

INJUSTOS ABSOLUTO Y RELATIVO*

Georg Jellinek

Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Universidad de Valparaíso (Chile)

JELLINEK, Georg. Injustos absoluto y relativo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-r1, p. r1:1-r1:8. Guzmán Dalbora, traductor. Disponible en internet: <http://criminol.ugr.es/recpc/10/recpc10-r1.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 10-r1 (2008), 2 feb]

RESUMEN: El escrito reproduce la conferencia que Georg Jellinek pronunció en el año 1879 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena para la obtención de la *venia legendi* en Filosofía del Derecho. En él, Jellinek desarrolla el problema

de si puede haber o no una diferenciación en el interior de la antijuridicidad, de acuerdo con las consecuencias que el Derecho asocia a sus manifestaciones, según sea una pena o bien una sanción extrapenal. El autor pasa revista a las teorías conocidas en su época, todas las cuales rebate, y concluye que lo injusto es una categoría unitaria dentro del ordenamiento jurídico. Que éste acuda a una pena para sancionar sus expresiones más graves, no depende de un imperativo absoluto, de corte hegeliano, sino de concretas exigencias sociales. Para Jellinek, la teoría hegeliana del injusto, según la

* Traducción directa del alemán por el doctor JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, catedrático de Derecho penal y de Introducción a la Filosofía jurídica y moral en la Universidad de Valparaíso (Chile).

Absolutes und relatives Unrecht fue la conferencia que Jellinek pronunció el 9 de junio de 1879 para obtener la *venia legendi* en Filosofía del Derecho por la Universidad de Viena. El texto permaneció sin publicarse, al igual que el escrito de habilitación, *Die Klassifikation des Unrechts*, hasta 1911, cuando su hijo Walter los hace editar en los *Ausgewählte Schriften und Reden* (2 vols., Verlag von O. Häring, Berlín, t. I, págs. 151-163 y 76-140, respectivamente) del padre, quien había muerto ese año siendo catedrático de Derecho público, Derecho internacional y Política en Heidelberg, y científico de fama mundial por sus decisivas aportaciones a la teoría del Estado.

Menos conocida que la monografía que Jellinek presentó sin éxito en 1878, también para ganar la docencia privada en la Facultad jurídica de Viena —que siempre le fue hostil por su origen judío—, o sea, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* (La significación ético-social del Derecho, de lo injusto y de la pena), donde formula su célebre doctrina del Derecho como el mínimo ético indispensable para la conservación de la sociedad, la conferencia que ofrecemos al lector hispanohablante interesa en un tríplice sentido. Primero, porque es una clara anticipación de la metodología que el autor aplicará al Derecho público, en un neto distanciamiento del positivismo de Gerber y Laband, quienes excluyeron de la apreciación jurídica todo elemento político y social, y un anuncio de la superación de la Pandectística merced a la arremetida de la Jurisprudencia de los intereses. En seguida, dado que se inscribe en el proceso que, durante la segunda mitad del siglo XIX, condujo a la Ciencia y la Filosofía jurídica alemanas a distinguir la antijuridicidad de la culpabilidad, lo cual suponía abandonar los puntos de partida hegelianos, tan influyentes hasta ese instante. Por último, en cuanto yace aquí en esbozo la concepción unitaria de lo injusto dentro del ordenamiento jurídico, que usualmente se atribuye a otros autores, especialmente Adolf Merkel. Sobre esto último, véase Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*. Publicados, 7 vols. Losada, Buenos Aires, t. III, 2ª ed., 1958, págs. 963-972 («La antijuridicidad como concepto general jurídico»). [N. del T]

cual a toda contravención de un mandato jurídico que proceda de la voluntad culpable de un sujeto debe el Estado inexorablemente desplegar su actividad punitiva, se encuentra en rotundo desacuerdo con un fenómeno característico del Derecho positivo presente en todas las naciones civilizadas: la existencia de ciertas acciones antijurídicas dolosas y culposas a las que sin embargo no se impone pena alguna. Esta circunstancia se encuentra lógicamente

en las antípodas de los postulados defendidos por los partidarios de las teorías absolutas en general.

