1981. Lo que, por cierto, no nos vincula en una opinión determinada sobre la doctrina de los elementos negativos del tipo (contra), ni sobre la estructura de la norma permisiva. También, GRISOLÍA, Francisco, El Objeto Jurídico del Delito, Ensayo de una Teoría General, en Revista de Ciencias Penales, T. XVII, N° 3, pág. 77, Santiago.

<sup>14</sup> Aunque una cierta ponderación, nos parece, es insuprimible, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Cfr., Tratado de Derecho Penal, T. IV, págs. 292 y 297, Editorial Losada, Buenos Aires, 1961, da cuenta, en su frondosa información, de códigos como el peruano (Art. 85 N° 3) y su modelo suizo (Art. 34), que aluden a un "razonable sacrificio", concepto mucho más escurridizo que el de "ponderación de bienes...". Es posible, también, regularlo sobre la base de la no exigibilidad, al modo del párrafo 54 del antiguo CP RFA de 1871. Códigos como el italiano de 1930 (Rocco), se estructuran sobre un balance más formalizado, no por eso extraño a las complicaciones que advertimos. MANZINI, Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, Vol. III, pág. 150, traducción de Santiago Sentís Melendo y notas de Derecho argentino de Ricardo Núñez y Ernesto Gabier Huelga, Ediar, Buenos Aires, 1949.

<sup>15</sup> ETCHEBERRY señala que el problema más importante del estado de necesidad es el de la valuación de bienes en juego. Eso depende de la perspectiva. Al interior de la eximente, son más importantes la existencia de un peligro, la finalidad salvadora, o la falta de provocación intencional, en cuanto requisitos esenciales para la aplicación de la eximente incompleta, ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, T. I, págs. 184 y 185, Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago, 1976. Véase, también, CÓRDOVA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Comentarios al Código Penal español, T. II, págs. 286, 294 y 302, Barcelona, Caracas, México, 1976-1978, con reserva sobre su concepto de peligro. Mientras el exceso en el sacrificio necesario, puede —en determinados casos— consentir la aplicación de la eximente incompleta, no ocurrirá nunca lo propio con la falta del fin de salvataje. Pero si se mira la cuestión de su ámbito de eficacia, como en el texto, sin duda es el más importante. No puede dirigirse la misma crítica a MAURACH, op. cit., T. I, pág. 394, en cuyo derecho no existe la dicha atenuante.

estado de necesidad es una causa de justificación o exculpante<sup>16</sup>. Si se trata de un conflicto entre bienes jurídicos iguales —se dice—, será disculpada la acción que inmore uno de ellos, en situación de extrema necesidad, para la subsistencia del otro; en cambio, si los bienes jurídicos involucrados son de valor distinto, y se salva el mayor a costa del menor, la acción está justificada. Esta es la teoría de la diferenciación, hoy mayoritaria. Para otros, todos los casos deben ser resueltos como excluyentes de la antijuridicidad, configurando la teoría de la unidad. Podría hablarse, también, de una teoría de la unidad en la exclusión de la culpabilidad, es decir, todo estado de necesidad es exculpante.

Afirmamos, sin embargo, que la verdad es que la única teoría que trata al estado de necesidad como justificante o exculpante, según la jerarquía de los bienes jurídicos involucrados, es la teoría de la diferenciación. Los que afirman la unidad como excluyente de la antijuridicidad arrancan de supuestos completamente distintos<sup>17</sup>. Lo propio ocurre con quienes sostienen la unidad como excluyente de culpabilidad.

Vale, con todo, plantearse la llamada cuestión de la ponderación de bienes jurídicos o intereses en conflicto, como criterio regulador del estado de necesidad, antes de adoptar una posición respecto de la unidad o diferenciación, básicamente por las siguientes razones. Primero, el dato que proporciona la ley es ése, lo que induce a partir —como cuestión de método— de lo vigente. Segundo, conviene revisar un criterio que siendo material se esgrime con cierto formalismo matemático, cayendo casi en una jurisprudencia de intereses, que puede no servir en otros casos<sup>18</sup>.

Todavía más, puede pensarse que este principio opone un escollo al sistema finalista: cómo es posible, para el finalismo, que ante todo es una concepción de antijuridicidad, de disvalor de acto personal, decidir de improviso

<sup>16</sup> No se puede negar que el debate se debió básicamente a insuficiencias del texto positivo alemán de 1871. Pero esta radicalizada polémica, Couvño, op. cit., T. II, pág. 369, rindió valiosos frutos doctrinarios que sirvieron de apoyo a la jurisprudencia del R.G., MAURACH, op. cit., T. I, pág. 398, que, desbancando el Derecho Positivo, acogió el principio de “ponderación de bienes y deberes”, cuyos resultados pueden ser aprovechados, adecuadamente, en nuestro Derecho.

<sup>17</sup> MORO, Aldo, *La Antijuridicidad Penal*, págs. 210 y ss., Atalaya, Buenos Aires, 1949, sobre la primera posición. Ahora, como excluyente de culpabilidad, GOLDSMITH, James, *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*, págs. 21 y 516, traducción de Ricardo C. Núñez, Buenos Aires, 1943, y, del mismo, *Antijuridicidad y Culpabilidad en el Derecho Penal y en el Civil*, en *Estudios de Filosofía Jurídica*, págs. 252 a 254, traducción, notas y comentarios de Roberto Goklsmith y Carlos Pizarro, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1947. También HENITZ, op. cit., pág. 64. Y, también, BOCKELMANN, Paul, *Relaciones entre Autoría y Participación*, pág. 82, traducción por Carlos Fontán Balestra, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.

<sup>18</sup> En sentencia de 1º de julio de 1914, *Gaceta de los Tribunales*, 1914, T. I, Sentencia Nº 633, pág. 1884, la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago absuelve por estado de necesidad a los peones que destruyeron el taco de una bocatomía ajena, para evitar el inminente peligro de inundación del fundo, haciendo ponderación exclusivamente de la apreciación pecuniaria del daño causado (\$25) y del que probablemente se hubiera producido (\$25.000), en relación al requisito pertinente. Pensamos que el fallo es adecuado a Derecho, y que es lícito en determinados casos acudir al valor en dinero como uno de los criterios de valuación. Pero es insuficiente, como fundamentación de la exclusión de la antijuridicidad, aún concurriendo las otras exigencias.

la antijuridicidad o justificación de una acción, sobre la base de consideraciones teleológico-materiales. Pareciera que en esta eximente se invirtiera la estructura del injusto final, y se lo viera en la vulneración del fin de protección jurídica de la norma, esto es, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico estimado prevalente, disminuyendo la relevancia de la finalidad protectora del autor. El disvalor de resultado postergaría al disvalor de acción<sup>19</sup>.

Las consecuencias son de altísima importancia<sup>20</sup>. Si, en base al valor de los bienes jurídicos comprometidos se piensa en una justificante, no habrá legítima defensa contra la acción necesaria<sup>21</sup>, la participación en el hecho conforme a derecho será también justificada según el criterio de la accesoriedad media<sup>22</sup>, y el error sobre los presupuestos fácticos de la eximente será error de prohibición, según la teoría estricta de la culpabilidad<sup>23</sup>. Por la inversa, si se entiende como exculpante, el agredido en estado de necesidad tendrá derecho a legítima defensa, porque la acción es antijurídica aunque disculpada; la participación será punible, puesto que el "perdón" sólo alcanza al personalmente afectado por las circunstancias anormales de motivación; y el error plantea problemas especiales sobre su relevancia. Por último, también se suceden, en principio, consecuencias civiles distintas según si se estima justificado o sólo exculpado el hecho necesario<sup>24</sup>.

El problema es por qué en un caso el sujeto que obra para salvar lo propio o ajeno obra justificadamente, al igual que aquellos que concurren al hecho, porque el bien amparado es de mayor valor; y en otros, en cambio, es solamente exculpado, siendo punibles los partícipes, porque el bien jurídico con-

<sup>19</sup> Sobre los diversos enfoques de lo injusto, GALLAS, Wilhelm, *La teoría del Delito en su Momento Actual*, págs. 7 a 9, traducido por Juan Córdova Roda, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959, También CURY, op. cit., T. I, págs. 22 a 36. Una profunda y aguda crítica en SUÁREZ MONTES, Rodrigo, *Consideraciones Críticas en Torno a la Doctrina de la Antijuridicidad en el Finalismo*, págs. 37 y ss., Ediciones Rialp, Madrid, 1963, que aunque se basa en el punto de la exigencia de presupuestos objetivos de justificación, ejemplificando con el estado de necesidad y una pretendida tipicidad de delito omisivo en situaciones contradictorias para el finalismo, puede también citarse aquí, pues, en el fondo, lo que pretende es demostrar lo inadecuado del concepto final de lo injusto, aunque no adhiere al teleológico-material. Se limita a denunciar.

