



LA “ANTI JURIDICIDAD” COMO PROBLEMA¹

Carlos Fernández Sessarego

SUMARIO

- 1.- Los “problemas” del derecho
- 2.- Propósito y alcances del trabajo
- 3.- Lo “antijurídico” como problema
 - 3.1.- ¿ Existe lo “antijurídico” ?
 - 3.2.- Otras cuestiones problemáticas
- 4.- Los supuestos que sustentan nuestra posición
 - 4.1.- El hombre como “ser libertad”
 - 4.2.- La bidimensionalidad del ser humano
 - 4.3.- La tridimensionalidad del derecho
 - 4.4.- Las conductas humanas intersubjetivas
 - 4.5.- La naturaleza de la norma jurídica
- 5.- Lo jurídico y lo “antijurídico”
- 6.- Las “maneras de ser” del derecho
- 7.- La antijuridicidad y la responsabilidad civil

1.- Los “problemas” del derecho

La denominada *antijuridicidad* es, para nosotros, un problema, el mismo que se halla situado en el núcleo de lo *jurídico*. Los que trabajamos en el campo del derecho, bien lo sabemos, estamos acostumbrados a preguntarnos constantemente frente a los múltiples problemas que surgen a partir de la convivencia humana. El derecho, como la vida - donde él aparece primariamente - está erizado de cuestiones problemáticas.

Ello no nos sorprende, no es un hecho insólito en nuestro específico quehacer. Como no lo es, tampoco, optar por alguna de las posibles soluciones que nos ofrece la disciplina jurídica frente a un determinado “problema” después de su debida valoración axiológica. O, si se tiene imaginación y cultura es posible, alguna vez,

¹ El artículo originalmente ha sido publicado en la revista "Lumen", de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Año 1, N° 1, Lima, 2000 y en el libro de autores varios "Obligaciones y contratos en el tercer milenio". Homenaje a Roberto López Cabana, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.

proponer, alternativamente, una nueva hipótesis de trabajo. Para ello, se deben vivenciar y valorar los conflictos interpersonales para luego imaginar, reflexionar y buscar las normas jurídicas, los principios generales o cláusulas abiertas o en blanco aplicables al caso.

El ordenamiento jurídico con sus cláusulas o principios generales permitirán fundamentar, coherentemente, nuestras personales opciones. En última instancia, es dable recurrir al axioma jurídico de que todo lo que no está prohibido está permitido, salvo que se atente contra el orden público o las buenas costumbres. Nada de lo que ocurre en la vida humana es ajeno a una valoración jurídica. Como resultado de tal valoración axiológica podremos afirmar si tal o cual conducta está permitida o se considera prohibida para el derecho.

La pregunta que nos planteamos en este trabajo se justifica en la medida que ella responde a una antigua inquietud, a una cuestión problemática que deberíamos resolver ante la insatisfacción que nos producen las respuestas ofrecidas por la doctrina jurídica imperante. Estas respuestas están consagradas por la tradición, la que está apoyada en el pensamiento de preclaros maestros del derecho, a quienes les debemos reconocimiento pues, a partir de sus aportes, podemos enhebrar los razonamientos críticos y cuestionadores contenidos en el presente ensayo.

La cuestión se convirtió para nosotros en “problema” desde hace ya un buen tiempo. Como lo referíamos en un trabajo del año 1962², el “problema” se nos presenta como algo que requiere de alguien que lo piense, que lo medite, y para quién exista. Una cuestión deviene problemática cuando se requiere, de modo apremiante, saber “algo”, resolver dudas o compaginar verdades discordantes. Es este el caso del tema propuesto, es decir, el de cuestionar la existencia de la “antijuridicidad” como una categoría *jurídica*. Dicho concepto se constituyó para nosotros, en su momento, como uno de dudosos alcances. Ello exigía, por consiguiente, repensar las soluciones propuestas, generalmente aceptadas, para descubrir quizás “algo” distinto. Es decir, una respuesta que despejara tales dudas. Estas páginas son el resultado de ese repensamiento.

Como producto de nuestras reflexiones llegamos a descubrir lo que para nosotros son nuevas verdades. Así, llegamos a la conclusión que lo “antijurídico”, contrariamente a lo que se sostiene no es, a nuestro parecer, una categoría del derecho, es decir, de lo *jurídico*. La respuesta que nos propusimos ante la pregunta que nos formuláramos en su oportunidad resolvió, en gran medida, nuestra inquietud, dio término, al menos por ahora, a la cuestión que se nos presentaba como “problema”.

No somos ni pretendemos ser irreverentes ante la tradición. Pero, al mismo tiempo, no podemos permanecer tranquilos, impasibles, indiferentes, frente a

² Fernández Sessarego, Carlos, *La noción jurídica de persona*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, primera edición, Lima, 1962, pág. 16-17.

cuestiones jurídicas que, según nuestro parecer, deberían intentar esclarecerse con sentido crítico a la luz de los supuestos del derecho. La ciencia supone un continuo repensamiento, una progresiva evolución, un desarrollo sostenido. La inquietud, la insatisfacción, el afán de perfección, la imaginación creadora y la voluntad de investigar reflexivamente, se aúnan en el propósito de lograr la verdad científica, es decir, la correspondencia entre los conceptos y los objetos por ellos mencionados. Es decir, preguntarse si es “verdad” que al concepto de “antijurídico” le corresponde, en la “realidad” de la vida, un específico objeto.

La actitud antes referida es permanente entre quienes trabajan, con pasión, dentro de una disciplina enraizada en la vida comunitaria. No se puede prescindir de la vida humana social si se busca afanosamente respuestas frente a antiguos o inéditos problemas. Por eso, la satisfacción que se experimenta al rectificar un error, al encontrar la verdad oculta, es igual o mayor que aquélla que se experimenta frente a la creación de lo nuevo.

Para lograr dichos propósitos se requiere de aquellas cualidades que distinguen la actividad del auténtico científico, quien entrega su vida y sus energías en la búsqueda de la verdad. Ellas son la humildad, el agudo sentido crítico, la perseverancia, el desprendimiento, la ilusión de ser útil, la imaginación creadora.

La actitud crítica ha permitido al derecho, que es una disciplina social y cultural, además de normativa y axiológica, importantes esclarecimientos, definitivas adecuaciones de tradicionales instituciones o figuras a la realidad imperante, a los reclamos provenientes de la experiencia. Varias instituciones jurídicas están sometidas a una renovada crítica, por lo que se hallan inmersas en un proceso de repensamiento en los últimos tiempos. Bastaría citar como ejemplo de lo dicho al derecho de propiedad, al abuso del derecho, a la categoría de sujeto de derecho, a la naturaleza de la persona jurídica, a la reformulación de la responsabilidad civil o derecho de daños, a la capacidad jurídica. Al lado de ellas, pueden también mencionarse tanto a la noción de acto jurídico como a los nuevos alcances de la básica clasificación del derecho en privado y público. Ello, para citar algunos casos que vienen a nuestra memoria cuando escribimos estas apretadas líneas³.