PALABRAS CLAVES: Injusto, pena, dolo, culpa, sanción civil, teoría hegeliana del injusto, Derecho positivo, teoría del delito, injusto absoluto, injusto relativo.

Fecha de publicación: 2 febrero 2008

Un profundo contraste domina el desarrollo que deparó nuestro siglo a la investigación de los dos grandes campos de la Jurisprudencia. Mientras la ciencia del Derecho, abandonando de mala gana las estériles abstracciones del Derecho natural, desterró todo lo que pudo de su competencia la especulación filosófica y divisó su más alta tarea en la penetración y comprensión del Derecho positivo, según la manifestación concreta y el desarrollo histórico de éste, la ciencia del injusto se entregó gustosa a las sugerencias que habían surgido, desde Kant, en la asombrosa plétora de los florecientes sistemas ideológicos de la filosofía idealista. En particular, fueron las explicaciones del pensador más sistemático y abstracto de aquella época filosófica sobre la esencia, las formas y consecuencias del injusto, las que reinaron durante más de una generación, hasta el punto de que todas las investigaciones acerca de los problemas fundamentales coinciden, rectifican o polemizan con ellas, pero nunca han adoptado la actitud de ignorar las afirmaciones de Hegel.

Entre las deducciones iusfilosóficas de la filosofía dialéctica no hubo acaso alguna otra que haya interesado tanto a secuaces y adversarios, como las definiciones del injusto culpable y de la pena. Según Hegel, el injusto culpable es la voluntad individual que se subleva contra la voluntad general encarnada en el Derecho y, substituyéndola mediante su hecho, la tergiversa hasta obtener lo contrario. Pues bien, la idea del Derecho no puede tolerar esta apariencia de un querer que se ensoberbece ante ella, siendo su tarea hacer patente la nulidad de la voluntad criminosa. Lo lleva a cabo merced al despliegue de su superior poder, arrojando con la coacción punitiva la voluntad individual de regreso a la nada y demostrando así lo que rige, absoluto e inviolable, frente al aparente trastorno.

Según esta concepción, que presenta la pena como una consecuencia lógica del delito, como negación de la negación del Derecho, resulta que sólo pudiera quedar impune aquel injusto que no es cometido con la voluntad del autor, el injusto despreocupado, como lo llama Hegel, mientras que toda contravención de un mandato jurídico que proceda de la voluntad culpable, provocaría inexorablemente al Estado a desplegar su actividad de reacción. A la absoluta oposición de la voluntad individual contra la voluntad general, correspondería, en todas las circunstancias, el deber absoluto de la punición. Contradiría la esencia del Derecho que algunos delitos, cuya raíz es la mala voluntad del miembro de la comunidad jurídica, quedasen al margen del castigo.

Sin embargo, esta consecuencia de la teoría hegeliana del injusto está en rotundo desacuerdo con un fenómeno característico del Derecho positivo de todas las naciones

civilizadas. A saber, en todos los pueblos cultos encontramos que existen ciertas acciones antijurídicas dolosas y culposas a las que no se impone siquiera la menor pena. La mayoría de las lesiones culposas del patrimonio, el incumplimiento doloso de obligaciones jurídico-civiles, cierto es que conceden al afectado el derecho de exigir compensación y pago, pero el Estado no halla en tales casos motivo para compensar con la pena pública la sublevación contra el ordenamiento jurídico. Cuanto más alto crece la cultura de un pueblo, tanto más definidamente se distinguen entre sí dos ámbitos dentro del injusto, el de lo punible y el de lo no punible. Con esto los partidarios de la teoría penal absoluta en la versión hegeliana, y los de las teorías absolutas en general, se encontraron colocados ante un problema nuevo. Si el injusto genera la exigencia absoluta de la pena, si la conciencia jurídica de las naciones civilizadas no reclama pena alguna en ciertas clases de acciones ilícitas, ¿cuál es el elemento que quita la punibilidad a dichos casos de injusto? ¿Por qué en un caso el Estado arrebató libertad, honor, vida al contraventor del imperativo jurídico, y en otro contempla inactivo la contravención de sus normas?