<sup>20</sup> GIMBERNAT, Enrique, *El Estado de Necesidad, un Problema de Antijuridicidad*, en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 3, 1974, pág. 91, por ser un exponente de la teoría de la unidad en la exclusión de la antijuridicidad, no arranca del problema de la valuación de bienes en conflicto, sino de una especial concepción de la función motivadora de la norma penal. Proporciona, sin embargo, una excelente explicación de dichas consecuencias, aunque discutibles. También, COUSÑO, op. cit., T. II, pág. 349, aunque consideramos pretencioso decir que estos problemas puedan resolverse "sin mayores dificultades".

<sup>21</sup> Cfr. *Inmensa mayoría de los autores.*

<sup>22</sup> BOCKELMANN, op. cit., págs. 79 y 80.

<sup>23</sup> MAURACH, op. cit., T. II, págs. 139 y 140.

<sup>24</sup> Demasiado formal es la objeción de que el estado de necesidad exculpante permitiría la imposición de medidas de seguridad. MALAMUD GOTI, Jaime, *Legítima Defensa y Estado de Necesidad*, pág. 64, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977. Dado el carácter excepcional de la necesidad extrema, difícilmente podría apoyarse en el hecho necesario un diagnóstico de peligrosidad, ni aún como condicionante objetivo de la prognosis.

jurado es de valor igual o inferior al sacrificado; cuando en ambos casos el sujeto activo realizó la única posibilidad de salvación de un bien, perjudicando otro cuyo valor inferior, igual o superior, es para el autor y partícipes un acaso, puesto que no había otro camino. Desde la perspectiva del titular del bien lesionado o puesto en peligro, el punto es por qué, en algunos casos, está obligado a soportar una injerencia nociva en sus bienes jurídicos, simplemente porque se considera lo suyo de valor inferior a lo salvado; y en otros, en cambio, tiene derecho a defenderse, y puede ser auxiliado, porque su bien es estimado de valor igual o superior cuando en ambos casos ha sido del todo extraño al peligro que se cierne sobre un inocente que lo ataca con una finalidad salvadora<sup>25</sup>.

La encrucijada puede inducir a aceptar, sin más, el desquiciador aforismo, de origen canónico, "quod non est licitum, neccesitas facit licitum; neccesitas non habet legem"<sup>26</sup>. No se puede negar el dramatismo de esta fórmula, como inveterado reconocimiento de las limitaciones humanas propias de una a veces imposible pretensión de solución justa. Debe la ley y el juez resignarse, pero disminuyendo su estrépito. Ya Kant agregó: "no puede haber ninguna necesidad que haga conforme a derecho lo que no lo es"<sup>27</sup>. En la dogmática, dice Cury que interesa, más bien, destacar que "el derecho conoce una necesidad"<sup>28</sup>.

Ante esta insuperable realidad, el Derecho Penal asume una posición. Los modos de abordarla son diversos. Nuestra ley, dados ciertos supuestos, funda la cuestión en el problema del valor. Se requiere, como dijimos, prescindir de ella mientras buscamos los criterios para comprenderla en este aspecto. Después se verá si es correcto extraer de las diferencias de valor o equivalencias tan importantes efectos.

Las situaciones de necesidad<sup>29</sup> son de muy distinto orden. La única cualidad común a todas ellas es la falta de una tercera solución: o se sufre el peligro que amenaza, o se sacrifica un interés extraño al necesitado.

Un soldado de guardia requiere abandonar su puesto para salvar al niño que se ahoga en el río. El automovilista debe dirigir el vehículo contra una casa,

<sup>25</sup> Puede invocarse la magistral frase de Alimena: "en el estado de necesidad, se obra contra un inocente igualmente desventurado". Citado por COUSIÑO, Cfr., op. cit., T. II, pág. 360.

<sup>26</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., T. IV, pág. 304.

<sup>27</sup> KANT, Emmanuel, Introducción a la Metafísica de las Costumbres, en Introducción a la Teoría del Derecho, introducción y traducción de Felipe González Vicen, pág. 94, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.

<sup>28</sup> CURY, op. cit., T. I, pág. 329.

<sup>29</sup> La distinción, harto esclarecedora, entre situación de necesidad y acción necesaria, o sacrificio necesario, la hace CURY, op. cit., T. I, págs. 329, 330; COUSIÑO, op. cit., T. II, págs. 345 a 360; ETCHEBERRY, op. cit., T. I, págs. 183 a 185; y también NOVOA, op. cit., T. I, págs. 387 a 391, muy implícitamente en LABATUT, op. cit., págs. 127 y ss. Pero un tratamiento expreso desde esa distinción, sólo Cury. También CORDOVA RODA, op. cit., T. II, págs. 271 y ss., que revisa primero la situación de necesidad como presupuesto de la eximente. Igual criterio, CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, T. I, Vol. I, pág. 412, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Bosch, Barcelona, 1980. No compartimos la distinción de Manzini, entre necesidad e inevitabilidad. Cuando una acción necesaria es evitable relativamente, verdaderamente no hay tal necesidad, sino utilidad para conjurar un peligro. MANZINI, op. cit., Vol. III, págs. 145-146.

para no atropellar al ebrio que cruza imprudentemente la calzada. La muchacha que se bañaba desnuda en el lago debe hurtar ropa, puesto que las suyas les fueron sustraídas. Un hombre huye desnudo de su casa, cuando empieza el terremoto. La hermana tiene, sin autorización competente, el revólver del hermano que ha intentado suicidarse. Dos empresas del mismo giro adoptan acuerdos sobre precios, como única alternativa para subsistir en una difícil coyuntura económica. Una partera, en el campo, da muerte al feto para salvar la vida de la madre que no alcanza a llegar al hospital. El médico revela a la esposa la enfermedad venérea del marido, para eludir el peligro de contagio. El farmacéutico suministra estupefacientes al canceroso agónico, sin indicación médica. El empresario realiza operaciones de caja para no perder su empresa, fuente de trabajo de muchas personas, pero sin resultado positivo, quiebra. El testigo depone falsedades, para salvar la vida de su hija secuestrada por maleantes. El sacerdote inutiliza las prensas del periódico de la localidad, en que se publicará carta que revela sórdido pasado. Un grupo de personas perturba el culto, para avisar al dueño de la casa que se incendia. El funcionario de carabineros suspende prudentemente la práctica del retiro de especies, porque el ejecutado se encuentra parapetado y armado para defender lo suyo. El padre vende divisas con infracción de las normas cambiarias, para financiar costosa intervención quirúrgica de su hija en el extranjero, puesto que sus malos antecedentes comerciales le impiden acceder al crédito. El hambriento inquilino beneficia cordero de su patrón para alimentarse él y su familia<sup>30</sup>. El bañista golpea a quien se ahoga para facilitar la maniobra de rescate. Se apresura la quema del fundo inminentemente perdido, para evitar que se propague al vecino. El marido ebrio transporta en su automóvil a la esposa con infarto cardíaco.

Los casos pueden complicarse más. El médico desconecta del único respirador existente al sujeto que muere, para salvar a otro con mejor expectativa de vida. Los naufragos matan y se alimentan del más próximo a morir<sup>31</sup>. El andinista corta la cuerda que por sobrepeso amenaza con precipitar a todos los expedicionarios al vacío, lanzando a uno de ellos. El guardaguasas desvía el tren sin frenos hacia una vía con obreros trabajando, evitando la muerte de muchas más personas que están en un tren de pasajeros que sería irremediamente embestido. El médico, en un accidente, por atender a un herido deja morir a otro. El estudiante de medicina practica intervención quirúrgica de emergencia para salvar vida. La clásica *tábula uniuix capax*.

El problema puede presentarse, también, en la lesión de bienes de terce-

<sup>30</sup> Similar al caso sentenciado por el actual presidente de la Exoma. Corte Suprema, don Rafael Retamal, cuando era Juez de Letras de Parral, confirmado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Chillán, en fallo de 19 de enero de 1942, Gaceta de los Tribunales, 1942, T. I, Sentencia N° 60, pág. 290, como absolución por estado de necesidad, desechando la eximente de fuerza irresistible. Cfr. Cousiño, op. cit., T. II, pág. 347.

<sup>31</sup> Los estremecedores relatos de las tragedias de La Medusa, La Mignonette, El William Brown, pueden encontrarse en JIMÉNEZ DE ASÚA, Cfr. op. cit., T. IV, pág. 361 y remisiones indicadas. Sobre La Mignonette, Goldsmith, Werner, El Estado de Necesidad ante el Derecho Natural, en Revista de Estudios Políticos, Madrid, N° 78, noviembre-diciembre, 1954, págs. 57 a 84, cuya solución no compartimos. Sobre la Tragedia de Los Andes, Cousiño, op. cit., T. II, pág. 358.

ros, con ocasión de una defensa legítima<sup>32</sup>. La calificación de la acción importa, sobre todo por razones de subsidiariedad del estado de necesidad, bajo la legítima defensa. Pero, acerca de la valuación de bienes en conflicto, la complicación reposa en el hecho de que en la legítima defensa la preferencia del legislador se encuentra más formalizada<sup>33</sup>, lo que releva al juez, hasta cierto punto, de la labor de valoración; a diferencia del estado de necesidad, en donde el juez debe remontarse a la esencia misma de la prohibición, acudiendo a criterios materiales.