Desde dicha perspectiva, propia de nuestra actitud inquisitorial, es que nos aventuramos a cuestionar la respuesta que nos ofrece la ciencia del derecho en torno a la cuestión - para nosotros problemática - de lo que se comprende como “antijuridicidad”. De lo que se trataría en el presente trabajo es el de intentar adecuar dicha expresión conceptual - que consideramos inapropiada - a la nueva concepción del ser humano, como ser libre, y del derecho en cuanto interacción dinámica de vida humana social, valores y normas jurídicas. La solución que proponemos en estas

³ Ver Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho en un período de transición entre dos épocas*, en “Revista Jurídica del Perú”, Año XLVI, N° 1, Trujillo, enero-marzo, 1996 y *El derecho en el fin del siglo XX. Un nuevo modo de hacer derecho*, en la revista “Scribas”, Instituto de Investigación Jurídico-Notarial, Año II, N° 4, Arequipa, 1998.

páginas tiene como fundamento, como se apreciará a lo largo del trabajo, una concepción humanista o personalista del derecho. Es el ser humano, y no otro, el centro y eje del derecho. Es la persona su creadora, protagonista y destinataria. Las normas jurídicas sólo cumplen el rol de prescribir y describir, formalmente, aquello que, después de una valoración axiológica, se considera como permitido o como prohibido.

El derecho está en la vida antes que en la normas. Los conflictos jurídicos se presentan a partir de seres humanos que reclaman derechos, que exigen justicia, y se resuelven por otros seres humanos que son los jueces. Todo queda en la vida, nada se da fuera de ella. La norma es sólo un valioso instrumento para que los seres humanos puedan convivir libremente dentro del bien común.

2.- Propósito y alcances del trabajo

Es propósito del presente trabajo, por lo expuesto, centrar nuestra reflexión sobre el tema de la “antijuridicidad” que, por habernos inquietado intelectualmente, ha ocupado nuestra preferente atención. Nos referimos a las conductas humanas intersubjetivas consideradas como “antijurídicas” como es el emblemático caso de la definición que, al nivel de la doctrina penal, se hace del “delito”. Al mismo tiempo, por nuestra propia actividad, analizamos la utilización que se hace de la noción “antijurídica” en el área de la responsabilidad civil o derecho de daños, aunque no sea ésta la única situación a la que se suele designar como tal.

Ambas reflexiones, tanto la de orden civil como la penal, se fundamentan en el sustento que brindan a la ciencia jurídica tanto la Filosofía General y la Jusfilosofía como la Teoría General del Derecho. Sus principios sirven de fundamento y son de aplicación en todo el ordenamiento jurídico desde que éste es unitario. Estos principios básicos, que son en la actualidad de aceptación general, nos servirán de confiable apoyo en el curso de las reflexiones que son materia de este ensayo.

En definitiva, y tal como intentaremos demostrar en las páginas siguientes, tales reflexiones nos han conducido a considerar que el “delito” es una exquisita expresión de “lo jurídico”, por lo que no se le puede definir, contrariamente, como “antijurídico”. Lo “antijurídico”, desde la perspectiva en que nos situamos, no pertenece a la esfera del derecho, al campo de lo *jurídico*. Nada en el derecho es “antijurídico”. Toda conducta humana intersubjetiva - desde un saludo a un amigo en la calle hasta ocasionar lesiones a otro ser humano - es susceptible de ser axiológicamente valorada como permitida, por justa, o como prohibida, por injusta. De ahí que podamos luego inferir las normas jurídicas pertinentes o determinar los principios generales o cláusulas abiertas del derecho aplicables al caso. Y, si ello no fuera posible, podemos acudir finalmente al axioma del derecho, el mismo que se

concreta en que “lo que no está prohibido está permitido, salvo que se atente contra el orden público o las buenas costumbres”⁴.

Mediante las consideraciones contenidas en este trabajo sólo pretendemos que los juristas más inquietos, aquellos interesados en profundizar en nuestra disciplina, encuentren en estas líneas una hipótesis de trabajo, un motivo suficiente de reflexión, que los incentive a replantearse el tema que suscita nuestra propuesta. Para ello debe dejarse de lado, con mentalidad abierta y humildad científica, tanto el tremendo peso que significa la tradición para el derecho como la docta opinión de consagrados juristas, los que merecen nuestro mayor respeto y gratitud por sus valiosos aportes a la ciencia jurídica. Sin embargo, sus consideraciones no nos pueden detener en el tiempo ni tampoco congelar el libre discurrir de nuestro pensamiento que está - o que debe estar - siempre abierto a las sugerencias que provienen de la realidad o de los desarrollos de la filosofía o de la ciencia.

Ni la tradición ni el respeto que nos merecen las opiniones consagradas por el tiempo pueden, por consiguiente, impedir el meditado cuestionamiento de algunos de tales aportes, ya que el inexorable destino natural de la ciencia es progresar y transformarse como resultado de las solicitaciones de la realidad y los desarrollos de la creatividad propia de la imaginación y del pensamiento humano⁵.

Nos sentiremos plenamente satisfechos, y estimaremos haber obtenido nuestro propósito al presentar esta propuesta, si las consideraciones que a continuación se exponen merecen la atención de los estudiosos del derecho, sean ellos civilistas o penalistas. Y, además, si ellas motivan su inquietud para valorarlas, comprobarlas o desestimarlas por inconsistentes.

Pensamos que los seres humanos de mentalidad abierta no debemos dejarnos seducir, sin aplicar un sentido crítico, por la tradición, por lo “consagrado”, por lo que como “bola de nieve” nos traen los libros que se escriben sobre “otros” libros, a manera de *collage*, por los siglos de los siglos. El derecho, como ciencia social, está siempre en constante cambio, en continuos replanteamientos, de conformidad con los vaivenes de la vida colectiva. El derecho no se halla en el “congelador” desde que él no se reduce a las normas que integran un determinado ordenamiento jurídico positivo. Las normas son el resultado de la primaria valoración

⁴ De la aplicación del axioma jurídico antes enunciado resulta que saludar a un amigo en la calle no está prohibido por el ordenamiento jurídico positivo por lo que se trata de una conducta permitida. Por lo demás, al saludar a un amigo no se atenta contra el orden público o las buenas costumbres.

⁵ En el inicio del año lectivo universitario, tratándose de los primeros años de estudio, planteamos una metáfora para hacer gráfica la necesidad de poseer una actitud crítica, propia de todo ser humano que se dedica al estudio del derecho. Les decimos que deben imaginar que en su carpeta existe un vaso de agua y una cápsula. Esta cápsula contiene una idea o propuesta del profesor. Que antes de aceptarla a fardo cerrado intenten, si les es posible, abrirla para conocer, a través de los sentidos, su contenido. Es decir, utilizar el olfato, el tacto y el sabor para lograr un mejor conocimiento de su contenido. Y, si tuvieran alguna duda o una posición contestataria, que la expresen libremente para analizarla y debatirla en el aula.

axiológica de la vida humana social. Vida humana y valoración axiológica de las que no podemos prescindir si deseamos aprehender el objeto “derecho”.

3.- Lo “antijurídico” como problema

Trataremos, desde nuestra concepción del ser humano y del derecho, de responder a la pregunta sobre la existencia de lo “antijurídico” como una categoría *jurídica*. Es decir, si lo “antijurídico” supone la existencia de conductas humanas intersubjetivas que puedan calificarse como contrarias o ajenas al derecho, es decir, a lo *jurídico*. La tesis que proponemos es la de que toda conducta humana intersubjetiva es, de suyo, *jurídica*. A nuestro entender, de conformidad con la fundamentación que aparece en el párrafo siguiente (&4), toda conducta humana intersubjetiva es siempre jurídica, sin excepción. Es decir, todas las conductas humanas intersubjetivas están regidas por el derecho, pertenecen al ámbito de lo jurídico. De ahí que la “antijuridicidad” no existe como una categoría del derecho.

3.1.- ¿ Existe lo antijurídico como “problema”?