Una larga serie de iusfilósofos y juristas han investigado la razón íntima de la división del injusto en aquel que trae consigo consecuencias jurídico-penales y aquel que sólo comporta efectos jurídico-civiles; y así surgió todo un cúmulo de teorías que pretenden distinguir el injusto punible del impune en razón de elementos conceptuales, y contraponer el primero como absoluto, fundamental e inmediato, al segundo como relativo, no fundamental y mediato.

Pues bien, mi tarea consiste en someter a una apreciación escrutadora, en grandes rasgos, los elementos más importantes que esas teorías presentan como criterios de ambas clases de injusto. La extensión del tema, la brevedad del tiempo de que dispongo, me obligan a evitar adentrarme en detalles, a reunir las teorías individuales en grandes grupos y a tener en mira únicamente los elementos más dignos de consideración.

Sean excluidas de nuestra apreciación aquellas teorías que no explican la realidad existente, sino pretenden crear una nueva al exigir que el mundo debiera regirse por sus abstracciones. A éstas pertenecen todas las que califican como absolutamente punible el injusto consciente y, en cambio, no encuentran elemento alguno punible en el injusto inconsciente. Con arreglo a ellas, a cada violación dolosa de lo estipulado tendría que ser impuesta una pena, mientras que las contravenciones culposas librarían impunes. Pues bien, dado que el desarrollo de la cultura no se muestra proclive ni a una ni a otra pretensión, y como estas doctrinas nada pueden argüir en pro de su exactitud, salvo las premisas a partir de las cuales fueron creadas, preferimos asumir que esos presupuestos son falsos, a que la historia habría errado y continuará equivocándose.

Ahora, las teorías que tratan de explicar la concreta realidad jurídica pueden ser divididas en tres grupos. O bien buscan la diferencia básica entre los injustos absoluto y relativo en un elemento subjetivo, en las distintas decisiones volitivas de que surgen el uno y el otro, o tratan de demostrar que a ambas formas de injusto corresponden diversos objetos de ataque, o, finalmente, creen haber hallado en la modalidad de la conduc-

ta frente a la exigencia jurídica, el punto desde el cual se puede llevar a cabo la separación de las clases de injusto.

Por lo pronto, en lo que respecta a la teoría nombrada en último lugar, como cuyo representante comparece Stahl, ella considera injusto absoluto aquel que consiste en la contravención activa de un precepto jurídico, en la violación positiva del ordenamiento jurídico o de derechos ajenos, mientras que la omisión contraria a Derecho, el injusto negativo, sería, a la vez, un injusto relativo. Pero como en el Derecho hay omisiones conminadas con graves penas —recuerdo únicamente la omisión de denuncia del crimen de alta traición—, como, además, el obrar perjudicial que existe en muchos delitos culposos contra la propiedad no está sometido a pena alguna, parece que la identificación del delito con el injusto activo, y de la antijuridicidad no delictuosa con el injusto negativo, es inadmisibles desde el punto de vista del Derecho vigente.

Las teorías subjetivistas, que ahora merecen nuestra atención, sostienen, ora que al injusto relativo faltaría del todo el aspecto de la voluntad, que sería un injusto inconsciente y, por ende, no imputable, o bien afirman que habría dos clases completamente distintas de *dolus* y *culpa*, el injusto criminal, que consiste en la oposición básica de la voluntad individual contra el Derecho como tal, y el injusto civil, en que el agente doloso o culposo, pese a su contravención, reconoce aún la inviolabilidad del ordenamiento jurídico.

La identificación del injusto absoluto con el intencional contradice, otra vez, el injusto doloso y culposo que sólo trae aparejadas consecuencias civiles. Si todo injusto intencional fuese absoluto, entonces tendría que se impuesta una pena a aquel que dolosamente no restituye al término del contrato de préstamo la cosa prestada, y quien por imprudencia destruye una cosa ajena, tendría que ser citado a comparecer ante el juzgado penal.