Piénsese en el caso de un sujeto que, sin medios propios de defensa, enfrenta a quien lanza pedradas a su ventana, echando mano del paraguas de un transeúnte. La legítima defensa no le obliga a esperar un momento siquiera; el estado de necesidad exige que no haya otra alternativa. A efectos de la defensa necesaria, la reacción es legítima; para decidir lo propio, sobre la destrucción del paraguas, habría que efectuar juicios de valor más profundos. Así, en un mismo contexto de acción, se produce una difícilmente conciliable convergencia de criterios<sup>34</sup>. Porque es posible que se considere justificada la reacción en contra del agresor, dado que no se tiene por qué ceder ante lo

<sup>32</sup> SILVANO FONTANA, Raúl José, *Legítima Defensa y Lesión de Bienes de Terceros*, con prólogo de su maestro Luis Jiménez de Asúa, págs. 69 y ss., Depalma, Buenos Aires, 1970, en que distingue nueve situaciones posibles dándose en algunas estado de necesidad. También, JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., T. IV, pág. 283 a 286. También COUSIÑO, op. cit., págs. 274 a 276, quien reconduce todos los casos a dos situaciones básicas. CURY, op. cit., pág. 329, plantea la posibilidad, a propósito de estado de necesidad, sin distinguir situaciones.

<sup>33</sup> ROXIN, Claus, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, págs. 58 y 59, traducción y prólogo de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, que señala que el principio de prevalencia del derecho desplaza aquí al principio de ponderación de bienes. Parece difícil conciliar, en situaciones como la propuesta, la idea que el derecho no tiene por qué ceder ante lo injusto (Berner) con los criterios que rigen, en el caso, la elección del medio de defensa. Esto, por cierto, mucho más intensamente que el relajamiento paulatino que ha experimentado un principio claramente liberal individualista, por obra de correctivos ético-sociales de solidaridad.

<sup>34</sup> Un primer paso, es entender que sólo podrán aplicarse criterios de estado de necesidad, cuando al menos se dé el elemento común a todas sus manifestaciones: la no practicabilidad de otro medio. El problema de lo más o menos perjudicial es un problema de valor, que postergamos. El que no haya otra salida, es una cuestión concreta, juzgada ex ante. MIR PUIG, Santiago, *La Perspectiva "Ex Ante" en Derecho Penal*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXXVI, Fasc. I, enero-abril, 1983, págs. 5 y ss. Por eso nos parece inductivo a error denominar a esta característica "absoluta", como la jurisprudencia española. Es siempre relativa a las circunstancias de hecho y al conocimiento que de ellas tenga el autor, de modo que encontrar ex post facto otro posible medio, no altera en absoluto la juridicidad de la elección del autor. De lo contrario, no se entiende la función de motivación de la norma, y el derecho empieza a transformarse en un conjunto de exigencias desvinculadas de la realidad humana. Sobre el "carácter absoluto", en la jurisprudencia española, que no se aleja de las posibilidades reales de actuar, Cfr. CÓRDOVA RODA, op. cit., T. II, pág. 279 a 284. También, CUELLO CALÓN, op. cit., T. I, Vol. I, págs. 412-413. Curiosamente, no se refiere explícitamente a él, QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, págs. 111 a 116, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.



injusto; pero quizá la acción necesaria sea antijurídica, conforme a la ponderación de intereses<sup>35</sup>.

La determinación alternativa del sacrificio necesario consiste en una valorización objetiva, material, jurídica, relativa, personal y concreta, que hace el juez, sobre la acción salvadora del autor del hecho típico en situación de necesidad. Debe considerar la jerarquía del bien jurídico en conflicto, la naturaleza del conflicto, el grado de compromiso del bien jurídico en el conflicto, y la posición de deber del sujeto activo.

El delito no se entiende sino como acción que contradice valores<sup>36</sup>. Esos valores contradichos son jurídicos<sup>37,38</sup>. La relación de contradicción entre la

<sup>35</sup> Los intentos de armonización no han alcanzado a situaciones como la propuesta. MALAMUD, op. cit., págs. 56, 47 a 51, 451 y ss. El autor endereza críticas a los conceptos objetivos y subjetivos de ilegitimidad de la agresión, procurando un planteamiento armónico entre el concepto de agresión ilegítima, por un lado, y de alcance del estado de necesidad, por otro (sobre la problemática, véase nota 104). Su concepto de ilegitimidad de la agresión es funcional, dinámico, no basado en una idea universal abstracta, en suma, un concepto de relación: "Si la acción no es ilegítima en su origen se transforma en tal en el momento de hacerse necesaria la defensa" (pág. 34). Los criterios de valuación no regirán el alcance de la legítima defensa, permaneciendo incólume el principio de que "el derecho no tiene por qué ceder ante lo injusto", sólo que se relativiza el concepto de derecho. Sentado el principio fundamental de valor del statu quo ante lícito, afirma que "es dudosa" la improcedencia de legítima defensa en contra de legítima defensa, puesto que la defensa puede colocar a un tercero que nada ha hecho para producir la situación, en la necesidad de protegerse. En base a esto, sostiene que un tercero pueda (e) defenderse de una acción que amenaza su integridad, aunque haya sido un acto defensivo o de necesidad (coacto), pues el tercero debe estar en condiciones de defenderse de un acto al que no dio origen. Como él ha asimilado el estado de necesidad defensivo a la legítima defensa, se ve obligado a hacer distinciones al interior de la legítima defensa: frente a una agresión grave a la integridad, se pueden sacrificar valores de la personalidad, frente a agresiones que afecten objetos materiales carentes de contenido ofensivo por provenir de un coacto, necesitado o imputable, debe indagarse sobre la posibilidad de evitar la agresión. Esta concepción no la compartimos. Su concepción del estado de necesidad agresivo bastante reducida, autoriza la legítima defensa en su contra, aun cuando se salve el bien de mayor valor, salvo que haya una total falta de proporcionalidad (pág. 669). Frente al problema propuesto, no ofrece solución. Tampoco Silvano Fontana, op. cit.

<sup>36</sup> Tanto en una perspectiva criminológica como jurídica. Siendo siempre el delito un concepto jurídico, COUSIÑO, op. cit., T. I, pág. 235, es siempre relativo a valores, al menos a los estatalmente aceptados. Ni aún formalistas como Kelsen y Binding, que mantienen distancias en cuanto a la estructura de la norma y la cuestión del destinatario, pueden prescindir de las valoraciones de la comunidad jurídica. Aunque otra cosa es que no las consideren derecho vigente. En vez, una concepción material se construye, por principio, sobre esta base. Un enfoque sintomático-positivista, tras el concepto de peligrosidad, cobija estimaciones de valor.

<sup>37</sup> Ya Carrara, Programa de Derecho Criminal, Vol. I, T. I, pág. 45, traducción de J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1977, concebía al delito como un choque con la ley civil, para separar los órdenes de valores éticos, religiosos y civiles. Pero la infracción de ley —el choque mismo— estaba fuera de la estructura del delito, que se configuraba con la concurrencia de las fuerzas moral y física. De allí la concepción de antijuridicidad desarrollada en Italia, como "lo en sí" del delito, no un elemento de su estructura (ANTOLISEI, Rocco, citado por CURY, op. cit., pág. 306), y que hoy se deja leer en Maggiore, para quien la antijuridicidad es un as-

acción y esos valores jurídicos es objetiva. Con lo cual se quiere decir que la antijuridicidad de la acción es contradicción a todo el Derecho objetivo, juzgada objetivamente (criterio general), esto es, con independencia de la posibilidad de reprochar al autor<sup>39</sup>, aunque el objeto de este juicio se constituya por la realización de elementos objetivos (externos, materia de la prohibición) y subjetivos (internos, psicológicos). *Nullum Crimen Sine Iniuria*<sup>40</sup>.

Debe distinguirse, por tanto, la función de valoración de la función de determinación de la norma (Freudenthal)<sup>41</sup>; y, en seguida, entre objeto de valoración, y valoración del objeto (Donha)<sup>42</sup>.

La norma de valuación constituye el *prius* lógico de la objetividad de la antijuridicidad<sup>43</sup>. Pero no creemos en ella sólo como un punto de partida arbitrario para una argumentación opuesta a la antijuridicidad subjetiva. Su existencia queda demostrada por la impotencia del subjetivismo para explicar la antijuridicidad. Tanto en el sentido del Derecho contradicho (objetivo o subjetivo), como en el de la forma de contrariarlo (objetiva o subjetivamente).

Para Merkel (1867)<sup>44</sup>, el Derecho es un "poder espiritual"<sup>45</sup> dirigido a la voluntad de los hombres en forma de mandatos o prohibiciones estatales, por

---

pecto del delito, no un elemento, por lo que las justificantes al "borrar" la antijuridicidad, producen el no-delito. MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal, Vol. I, T. I, págs. 381 y 388, traducción J. Ortega Torres, Temis, Bogotá. Nos parece que aquí sí se valida la crítica de que se confunde el motivo político-criminal con la antijuridicidad (usada, normalmente, contra la antijuridicidad material). El delito, lo mismo, deja de existir por la falta de acción, de tipicidad o reprochabilidad, que por la justificación de la conducta, aunque se produzcan consecuencias accesorias diferentes. La antijuridicidad es elemento de la estructura del delito, aunque la función del Derecho Penal sea la razonable evitación de hechos disvaliosos.

