

¿ES LA “ANTI JURIDICIDAD” UNA CATEGORÍA JURÍDICA? ¿EXISTEN LAS LLAMADAS “PENAS PRIVATIVAS” DE LA LIBERTAD?

IS ANTI-JURIDICITY A LEGAL CATEGORY? DO THE SO CALLED “CUSTODIAL SENTENCES” EXIST?

Carlos Fernández Sessarego*
Universidad Nacional Mayor de San Marcos y
Pontificia Universidad Católica del Perú

Miembro Honorario de THĒMIS
Miembro del Consejo Consultivo de THĒMIS

The terms “anti-juridicity” and “custodial sentences” are widely used in the legal world.

In this article, the author encourages to question both terms, analyzing if they are coherent with, precisely, what is understood as Law. First, the author wonders if it is correct to talk about “anti-juridicity”, taking into account the subject of Law, the ways in which Law is manifested, and the relation between juridicity and Law.

Further on, the author analyses if it is correct to talk about a “custodial sentence”, considering the relation between liberty and the human being. All through the article, the author also recounts how the ideas in Law have evolved through recent history.

KEY WORDS: Criminal Law; juridicity; custodial sentence; anti-juridicity; object of Law; Tridimensional Theory of Law.

Los términos “antijuridicidad” y “pena privativa de la libertad” son bastante utilizados en el medio legal.

El autor del presente artículo invita a cuestionar ambos términos, analizando si son coherentes con, precisamente, lo que se entiende como Derecho. Así, en primer lugar se plantea si es correcto hablar de “antijuridicidad”, teniendo en cuenta el objeto del Derecho, las formas en que se manifiesta el Derecho y la relación entre este y la juridicidad.

Asimismo, analiza si es correcto hablar de una “pena privativa de la libertad”, teniendo en cuenta la relación entre ser humano y libertad. Todo ello lo realiza mientras hace un recuento de cómo se ha producido la evolución del pensamiento en el Derecho a lo largo de la historia reciente.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal; juridicidad; pena privativa de la libertad; antijuridicidad; objeto del derecho; Teoría Tridimensional del Derecho.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Ex Ministro de Justicia y Culto. Director fundador del Banco de la Nación del Perú. Creador y Primer Presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936. Ponente del Libro Primero, sobre Derecho de las Personas, del Código Civil de 1984. Miembro de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil de 1984. Coordinador de las Sub-comisiones de Título Preliminar, Derecho de las Personas y Responsabilidad Civil. Profesor Emérito de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la UNMSM. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Contacto: fsessarego@speedy.com.pe.

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 11 de setiembre de 2015 y aceptado por el mismo el 14 de octubre de 2015.

Existen dos nociones del Derecho Penal que, en nuestra opinión, colisionan con principios de la Teoría del Derecho y con principios del Derecho Civil. Nos referimos a la problemática sobre la existencia jurídica tanto de lo “antijurídico” como de las “penas privativas de la libertad”. En el presente breve trabajo exponemos las dudas que nos suscita la vigencia jurídica de dichos conceptos, así como también proponemos los argumentos en relación con la invalidez jurídica de ambas instituciones.

I. LA TRADICIÓN Y EL DERECHO

Las consideraciones contenidas en estas páginas están dirigidas pensando, sobre todo, en los juristas más inquietos, en aquellos jóvenes interesados en profundizar en la diversa temática propia de nuestra disciplina jurídica, con el objetivo que encuentren en estas páginas una hipótesis de trabajo, un motivo suficiente de reflexión que les permita replantear, con sentido crítico, el asunto materia de nuestra propuesta.

Para lograr dicho propósito debe dejarse de lado explicables temores y, con mentalidad abierta y auténtica humildad científica, enfrentar, de ser el caso, lo que representa la tradición en el Derecho. Del mismo modo, debe prescindirse, también de ser el caso, de la docta opinión de eminentes juristas, no obstante que merecen nuestro mayor respeto y gratitud por sus valiosos aportes a la ciencia jurídica. Sin embargo, sus consideraciones no nos pueden detener y anclarnos en el tiempo pasado, ni tampoco congelar el libre discurrir de nuestro pensamiento que está —o que debería estar— siempre abierto a las sugerencias que provienen de la realidad en la cual vivimos o de los desarrollos de la filosofía o de la ciencia.

Ni la tradición ni el respeto que nos merecen las doctas 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 solicitudes de la realidad y los desarrollos de la creatividad propia de la imaginación y del pensamiento humanos.

Somos de la opinión de que las personas de mentalidad abierta no debemos dejarnos seducir, sin aplicar un sentido crítico, por la tradición, por lo que estimamos como lo “consagrado”. Es decir,

a aquello que, como “bola de nieve”, nos ofrecen los libros que se escriben sobre lo dicho en “otros” libros, a manera de *collage*, por los siglos de los siglos, sin buscar y encontrar una pausa para repensar la actualidad y vigencia de tales postulados.