Con frecuencia, en los diversos campos del derecho, ya sea el civil o el penal, nos encontramos con el concepto de “antijurídico”, instalado en la médula misma de algunas de las más importantes definiciones de ciertas instituciones consideradas, paradójicamente, como *jurídicas*, es decir, pertenecientes al mundo del derecho. Ello ocurre, como lo hemos citado, por ejemplo, cuando se define el “delito” o tratándose de la responsabilidad civil. Desde hace ya varias décadas, como se ha puesto de manifiesto, nos asaltaba una duda al respecto. Ella consistía en saber si, en realidad, lo “antijurídico” es una categoría del derecho.

De otro lado, imaginábamos que con el término “antijurídico” se aludía, por un sector importante de la doctrina, a lo injusto, a lo prohibido, a lo ilícito. Si fuese así, como parece ser, no hay nada más jurídico que lo justo y lo *injusto*, que lo permitido y lo *prohibido*, que lo lícito o lo *ilícito*. Entonces, nos preguntamos, ¿ podemos seguir considerando a la “antijuridicidad” como una categoría ajena al derecho, contraria a lo jurídico, ubicada en un mundo donde *no* impera el derecho ?. ¿ Cuál sería, inquirimos, ese mundo ajeno al derecho ?. El derecho “es” la vida misma, debidamente valorada y normada. No hay conducta humana social que sea ajena al derecho. Por ello, a nuestro parecer, no existe lo “antijurídico” como categoría de lo *jurídico*, es decir, del derecho.

3.2.- Otras cuestiones problemáticas

Si lo “antijurídico” se nos presentó como “problema”, lo mismo nos ocurrió en lo tocante al ser u objeto de estudio del derecho⁶, el mismo que, para unos, era el conjunto de normas que integraban el ordenamiento jurídico, mientras que, para otros, era el valor justicia o, simplemente, la dimensión social. Es decir, las posturas conocidas comúnmente como formalista o positivista, jusnaturalista y sociológica, respectivamente⁷.

Otro problema que enfrentamos como estudiantes fue el referido a la naturaleza misma de la norma jurídica⁸. Nos preguntábamos al respecto, ¿ es la norma jurídica un juicio descriptivo o una prescripción? ⁹. Considerábamos también como cuestión problemática el aludir al ser humano como siendo sólo un ser “racional”. Intuíamos que esta concepción era insuficiente, que no nos mostraba la entraña misma del ser humano¹⁰. De otro lado, surgía también como “problema” el saber si se podía penalmente “privar” de libertad al ser humano.

Relacionado con el problema de la existencia de lo “antijurídico” se hallan otras cuestiones medulares o vertebrales del derecho, como son aquellas referidas al objeto de su estudio o a la de la naturaleza de la norma jurídica, antes mencionados. Sobre este último problema nos referiremos en el acápite siguiente. En él trataremos de demostrar como lo antijurídico, en cuanto incumplimiento del propio deber o como sanción, es una expresión de lo jurídico.

Con el devenir del tiempo surgió otro problema en el que no habíamos reparado durante años. Es el atinente a la existencia o no de la posibilidad efectiva de “privar de la libertad” al sujeto que cumple una sanción en un centro de reclusión. Comprendimos, como se apreciará más adelante, que era imposible que ello ocurriera, que sólo la muerte privaba de libertad al ser humano.

El ordenamiento jurídico positivo, de suyo, es estático. Por ello, bien lo sabemos, las normas van adecuándose a las exigencias de la vida que, por definición, es dinámica. Las normas, desde un punto de vista lógico, son

⁶ Ver Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho como libertad*, Universidad de Lima, segunda edición, Lima, 1994.

⁷ Ver Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, Grijley, tercera edición, Lima, 1998, pág. 51 y sgts.

⁸ Ver Fernández Sessarego, Carlos, *La noción jurídica de persona*, segunda edición, Lima, 1968, pág. 84 y sgts.

⁹ Al respecto llegamos a la conclusión que toda prescripción u orden suponía una previa descripción. Así, cuando se dice “Antonio cierra la puerta” , que es una prescripción, estamos simultáneamente describiendo que existe una persona llamada Antonio, que estamos frente a un objeto denominado “puerta”, que ella está abierta y que, finalmente, Antonio cumplirá con la acción de cerrarla.

¹⁰ Los estudios de filosofía que habíamos seguido, paralelamente con los de derecho, nos permitieron conocer la filosofía de la existencia, cuyo estudio nos abrió nuevos horizontes en esta materia. De ahí que concluyéramos, como aparece en diversos trabajo y libros escritos en los últimos cincuenta años, que la libertad era el *ser* mismo del hombre. El tema es abordado en nuestra tesis de Bachiller en Derecho publicada treintisiete años después bajo el título de *El derecho como libertad*, antes mencionado.

pensamiento, son puras formas, cuyo contenido es siempre conductas humanas valiosamente valoradas.

El derecho es, como tantas veces lo decimos, una *exigencia existencial* pues el ser humano, estructuralmente social, no puede prescindir de reglas para su convivencia con los “otros” en comunidad. Reglas que le permiten, en tanto ser libre desarrollar, en sociedad, su personal “proyecto de vida” dentro del bien común.

4.- Los supuestos que sustentan nuestra posición

4.1.- El hombre como “ser libertad”

Somos conscientes que de la validez de los supuestos jusfilosóficos y de la fidelidad que se sepa guardar con la realidad de la vida, depende el acierto o desacierto de un planteamiento a nivel de la dogmática jurídica. Las construcciones conceptuales carentes de aquellas sólidas bases están expuestas, más tarde o más temprano, a su cuestionamiento y revisión para su debida adecuación a tales requerimientos. Por ello, todo serio planteamiento a nivel de la ciencia jurídica debe formularse cuidando que tales supuestos no admitan dudas de ningún género.

Para el efecto de fundamentar nuestras proposiciones partimos de la base de que todo lo que sucede en la vida se refleja en el derecho desde que éste es, primariamente, vida humana social. De esta afirmación se deriva, como lógica consecuencia, que para conocer el derecho es necesario conocer al ser humano. No por nada es el hombre el único ser que vivencia valores y es creador de normas jurídicas. Esta visión del derecho, que se centra en la vida humana y que nos acompaña desde casi medio siglo, va encontrando cada vez un mayor número de adeptos, en la medida que los juristas, paulatinamente, se van desprendiendo de los dogmas positivistas, atienden más a la realidad y a los supuestos filosóficos al tiempo que desconfían de las meras construcciones conceptuales que, a menudo, no guardan sintonía con la realidad y los principios rectores del derecho.

El derecho cumple una doble función. La primera y más importante es la de proteger al ser humano -a la persona- en la más amplia forma, es decir, de modo preventivo, unitario e integral. Ello, para que pueda realizarse, para que logre cumplir su proyecto de vida. La protección del ser humano se proyecta en la dimensión social al efecto de que la comunidad, en su conjunto, logre el bien común. Esta es la segunda misión a cargo del derecho.

Pero, para proteger al ser humano, como está dicho, es necesario conocerlo. ¿Cómo se puede tutelar lo que se desconoce o se conoce insuficientemente? . De ahí que la primera preocupación de los filósofos de la primera mitad del siglo XX fue la de comprender mejor al ser humano, de interiorizarse, hasta donde ello es posible, en los meandros de su existencia. Esta preocupación produjo sus frutos pues este

cambio de giro en cuanto al objeto de interés de los pensadores del siglo pasado permitió “redescubrir” al ser humano al mostrarlo como un ser **libertad**.