<sup>38</sup> Hasta aquí, "la única coincidencia fundamental", "con escaso significado" porque un paso más allá está el océano de polémicas. MORO, op. cit., pág. 899.

<sup>39</sup> El problema de la antijuridicidad objetiva comprende básicamente dos puntos: si la antijuridicidad es la violación del derecho objetivo o subjetivo y una vez resuelto lo anterior, si la violación del derecho objetivo se determina objetiva o subjetivamente. HEINITZ, op. cit., págs. 13 y 15. También MORO, op. cit., págs. 12 y 19. En orden inverso, lo plantea SOMMARUGA, Alberto, La Antijuridicidad, Elemento del Delito, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, año XV, Nº II, Segundo Cuatrimestre, 1951, págs. 317 a 319. Aunque, a fin de cuentas, la cuestión exige una respuesta armónica.

<sup>40</sup> Materia de la prohibición, como "descripción objetiva, material, de la conducta prohibida". WELZEL, Hans, El Nuevo Sistema del Derecho Penal, pág. 44, traducción y notas de José Cerezo Mir, Ariel, Barcelona, 1964. En cuanto a que contiene elementos objetivos y subjetivos, concuerdan JESCHECK, op. cit., pág. 225, y BAUMMAN, Jurguen, Derecho Penal, Introducción a la Sistemática Sobre la Base de Casos, pág. 168.

<sup>41</sup> Citado por GOLDSMITH, La Concepción..., op. cit., pág. 10.

<sup>42</sup> Por el momento, ocupamos solamente el término. La concepción subjetivista crítica de Donha sobre la antijuridicidad material, será analizada con posterioridad. DONHA, Alexander Graf Zu: "La estructura de la Teoría del Delito", págs. 40 y ss., traducción por Carlos Fontán Balestra con la colaboración de Eduardo Friker, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.

<sup>43</sup> HEINITZ, op. cit., pág. 25.

<sup>44</sup> HEINITZ, op. cit., pág. 16. También, SOMMARUGA, op. cit., pág. 315.

<sup>45</sup> En un sentido distinto, por cierto, al que da Welzel después de 1945, WELZEL, Hans, Derecho Penal, Parte General, págs. 1 y 265, traducción de Carlos Fontán Balestra, con la colaboración de Eduardo Friker, Depalma, Buenos Aires, 1956. Aquí,

lo que sólo en referencia a la voluntad humana se puede hablar de ilícito. No hay ilícito inculpable. La mera lesión de bienes jurídicos no es antijurídica de por sí. El delito es concebido como un acto de desobediencia o insubordinación. El objeto que ataca el delito es el derecho a la subordinación (Binding) <sup>46</sup>. La esencia de la contrariedad con la norma de la voluntad estatal imperativa es el contraste con la conciencia del sujeto, donde se presenta como obligación (Von Ferneck) <sup>47</sup>.

Pero V. Ihering pregunta <sup>48</sup>: ¿cómo tenemos que denominar la situación del poseedor de buena fe de una cosa ajena? No siendo conforme a derecho, debe ser contraria, pero es inculpable. Merkel replica que eso es cierto, pero que falta la voluntad humana <sup>49</sup>. Thon intenta un correctivo: la antijuricidad es contradicción al mandato o prohibición estatal dirigido a la voluntad humana, pero ciertas consecuencias se infligen al transgresor no por ser tal sino por los intereses que se pueden amparar también contra el inculpable. Con lo que el loco es destinatario de la norma <sup>50</sup>, por lo menos para ciertas consecuencias. La crítica lleva a revisar el punto de partida.

M. E. Mayer da un argumento práctico para aceptar el concepto de antijuricidad objetiva <sup>51</sup>: "Es cosa secundaria que se puede combatirlo; lo principal es que no se debe combatirlo" <sup>52</sup>.

---

la vigencia de los valores positivos ético-sociales de actos, se asegura como un medio de protección de bienes jurídicos, cuyo amparo es el fin primordial del Derecho Penal.

<sup>46</sup> HEINITZ, op. cit., pág. 17.

<sup>47</sup> HEINITZ, op. cit., pág. 19.

<sup>48</sup> MORO, op. cit., pág. 26.

<sup>49</sup> Merkel, al replicar, quería demostrar que con este caso aún no se eludía al absurdo que significaba para la antijuricidad objetiva tener que considerar antijurídicos los daños causados por la naturaleza. La verdad es que nunca la antijuricidad objetiva ha significado prescindir totalmente de la voluntad humana como supuesto del ilícito. HEINITZ, op. cit., pág. 27, admitiendo "estados antijurídicos", exige que siempre tras ellos haya un acto voluntario. Pero no habrá explicación sistemática satisfactoria en tanto se mantenga el dolo en la culpabilidad, cuestión que Welzel resolverá más tarde.

<sup>50</sup> Esto se aclara revisando la evolución de Binding. Fue en principio imperativista ortodoxo. Pero tuvo que reconocer que ciertas consecuencias civiles suceden sin culpabilidad del autor (crítica de Ihering). Reservó, por tanto, el "no hay ilícito inculpable" para el Derecho Penal, y acogió la antijuricidad objetiva, en cuanto a la forma de infracción, para el civil. Así rompió la teoría de la unidad del ordenamiento jurídico. El ilícito era civil o penal, según la naturaleza del derecho subjetivo lesionado (¿?). Era, de este modo, siempre subjetivista en cuanto a lo "infringido", y eso le permitía serlo, en todo, cuando se tratara de delitos. Posteriormente, Binding creyó en un tipo objetivo ("realización de todas sus características mediante una conducta humana no culpable") con lo cual deja el subjetivismo. HEINITZ, op. cit., pág. 19. Esta es la contradicción lógico-formal a que alude MEZGER, Tratado, op. cit., pág. 339, en relación a Thon.

<sup>51</sup> HEINITZ, op. cit., pág. 22.

<sup>52</sup> MORO, op. cit., pág. 21, sostiene que ni la antijuricidad objetiva ni la subjetiva tienen el mérito de darle verdadero significado a la antijuricidad, al pretender ser exclusivas. Se trata, más bien, de distinción de elementos objetivos y subjetivos, lo cual desarrolla. No obstante, ha reconocido ventajas prácticas a la antijuricidad objetiva, en materia de participación, agresión ilegítima, aplicación de medidas de seguridad. Pensamos que es imprescindible, también, para determinar el sacrificio necesario, en una situación de necesidad.

En verdad, el motivo es más profundo. Se comprende al Derecho como un "estado de orden" que condiciona la vida en comunidad<sup>53</sup>. Si el Derecho quiere prohibir o mandar una conducta antes tendrá que valorarla como negativa o positiva. La función de valoración es el punto de partida de la función de determinación<sup>54</sup>. El deber se da antes de su cumplimiento o lesión<sup>55</sup>. Ese deber no es contenido de la conciencia individual sino de la conciencia general de la comunidad de intereses. Lo cual es posible porque la norma de valuación no tiene destinatario. Constituye sólo un juicio de intolabilidad jurídica, al fundar la prohibición<sup>56</sup>, autónoma de la posibilidad de ser respetada o no por el sujeto. El delito es, esencialmente, una alteración de estados vitales, orden social concreto de la vida histórica organizada según justicia<sup>57</sup>.

Aldo Moro<sup>58</sup> no acepta la autonomía de la norma de valuación. El Derecho contiene un valor imperativo, no sólo recomendado. La antijuridicidad no se comprende sin una referencia subjetiva imperativa. El Derecho valora y ordena al mismo tiempo (Antolisei, Petrocelli)<sup>59</sup>. También en la norma de valoración hay un tono afin al imperativo, con una punta personal (Hegler)<sup>60</sup>. Aunque la distinción entre violación de normas que garantizan (Sollen, deber) y violación de normas que mandan (Können, poder), sirve para enfatizar el aspecto objetivo de la antijuridicidad en el elemento tutela de intereses<sup>61</sup>, la antijuridicidad no se entiende sin la culpabilidad y la culpabilidad no se entiende sin la antijuridicidad. Sin apurar mucho el razonamiento, simplemente la culpabilidad no existe como categoría; queda privada de contenido propio, aunque Moro se esmera en aclarar que no se trata de absorber por la antijuri-

<sup>53</sup> HEINITZ, op. cit., pág. 23.

<sup>54</sup> BELING, Die Lehne Von Vervrechem, citado por MORO, op. cit., pág. 28.

<sup>55</sup> Sin que, por eso, el ordenamiento jurídico sea autosuficiente en esa función de valoración (problemática de la antijuridicidad material).

<sup>56</sup> MORO, op. cit., pág. 30.