El Derecho, como ciencia social, está siempre en constante cambio, en continuos replanteamientos, de conformidad con los vaivenes y la dinámica propia de la vida colectiva, de las relaciones humanas. El Derecho, en su dimensión normativa, 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 axiológica de la vida humana social. Vida humana y valoración axiológica de las que no podemos prescindir si deseamos aprehender el objeto “Derecho”. Las naturales modificaciones o variantes que se producen en las relaciones sociales y en su consiguiente valoración, obligan a la constante revisión de la normatividad que las contiene. Ello, atendiendo a la realidad de la vida humana intersubjetiva debidamente valorada.

No podemos olvidar, por lo tanto, y en ningún momento, que el Derecho regula valiosamente la vida humana intersubjetiva mediante la formalidad de las normas jurídicas. Diversos aspectos de la dinámica vida de relación, así como las costumbres, tienden a cambiar con el tiempo o aparecen conductas antes desconocidas. El Derecho necesariamente regula tanto los mencionados nuevos aspectos y costumbres de la vida, como las inéditas conductas que surgen en el escenario jurídico. El Derecho se modifica y adecúa al ritmo de los vaivenes de la vida humana social¹.

II. LO NOMINADO COMO “ANTI JURÍDICO”, ¿ES UN PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER?

Lo “antijurídico” es, y ha sido siempre, un tema central de lo jurídico, sobre todo dentro del Derecho Penal. Su existencia, en el seno de la ciencia del Derecho, se nos presentó, inesperadamente y en cierto momento de nuestro devenir jurídico, como un problema que teníamos que asumir e intentar hallarle una respuesta que, para nosotros, fuese satisfactoria; es decir, coherente con los principios jurídicos que profesamos y que sustentan nuestro permanente trabajo jurídico. No llegábamos a

¹ En lo atinente al objeto y finalidad del Derecho puede verse el ensayo titulado “Breves reflexiones sobre el objeto de estudio y finalidad del Derecho” de Carlos Fernández Sessarego, en: (i) el libro del mismo autor, “El derecho a imaginar el Derecho”. Lima: Idemsa. 2011; (ii) el Libro de Homenaje a Atilio A. Alterini. Buenos Aires: Vinciguerra. 2009; y, (iii) THÉMIS-Revista de Derecho 60. 2011.

comprender, ni nadie nos lo explicó fundadamente, que lo “antijurídico” pudiera coexistir al lado de “lo jurídico” en la ciencia del Derecho.

Encontrar problemas difíciles o sencillos de solucionar en nuestra tarea diaria como juristas, investigadores, filósofos u operadores no es un hecho infrecuente sino de permanente presencia en nuestra labor científica u operativa. Por ello, estamos acostumbrados a reflexionar y a buscar soluciones dentro del abanico de opciones con las que podamos contar en cada caso.

El tema sobre la necesidad de desentrañar el significado y la existencia del concepto “antijurídico”, enclavado en el seno del Derecho, es un problema que nos acompaña desde nuestra juventud. El problema se nos presentó en nuestra lejana época de estudiantes en la Facultad de Derecho. Recordamos que en una vetusta aula de la Casona de la Universidad de San Marcos, solíamos escuchar a nuestro docto profesor de Derecho Penal definir el delito como lo “antijurídico”.

La misma definición la hallábamos cuando nos asomábamos a las páginas de cualquier tratado de la materia que encontrábamos en los anaqueles de la entonces nutrida y selecta Biblioteca de la Facultad de Derecho. Nunca llegamos a comprender, en aquellos tiempos, cómo se compaginaban en nuestra disciplina los conceptos de lo jurídico y de lo antijurídico. Nos preguntábamos, no exentos de perplejidad, cómo lo “antijurídico” podía ser un tema del Derecho si su nombre delataba el contenido de un principio contrario a lo jurídico, es decir, al Derecho.

El problema que nos planteamos en este trabajo sobre la existencia de lo “antijurídico” como una categoría del Derecho se justifica plenamente. Desde hace más de tres décadas el tema se hizo presente en nosotros, esta vez con la consciente decisión de resolver y esclarecer lo que, para nosotros, se presentaba como problema. La cuestión la percibimos, en esa oportunidad, con absoluta claridad, es decir, como un asunto problemático que deberíamos solucionar para contar con una respuesta que colmara nuestra aspiración por precisar la existencia y los alcances de la noción de “antijurídico” dentro del Derecho.

III. EL PROBLEMA SOBRE LA EXISTENCIA DE LO “ANTI JURÍDICO” EN EL DERECHO

En un trabajo del año 1962² nos referíamos a lo que entendíamos como “problema”, en el sentido de que se trataba de un “algo”, de un determinado tema, que se nos presenta y que necesita de alguien que lo piense, que lo medite, y para quien exista. Una cuestión deviene problemática cuando se requiere, de modo apremiante, saber sobre un asunto aparente o realmente incomprendible, resolver dudas o compaginar verdades discordantes.