Una obscuridad mística rodea la doctrina de la bipartición del dolo y de la culpa, que sólo en la culpabilidad criminosa quiere reconocer una oposición de la voluntad contra el ordenamiento jurídico. Según ella, quien por descuido derriba en la calle a un niño que lleva un objeto de cristal, versaría en conformidad con el ordenamiento jurídico si resulta quebrado únicamente el objeto; pero si el niño queda, además, con una pierna rota, existiría una sublevación básica contra el Derecho, ya que en el primer caso el autor ha cometido un injusto relativo y, en el segundo, un injusto absoluto. Muchos quieren entender la oposición básica contra el Derecho, en el sentido de que habría en ésta una negación del entero principio jurídico que ella contraviene, mientras que el injusto relativo no excluiría el reconocimiento por el autor de la regla jurídica de que se trate. Según ello, el hurto, por ejemplo, sería un ataque básico contra la posesión. El ladrón negaría la propia existencia de la última, una concepción que es desmentida por el hecho de que el ladrón hurta precisamente para poseer la cosa, y porque, en ciertas circunstancias, él podría incluso apelar a los interdictos posesorios para proteger dicha posesión.

Por lo demás, hay una imposibilidad psicológica para admitir dos clases de dolo. Si por dolo hay que entender el querer conscientemente antijurídico, entonces la conciencia de la antijuridicidad no admite diferencias internas. Yo puedo saber o bien no saber

que mi hecho es injusto; *tertium non datur*. La distinción entre ambas clases de injusto no puede ser hallada en la decisión volitiva. De modo que nos resta sólo una posibilidad para reconocer el fundamento de la división del injusto en absoluto y relativo, a saber, los objetos contra los que éste se dirige.

Por lo pronto, a este respecto se afirma que injusto absoluto serían aquellas acciones que, a la luz de su forma, contradicen *in thesi* el Derecho, al paso que el injusto relativo consistiría en una conducta que hay que considerar como antijurídica sólo *in hypothesi*, según las circunstancias particulares del caso concreto. Así, el no reintegro de un empréstito puede acaso basarse en una situación justificada, mientras que el hurto bajo ningún concepto aparecerá en tal condición.

Ahora bien, ¿existen efectivamente acciones que bajo ningún concepto se presentan como justificadas? Pudiera pensarse que el homicidio doloso de un hombre está prohibido en toda circunstancia. Y, sin embargo, esto no es aplicable a la acción del verdugo que ejecuta al condenado por orden de la entidad estatal, acción que colma la definición legal del asesinato tan bien como la de quien mata en ejercicio de la legítima defensa, sin que por ello se cometa injusto alguno. Quien por orden judicial embarga bienes, realiza actos contra la propiedad ajena que serían incondicionalmente punibles de ejecutarlos otra persona, pese a lo cual a nadie viene a las mientes considerar tales acciones como injusto absoluto. Donde lo exigen los fines superiores del Estado y de la personalidad, quedan derogadas las singulares normas protectoras, y de ahí que no existe acción alguna que haya que considerar en sí y por sí como antijurídica.

Por otro lado, el elemento determinante del injusto relativo se encontró en que éste se dirige contra bienes reemplazables y transferibles, mientras que el absoluto debiera afectar a bienes no susceptibles de sustitución o transferencia. Sólo que este elemento tampoco es concluyente, puesto que la propiedad es un derecho alienable *par excellence* y, sin embargo, nadie querrá calificar el hurto como mero injusto relativo.

También se ha expresado la opinión de que, a diferencia del injusto absoluto, el relativo se dirige contra aquellos derechos que pueden constituir el objeto de un pleito jurídico-civil. En contra de lo cual se debe hacer de nuevo hincapié en que la propiedad, pese a su aptitud para ser disputada, posee también la de ser objeto de un delito. Si, además de esto, se piensa en que también otros derechos, por ejemplo, los oriundos del matrimonio, pertenecen a lo controvertible, y que, no obstante, adulterio y bigamia son indudablemente delitos, es claro que esta doctrina tiene una base aún más débil que las anteriores.

No más afortunada que las doctrinas nombradas hasta este punto es la que concibe el injusto absoluto como fundamental, en el sentido de que se dirige contra las bases del ordenamiento jurídico, mientras que el relativo deja intactas tales bases. También para esta teoría, como para muchas otras, la propiedad, que puede ser objeto de ambas categorías de injusto, resulta fatal. Además, ¿quién puede afirmar que el derecho al cumplimiento de los contratos no forma parte de las bases del ordenamiento jurídico?