<sup>57</sup> HEINITZ da una explicación filosófica del cambio. Para BINDING, lo decisivo en el delito es el desprecio culpable por la norma imperativa, primaria en su estructura del precepto jurídico. El delincuente no viola la ley (que establece la consecuencia) sino la norma (que manda o prohíbe). En vez, para Kelsen, lo decisivo es la forma lógica del juicio hipotético, sobre la voluntad condicionada, del Estado. El término primario de la relación hipotética (dada una infracción, se imputa una consecuencia), es el fundamental; tanto que una formulación de la norma secundaria (para Binding, la primaria; por ej., no matar) puede quedar en la sombra, porque hasta cierto punto está incluida en la primaria (secundaria para Binding); por ej., "el que mate a otro será castigado con...", subentendiendo que no se debe matar si no se quiere sufrir esa consecuencia. GRISOLÍA, Francisco, El Objeto Jurídico del Delito, en Revista de Ciencias Penales, pág. 55. Con esto, la norma de valuación adquiere autonomía: "El juicio hipotético del estado no necesita una dirección (destinatario), pues no necesita ser oído o aceptado" (Kelsen). HEINITZ, op. cit., pág. 31, nota 63. Para Kelsen, lo importante jurídicamente no es el fin del ordenamiento jurídico (obtener la determinación, obediencia) sino la forma en que lo persigue. HEINITZ, op. cit., pág. 24.

<sup>59</sup> Citados por MORO, Cfr. op. cit., pág. 32.

<sup>60</sup> Ibid, Loc. Cit. Relaciónese con los elementos subjetivos de lo injusto.

<sup>61</sup> La distinción, así planteada, es de Kohlrausch; el mérito lo reconoce MORO, op. cit., pág. 31.

dicidad la culpabilidad, sino de distinguir el aspecto objetivo y subjetivo de la antijuridicidad.

La autonomía de la función de valuación objetiva de la norma es obtenida sobre la base de una concepción teleológico-material del delito<sup>62</sup>, que se apoya en una concepción causal de la acción<sup>63</sup>. El delito se resuelve en la afirmación de un estado de hecho diverso de aquel que afirma el Derecho<sup>64</sup>. De esto se deriva la confirmación de que la antijuridicidad es violación del Derecho Objetivo<sup>65</sup> y, además, una determinada estructura del injusto.

<sup>62</sup> El problema de la antijuridicidad material, frente a la tautología de la expresión formal de la antijuridicidad, HEINITZ, op. cit., pág. 12; también JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., T. III, pág. 958; y, del mismo, *La Ley y el Delito*, pág. 266, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1973; será profundizado con posterioridad. Ahora interesa sentar lo que es el contenido objetivo de la valuación, para después descender a los criterios de fondo en la ponderación. Aunque la separación, confesamos, es un poco artificial, resulta imprescindible.

<sup>63</sup> HEINITZ cita a Mezger, HEINITZ, op. cit., pág. 31, nota 63. Lo que hay tras todo esto es una precaución contra una concepción política estatal autoritaria, que confunda el plano de los valores éticos y los jurídicos. Una exagerada y deformada sensibilidad ético-política, servida por la escuela de Kiel, concibió en la Alemania nacionalsocialista al delito como lesión de la obligación de obediencia al Estado. Considerando a la autoridad política, a su personificación, como la instancia ética más alta, con la prerrogativa de ajustar al hombre a su ideal moral, insertándolo como miembro disciplinado y activo de la vida en comunidad, el delito es esencialmente un acto de deslealtad, una traición. Al concepto de bien jurídico e interés sucede el de convicción y perturbación de la comunidad. El concepto de fin del Derecho se desdibuja. La lesión de bienes jurídicos es sólo un criterio limitativo. El acento radica en la violación de la obligación (Schaffstein). Llevando al extremo el imperativo categórico kantiano, se prescinde de todo motivo empírico que pueda perturbar el deber. El absolutismo del imperativo jurídico se funda en que la ética es revelada con la experiencia social del Estado. Por lo que, éste no soporta un dominio limitado a la acción externa de los sujetos. Buscando la perfección material, cae en el más atroz formalismo: el Derecho es tal porque lo dicta la autoridad, aunque no se vea su fin (protección de bienes jurídicos). Lo curioso es que se cree compatible un concepto subjetivo con un criterio material de antijuridicidad. MORO, op. cit., págs. 59 a 67.

<sup>64</sup> MORO, op. cit., pág. 60.

<sup>65</sup> El punto fue hartamente discutido. Emparenta con la determinación material del injusto. Porque la filosofía iluminista liberal contractualista, consideraba al delito como lesión de derechos subjetivos prejurídicos, esto es, válidos con independencia del derecho positivo. Para averiguar su evolución hacia el contenido material de lo injusto, desde Honig hasta Von Liszt y las actuales propuestas, véase, en general, RUDOLPHI, Hans, *Los Diferentes Aspectos del Concepto de Bien Jurídico*, en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, 1975, págs. 333 y 337. También ZAFFARONI, op. cit., T. III, pág. 48, con enérgico rechazo al delito de mera desobediencia. Que el concepto derecho subjetivo es más antiguo que el de objetivo, o que pueden existir derechos subjetivos antes que el ordenamiento jurídico, no obsta a que sean emanación del derecho objetivo, sin el cual no se entienden. El derecho objetivo, si puede entenderse sin referencia al subjetivo. Cada vez que se viola un derecho subjetivo se transgrede también al objetivo, pero no a la inversa, a menos que se quiera hablar de derechos subjetivos de la comunidad. HEINITZ, op. cit., págs. 13 a 15. Se malentiende que derecho objetivo no necesariamente es derecho positivo. Además, antijuridicidad es contradicción a todo el derecho objetivo y no sólo a una norma con un determinado contenido de valor. De otro modo, no se entiende la justificación. MORO, op. cit.,

Mezger concibe al objeto de valoración del juicio de antijuridicidad como "alteración de una situación jurídicamente aprobada o producción de una situación jurídicamente desaprobada"<sup>66</sup>. Esos estados vitales aprobados y tutelados por el Derecho son bienes jurídicos. Antijurídica es la conducta que infringe la norma objetiva de valoración, al lesionar o poner en peligro un bien jurídico, cuya protección es el fin de la norma, para garantizar un orden objetivo (externo y general) de vida<sup>67</sup>. Importa sólo el disvalor de resultado (lesión o puesta en peligro del bien jurídico). La voluntad del autor no interesa en cuanto a su contenido (lo querido) sino en cuanto quiso algo. Un impulso mínimo de voluntad que permita afirmar el contraste de la conducta humana con los valores objetivos de la norma. Su contenido, en cuestión de culpabilidad<sup>68</sup>. Con esto se perseguía una clara distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, como reacción en contra del delito de mera desobediencia que implica una confusión entre ética y Derecho; y una concepción material del injusto, que permite justificación supralegal ante los excesos de Derecho Positivo.

Concordamos en que la idea de conectar el injusto exclusivamente con la protección de bienes es excesivamente limitada<sup>69</sup>. De ser esa la estructura del injusto, el Derecho Penal llegaría siempre tarde<sup>70</sup>. Tampoco corresponde a la esencia íntima de la antijuridicidad objetiva, que exige una realidad objetiva de finalidad disvaliosa, más que una mera imputación de un hecho disvalioso a un hombre como su causa. La objetividad de Ihering, desde luego, es válida; pero no debe olvidarse que proviene del Derecho Civil. Y aunque la antijuridicidad es una y la misma para todo el ordenamiento jurídico, el Derecho Penal sólo reacciona en contra de determinadas formas de ataque particularmente

---

págs. 12 a 15, entendiéndolo que la antijuridicidad siempre implica violación del derecho subjetivo al ser, cuando menos, violación de la obligación jurídica, considerando el aspecto pasivo de la relación, aunque sea también violación del derecho objetivo. Esto es extender el concepto de derecho subjetivo al Estado, cuestión que no tuvo en vista el iluminismo.

<sup>66</sup> GALLAS, op. cit., pág. 52.

<sup>67</sup> MEZGER, Tratado, op. cit., T. I, págs. 339 y 403. También, DÍAZ PALO, Fernando, Antijuridicidad, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, T. II, Barcelona, 1950, pág. 705.

<sup>68</sup> El cambio experimentado por MEZGER, respecto a su anterior posición es radical. Vigente la escuela de derecho libre, dijo "el que... acentúa... deberes como el germen de todo Derecho Penal, no niega por ello que el Derecho Penal sirve en gran proporción a la protección de bienes". Siendo moderado, intentaba conciliar un equilibrio entre la posición objetiva y subjetiva de antijuridicidad, viendo la objetividad en la lesión del bien jurídico y la subjetividad en la infracción culpable de norma. MORO, op. cit., pág. 65, nota 55.

<sup>69</sup> GALLAS, op. cit., pág. 52. Hoy, BAUMMAN, op. cit., págs. 164 a 166, acoge la estructura del injusto con acento en el disvalor del resultado en el mundo externo, sobre la base de que los tipos describen conductas externas (sentido amplio o estricto). Su temor es hacer depender la antijuridicidad de fines, conocimientos, intenciones y comprensiones del autor.