Ese es el caso del tema propuesto en este trabajo. Es decir, se trata de intentar esclarecer dudas sobre la existencia o inexistencia de lo “antijurídico” cómo una categoría jurídica. Dicho concepto se constituyó para nosotros, en su momento, como uno de dudosos alcances conceptuales. Ello exigía, por consiguiente, repensar las soluciones propuestas, generalmente aceptadas, para descubrir quizás “algo” distinto a la consagrada existencia de lo “antijurídico” dentro del Derecho; es decir, una respuesta que despejara tales dudas. Estas páginas son el resultado de ese repensar a través del tiempo en nuestro cotidiano quehacer³.

El producto de nuestras angustiosas y largas reflexiones sobre temas jurídicos problemáticos nos permitió que, en algunos casos, llegáramos a descubrir lo que para nosotros constituyeron nuevas verdades sobre algunos problemas conceptuales que se presentaban como problemáticos. Llegar a dichas verdades no fue nada fácil. Ellas surgieron luminosas después de dificultades, dudas y titubeos jurídicos.

Fue así que, después de un buen tiempo de pensar sobre lo que se nos mostraba como “problema” por resolver, llegamos a la conclusión que lo “antijurídico”, contrariamente a lo que generalmente se sostiene, no es, a nuestro parecer, una categoría del Derecho, es decir, de lo jurídico. La respuesta que hallamos ante la mencionada pregunta aquietó, en gran medida, nuestra inquietud, dio término, al menos por ahora, a la cuestión que se nos presentaba como “problema”. Lo “antijurídico” no existe para el Derecho, para lo jurídico.

² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “La noción jurídica de persona”. Primera edición. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1962. pp. 16-17. Existe una segunda edición, por la misma editora, del año 1968.

³ Sobre el tema, puede verse del autor de este trabajo: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Algunas reflexiones sobre la antijuridicidad del delito y las penas privativas de la libertad”. En: Gaceta Jurídica. Setiembre de 1995; Temas de Derecho, Revista de estudiantes de la Universidad San Martín de Porres 3. 1996; y en otras revistas como Scribas de Arequipa o Némesis de Trujillo en 1995 y 1996, respectivamente. En la Argentina se publicó en La Ley 67. Año LX.; y en Colombia en Anuario del Derecho 20. Mérida: Universidad de Los Andes. 1998.

IV. EL PROCESO DE BÚSQUEDA DE LA VERDAD JURÍDICA

No somos ni pretendemos, como lo hemos sostenido en precedencia, ser irreverentes ante la tradición que culturalmente nos identifica y que, en gran medida, nos sustenta. Pero, si bien esta es para nosotros una reconocida verdad, no podemos, al mismo tiempo, permanecer impasibles, inertes, indiferentes, frente a cuestiones jurídicas que, según nuestra opinión, deberían esclarecerse o renovarse al ser estudiadas con sentido crítico y a la luz de los renovados supuestos del Derecho surgidos en el curso del siglo XX recogiendo los aportes de la filosofía de la existencia. La ciencia supone un continuo repensar en búsqueda de una progresiva evolución de sus postulados, de un desarrollo sostenido de la materia en el transcurso del tiempo.

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, hallar la correspondencia entre los conceptos y los objetos por ellos mentados. En el caso materia del presente trabajo, cabe preguntarse si es “verdad” que al concepto de “antijurídico” le corresponde, en la “realidad” de la vida jurídica, un específico ente.

La actitud de búsqueda de la verdad, antes referida, debe ser permanente entre quienes trabajamos, con pasión, dentro de una disciplina enraizada en la vida social. No se puede prescindir de las conductas humanas comunitarias si se busca afanosamente respuestas frente a antiguos o inéditos problemas que vamos encontrando en nuestra tarea científica. El habernos encontrado envueltos en dichas situaciones de búsqueda de la verdad jurídica, nos permite dar fe que la satisfacción que se experimenta al encontrar la verdad oculta o ignorada, es igual o quizá mayor que aquella que se experimenta ante la creación de una nueva verdad.

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 permanente búsqueda de la verdad dentro de la materia a la que se dedica. Dichas cualidades son la humildad, el agudo sentido crítico, la perseverancia, la paciencia, el desprendimiento, la ilusión de ser útil, la imaginación creadora.

La actitud reflexiva crítica ha permitido al Derecho, que es una disciplina social y cultural además de normativa y axiológica, importantes esclarecimientos, rectificaciones o adecuaciones de tradicionales instituciones a la realidad imperante, a los reclamos provenientes de la experiencia. Varias instituciones jurídicas están sometidas, en los últimos tiempos, a una renovada crítica, por lo que se hallan inmersas en un proceso de revisión, de repensar sus supuestos.

Bastaría citar entre ellas, 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, a la autonomía de la voluntad. Al lado de ellas, pueden también mencionarse los nuevos alcances de la básica clasificación del Derecho en privado y público, o del daño, en general. Ello, para citar algunos casos que vienen a nuestra memoria cuando escribimos estas apretadas líneas⁴.