Aquellas que califican como objeto del injusto relativo las pretensiones oriundas de las relaciones contractuales, tratan de sortear el escollo del patrimonio bifronte. Sólo que también ellas aniquilan el delito patrimonial culposo, que es impune, amén de que

la estafa criminal, cuyo objeto son relaciones contractuales, rompe con facilidad la telaraña de esta construcción.

Queda tan sólo una doctrina por examinar a este respecto, y, por cierto, una más exhaustiva que las precedentes. Más exhaustiva, porque su creador, a pesar de la victoriosa lucha que Merkel, Heyssler y Binding libraron contra la bifurcación del injusto, enarbola aún la bandera del dualismo, siquiera más obstinadamente que con éxito. Es Hälschner quien, cada vez que ella fue consumida por el fuego de la crítica, la hace resurgir de sus cenizas en una forma renovada, como el ave fénix.

Según las primeras explicaciones de Hälschner, injusto absoluto sería aquel que se dirige contra el Derecho objetivo encarnado en el ordenamiento jurídico, mientras que el injusto relativo toma como punto de ataque únicamente el derecho patrimonial sometido a la libre disposición del individuo. Como se formuló en su contra la certera objeción de que es imposible separar el derecho subjetivo del Derecho objetivo, que la autorización sólo existe gracias a una regla jurídica, que, por tanto, un ataque al derecho del particular encierra necesariamente un ataque contra una parte integrante del ordenamiento jurídico, Hälschner trató de rectificar su doctrina diciendo que él sostenía que el injusto absoluto representa una directa rebelión contra el ordenamiento jurídico y el relativo, en cambio, una vulneración apenas indirecta, puesto que en el último el Derecho es objeto de lesión sólo en el sentido de que éste tiene su asiento en la voluntad del derechohabiente. El efecto jurídico de las normas del Derecho civil depende, según Hälschner, de la decisión del legitimado. De ahí que únicamente este sujeto puede declarar si se sintió lesionado por una acción ajena. El injusto inmediato es independiente de la decisión del perjudicado; surge del propio hecho vulnerante. De esta manera debe encontrar explicación también la doble calificación de un hecho como injusto civil y criminal. El hurto, por ejemplo, está prohibido a todo trance por el ordenamiento jurídico, y por eso de él surge para el Estado un derecho a la pena. Que el afectado por el hurto se considere lesionado en su patrimonio por el hurto y, según ello, reclame la indemnización por los daños que se le irrogó, eso queda entregado a su arbitrio. La calidad del hurto como injusto directo es indudable; en cambio, su carácter de injusto relativo depende del albedrío de la víctima.

Según esta versión de la teoría de Hälschner, pues, el injusto relativo surgiría sólo merced a la resolución del derechohabiente de sentirse lesionado. El que rompe culpablemente la ventana de una persona ausente, no habría cometido injusto alguno hasta que ésta se entere del daño y adopte una decisión sobre la lesión. El guardador no podría irrogar un injusto civil a su pupilo, ya que el niño carece de voluntad jurídica frente al *tutor*. Una ulterior consecuencia que cabe extraer de la opinión de Hälschner, es que todos los delitos que sólo son perseguibles previa instancia particular serían injustos relativos, puesto que también en ellos el Estado reacciona contra el autor únicamente si el afectado declara haber sufrido una lesión. Por consiguiente, las injurias, el adulterio, incluso un delito tan grave como el estupro fraudulento, tendrían que ser separados de la categoría del injusto absoluto, dado que éste exige sin excepción la pena.

En todos estos casos el injusto no nace en modo alguno de la declaración del lesionado. Quien se retrasa en el pago de una deuda ha infringido la norma que le imponía cumplir su obligación. Si el acreedor le condona la deuda, en ese momento cesa el injusto del deudor. La voluntad del derechohabiente no puede crear el injusto; nadie más que el autor puede producirlo. Es verdad que la voluntad del legitimado puede anular el injusto, o mejor dicho, impedir que sobrevengan las consecuencias que determina para éste el ordenamiento jurídico. Sin embargo, esto vale no sólo para el Derecho privado, sino para el conjunto de las disciplinas jurídicas. En los delitos perseguibles por querrela no se llega a punición alguna si el legitimado omite presentarla. Sin embargo, también el Estado puede hacer renuncia al derecho que le compete a la punición y anular así el injusto, lo mismo que el particular que condona una deuda o perdona la injuria sufrida.