Por lo expuesto, nos causó gran alegría que en un reciente trabajo, que data de 1994, una investigadora de la Universidad de Trieste concluyera un interesante trabajo sobre el daño existencial expresando, con convicción que compartimos, que es necesario un profundo cambio de mentalidad de parte de los hombres de derecho, “un cambio radical de perspectivas que obligue a profundos repensamientos acerca del rol del juez o, más generalmente, del jurista: ayer empeñado en revisar leyes y repertorios, hoy llamado a preguntarse, antes que nada, sobre que cosa es el hombre”¹¹.

Si nos atenemos a los aportes de la Filosofía de la Existencia, que florece en el período comprendido entre las dos guerras mundiales que asolaron el mundo en el siglo XX, y que podemos comprobar, por lo demás, a través de nuestra propia experiencia personal, debemos considerar, como está dicho, que el hombre es ontológicamente libertad, entendida ésta como capacidad de decidir por sí mismo. Justamente, lo que diferencia al hombre de los otros animales de su especie, es decir, de los mamíferos, no es sólo su racionalidad sino, fundamental y básicamente, su **ser libertad**. Esta especial dignidad le confiere la calidad de persona, es decir la de un ser cuyo núcleo existencial es de carácter espiritual, sin dejar de pertenecer a la naturaleza.

De acuerdo a lo expresado es que en los días que corren la clásica definición formulada por Boecio en el siglo VI d.C. bajo inspiración aristotélica y que ha pasado de generación en generación, se considere insuficiente para describir al ser humano en su complejidad estructural. Para este filósofo, el hombre era sólo una “substancia indivisa de naturaleza racional”, sin considerar que como sustento ontológico de dicha substancia racional, que pertenece a la esfera psicosomática, se encuentra el “yo” que es libertad. Por ello, todas las potencias y energías del ser humano se remiten a su centro existencial, a su “yo”, que es libertad. De ahí que sea posible que aludamos a “mi” voluntad, a “mis” sentimientos, a “mi” cuerpo, a mi “capacidad intelectual”, por ejemplo. El uso del indicado posesivo nos remite al “yo”, al centro existencial-espiritual del ser humano.

El ser humano se diferencia de los demás animales mamíferos -por ejemplo, del chimpancé- en que sólo aquél es un ser libre. Los otros mamíferos, que se nos ocurre poseen un elemental grado de racionalidad, carecen de libertad. Por ello, son sus instintos los que básicamente se hallan en el sustento de sus actividades, sin poder administrarlos al carecer de libertad.

La libertad es la connatural capacidad de decisión de que está dotado el ser humano, lo que lo distingue no sólo de los otros seres de la naturaleza sino también

¹¹ Ziviz, Patrizia, *Alla scoperta del danno esistenziale*, en "Contratto e impresa", CEDAM, 1994, pág. 845 a 869.

de los robots. Para el extraordinario filósofo hispano Xavier Zubiri, la libertad es “la situación ontológica de quien existe desde el ser”¹², mientras que el egregio Jean Paul Sartre, lúcido y agudo, expresa con la máxima claridad que la libertad “no es una cualidad sobrecargada o una propiedad de mi naturaleza; es muy exactamente la tela de mi ser”¹³.

Si bien el ser humano “es” libertad, a nadie escapa que su ejercicio se halla sometido a condicionamientos exógenos y endógenos. La libertad, en cuanto a su ejercicio o proyección en el mundo, no se da en la experiencia humana de modo absoluto, irrestricto. Por el contrario, la libertad se encuentra, como está dicho, tremendamente condicionada en cuanto a su proyección social, tanto por nuestro propio mundo interior como por el ambiente en el cual nos desarrollamos, es decir, por las “cosas” y por los “otros”. Este condicionamiento, que surge a partir del genoma humano, hace posible que muchos hombres pasen por la vida sin tener conciencia de su propia libertad, mientras que otros, como es normal, sólo la descubran en el instante en que se deben adoptar las más importantes decisiones a las que nos enfrenta nuestra existencia. Y estas ocasiones son escasas en el transcurrir de la vida. Sin embargo, pese a todos los condicionamientos que agobian al ser humano, ello no niega su propia calidad ontológica de ser libre. Se es libre o no se es.

Durante años, al influjo del positivismo formalista, se sostenía, sin mayor análisis, que el esclavo no era persona pues carecía de libertad. A la altura de nuestro tiempo esta tesis ha quedado descartada ya que el problema de la esclavitud no es un problema de libertad - que jamás la pierde el esclavo mientras vive - sino de restricción, más o menos intensa, en el ejercicio de esa libertad o, como también se puede sostener, en el ejercicio de los derechos subjetivos que como ser humano le deberían naturalmente corresponder.

Por lo expuesto acerca de los condicionamientos a que está sujeta la libertad, es que en su obra *El concepto de la angustia* ese precursor filósofo de la mitad del siglo XIX que se llamó Sören Kierkegaard, al sostener que la libertad es el ser mismo del hombre, aclara a continuación, en expresión propia de su tiempo, que la libertad no es “el alcanzar esto y aquello en el mundo, de llegar a rey y a emperador y a vocero de la actualidad, sino la libertad de tener en sí mismo la conciencia de que él es hoy libertad”¹⁴. Casi un siglo después, ese fino y, a la vez, vigoroso pensador que fue Emmanuel Mounier sostiene, en el mismo sentido, que la libertad absoluta es un mito ya que se encuentra limitada por las múltiples necesidades que la constriñen y por los valores que la urgen¹⁵. A mayor abundamiento, el propio Sartre percibe,

¹² Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, Editorial Poblet, Buenos Aires, 1948, pág. 390.

¹³ Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo III, Editorial Iberoamericana, Buenos Aires, 1977, pág. 18.

¹⁴ Kierkegaard, Sören, *El concepto de la angustia*, Espasa Calpe, Buenos Aires, 1943, pág. 118.

¹⁵ Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, EUDEBA, Buenos Aires, 1962, pág. 36

como es natural, que ser libre no significa “obtener lo que se quiera” sino “determinarse a querer (en su sentido amplio de elegir) por sí mismo”¹⁶.

En mérito a lo anteriormente expuesto, cabe distinguir, teóricamente, dos tramos en la unitaria libertad. Una es la libertad ontológica que, en cuanto ser del hombre, es capacidad de decidir por sí mismo creadoramente. La otra, es el ejercicio o proyección de una decisión libre en el mundo exterior. El primer tramo de la libertad es el simple pero radical y subjetivo poder de decisión, mientras que su ejercicio supone su transformación en conductas, en comportamientos, en actos. Es el instante de la fenomenalización de la libertad.

La libertad, como se ha puesto de manifiesto por los pensadores que en este siglo se han ocupado del tema, es indemostrable. Cada ser humano tiene o deja de tener una propia experiencia sobre su libertad. Cada persona descubre su libertad para elegir sus proyectos existenciales, para poder ser “ella misma” y no otra, o simplemente ignora su calidad ontológica radical. La libertad, por no ser exterior al hombre, se capta desde adentro y de raíz, mediante un movimiento de interiorización. El descubrimiento de la libertad que somos, como está dicho, sólo es posible cuando nos encontramos en aquellos pocos instantes de la vida en los que se han de adoptar decisiones de trascendencia, que comprometen el futuro de la persona. En estos esquivos momentos el ser humano, como lo describen filósofos de la talla de Heidegger o Sartre, es presa de una “angustia existencial”, que compromete todo el ser, y que surge frente a la responsabilidad de elegir, de tomar una importante decisión. La libertad, como certeramente anota Mounier, “se vive, no se ve”¹⁷.