V. LAS BASES QUE SUSTENTAN LA BÚSQUEDA DE RESPUESTAS JURÍDICAS

La reflexión en torno a lo “antijurídico” reconoce como sus fuentes y se fundamenta tanto en la Filosofía General y la “Jusfilosofía”, como en la Teoría General del Derecho y el Derecho Civil. Los principios que nos ofrecen estas disciplinas sirven de sustento y son de aplicación en todo el ordenamiento jurídico desde que éste es unitario. Estos principios son en la actualidad de aceptación general. Ellos nos sirven de confiable apoyo en el curso de nuestras reflexiones.

La solución que proponemos tiene como fundamento básico una concepción humanista o personalista del Derecho, alejada de la insuficiente visión puramente formalista-positivista en la que surge el concepto de lo “antijurídico”. Como es sabido, en estos tiempos se considera, cada vez por un mayor número de juristas, que el ser humano, y no otro ente, es el centro y eje del Derecho.

Es la persona humana la creadora, la protagonista y la destinataria del Derecho. Las normas jurídicas sólo cumplen el rol de prescribir y describir, formalmente, aquello que, después de una valoración axiológica, se estima como lo justo o lo in-

⁴ Ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El derecho en un período de transición entre dos épocas”. En: Revista Jurídica del Perú 1 (enero-marzo). Año XLVI. 1996; en: “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”. 1995; en: “Anuario”. Mérida: Facultad de Derecho de la Universidad Los Andes. 1992-1993; en: “Jurista y Maestro, Libro Homenaje a Arturo Valencia Zea”. Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. 2014; y, en: “El derecho en el fin del siglo XX. Un nuevo modo de hacer derecho”, en la revista *Scribas* 4. Año II. 1998.

justo, como lo lícito o lo ilícito, lo permitido o lo prohibido. Las normas son puras formas del pensar jurídico cuyo contenido, puesto por lo seres humanos, son conductas humanas intersubjetivas debidamente valoradas.

El Derecho está en la vida humana social antes que en el mundo axiológico o lógico, es decir, antes que en el de los valores y las normas jurídicas, respectivamente. Los conflictos jurídicos se presentan a partir de seres humanos, de conductas humanas intersubjetivas o interpersonales, ya sea que reclaman el reconocimiento de derechos o que exigen justicia, y se resuelven por otros seres humanos que son los jueces. Todo queda en la vida humana social, nada se da fuera de ella. La norma es sólo un instrumento formal para que, a través de sus contenidos valiosos, los seres humanos puedan convivir libremente dentro del bien común.

A partir del marco filosófico-jurídico al que nos hemos referido es que cuestionamos la tradicional respuesta que nos ofrece el Derecho en torno al asunto –para nosotros problemático– de lo que se comprende como “antijurídico”. De lo que se trata es de intentar adecuar dicha expresión conceptual –que consideramos inapropiada– a la nueva concepción sobre la estructura existencial del ser humano, como un ser libre, y la del Derecho desplegado en dimensión tridimensional en cuanto se constituye como la interacción dinámica de vida humana social, de valores y de normas jurídicas. Como sabemos, ninguna de tales dimensiones, por sí misma, se constituye como el objeto de estudio del Derecho, no obstante que no se puede prescindir de ninguna de ellas.

VI. LO JURÍDICO, ¿ES EQUIVALENTE A LA NOCIÓN “DERECHO”?

Es necesario, aunque resulte obvio, precisar la relación conceptual y los alcances de las nociones de “jurídico” y de “Derecho” para determinar si son significativamente equivalentes a fin de despejar la mínima duda que pudiera existir al respecto. Si lo “jurídico” es equivalente a la noción de “Derecho” podremos saber, con mayor claridad, si dentro del Derecho existe un concepto como el de lo “antijurídico”.

El maestro italiano Francesco Galgano⁵, quien fuera un reconocido profesor de la Universidad de Bolonia, sostiene que 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 tales como “justicia”, “jurisprudencia”, “jurista”, “juez”, “jurisdicción”, “judicatura” o “justiciable”.

Como recuerda Galgano, perdida en la bruma de la Edad Media, la razón o motivo de este extraño cambio constituye hasta ahora un misterio. No obstante, 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 consecuencia de lo expresado anteriormente 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 la otra se refieren a lo mismo, por lo que resultan nociones equivalentes.

De acuerdo con 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. Es por ello que los juristas y los operadores del Derecho utilizamos indistintamente ambas expresiones, dándoles el carácter de equivalentes, para referirnos, como está dicho, al mismo objeto y a la misma disciplina.

Efectuado el deslinde conceptual que antecede y frente a la concepción que exponemos en estas páginas cabe, razonablemente, preguntarse que, si toda la conducta humana es jurídica, como se ha demostrado, ¿cuál sería la conducta designada como “antijurídica”?

En atención a los argumentos puestos de manifiesto en precedencia, si toda conducta humana intersubjetiva puede ser calificada como jurídica, es decir, pasible de ser considerada como justa o injusta, debemos concluir que no cabe utilizar la expresión de “antijurídica” para referirse a una específica o determinada conducta humana intersubjetiva, ya que todas son “jurídicas”, aunque de diverso signo axiológico. Unas son justas y otras injustas. Esta valoración determinará la licitud de unas y otras. Las justas y lícitas están permitidas mientras que

⁵ GALGANO, Francesco. “Il rovescio del diritto”. Milán: Giuffrè. 1991. p. 3.

las injustas e ilícitas están prohibidas por el ordenamiento jurídico.