Por ende, tampoco Hälschner ha podido darnos una explicación satisfactoria sobre el problema que nos ocupa. No nos ha sido factible obtener con su doctrina un criterio seguro con que distinguir el injusto absoluto del relativo. La rica abundancia de la vida no se deja comprimir en estos patrones; el poderoso caudal rompe la delgada envoltura y vuelve a fluir, imperturbado, arrastrando lejos los escombros de los falsos sistemas.

Ahora bien, ¿cuál es la última razón que malogra todos los intentos de dividir el injusto en absoluto y relativo, que casi hizo desesperar de una solución para el presente e indiscutido problema? Nada más que el error básico de considerar la pena como una consecuencia lógica del delito. Si la pena tiene que seguir necesariamente al injusto culpable, es vano todo esfuerzo por descubrir un punto que quite al injusto civil el carácter de injusto absoluto. Puesto que el injusto es y sigue siendo contravención del mandato jurídico, y todos los mandatos jurídicos se expresan categóricamente, todos ordenan y exigen obediencia. Todo Derecho es, según su ser íntimo, idéntico. Todo injusto es unitario. Esta regla puede ser considerada como un corolario de la larga polémica sobre las formas del injusto.

Siendo así, ¿cómo se presenta la pregunta por la pena y las consecuencias civiles del injusto desde el punto de vista de la unidad del último? Si los injustos absoluto y relativo no han dado con la solución del problema, ¿cómo se aplicará la teoría monista del injusto a la difícil tarea de determinar por qué éste es unas veces castigado y, en otras, libra impune, por qué se adjudica al lesionado una indemnización del daño, ora plena, ora mezquina? Vayan aquí algunas breves indicaciones sobre el particular.

Es manifiesto que ya no resulta posible derivar lógicamente la pena del delito. Antes bien, hay que mirar afuera e imponerse de los efectos característicos que el injusto produce en la sociedad. Allí encontraremos, por lo pronto, que el injusto tiene como efecto la lesión de un bien jurídicamente protegido, pero que, además de esta vulneración, por el injusto cometido con plena culpabilidad se producen fenómenos psicosociales que urgen a adoptar una acción compensadora en contra de su autor. Determinar cuándo ha de proceder o no tener lugar esa reacción que llamamos pena, eso es tarea de la investigación histórico-jurídica, ética, político-penal y de economía política. Son razones reales, no razones lógicas, las que dan al Estado el derecho y el deber de la pena. También para la solución del problema de cuándo y en qué extensión quien co-

mete el injusto ha de reparar los bienes lesionados por él, hay que seguir el mismo método. En ello se mostrará que el Estado, o tiene que penar, o puede tranquilamente dejar al curso normal de la vida el ajuste de la perturbación jurídica, o carece de todo motivo y derecho para intervenir; que ha de limitar el equivalente y la satisfacción a la lesión directa, extenderla a todos los efectos perjudiciales de la acción injusta, o, en ciertas circunstancias, denegar cualquier reclamo de reparación.

Así, pues, no una investigación lógico-abstracta, sino una concreta investigación filosófico-histórica es la única que estaría en condiciones de resolver satisfactoriamente y en todos sus aspectos la pregunta por las consecuencias del injusto. Es cierto que el objetivo más alto del espíritu humano consiste en dominar el mundo real merced al pensamiento. Pero este señorío sólo puede ser alcanzado cuando el pensamiento mismo brota del suelo de la realidad. El forastero que llega de lo alto niega obediencia a la ruda realidad; pero ésta se pliega de buen grado a su vástago. También la Filosofía del Derecho se convertirá en soberana de la Ciencia jurídica cuando no pretenda, como hasta el presente, derivar lo real de una aparente racionalidad, sino capte y mantenga en la realidad lo racional.