En conclusión y como síntesis de lo que hasta aquí suscitadamente hemos expuesto cabe sostener que el ser humano, en cuanto ser libre, puede decidir cumplir con su propio deber o incumplirlo. En el primer caso su conducta será justa, lícita, permitida. En la segunda eventualidad, su conducta será la prohibida por injusta, catalogada como ilícita. En ambas situaciones la persona se instala en el mundo de lo jurídico pues su conducta se remite a los dictados del ordenamiento jurídico, de las cláusulas generales o del axioma que rige, en última instancia, lo jurídico otorgándole prioridad al ejercicio de la libertad.

De lo expuesto se desprende que la libertad hace posible el derecho. Sin libertad, como calidad ontológica del ser humano, el derecho carecería de sentido. El derecho, en base a la disyunción a que está sujeto el ser humano de cumplir o incumplir con su deber, demuestra que está creado *por* seres libres y *para* seres libres.

4.2.- La bidimensionalidad del ser humano

¹⁶ Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Tomo III, pág. 82

¹⁷ Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, pág. 35.

El ser humano, sin dejar de ser unitario, tiene dos dimensiones. La primera está referida a su individualidad, a su singularidad existencial, a su originalidad, al ser idéntico a sí mismo. La segunda está dada por su calidad de ser social, por su coexistencialidad. En efecto, el ser humano, sin dejar de ser un individuo, que se pierde o se gana según expresión cara a Heidegger es, simultáneamente un ser social. Esta dimensión permite que el ser humano requiera indefectiblemente de los otros seres, con quienes constituye la sociedad, para realizar su vida. El ser humano hace su vida necesariamente con los "otros". Es inimaginable concebir un ser humano aislado, incomunicado, autosuficiente, encerrado exclusivamente sobre sí mismo, prescindiendo de los demás.

Es precisamente la dimensión coexistencial, junto con la libertad del ser humano, la que interesa al derecho, en la medida que éste, luego de una valoración de conductas humanas *intersubjetivas*, procede a su regulación normativa. El mundo de las conductas *subjetivas* es, en cambio, el propio de la moral, aunque el derecho deba asomarse a veces a él pero siempre luego de la primaria valoración de las conductas humanas intersubjetivas.

Lo social no es una calidad exterior al ser humano. Por el contrario, pertenece a su estructura ontológica. El que el ser humano sea social permite que, en comunión con los demás seres humanos, constituya la sociedad. Sociedad que son todos y cada uno de sus integrantes.

Es comprensible, luego de la exposición que antecede, que el derecho participe de la estructura humana en cuanto ésta es social. El derecho, en cuanto regulación valiosa de conductas humanas intersubjetivas, es una exigencia existencial. Es inimaginable la vida humana social sin normas valiosas reguladoras de la intersubjetividad de las conductas humanas.

La exigencia existencial está dirigida a proteger la libertad del ser humano dentro de la coexistencialidad, mediante normas jurídicas reguladoras de conductas humanas intersubjetivas valiosamente comprendidas. El derecho, que es un juego de permisiones y prohibiciones, presupone que el ser a las cuales ellas se destinan es ontológicamente libre. No cabe derecho sin libertad. Los robots o las cosas no son sujetos de derecho. Pero no cabe derecho, tampoco, sin relación de conductas humanas, sin intersubjetividad. No es posible prescindir ni de la libertad ni de la coexistencialidad. Es decir, de la connatural estructura bidimensional en que consiste el ser humano creador del derecho.

Es, precisamente esta bidimensionalidad la que permite la sociabilidad. En virtud de su dimensión coexistencial el ser humano, al relacionarse con los "otros" seres en sociedad, puede cumplir o incumplir con su propio deber. Sin libertad ontológica del ser humano y sin coexistencialidad no hay derecho. Es sobre esta base ontológica del ser humano que se instala en el derecho lo permitido, con signo positivo, y lo prohibido, con signo negativo.

tridimensionalidad del derecho

Muchos de los enfoques que ha padecido y sigue padeciendo la ciencia jurídica se deben, a nuestro parecer y en gran medida, a las visiones fragmentarias que de la disciplina jurídica han forjado los juristas a través de los tiempos. Nos referimos a las concepciones jusnaturalista, al formalismo y al sociologismo jurídicos. El jusnaturalismo, como es sabido, pretende reducir el derecho a una mera especulación sobre los valores, mientras que el formalismo lo presenta tan sólo como una mera construcción conceptual-normativa. El sociologismo, a su vez, lo muestra como pura vida humana social. Cada una de estas tradicionales escuelas nos ofrece una visión cierta pero limitada, parcial, de lo que es el derecho. Ninguna de ellas nos brinda una respuesta global a la interrogante sobre qué es el derecho y cuál su objeto de estudio.

En la década de los años cuarenta del siglo XX surge simultáneamente en el Brasil y en el Perú - pero sin conexión alguna- una nueva concepción del derecho. Ella intenta superar las visiones parciales que nos proponen tanto el jusnaturalismo como el formalismo y el sociologismo jurídicos, antes mencionados. Se trata del tridimensionalismo jurídico, teoría que nos plantea una explicación global, totalizante, de lo que es el derecho al considerarlo como la *interacción dinámica* de tres objetos heterogéneos como son las conductas humanas intersubjetivas, los valores y las normas jurídicas. Para el tridimensionalismo el derecho no se reduce a ninguno de aquellos tres objetos aunque, a su vez, estima que ninguno de ellos puede faltar para la captación completa del concepto "derecho".

La interacción dinámica de conductas humanas intersubjetivas, valores y normas jurídicas hace posible el surgimiento del concepto "derecho". Como está dicho, para su aparición no puede faltar ninguno de tales objetos no obstante que ninguno de ellos, por sí mismo, es "derecho". Sólo una visión tridimensional del derecho nos permite captarlo en su totalidad, como una unidad conceptual.

Alguna vez, en el aula de clase, hemos ensayado, con sus propias limitaciones, un ejemplo para que ciertos alumnos, que no tenían claro el concepto, comprendieran en que consiste la "interacción dinámica" de dos o más objetos heterogéneos. Proponíamos el caso del motor que, en su origen, se reduce, en estado estático, a una yuxtaposición de piezas, colocadas unas al lado de otras sin tener sentido alguno para la vida humana. Recién cuando ese conjunto de piezas entra en interacción dinámica podemos decir que estamos realmente frente al concepto "motor", el mismo que se convierte en un objeto valioso, útil, con sentido para la vida del hombre. Antes de la interacción dinámica de esa pluralidad de piezas yuxtapuestas no podíamos, realmente, aludir al concepto "motor". Se trataba sólo de aquello: un conjunto estático de piezas colocadas unas al lado de otras.

La interacción dinámica se produce en el ser humano desde su creación, de manera natural tratándose del derecho. Ello, en cuanto el ser humano es el único ser capaz de vivenciar valores y de crear conceptos. El hombre sensibiliza, vivencia los valores y, a la vez, es creador de la normatividad jurídica. El ser humano es así, al mismo tiempo, el creador y el protagonista del derecho. Y, ciertamente, su destinatario.

Para la creación del derecho no puede dejarse de lado la valoración axiológica que permite, siempre en el campo de lo jurídico, distinguir lo valioso, por justo, de lo disvalioso, por injusto. Lo justo y lo injusto integran, por ello, lo *jurídico*. Lo justo es lo permitido mientras que lo injusto constituye lo prohibido.

4.4.- Las conductas humanas intersubjetivas

Si bien, como lo hemos expresado en precedencia, para la constitución del concepto “derecho” se requiere de la simultánea y dinámica presencia de tres objetos, también es cierto que la conducta humana intersubjetiva es el elemento primario. El derecho sólo tiene sentido por y para la vida humana. Sin vida humana no hay valores, en tanto éstos son “en” y “para” la vida humana. Sin vida humana tampoco se requerirían de normas jurídicas, ya que éstas aparecen como elementos reguladores de las conductas humanas intersubjetivas a raíz de una exigencia existencial del ser humano en cuanto ser social.