<sup>70</sup> GALLAS, op. cit., pág. 52. Puesto que la lesión al bien jurídico ya se produjo, parece ser que su función fracasara cada vez que se cometiera un delito. Si se entiende que lo primordial es la tutela de valores dominantes, la misma reacción punitiva se explica como retribución con finalidad preventiva general (preservación de valores fundamentales del sentir), por lo cual el Derecho Penal tiene una función que cumplir, CURY, op. cit., T. I, pág. 27.

intolerables, esto es, de un acentuado disvalor de acto. El poseedor de buena fe de cosa ajena, en cierto modo, incurre en un muy bajo disvalor de acto al no indagar sobre el dominio de la cosa que detenta, y continuar poseyéndola. Cambiando un poco el ejemplo, el poseedor furtivo de buena fe, supuesta la existencia de un tipo, está en error de tipo, y si bien su acción es antijurídica, el injusto (que admite graduación) no es lo suficientemente relevante para castigar. Pero no por no haber sido lesionado el bien jurídico<sup>71</sup> (disvalor de resultado), sino porque realmente no hubo un ataque (disvalor de acción), toda vez que no se puede querer lo que no se conoce. Por no poder explicar esto, la concepción causal del injusto no puede distinguir el injusto homicida del "natural". La caída de un rayo también lesiona el bien jurídico.

Por temores derivados de un Derecho Penal voluntarista monstruoso, la objetividad del injusto es extrema, al prescindir totalmente del contenido de voluntad<sup>72</sup>. No es posible considerar a la voluntad como mero impulso. Querer es siempre finalidad de algo, y de alguna manera. La acción es unidad de sentido final-causal<sup>73</sup>.

Importa destacar que la ley misma, desde el momento que no tutela bienes jurídicos frente a todo ataque, considera el disvalor de acción como elemento fundamental. La reprobabilidad ético-social de los medios de ataque integra el disvalor de acción<sup>74</sup>. Además, hoy los tipos finales, esto es, con verbos que se valen "de la posición del autor de la actividad final perseguida"<sup>75</sup>, son abundantes, lo cual significa que allí la antijuridicidad de la acción se decide considerando la tipicidad subjetiva (dolo a culpa) por exigencia de *lege lata*. Pero como la unidad del ordenamiento jurídico no toleraría la coexistencia de dos concepciones distintas de antijuridicidad, el criterio debe ser el mismo para todos los tipos. El criterio se decidió cuando el legislador incriminó la tentativa. Más aún, no es posible distinguir la diversa gravedad objetiva de acciones tipificadas que atentan contra el mismo bien jurídico, si el objeto de valoración no contempla elementos subjetivos. Así, atentados dolosos y culposos<sup>76</sup>.

También, la existencia de elementos subjetivos del injusto (fundamentación y exclusión) y la estructura final de la tentativa han opuesto obstáculos insalvables a la concepción causal de la antijuridicidad.

El problema de los elementos subjetivos de lo injusto se planteó en el debate sobre la naturaleza y alcance de la antijuridicidad frente a la culpabilidad<sup>77</sup>, embistiendo el dogma de que todo lo objetivo pertenece a la antijuri-

<sup>71</sup> "El aspecto práctico de mi derecho de propiedad queda lo mismo afectado si mi velero es arrebatado para siempre por un desconocido de buena fe, o por un ladrón, o por la tempestad, o por mi propia imprudencia". BINDING citado por HEINITZ, Cfr. op. cit., pág. 25, nota 43.

<sup>72</sup> Véase nota 63.

<sup>73</sup> GALLAS, op. cit., pág. 54.

<sup>74</sup> WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, pág. 12, traducción de Juan Bustos y Sergio Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976.

<sup>75</sup> La distinción es de V. WEBER, Helmut, Para la Estructuración del Sistema de Derecho Penal, traducción de Eugenio Zaffaroni, en Nuevo Foro Penal, N° 13, enero-febrero-marzo, Bogotá, 1982, págs. 573 y 574.

<sup>76</sup> GALLAS, op. cit., pág. 74.

<sup>77</sup> POLITOFF, Sergio, Los Elementos Subjetivos del Tipo Legal, pág. 16, Editorial Jurídica de Chile, 1965.

dicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad, entendiendo por objetividad el puro disvalor de resultado ("dañosidad social"). August Hegler<sup>78</sup> los ubicó positivamente en la antijuridicidad, diciendo que en determinados casos la "violación de intereses" ("el mal en que la ilicitud consiste") no se entiende sino con una especial intención del agente<sup>79</sup>.

Mezger los acoge y extiende<sup>80</sup>, sobre la base de una antijuridicidad objetiva reducida al disvalor de resultado. Pero sólo cuando el Derecho positivo contenga elementos subjetivos de fundamentación o exclusión del injusto<sup>81</sup>. Al reconocer esta injerencia de factores subjetivos, Mezger está casi en otra concepción de la antijuridicidad. Lógicamente, Mezger debiera en estos casos incluir el dolo en el tipo, y afirmar el disvalor de acto.

Si la dañosidad social depende de un ánimo especial significa que el objeto de valorización objetiva (general) contiene elementos subjetivos; y, por tanto, existe disvalor de acto. Esto último lo reconoce en su Libro de Estudio<sup>82</sup>, pero sujeto siempre a comprobación especial, porque el Derecho positivo es esencialmente una ordenación de sucesos objetivos del mundo externo.

Politoff dice que no debe hacerse mucho caudal del reconocimiento por parte de Mezger de elementos subjetivos de fundamentación del injusto, puesto que en esto no avanzó un paso más que Hegler. El injusto sigue siendo objetivo (lesión de intereses)<sup>83</sup>. Y que en cuanto a los de exclusión, si bien se apartó de Hegler, no por eso cambió la concepción objetiva de la antijuridicidad como lesión objetiva de intereses. En ambos casos, la dependencia, en parte, de momentos subjetivos del juicio de antijuridicidad objetiva, es excepcional, y apunta siempre a la existencia de un daño objetivo, que sólo para determinarse precisa momentos internos<sup>84</sup>. "El derecho vigente no conoce puros elementos subjetivos de fundamentación del injusto"<sup>85</sup>.

<sup>78</sup> El origen de la doctrina proviene del Derecho Civil con un trabajo de Hans Fischer, vinculado, al parecer, con el abuso de Derecho. DÍAZ PALOS, *Antijuridicidad*, op. cit., pág. 706.

<sup>79</sup> Delitos con tendencia interna trascendente (hurto y estafa). Posteriormente, intención determinante de sentido (abuso deshonesto). POLITOFF, op. cit., págs. 18 y s.

<sup>80</sup> "El sutil y complicado juego de los intereses de los hombres no se desarrolla tan tosca y exteriormente que pueda decirse que en la delimitación entre lo injusto y derecho no importen en absoluto aquellos factores anímicos". MEZGER, *Tratado*, op. cit., pág. 350.

<sup>81</sup> En esto es que va más allá de Hegler, que no los admitía en la justificación porque para él equivaldría a decir que el fin santifica los medios. POLITOFF, op. cit., pág. 21.

<sup>82</sup> Conviene con Welzel, en que la antijuridicidad es un juicio general objetivo, pero no necesariamente sobre sucesos objetivos del mundo externo. MEZGER, *Edmund, Derecho Penal: Libro de Estudio*, traducción de la sexta edición alemana (1955), por Conrado Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

<sup>83</sup> POLITOFF, op. cit., pág. 29.

<sup>84</sup> Hoy, sin embargo, no es válido el argumento de Mezger, en el sentido de que la cuestión carece de significación práctica, puesto que nadie en el finalismo habría sostenido que la falta de conciencia de la ilicitud excluya la antijuridicidad, MEZGER-BLEI, op. cit., pág. 141, frente a la posición de CORDOVA RODA, *Comentarios . . .*, op. cit., págs. 286 y ss. . . Aunque pensamos que el momento subjetivo del objeto del juicio de antijuridicidad objetiva, se satisface con un dolo libre de valor.

<sup>85</sup> MEZGER, *Tratado*, op. cit., pág. 351.



Contra la pregunta de por qué no el dolo y si otros elementos subjetivos pueden agregar algo al injusto, Politoff replica con la distinta naturaleza del dolo. Es cierto que, a diferencia del dolo, estos elementos subjetivos no tienen correlato en el mundo exterior, pero no por eso son enteramente independientes. La cuestión es lógico-formal: cómo se puede afirmar que hizo algo con determinado ánimo, sin antes afirmar que se quiso hacer algo.

Politoff también se hace cargo de esta crítica<sup>86</sup>. Sobre los delitos que tienen estos elementos especiales, dice que no necesariamente —conceptualmente— exigirían dolo, puesto que es la ley y no una imposibilidad conceptual la que no incrimina el hurto culposo. Pero es que la culpa también integra la faz subjetiva del tipo. Puede decirse que aún quien consume equivocadamente alimentos ajenos, teniendo *ánimus rem sibi habendi*, tiene además voluntad de realización concreta de la acción de sustraer la cosa —que cree propia—, lo que es más que un simple impulso de voluntad. El error sobre un elemento normativo del tipo —ajenidad de la cosa— no afecta la finalidad de sustraerla, como contenido de voluntad, que cuando no se está en error, es dolo.