Como conclusión de lo expuesto, 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, cabe remarcarlo, las conductas humanas valiosas, fundamentalmente justas y, en el segundo, aquellas carentes de valor por injustas.

VII. LO JURÍDICO Y EL “AXIOMA JURÍDICO FUNDAMENTAL”

Somos del parecer que, en cuanto a la figura del “delito”, contrariamente a lo que se sostiene, resulta ser para nosotros una exquisita expresión de “lo jurídico”, por lo que no se le puede definir como una conducta “antijurídica”. Lo “antijurídico”, desde la perspectiva en que nos situamos, vale la pena reiterarlo, no pertenece a la esfera del Derecho, no existe como una noción vigente en el campo de lo jurídico. Lo jurídico, el Derecho, no admite en su seno lo antijurídico. No pueden coexistir dentro de una disciplina científica lo que se afirma y lo que niega al mismo tiempo. Esta situación carece de sentido.

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 no encontrarse una norma que defina como jurídica una cierta conducta humana, es del caso recurrir para el efecto a los principios generales o cláusulas abiertas del Derecho aplicables al caso. Y, si ello no nos ofreciera una solución, podemos acudir finalmente al “axioma jurídico fundamental”, poco conocido en el mundo jurídico desde que resume una posición jurídica que adviene tan sólo en la segunda mitad del siglo XX sobre la base de la filosofía de la existencia.

El “axioma jurídico fundamental”, concepto divulgado por Carlos Cossio en el siglo pasado, se enuncia en el sentido que “toda conducta humana intersubjetiva está permitida, salvo que con ella se atente contra el orden público, las buenas costumbres, que cause daños o que se encuentre expresamente prohibida”⁶. El *prius* del Derecho es la libertad y no las prohibiciones.

Según lo expuesto, toda conducta humana intersubjetiva es libre siempre que no contravenga con lo expuesto en el axioma jurídico como no permitido. Es explicable el contenido del axioma en mención en cuanto el Derecho tiene como finalidad el que cada ser humano, en cuanto es existencialmente libre, pueda proyectar su vida mediante la realización social de los valores presididos por la justicia.

VIII. LAS CUATRO “MANERAS DE SER” DEL DERECHO

Referirnos a las cuatro maneras de ser del Derecho nos permite comprender, con la máxima claridad, cuál es el rol jurídico que cumplen tanto la transgresión del deber, como es el caso del delito en el ámbito penal, como las penalidades. El resultado de esta indagación nos conduce a la conclusión que ambas situaciones constituyen temas propios de **lo jurídico, del Derecho**. No son ajenos a nuestra disciplina. La integran en cuanto representan la transgresión o incumplimiento del deber y su consecuencia, que es la sanción.

Las normas jurídicas completas, en cuanto juicios disyuntivos, contienen en sus extremos: (i) por un lado, lo justo, lícito y permitido, lo que Carlos Cossio denomina como *endonorma*; y, (ii) por el otro lado de la disyunción, lo injusto, ilícito o prohibido, lo que dicho autor conoce como *perinorma*. 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. Dentro de este planteamiento es posible descubrir, dentro de esta gama de conductas humanas intersubjetivas permitidas y prohibidas, cuatro “maneras de ser” del Derecho, es decir, de lo “jurídico”.

La norma jurídica completa, que engloba todo lo que se considera como jurídico, contiene hasta cuatro “maneras de ser” del Derecho, vale decir, de lo jurídico. Ellas son: (i) la facultad o derecho subjetivo; (ii) el deber; (iii) el incumplimiento o transgresión del deber; y, (iv) la sanción. Todas y cada una de estas maneras de ser son “jurídicas”, pertenecen al ámbito del Derecho. Lo que sucede es que, al recurrir al ordenamiento jurídico, podemos distinguir, dentro de ellas, las calificadas como lícitas, por justas, de las ilícitas, por injustas. Es tan “jurídico”, por lo tanto, cumplir con el propio deber como lo es, también, el transgredirlo. Todo ello participa de lo que conocemos como Derecho.

⁶ De la aplicación del axioma jurídico fundamental 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, las buenas costumbres o se causa daño.

De conformidad con la normatividad vigente, ejercer un derecho subjetivo o facultad, o cumplir con el propio deber, es lícito, mientras que es ilícito el incumplir con dicho deber. Ello no significa que los primeros sean “jurídicos” y que el último sea “antijurídico”. Este representa lo injusto, lo ilícito, lo prohibido, todo ello en el ámbito del Derecho o de lo jurídico. Lo que designamos como “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. Para ello contamos con el axioma jurídico fundamental, referido en su lugar, según el cual toda conducta humana intersubjetiva está permitida, salvo que atente contra las buenas costumbres, el orden público, sea dañina o que se halle expresamente prohibida.