Para graficar esta primacía de la conducta humana sobre valores y normas, alguna vez la hemos ilustrado con un ejemplo. Se trata del caso de Caín que da muerte a Abel. Luego de la realización o presencia de dos conductas interferidas, como las de Abel y Caín, debemos valorar el acto, considerarlo justo o injusto para, a continuación, recurrir al ordenamiento jurídico a fin de determinar si la conducta de Caín está permitida o se considera prohibida. En el ordenamiento jurídico positivo encontraremos, si las hay, o las forjaremos, si no las hubieren, las normas que contengan su permisión o su prohibición. La licitud o la ilicitud está dada por el ordenamiento jurídico, mientras que la apreciación axiológica corresponde exclusivamente a una vivencia del ser humano que, luego, se vuelca en la normatividad.

Frente a la conducta de Caín en relación con la de Abel, juzgamos que se trata de un acto injusto. Al acudir al ordenamiento jurídico imperante en nuestros días encontramos que se ha violado un derecho subjetivo fundamental como es el de la vida humana. Esta violación, por injusta y, por tanto, jurídicamente prohibida, comporta un acto ilícito, tanto civil como penal. En lo civil da origen a una reparación pecuniaria mientras que, en lo penal, el acto está tipificado como homicidio y merece una pena limitativa o restrictiva del ejercicio de la libertad.

Hasta no hace mucho tiempo se concebía que sólo eran conductas consideradas como jurídicas aquellas a las que expresamente se referían las normas jurídicas de un determinado ordenamiento jurídico positivo. Esta concepción, de raíz formalista-positivista, ha sido superada en tanto que en la actualidad se ha demostrado que toda y cualquier conducta humana intersubjetiva es, de suyo, jurídica. Ello, sea o no contenido de una expresa norma jurídica.

Es imposible imaginar que todas las conductas humanas intersubjetivas, sin excepción, puedan estar reguladas por el ordenamiento jurídico positivo. Precisamente, por ser el hombre ontológicamente libre, es del todo impredecible en cuanto al ejercicio fenoménico de su libertad ontológica que es el tramo de la libertad regulado por el derecho. Ello impide registrar normativamente todos sus posibles comportamientos, lo que no significa, en ningún caso, que estas conductas humanas intersubjetivas permanezcan al margen de lo jurídico.

Toda conducta humana intersubjetiva puede ser vivenciada como valiosa o desvaliosa por el ser humano. Esta es, por lo demás, la función específica del juez. No olvidemos que los ordenamientos jurídicos positivos, al considerar que se deben resolver todas las interferencias de conductas que dan origen a conflictos, obligan al juez “a no dejar de administrar justicia por vacíos o defectos de la ley”. Este principio está contenido en el inciso 8 del artículo 139° de la Constitución peruana de 1993¹⁸. En este caso, se aplican los principios generales del derecho, contenidos en las llamadas cláusulas generales o abiertas, o el derecho consuetudinario.

A falta del mencionado instrumental jurídico el juez, en última instancia, recurre a la aplicación del axioma jurídico por el cual, bien lo sabemos, se privilegia la libertad del ser humano al determinar que “lo que no está jurídicamente prohibido está permitido, salvo que se atente contra el orden público o las buenas costumbres”. Este principio está recogido también por los ordenamientos jurídicos positivos. La Constitución peruana de 1993 se refiere a él en el párrafo a) del inciso 24° del artículo 2° de la Constitución peruana de 1993¹⁹.

La pretensión de reducir la calidad de conductas “jurídicas” a sólo aquellas expresamente mentadas por la normatividad es una desviación conceptual que tiene su origen en una visión positivista del derecho. Dentro de esta fraccionaria visión del derecho se privilegia y reduce el derecho a la mera normatividad, por lo que aquellas conductas que no están taxativamente reguladas por el ordenamiento jurídico positivo son ajenas al derecho. Ellas constituyen lo que Kelsen alude con el vocablo de “metajurídico”, es decir, lo que se encuentra más allá del derecho.

¹⁸ El inciso 8 del artículo 139° de la Constitución peruana de 1993 – que contiene los principios y derechos de la función jurisdiccional – prescribe: “*El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario*”.

¹⁹ El párrafo a) del inciso 24° del artículo 2° de la Constitución peruana de 1993 prescribe que toda persona tiene derecho a: “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”.

En la actualidad se considera que todas las conductas humanas intersubjetivas son jurídicas, en la medida que ellas pueden estar permitidas o prohibidas sin necesidad que para otorgarles alguna de estas calificaciones estén o no contenidas o prescritas en norma jurídica expresa. Hoy nadie discute el principio, antes referido, por el cual el juez está obligado a administrar justicia con o sin norma jurídica que resuelva expresamente el caso sometido a su conocimiento. En esta situación, tal como se ha apuntado, se recurre a otra u otras fuentes del derecho o a sus principios generales. Y, en última instancia, es de aplicación el axioma jurídico que privilegia la libertad.

De conformidad con lo enunciado en el párrafo precedente podemos aseverar que toda o cualquier conducta humana intersubjetiva puede catalogarse ya sea como permitida o como prohibida por el derecho. Así, saludar a un amigo en la calle es una conducta intersubjetiva igualmente jurídica como el comprar un inmueble o cometer un homicidio. En efecto, nadie puede impedir que salude a un amigo en tal circunstancia ya que no existe norma jurídica expresa que me lo prohíba, por lo que es de aplicación el axioma jurídico antes mencionado, considerando, por añadidura, que saludar a un amigo no es un acto contrario ni a las buenas costumbres ni al orden público.

Para disipar cualquier duda que pudiera surgir sobre el particular tenemos, finalmente, la expresiva norma jurídica contenida en el artículo tercero de la Constitución peruana de 1993 que prescribe que son derechos de la persona no sólo los contenidos en el ordenamiento jurídico positivo sino todos aquellos que deriven de su propia dignidad. Es así que, de producirse la situación prevista en dicho numeral, el juez debe *valorar* el caso y aplicar los principios generales del derecho o el axioma jurídico al que hemos hecho referencia. No es necesario, por consiguiente, que la conducta humana interferida, para ser jurídica, esté contenida en norma jurídica expresa. Tratándose de los derechos inherentes al ser humano basta, por consiguiente, que para su protección jurídica tales conductas dimanen de la propia dignidad de la persona.

Después de todo lo antes expuesto estimamos que ha perdido vigencia el principio positivista que considera que sólo son “jurídicas” las conductas contenidas en las normas que integran el ordenamiento jurídico.

4.5.- La naturaleza de la norma jurídica

En lo que concierne a la naturaleza de la norma jurídica, íntimamente ligada al tema que nos ocupa, en la década de los años cuarenta del siglo pasado, los maestros Carlos Cossio y Eduardo García Maynez expusieron sus ideas al respecto. Para el primero, la norma jurídica era una proposición disyuntiva mientras que, para

el segundo, se trataba de dos juicios relacionales ²⁰. Fue a partir de estas versiones que surgieron nuestras dudas, que nos han acompañado por décadas hasta que, como lo hemos recordado, en 1985, con ocasión de un Congreso Internacional de Derecho Penal reunido en la Universidad de Lima y presidido por el penalista Rector de Salamanca profesor Ignacio Verdugo Gómez de la Torre, se nos ocurrió abordar el tema y ofrecer nuestra propia visión del citado problema.