Con respecto a los tipos sin especiales elementos subjetivos del injusto, se excusa de abordar el tema de la posición del dolo en el tipo por la extensión de la materia, pero advierte ciertos temores ideológicos. Esto último es una petición de principios<sup>87</sup>.

Que reaparece el dolo específico para el finalismo en estos especiales tipos, lo niega Maurach al separar los elementos subjetivos del injusto del dolo. Para Politoff esa separación es incongruente. El asunto es problemático, efectivamente. Pero no tanto como apoyar el ánimo en el vacío.

Es decir, los elementos subjetivos de fundamentación del injusto ofrecen problemas para la concepción tradicional y final. Pero insalvables para la primera. Ponen de relieve la imposibilidad que en general existe de situar el dolo en la culpabilidad<sup>88</sup>. Y si hay elementos subjetivos en la tipicidad, tendrán que ser objeto del juicio objetivo de antijuridicidad; lo cual sólo es posible si se acepta un dolo neutro valorativamente, esto es, sin conciencia de la ilicitud como elemento actual. Así, la antijuridicidad objetiva no pierde su parámetro general, no obstante recaer, en parte, sobre elementos subjetivos<sup>89</sup>, y la culpabilidad conserva su contenido. En cuanto a los elementos subjetivos de exclusión de lo injusto, Mezger los acoge sistemáticamente sólo de *lege lata*<sup>90</sup>. Por lo mismo, no los acepta en su justificante supra legal de valuación de bienes, para él "objetiva"<sup>91</sup>. Este es un punto sobre el que insistimos abajo. Adelantamos que tiene razón Politoff cuando dice que la cuestión incide en el contenido del

<sup>86</sup> POLITOFF, op. cit., págs. 78 a 81.

<sup>87</sup> GRISOLÍA, pág. 17, nota 49, que niega la relación del Sistema con la Escuela de Kiel, siendo causalista.

<sup>88</sup> CURY, op. cit., T. I, pág. 271, nota 108, con una solución finalista y exposición de la problemática.

<sup>89</sup> Claro está, que en torno a esto se traba toda la polémica con la concepción tradicional. Las defensas de Mezger, de que es incomprensible el error de tipo puesto que el dolo tendría que referirse a sí mismo, y de la estructura no final del delito culposo, no pueden ser estudiadas aquí, MEZGER-BLEI, op. cit., pág. 140. En todo caso, el grado de conciliación es asombroso: "Las palabras objetivo y subjetivo tienen un significado distinto", op. cit., pág. 134.

<sup>90</sup> MEZGER, Tratado, op. cit., pág. 451.

<sup>91</sup> MEZGER, Tratado, T. II, op. cit., pág. 451.

juicio de antijuridicidad, y que solamente se plantea cuando se la considera un elemento del delito<sup>92</sup>. Pero no es correcto negarles acogida en las justificantes supralegales, arguyendo una inexistente "subordinación de la antijuridicidad material a la ética". Pensamos que, en el fondo, toda justificación se decide por un criterio material, más o menos formalizado en la ley, que no corresponde sólo a la lesión o puesto en peligro de bienes jurídicos<sup>93</sup>. En el estado de necesidad esa formalización casi no existe; los criterios materiales emergen con todo su vigor.

Así, resulta paradójal admitirlo aquí y no en otras justificantes. Politoff habla de "dudas razonables", en cuanto a un elemento subjetivo de exclusión de lo injusto en el estado de necesidad. Pero lo admite en la legítima defensa, y siempre de *lege lata* clara: como si la ley pudiera adoptar diversas concepciones de antijuridicidad (una y la misma).

La concepción causal de la antijuridicidad decae también en la tentativa. Cuando el legislador decide incriminarla, opta tomando una decisión privativa; pero "todo el sistema está (queda) condicionado por la determinación". Así, "responde a las aspiraciones culturales de su época, materializadas en ciertas reacciones emocionales del grupo social, mediante las cuales éste expresa sus convicciones axiológicas", de modo que la tipificación de la tentativa es "una piedra angular para toda la organización del sistema punitivo"<sup>94</sup>.

La antijuridicidad objetiva (externa y general), al modo tradicional, como hemos dicho, ideológicamente perseguía que ésta no recayera sobre las "convicciones, ideales, afectos y motivaciones" del individuo<sup>95</sup>. Sin embargo, no podía explicar la acción incompleta, tomando como base un impulso de voluntad carente de contenido.

Acudir a un elemento subjetivo del tipo, como Novoa<sup>96</sup>, aparte de lo inadecuado de la construcción, es una excusa peor que la ofensa, si se considera lo ya dicho sobre ellos.

Mezger, llanamente dice que el tipo de la tentativa es final, pero no así el del delito consumado. El dolo ocupará una posición distinta, según si el delito esté consumado o tentado. Tendrá también un contenido diverso (conciencia de la antijuridicidad), según el mismo alia. Y los reparos materiales de Cury son los que nos interesan: el juicio de antijuridicidad tendrá un contenido distinto en uno u otro caso. O sea, si se intenta matar en legítima defensa, pero se fracasa, se atenderá, para decidir lo injusto o justo de la acción, a la finalidad, esto es, se estrecha la eximente. En cambio, si se mata, bastan los presupuestos objetivos, es decir, se amplía la eximente<sup>97</sup>.

<sup>92</sup> POLITOFF, op. cit., págs. 54 y s.

<sup>93</sup> Sobre el aspecto material de la valoración, se profundizará posteriormente.

<sup>94</sup> CURY, Enrique, *Tentativa y Delito Frustrado*, págs. 11 y 22, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977.

<sup>95</sup> CURY, *Tentativa...*, op. cit., pág. 20.

<sup>96</sup> Concordamos con las críticas de CURY, *Tentativa...*, op. cit., págs. 17 a 19, y agregamos lo expuesto sobre los elementos subjetivos de lo injusto.

<sup>97</sup> CURY, *Tentativa...*, op. cit., págs. 19 y 20. Aquí también se destruye el argumento del error de tipo que esgrime Mezger, *Libro de Estudio*, op. cit., T. I, págs. 140 y 141. Porque en la tentativa en error de tipo en favor del agente, deja de ser "ilógico" que el dolo excluido "formara parte del objeto sobre el que recae el error" (las comillas y frases son mías).

Por todo lo dicho, la objetividad del juicio de antijuridicidad recae, ineludiblemente, sobre elementos objetivos y subjetivos. Disvalor de acto y disvalor de resultado.

El disvalor de acto, esto es, "la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente"<sup>98</sup>, incluye, en cierto modo, al disvalor de resultado<sup>99</sup>, en cuanto la lesión o puesta en peligro del bien jurídico es contenido de la voluntad de actuar. Por esto, es posible castigar la tentativa inidónea, pero no es posible prescindir de la dañosidad del resultado, cuya evitación, a fin de cuentas, es el fin de la norma.

La repugnancia instintiva a una penalización de convicciones derivada de experiencias eticopolíticas reformadas se desvanece otorgándole al disvalor de resultado una función limitativa —por cierto, no en el sentido de Schaffstein—, y estableciendo límites de seguridad jurídica. Cury, con razón, sostiene que de no reaccionarse sólo en contra de actos que constituyan un principio de ejecución típico, o manifestaciones de voluntad conectadas a esa ejecución (participación), y de no acoger la impunidad de aquellos actos, que ni siquiera producen un mínimo de disvalor de resultado (tentativa desesperada o supersticiosa), el Derecho Penal contradice su función, puesto que la inseguridad y sensación de injusticia debilitan el apego de los ciudadanos a las exigencias de valor jurídicamente amparadas<sup>100</sup>.

Radicar la antijuridicidad exclusivamente en el disvalor de resultado es conceptualmente posible<sup>101</sup>, dado que se apoya únicamente en una consideración causal<sup>102</sup>. Pero por ponerse a resguardo del delito de mera desobediencia, debe considerarse antijurídicas las fuerzas de la naturaleza. Esto lo elude, con la inadmisibles división de la voluntad, entre haber querido algo y lo querido.

Esta división es inadmisibles siempre. Por eso, creemos que Gallas está en error al afirmar que la significación del disvalor de resultado tiene importancia exclusiva para determinar la ilegitimidad de la agresión<sup>103</sup>. Además, eso conduciría a una inapropiada restricción del estado de necesidad, con consecuencias penosas<sup>104</sup>.

<sup>98</sup> GALLAS, op. cit., pág. 54.

<sup>99</sup> Cfr. GALLAS, op. cit., loc. cit.

<sup>100</sup> CURY, Derecho Penal, op. cit., T. I, pág. 132.

<sup>101</sup> GALLAS, op. cit., pág. 54.

<sup>102</sup> Cfr. nota 71.

<sup>103</sup> GALLAS, op. cit., loc. cit.