Tratándose del Derecho Penal, los delitos, por constituirse como conductas intersubjetivas injustas, son ilícitos, **jurídicamente prohibidos**. Nos referimos a los “delitos tipo”. Los delitos, por tanto, son exquisitamente jurídicos.

Para lograr una mejor comprensión de la no existencia de lo “antijurídico” es conveniente referirse a la naturaleza de la norma jurídica completa. Es decir, conocer su calidad ontológica. En ella podremos apreciar las cuatro maneras de ser del Derecho, dentro las cuales apreciaremos la presencia de lo que indebidamente se denomina como “antijurídico”.

IX. LO “ANTI JURÍDICO” Y LA NORMA JURÍDICA COMPLETA

Los filósofos del Derecho Carlos Cossio⁷ y Eduardo García Máynez⁸, en la década de los años cuarenta del siglo pasado, expusieron sus ideas en lo que concierne a la naturaleza de la norma jurídica. Para

el primero, la norma jurídica era una proposición disyuntiva mientras que, para el segundo, se trataba de dos juicios relacionales⁹.

Fue a partir de estas versiones que surgieron nuestras dudas sobre el tema, las que nos han acompañado por décadas hasta que, en 1985, con ocasión de la celebración de un Congreso Internacional de Derecho Penal reunido en la Universidad de Lima y presidido por el penalista Rector de Salamanca, profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, se nos ocurrió abordar el tema y ofrecer nuestra propia visión del citado problema, que coincide con la que exponemos en el presente trabajo.

Carlos Cossio simboliza la norma jurídica completa de la siguiente forma:

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

Según dicho jusfilósofo, esta simbolización nos presenta una norma jurídica completa, compuesta de dos extremos disyuntivos. El primero, o sea la *endonorma*, contiene la facultad o derecho subjetivo, representado por A, y el deber, designado como B. En el otro extremo de la proposición disyuntiva, o sea la *perinorma*, hallamos, designada como “no-B”, la violación o transgresión del deber, mientras que con S se alude a la sanción. Como se aprecia, en la norma jurídica se incorporan las cuatro “maneras de ser” del Derecho: la facultad, el deber, el incumplimiento del deber y la sanción.

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 vida¹⁰.

García Máynez, por su parte, sostiene que la norma jurídica está representada por dos juicios re-

⁷ COSSIO, Carlos. “La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad”. Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1964.

⁸ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. “Lógica del juicio jurídico”. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1955.

⁹ 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 pie de página 8, si se ordena a Antonio que cierre la puerta subyacen 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.

¹⁰ COSSIO, Carlos. “La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad”. Primera edición. Buenos Aires: Losada. 1944. pp. 300 y siguientes; y, en la segunda edición de 1964, ver pp. 333 y siguientes. Ver también, del autor de este ensayo: “La noción jurídica de persona”. Óp. cit. pp. 84 y siguientes.

lacionales. 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 necesaria¹¹.

Si seguimos los razonamientos de Cossio y de García Máynez en torno a la naturaleza y estructura de la norma jurídica, llegamos a la conclusión que el incumplimiento o transgresión del propio deber, que es lo prohibido, injusto o ilícito, según el caso, es tan jurídico como lo permitido, justo o lícito. Se trata de diversas “maneras de ser” del Derecho.

Estas “maneras de ser” son, por consiguiente y como está dicho en precedencia, 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 el estudio y tratamiento de lo prohibido, lo injusto, lo ilícito?

Si no se tratase el incumplimiento o transgresión del deber y 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, en contraposición con las Facultades de Derecho o de lo Jurídico, se enseñarían las instituciones propias de las conductas intersubjetivas valoradas como prohibidas, injustas o ilícitas según lo prescriba el ordenamiento jurídico positivo o lo exijan los intereses existenciales o derechos naturales del ser humano en cuanto tal.

Las posiciones anteriormente glosadas, tanto la de Cossio como la de García Máynez, no agotan el repertorio de respuestas al problema refe-

rente 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 obras¹². A estos nombres deben añadirse los de los profesores integrantes de la escuela analítica argentina: Alchurrón, Buligin, Martino, entre otros; así como el de aquellos que en tiempos más recientes siguen ocupándose de esta materia.

X. LO “ANTI JURÍDICO”, ¿ES REALMENTE UNA CATEGORÍA DEL DERECHO?

Nuestra conclusión en torno al tema al cual venimos refiriéndonos consiste en sostener, tal como lo hemos manifestado en precedencia, que toda conducta humana intersubjetiva es, de suyo, jurídica. Tanto las conductas justas como las injustas, ambas son jurídicas.

En las varias disciplinas del Derecho, ya sean de carácter civil o penal, hallamos el concepto de “antijurídico” instalado en el núcleo de algunas de las más importantes definiciones de ciertas instituciones consideradas, paradójicamente, como jurídicas; en otros términos, que pertenecen al mundo del Derecho. Ello ocurre, como lo hemos citado, por ejemplo, cuando se define el “delito” o tratándose de la responsabilidad civil.

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, ya sea ella justa o injusta, lícita o ilícita, permitida o prohibida. Toda conducta humana es jurídica. Por ello, a nuestro parecer, no existe lo “antijurídico” como categoría de lo jurídico, es decir, del Derecho.