Carlos Cossio simbolizaba la norma jurídica de la siguiente forma:

SI ES “A” DEBE SER “B”, O, SI ES “no-B”, DEBE SER “S”.

Según Cossio esta simbolización nos presentaba una norma jurídica completa, compuesta de dos extremos disyuntivos. El primero, o sea la endonorma, contenía la facultad o derecho subjetivo, representado por A y el deber, designado como B. En el otro extremo, o sea la perinorma, hallábamos, designado como “no-B”, la violación del deber, mientras que con S se aludía a la sanción. Es decir, en la norma se incorporaban las cuatro “maneras de ser” del derecho: la facultad, el deber, el incumplimiento del deber y la sanción. De este modo, sostenía Cossio, se describe el objeto propio de la disciplina jurídica.

De lo expuesto, el maestro argentino afirma que la norma jurídica completa tiene la siguiente fórmula: “dado un hecho antecedente con su determinación temporal, debe ser la prestación por alguien obligado frente a alguien pretensor, o, dada la no prestación debe ser la sanción por un funcionario obligado frente a la comunidad pretensora”. La norma se presenta, así, como una “estructura” de elementos interdependientes. De ellos, algunos son funcionales, como “deber ser” y la conjunción “o”. Los otros son entes existentes en la realidad de la vida ²¹.

García Maynez, por su parte, sostiene que la norma jurídica está representada por dos juicios relacionales. La regulación jurídica debe definirse como “la conexión necesaria de dos juicios recíprocamente fundados: uno imperativo (o impositivo de deberes) y otro atributivo de facultades”. Es decir, se trata de la conexión de dos juicios de los cuales uno es imperativo y el otro un juicio atributivo. Se trata de una conexión recíproca y necesaria ²².

²⁰ Frente a la tesis de la norma como un juicio se alzaba aquella que la consideraba como una prescripción, es decir, como un mandato, una orden, un úkase. Al meditar sobre el asunto llegamos a la personal conclusión que si bien la norma era fundamentalmente una prescripción no estaba en ella ausente una descripción. Así, como se ha referido en la nota a pié de página 8, si se ordena a Antonio que cierre la puerta subyace en esta prescripción varios juicios descriptivos. Por ejemplo, la existencia de Antonio como un ser humano, la presencia de una puerta, el hecho que ella está abierta, la acción de cerrarla.

²¹ Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Losada, Buenos Aires, primera edición. 1944, pág. 300 y siguientes. Ver también del autor de este ensayo, *La noción jurídica de persona*, , pág. 84 y sgts.

²² García Maynez, Eduardo, *Lógica del juicio jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pág. 7.

Si seguimos los razonamientos de Cossio y de García Maynez en cuanto a la norma jurídica llegamos a la conclusión que el incumplimiento del propio deber, que es lo prohibido, o injusto o ilícito, según el caso, es tan jurídico como lo permitido, justo o lícito. Se trata, como veremos más adelante, de diversas “maneras de ser” del derecho. Estas “maneras de ser” son, por consiguiente, cuatro expresiones del derecho, de lo jurídico: el derecho subjetivo o facultad, el deber, el incumplimiento del deber y la sanción. De ahí que lo ilícito está prohibido por injusto, desde que se trata de una conducta humana transgresora del propio deber. Y, ciertamente, la sanción es también otra “manera de ser” del derecho. Si no fuera así cabría preguntarse, ¿cuál sería la disciplina que comprendería lo prohibido, lo injusto, lo ilícito ?.

Si no fuere lo jurídico extensivo al incumplimiento del deber y a la sanción, no existiría la posibilidad de estudiar en las Facultades de Derecho tanto el Derecho Penal, que se ocupa del ilícito penal y de las consiguientes penas, como el Derecho Penitenciario que desarrolla la “manera de ser” que designamos como sanción. El Código Penal y el Código Penitenciario estarían, así, exiliados de la codificación por tratar asuntos que no son *jurídicos* sino “antijurídicos”. Siguiendo este razonamiento llegaríamos al absurdo de crear las Facultades de lo Antijurídico donde se enseñarían las instituciones propias de las conductas intersubjetivas valoradas como prohibidas, injustas, ilícitas, según lo prescriba el ordenamiento jurídico positivo o lo exijan los intereses existenciales o derechos naturales del ser humano en cuanto tal.

Ciertamente que las posiciones anteriormente glosadas, tanto de Cossio como de García Maynez, no agotan el repertorio de respuestas al problema referente a la naturaleza de la norma jurídica. En la primera edición de *La noción jurídica de persona*, en 1962, mencionábamos los aportes que al momento conocíamos sobre el tema. Así, recordábamos los nombres de Francisco Miró Quesada, H. von Wright, Neri Castañeda, Kaufmann, Ulrich Klug, A.N., Prior, Allan Ross, Petrascheck y sus respectivas obras ²³. A estos nombres deben añadirse los de los profesores integrantes de la escuela argentina como son los de Alchurrón, Buligin, Martino, entre otros, así como el de aquellos en que en tiempos más recientes siguen ocupándose de esta materia.

5.- Lo jurídico y lo “antijurídico”

Como bien expresa Galgano²⁴, la palabra *directum* - en vulgar “derecho”- aparece como por encanto en la historia, sale de la neblina del tiempo, sin que nadie pueda explicar por qué razón sustituye o asume, con frecuencia, al *jus* de los romanos que, no obstante el ignoto surgimiento de la expresión “derecho”, no desaparece sino que sobrevive en múltiples vocablos de raigal importancia como justicia, jurisprudencia, jurista, juez, jurisdicción, judicatura, justiciable.

²³ Ver Fernández Sessarego, Carlos, *La noción jurídica de persona*, segunda edición, pág. 85.

²⁴ Galgano, Francesco, *Il rovescio del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991, pág. 3.

Perdida en la bruma de la Edad Media la razón o motivo de este extraño cambio podemos decir que ello, como acota el propio Galgano, constituye hasta ahora un misterio. Sin embargo, está claro que, aunque para algunos se trate de una mera suposición, la expresión “derecho” tomó el puesto de “jus” por lo que hace referencia al mismo contenido u objeto. De ahí que en el mundo contemporáneo, por ejemplo, conviven las Facultades de Derecho al lado de aquellas otras que mantienen la tradicional designación de Facultades de Jurisprudencia, como ocurre en la Italia de nuestros días.

Como corolario de lo dicho es posible aseverar, por consiguiente, que la expresión “jurídico” tiene los mismos alcances conceptuales que “derecho”. Ambas expresiones aluden al mismo objeto y a la misma disciplina. Es decir, tanto una como otra se refieren a lo mismo, por lo que resultan o deben entenderse como equivalentes.

Según el Diccionario de la Real Academia, el vocablo “jurídico” significa ***“lo que atañe al Derecho, o se ajusta a él”***. De donde se corrobora que lo jurídico es lo atinente al derecho. Así lo comprendemos. De ahí que los juristas utilicemos indistintamente ambas expresiones, dándoles el carácter de equivalentes, para referirnos al mismo objeto y a la misma disciplina.

Hecho el deslinde que antecede y frente a la concepción que venimos exponiendo a lo largo de estas páginas cabe razonablemente preguntarse: ¿ si toda la conducta humana es jurídica, como se ha demostrado, cuál sería la conducta designada como “antijurídica” ? .