<sup>104</sup> Lo que hay que determinar es si la ilegitimidad de la agresión se establece desde la perspectiva del agresor o del agredido. Es decir, si se mira a lo que el agresor puede hacer (valor de acto), y se limita, en congruencia, el permiso de legítima defensa del agredido; o, si se atiende a lo que el agredido no tiene por qué soportar (disvalor de resultado), y se amplía, en correspondencia, su facultad de defensa legítima. Extrapolando, si se radica la ilegitimidad de la agresión en el agresor (disvalor de acto), se amplía el ámbito del estado de necesidad. En vez, si se la ubica en el agredido (disvalor de resultado), se restringe en extremo. Puesto que todo "mal" que amenace al sujeto "que no deba soportar" autoriza la legítima defensa contra su causa, el estado de necesidad se reserva para el llamado estado de necesidad agresivo (MALAMUD, op. cit., pág. 59). Este problema, trajo complicaciones a Welzel. En principio, consideró antijurídica la lesión que el agredido no tiene por qué soportar (WELZEL, Derecho Penal, op. cit., págs. 91 y 92). Pero sin motivo valedero, estimaba que no había legítima defensa contra los derechos de necesidad,

Bajo esto, subyacen problemas radicales. Una concepción amplia de la ilegitimidad de la agresión no es aceptable dentro de una estructura final del injusto, puesto que se apoya en el puro disvalor de resultado<sup>106</sup>. La consecuencia, desde el interior del sistema, es que casi siempre tendría que proceder legítima defensa contra una acción en estado de necesidad, porque si bien falta el disvalor de acto eso no interesa para determinar la ilegitimidad de la agresión. El sacrificio de un bien afectará a un inocente que tiene derecho a mantener su statu quo ante lícito (no tiene por qué soportarlo). Que se causa un cierto disvalor de resultado, para la evitación de uno mayor, no lo puede decir esta posición, porque la finalidad salvadora (valor de acto) está fuera de la consideración ex ante<sup>106</sup>.

Además, esta posición conduce a una tutela jurídica mayor sobre las cosas que sobre las personas<sup>107</sup>. Lo que constituye al peligro en supuesto de legítima defensa, descartando al estado de necesidad, es su ilegitimidad. Ella se deriva del disvalor de acto del agresor. De lo contrario, no es posible distinguirlas. Todo peligro amenaza disvalor de resultado. Sobre la distinción se pueden aplicar principios distintos ("afirmación del Derecho", "ponderación de bienes"). Aunque la llamada ponderación de bienes incide en la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima, su vigencia en esta sede no es central, por lo que rige de manera distinta<sup>108</sup>.

---

y que contra las agresiones de animales había estado de necesidad y no legítima defensa (parágrafo 228). En el Nuevo Sistema no se hace cargo del asunto. Pero en su Derecho Penal Alemán, vacila por un tratamiento discriminatorio: es "dudoso" (y generalmente contradictorio) que... la antijuridicidad de la agresión se determine, en forma general, primariamente "desde el punto de vista del afectado", es decir, como intromisión "que no está obligado a soportar". Y dice esto, precisamente porque cree que en la resistencia al poder estatal, y en la defensa contra el ejercicio de derechos de necesidad, lo decisivo es el permiso del derecho al agresor; o sea, no hay legítima defensa, porque no hay disvalor de acto (WELZEL, Derecho Penal Alemán, op. cit., pág. 124). Cambia, parcialmente, en un aspecto fundamental.

<sup>106</sup> Cuando Welzel decía que la antijuridicidad de la agresión se determina en sentido "no técnico", que atañe al "disvalor del hecho", sencillamente trizaba el Sistema. Derecho Penal, op. cit., pág. 92. Piénsese que la posibilidad de reacción del agredido en estado de necesidad tendría que determinarse con total independencia de la falta de disvalor de acto del agresor.

<sup>106</sup> MALAMUD, op. cit., pág. 69, que considera, desde otros supuestos, correcta esta secuencia. Aunque la aplica a todos los casos (págs. 69 y 70).

<sup>107</sup> Un hombre que actúa de acuerdo a derecho, por ejemplo, que conduciendo su vehículo con cuidado sufre un corte de dirección y de frenos que lo lleva a embestir una vitrina, podría hasta ser muerto, porque el Derecho no tiene por qué ceder ante lo injusto, ya que un hombre amenaza peligro que el agredido no tiene por qué soportar. En cambio, la reacción contra la cosa que amenaza peligro se restringiría por la ponderación de bienes. O sea, el individuo sería "menos digno de protección que una cosa". HIRSCH, Hans, La Antijuridicidad de la Agresión como Presupuesto de la Defensa Necesaria", en Nuevo Pensamiento Penal, año 6, 1977, pág. 18.

<sup>108</sup> Aquí es un correctivo de un principio de raigambre liberal ("El derecho no tiene por qué ceder ante lo injusto"), que llevado al extremo es desastroso. El ejemplo de Novoa, que estaba ya en V. LISZT, del inválido que podría hasta matar al niño que hurta salchichas, de no corregirse el principio, lo pone de manifiesto. NOVOA, T. I, op. cit., pág. 366 y V. LISZT, op. cit., T. II, pág. 333. Quizá por lo mismo que es correctivo, se explica que se considere la valuación sólo desde el disvalor de

Interesa separarlas, para delimitar lo objetivo de la valoración en el estado de necesidad; que en ésta comprenda disvalor de acto y de resultado de la acción del sujeto activo de la eximente, es otra cosa.

En suma, la valoración objetiva comprende momentos subjetivos. Esto es así en el juicio de antijuridicidad. Si se sostiene que la eximente la excluye, debe comprender ambos contenidos (disvalor de acto y de resultado). La justificación no puede depender de una pura "liquidación de intereses" materiales<sup>109</sup>.

Este contenido total de disvalor es el que se ha objetivado en la norma jurídica<sup>110</sup>, que manda o prohíbe determinadas acciones dados ciertos supuestos, bajo conminación penal. Siendo un problema de Derecho el del estado de necesidad, el juez debe atender primero metodológicamente al Derecho positivo vigente. Pero la solución jurídica es siempre material, y a veces la única<sup>111</sup>.

La antijuridicidad objetiva, comprensiva de disvalor de acto y de resultado, no se identifica con la llamada antijuridicidad formal, esto es, la infracción del mandato o prohibición estatal. Lo que sucede es que el Derecho positivo (formalizado), contiene la más clara objetivación de valores jurídicamente amparados. Pero en determinados casos, sólo es posible encontrar su verdadera voluntad fuera de él<sup>112</sup>, más dentro del Derecho.

Los términos disvalor de acto y de resultado pueden ser enfocados, respectivamente, desde una perspectiva material o formal. El deber no hacer y el deber no ser, si bien se localizan como deberes jurídicos, en su alcance sólo pueden ser delimitados por la valoración material que les sirve de base<sup>113</sup>.

---

resultado. El valor de la acción se funda en la finalidad de defensa. Para Malamud, la evolución de la legítima defensa, en esto, muestra cómo el Derecho Penal recoge los aspectos irracionales de la cultura. Interesa destacar que él ve que la "proporcionalidad material" es para la legítima defensa un criterio demasiado limitativo. Sólo debe ser correctivo. MALAMUD, *op. cit.*, pág. 35.

<sup>109</sup> CORDOVA RODA, *op. cit.*, T. II, pág. 289. También MAURACH, *op. cit.*, T. I, pág. 394.

<sup>110</sup> Queremos decir que las cosas podrían llevarse al plano más profundo de la estimativa axiológica y plantear la cuestión de si los valores son o valen, y si son o valen objetiva o subjetivamente, esto es, si el valor vale en sí o es puesto por el observador. Esa es una consideración deontica. Lo que importa es que deontológicamente —el valor en la ciencia del Derecho Penal— el valor está objetivado en el total Derecho público y privado, consuetudinario y positivo. Por eso, puede constituir un punto de referencia, y por eso la determinación alternativa del sacrificio necesario es posible orientarla hacia ciertos criterios justos y seguros. Lo contrario es la ley del más fuerte. GARCÍA MORENTE, Manuel, *Lécciones Preliminares de Filosofía*, págs. 356 y 370-385, especialmente, Editorial Losada, Buenos Aires, 1952. También Cousseño, *op. cit.*, T. I, págs. 262 y ss., con razonamientos discutibles y muy claros en cuanto a la forma de abordar por el Derecho Penal la antinomia kantiana entre el ser y el deber ser.

<sup>111</sup> Precisamente la doctrina de la antijuridicidad material fue elaborada y formulada a partir del estado de necesidad. HEINITZ, *op. cit.*, págs. 49 y ss., entre otros muchos autores. Cuando el Derecho Positivo no proporciona salida, o la salida es rupturista con los valores culturales vigentes, la decisión debe ser jurídicamente material. Recuérdese el tratamiento del aborto terapéutico con el parágrafo 54 del C.P. RFA de 1871, que no es extraño a nuestros derechos en los casos en que no pueda hallarse a un facultativo. BUSTOS, GRISOLÍA Y POLITOFF, *Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, págs. 288 y 233, Ediciones Encina, Santiago, 1971.

<sup>112</sup> Aspecto material de la valoración.

<sup>113</sup> GALLAS, *op. cit.*, pág. 53, nota 76.