¹¹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Óp. cit. p. 7.

¹² Ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “La noción jurídica de persona”. Segunda edición. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1968. p. 85.

XI. NO SOLO LO ANTIJURÍDICO ES PROBLEMA EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

Lo “antijurídico” no es el único problema que hallamos en el escenario jurídico contemporáneo. Asuntos más importantes se nos muestran en la actualidad como problemáticos y, al igual que la noción de “antijuridicidad”, son materia de revisión y originan nuevas propuestas¹³.

Ello sucede nada menos que en lo que concierne a la necesidad de determinar, a la altura del tiempo presente, con precisión, cuál es el objeto de estudio del Derecho¹⁴, el cual, para unos, es el conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico, mientras que, para otros, es el valor justicia o, simplemente, es la dimensión social. Es decir, se trata de las posturas conocidas comúnmente como: (i) formalista o positivista; (ii) jusnaturalista; y, (iii) sociológica o realista, respectivamente¹⁵.

Ante nuestra sorpresa, que devino luego en desconcierto, en 1945, año en el que ingresamos como estudiantes a la Facultad de Derecho, no se conocía cuál de los tres elementos antes referidos era el objeto propio de su estudio. El Derecho resultaba ser, así, una extraña ciencia con simultáneamente tres objetos de estudio. Ello nos indujo a investigar sobre el tema, llegando en nuestra tesis para obtener el grado de Bachiller, en 1950, a la conclusión de la tridimensionalidad de lo jurídico.

En la actualidad se considera por un amplio sector de la doctrina que el objeto de estudio del Derecho surge de la interacción de conductas humanas intersubjetivas, valores y normas jurídicas. Ninguno

de estos elementos constituye dicho objeto, pero ninguno de ellos puede faltar. Llegamos, de este modo, a la conocida Teoría Tridimensional del Derecho.

Un problema que se trató de precisar fue el referido a la naturaleza misma de la norma jurídica¹⁶. Nos preguntábamos, al respecto, ¿es la norma jurídica un juicio descriptivo o una prescripción?¹⁷ Años después, llegamos a la conclusión que la norma es una proposición prescriptiva sobre la base de una previa descripción.

Una cuestión también problemática consistía en saber si era suficiente aludir al ser humano como siendo tan sólo un ser “racional”. Intuíamos que esta concepción era insuficiente para comprender en qué consiste la persona humana, que en esta definición no se nos mostraba la entraña misma del ser humano¹⁸. De otro lado, surgía también como “problema” el saber si se podía penalmente “privar” de libertad al ser humano. En ambos casos, la concepción del ser humano como un ser libertad, a la vez coexistencial y temporal, sobre la base de los aportes del cristianismo y de la filosofía de la existencia, nos mostraron al verdadero ente al cual protege el Derecho.

Encontramos en la problemática jurídica actual, además de todo lo anteriormente señalado, un tema tan importante como todos los anteriormente enunciados. Nos referimos al problema de confirmar si realmente la justicia es la finalidad del Derecho. En nuestra opinión la finalidad del Derecho es la libertad. Ella se logra a través de la organización de una determinada comunidad humana en términos de justicia, con el fin de que cada

¹³ Si bien los problemas que percibimos a la altura del año 2015 son los que aparecen en estas páginas, en el año de 1950, cuando escribimos nuestra tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, “Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho”, los problemas que encontramos, algunos de los cuales persisten hasta nuestros días, aparecen en el libro “El derecho como libertad”, que recoge dicha tesis. En la tercera edición, del 2006, publicada en Lima por Editorial ARA, puede verse el parágrafo “La problemática actual” en la página 101 y siguientes.

¹⁴ Ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El derecho como libertad”. Tercera edición. Lima: ARA. 2006. Este libro contiene nuestra tesis de 1950 titulada “Bosquejo para una determinación ontológica del derecho”. Se publicó como libro, con el título anteriormente indicado, después de 37 años de haber sido presentada. La segunda edición la publicó la Universidad de Lima en 1994 y la tercera, como está dicho, data del año 2006. Simultáneamente en el Brasil, sin conocernos, el profesor Miguel Reale publicaba su libro en 1953 titulado “La Filosofia do Direito”, habiendo arribado a la misma conclusión.

¹⁵ Ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho y persona”. Lima: Grijley. 1998. pp. 51 y siguientes; y quinta edición, actualizada y ampliada: Buenos Aires: Astrea. 2015. pp. 119 y siguientes.

¹⁶ Ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “La noción jurídica de persona”. Óp. cit. pp. 84 y siguientes.

¹⁷ 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.

¹⁸ Los estudios de filosofía que de estudiante 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 trabajos 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 –“Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho”–, publicada treinta y siete años después bajo el título de “El derecho como libertad”, antes mencionado.

persona, en tanto ser libre, pueda realizarse como tal, cumplir con su proyecto de vida, alcanzar sus metas y aspiraciones.