Desde la vertiente de la Teoría del Derecho, y en atención a los argumentos puestos de manifiesto con anterioridad, al poder ser calificada como jurídica *toda* conducta humana intersubjetiva, debemos concluir que no cabe utilizar la expresión de “antijurídica” para referirse a una específica o determinada conducta humana intersubjetiva. En definitiva, desde nuestro punto de vista y como conclusión de lo expuesto en estas páginas, somos de la opinión que deberíamos eliminar la expresión de “antijuridicidad” del léxico jurídico desde que no existe relación intersubjetiva alguna en el mundo del derecho que corresponda a este vocablo. Existe, únicamente, lo jurídicamente permitido y lo jurídicamente prohibido. Es decir, en el primer supuesto se comprenden las conductas humanas valiosas, fundamentalmente justas y, en el segundo, aquellas disvaliosas por injustas.

6.- Las “maneras de ser” del derecho

Las normas jurídicas que hacen referencia a las conductas humanas intersubjetivas las catalogan, genéricamente, como permitidas o como prohibidas. Esta es la más amplia y primigenia apreciación jurídica de las conductas humanas intersubjetivas. Las conductas prohibidas son, por consiguiente, tan jurídicas como

aquellas permitidas. Ambas pertenecen al mundo del derecho, de lo jurídico. No obstante, es posible descubrir dentro de esta gama de conductas humanas intersubjetivas cuatro “*maneras de ser*” del derecho.

En efecto, una norma jurídica completa, tal como lo hemos referido en precedencia al glosar el pensamiento de Carlos Cossio y de Eduardo García Maynez, contiene hasta cuatro “*maneras de ser*” del derecho. Nos referimos a la facultad o derecho subjetivo, al deber, al incumplimiento del deber o entuerto y a la sanción. Todas y cada una de estas maneras de ser son jurídicas, pertenecen al ámbito del derecho. Lo que ocurre es que, al recurrir al ordenamiento jurídico, podemos distinguir dentro de ellas las calificadas como lícitas de las ilícitas. Es tan jurídico cumplir con el propio deber como lo es, también, incumplir con él o, en esta última hipótesis, merecer una sanción, ya fuere civil o penal, o ambas.

Resulta lícito, de acuerdo a la normatividad vigente en un país determinado, ejercer un derecho subjetivo o facultad, o cumplir con el propio deber, mientras que es ilícito el incumplir con dicho deber. Ello no significa que los primeros sean “*jurídicos*” y que el último sea “*antijurídico*”. Lo “*antijurídico*”, en consecuencia, no es una categoría del derecho, de lo jurídico. Lo “*antijurídico*” es simplemente lo que **jurídicamente** está prohibido y que es ilícito, por injusto, según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico positivo. Reiteramos que, desde nuestra perspectiva, toda conducta humana intersubjetiva puede ser jurídicamente apreciada como permitida o como prohibida, tal como lo hemos comentado en precedencia.

En el caso específico del Derecho Penal, los delitos son conductas *jurídicamente prohibidas* por injustas. De ahí que ellas se configuren como actos ilícitos. Nos referimos a los “*delitos tipo*”.

7.- La antijuridicidad y la responsabilidad civil

En el sector de la doctrina que sigue haciendo girar la responsabilidad civil en torno a la culpa del agente - y no al daño ocasionado a la víctima - se estima que el daño es el resultado de una conducta “*antijurídica*”.

Frente a dicho planteamiento en los últimos tiempos, al centrar la responsabilidad civil en el daño causado a la víctima, diversos autores, entre los que cabe citar a Busnelli, Visintini o Pantaleón Prieto, descartan que en la responsabilidad civil exista un momento de “*antijuridicidad*”. Desde su punto de vista, es suficiente la presencia de un daño y de unos criterios de imputación justos²⁵.

²⁵ Alberto Bueres comenta esta tesis en su trabajo *El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta*, en el Libro Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe titulado “Derecho de Daños, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989, pág. 160, nota 56.

Lo expuesto nos lleva a inferir que, para dichos autores, lo injusto sería equivalente a lo “antijurídico”, mientras que, dentro de nuestra concepción, lo injusto es lo *jurídicamente* prohibido. Es decir, que lo injusto es, como lo hemos apuntado, el elemento negativo de lo jurídico, si es que consideramos que el incumplimiento del deber y la sanción son *maneras de ser* de lo jurídico.

Dentro de la indicada posición se alinea Alberto J. Bueres, para quien la responsabilidad civil “supone el deber que pesa sobre una persona de reparar el *daño injusto* ocasionado a otra”. Precisa, a continuación, que en el concepto “abarcamos las hipótesis de daños causados por conductas injustas (antijurídicamente) - perjuicios que involucran una injusticia intrínseca -, y la de daños que son injustos per se, o sea, sin reconocer una causación injusta (*antijurídica*)”²⁶.

Como se aprecia de la lectura del párrafo precedente, Bueres asimila también lo injusto a lo antijurídico. Al desarrollar su pensamiento manifiesta que la “antijuridicidad es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad. La antijuridicidad, según el autor, supone “un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento...”, importa “un obrar violatorio del *alterum non laedere*”. Lo antijurídico sería así “la conducta transgresora de la norma en la medida en que hay una lesión o minoración de un interés jurídico resarcible (daño)”²⁷.

Según nuestra concepción del derecho y del ser humano - su sujeto - no cabría sostener que la transgresión del ordenamiento jurídico o la violación del deber de no dañar al otro configuren la categoría de lo “antijurídico”. En ambos casos se trata de “maneras de ser” del derecho que comprenden, como se ha puesto de manifiesto, las conductas humanas intersubjetivas prohibidas, injustas, ilícitas.

Cuando se expresa, en nuestros días, que “hay resarcimiento sin antijuridicidad”, debemos entender que lo que se pretende decir es que existe reparación de las consecuencias del daño aunque éste provenga de un acto justo, lícito. Ello, dentro de la concepción que, sobre una base humanista, privilegia la atención de la víctimas de las consecuencias del daño sobre la persecución del agente del mismo.

De otro lado, se sostiene que “la antijuridicidad” importa un “obrar violatorio del *alterum non laedere*”. Desde nuestra perspectiva, el “no dañar a otro” en el ejercicio de un derecho subjetivo supone un deber *genérico* que, como tal, aparece en todo derecho subjetivo al lado de los deberes que son propios de cada uno de dichos derechos. Precisamente, la noción contemporánea de “situación jurídica

²⁶ Bueres, Alberto J., *El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta*, en el Libro Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, titulado “Derecho de daños”, pág. 141.

²⁷ Bueres, Alberto J., *El daño injusto y la licitud e ilicitud de una conducta*, págs. 155-156.

subjetiva”²⁸ - que significa, como bien sabemos, que cada derecho conlleva un deber y que todo deber supone un derecho - permite comprender como el deber genérico de *alterum non laedere* integra el concepto de lo jurídico, desde que significa el “incumplimiento de un deber”. De ahí que, si se daña a otro, vulnerándose un interés existencial o un derecho subjetivo, la conducta del agresor es *jurídica* bajo el signo negativo del “incumplimiento de un deber”. Nos remitimos, para el efecto, a lo expresado en el parágrafo (& 6) anterior.

En síntesis, es jurídico tanto lo permitido, justo, lícito, como lo prohibido, injusto, ilícito. Todas estas situaciones son *jurídicas*, integran el derecho. Ninguna de ellas son materia de estudio de otra disciplina del saber humano. Sólo del derecho.

²⁸ Sobre la noción y alcances de la “situación jurídica subjetiva”, ver de Fernández Sessarego, Carlos, *Abuso del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, primera edición, 1992, pág. 54 y sgts. y Editorial Grijley, segunda edición, Lima, 1999, pág. 49 y sgts.