De ahí que se considere que es la libertad, y no la justicia, la finalidad perseguida, en última instancia, por el Derecho. La justicia, como los demás valores, resulta ser un instrumento indispensable para lograr el ejercicio de la libertad de cada ser humano, es decir, el cumplimiento de su proyecto de vida. El resultado final de este planteamiento es la consecución de la paz social¹⁹.

XII. ¿EXISTEN LAS LLAMADAS “PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD”?

Con el transcurrir del tiempo surgió otro problema en el cual, no obstante su simplicidad, no habíamos reparado durante años. Es el referente a la existencia o no de la posibilidad efectiva de “privar de libertad” al sujeto que cumple una sanción en un centro de reclusión penitenciaria. Comprendimos, como se apreciará más adelante, que era imposible que ello ocurriera, en tanto que sólo la muerte “privaba” de libertad al ser humano. Es decir, de la libertad ontológica, en cuanto **ser** del hombre.

Reflexionando sobre la libertad percibimos, con mayor nitidez conceptual que en nuestro pasado, que la expresión en referencia, es decir, la de “privar de libertad” al ser humano, surgía como resultado de una confusión o, tal vez, de ausencia de una clara percepción de la distinción existente entre lo que es la libertad, considerada en sí misma como **ser** del ser humano, y la de su aparición en el mundo exterior, en la realidad de la vida, como acto, conducta, comportamiento, como **proyectos en vía de realización**, sobre la base de una decisión surgida de la subjetividad de la persona.

Si bien la libertad es un concepto unitario, ella se despliega a través de estos dos momentos existenciales: (i) el subjetivo, que es el del ser; y, (ii) el de su expresión en la vida exterior del ser humano, a

través de sucesivos proyectos en trance de aspirar a su plena realización²⁰.

En resumen, siendo la libertad un solo y mismo concepto, posee dos niveles: el de la libertad que nos hace ser lo que somos, seres humanos; y la libertad que se proyecta en el mundo exterior como manifestación de la libertad. Es decir, la libertad, siendo una, se nos presenta como: (i) libertad **ontológica**, en cuanto **ser** de la persona; y, (ii) como libertad **fenoménica**, o sea la de su realización o su ejercicio en el mundo exterior a partir de una decisión de la libertad que somos en cuanto seres humanos, es decir, el cumplimiento de su proyecto de vida²¹.

La libertad **ontológica** solo se le **priva** al ser humano cuando llega la muerte. Solo la muerte hace que, a la par que nuestra vida, se extinga o desaparezca también la libertad que la sustenta en cuanto ser. La vida es la vida de la libertad.

Solo relativamente se le puede **privar** al ser humano del ejercicio o realización fenoménica de su libertad, es decir, atentar contra el proyecto en trance de realización de la libertad en el mundo exterior. Ello, ya sea mediante la ley o por acción de la violencia. Solo de este modo se puede limitar o restringir, hasta cierto límite, la libertad fenoménica. Ello ocurre cuando el proyecto se frustra, se menoscaba o se retarda.

Luego de lo expuesto consideramos que queda claro que sólo la muerte “priva” de libertad al ser humano. No es exacto condenar a un delincuente con una “pena privativa de la libertad”. Esta expresión supondría que se está condenando al reo a la pena de muerte.

Por consiguiente, llegará tal vez el día en el cual los códigos penales, al fijar las penas de reclusión penitenciaria, tendrán que referirse ya no a la “privación” de la libertad sino a la “restricción o limitación” del ejercicio o del goce de la libertad en los casos previstos en los ordenamientos jurídicos nacionales.

¹⁹ Sobre el tema puede consultarse del autor de este trabajo: “Breves reflexiones sobre el objeto de estudio y la finalidad del derecho”. *Op. cit.*, ver nota 1.

²⁰ Sobre el tema de la libertad, puede consultarse del autor de este trabajo el artículo titulado “El daño a la libertad fenoménica o daño al proyecto de vida en el escenario jurídico contemporáneo”; en: *JUS Doctrina & Práctica* 6. Lima: Grijley. 2007; en: “Responsabilidad civil”. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2007; en: *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 9. Año XI; en: *La Ley* (septiembre). 2009; en el libro del autor: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El derecho a imaginar el Derecho”. *Op. cit.*; y en traducción al italiano en la revista *La responsabilità civile* 6 (junio). Año V. 2008.

²¹ Sobre los alcances del “proyecto de vida” puede verse del autor de este trabajo el artículo: “Breves apuntes sobre el proyecto de vida y su protección jurídica”; en: “La filosofía como repensar y replantear la tradición. Libro Homenaje a David Sobrevilla Alcázar”. Lima: Universidad Ricardo Palma. 2011; en: “Gaceta civil & procesal civil”. Tomo 5. Lima. 2013; en: *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 4. Año XV. 2013; en *La Ley* (abril). 2013; en: “Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2014; en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura* 30. 2012-2013; en: *Iuris Omnes, Revista de la Corte Superior de Arequipa*. 2013; en la revista *Advocatus* 28. 2013; en: *Revista de Derecho de la Universidad César Vallejo*. 2013.