



# La ilicitud en el derecho sancionador

*José Alberto Romero Romero  
Instituto de Filosofía de Derecho "Dr. J. M. Delgado Ocando"  
Universidad del Zulia - Maracaibo, Venezuela*

## Resumen

El presente ensayo forma parte de investigaciones que venimos realizando al estudiar los aspectos sancionatorios contenidos en las normas penales y las normas administrativas vigentes en el derecho venezolano. Dada la marcada proliferación legislativa, de normas sancionadoras, se plantea entonces la interrogante de si el Derecho Penal se encuentra rebasado por las condiciones sociales actuales, asumiendo el Derecho Administrativo roles diferentes a los que les son propios desde el inicio de su sistematización como rama del Derecho. Se trata de encontrar el "**Sentido real del ilícito**", sin otro norte que no sea la cabal y recta aplicación de la justicia.

**Palabras claves:** Ilicitud, Injusticia, Ilegalidad, Antijuricidad, Interpretación.

# Illicitness in the Punishing Law

## Abstract

This work is a part of some researches that we have been doing when studying the punishing aspects which are included in the penal and administrative rules in force in the Venezuelan Law. Due to the noticeable legislative proliferation of punishing rules, the question is if Penal Law is exceeded by the present social conditions, the Administrative Law assuming roles different from those which are their own from the beginning of its systematization as a branch of Law. It is tried to find the "Real sense of illicitness", without no other purpose but the just and fair application of justice. (Translated by Hortensia Adrianza de Casas).

**Key words:** Ilicitness, Injustice, Illegality, Antijuridicity, Interpretation

## Introducción

En la doctrina jurídica algunos autores han abogado por la existencia de un Derecho Administrativo-Penal, otros por un Derecho Penal-Administrativo, según la preeminencia que quieran otorgar en cada caso, y otros, quizá más por comodidad terminológica que por cualquiera otra razón de fondo, se han dado a la tarea de hacer el estudio de los Delitos Innominados, y últimamente de la Ilicitud Penal Colateral denominación utilizada por Carlos Simón Bello Rengifo (1988), siguiendo una tendencia expresada por los ilustres profesores de la Universidad Central de Venezuela, **Tulio Chiossone y Guitta Mattar de Abouhamad**, ante la imposibilidad de hacer un encuadre terminológico-normativo que satisfaga las expectativas del intérprete de la norma.

Inclusive se ha llegado a abusar con el concepto de las Nor-

mas en Blanco, sin que salvo el ejemplo de los estudios realizados por el Profesor de la "Universidad Católica Andrés Bello" **Jorge Sosa Chacín** (1993: 387), haya habido una preocupación sincera por la naturaleza jurídica y el alcance de las mismas, por lo menos en la doctrina venezolana.

El "**Status Etico Jurídico**" (Arteaga: 127), del cual nos habla en la doctrina patria **Alberto Arteaga Sánchez**, exige que la cuestión de la responsabilidad penal no deje lugar a ningún margen de dudas, sobre todo en la conciencia del juzgador, quien al fin y al cabo, es el destinatario final estatal de la norma, para que así pueda surgir sin dudas, un elevado respeto del Principio de Legalidad, que garantice al intérprete judicial una conducta enmarcada dentro de los más elevados criterios de justicia, pudiendo tomar decisiones concretas, sin atentar contra los elevados ideales que por designio natural tiene el ser humano por el solo hecho de serlo.

Ante el esquema neo-liberalista de los sistemas gubernativos modernos, intrínsecamente complejos, el pragmatismo ha hecho mella en los principios generales que deben orientar y servir de norte al estudio normativo. Expresa el referido autor: "**... se nos pueden suministrar fórmulas, modelos, pautas, maneras de proceder que sirvan de forma inmediata para satisfacer exigencias del momento. Tales modelos, carentes de contenido y al margen de la realidad, informan el ejercicio profesional que, de esta manera, alejado de las fuentes doctrinarias que deben nutrirlo, se ha transformado en gran medida en un ejercicio estéril y frustrante, alejado de nuestra realidad, repetitivo y apegado a los más estrictos criterios exegéticos**" (Ibidem: 127).

Así vemos como el Profesor **Carlos Bello** en su excelente estudio referido a la Ilícitud Penal Colateral expresa: "**Este alejamiento del Código Penal se ha tratado de mantener al máximo, salvo en situaciones que es imprescindible su remisión, como ocurre en el caso del delito de bancarrota, en**

**las ilicitudes profesionales o en el caso de la protección penal a la propiedad intelectual e industrial. Esta relación entre la legislación colateral y la codificada, que revela su íntima proximidad, indica que no ha llegado aún la emancipación. Aquellas figuras que corresponden a la concepción sistemática y valorativa del Código Penal, tampoco han sido tocadas...Entre hecho punible (delito y falta) e ilícito administrativo hay una diferencia orgánica, pero ella como tal no es absolutamente satisfactoria, porque bastaría remitir el problema al procedimiento para pretender resolver algo que tiene que ver con el espíritu y la carne del derecho penal, mucho más de lo que una visión superficial podría hacer creer"** (Bello Rengifo, *Op. Cit*: 13-17).

Nos encontramos así ante la necesidad de abordar un tema controversial por su naturaleza: Existirá un Derecho Penal puro, un Derecho Administrativo puro, o nos veremos en la obligación de aceptar la mixtura de ambas disciplinas jurídicas, a la luz del saber actual, y de las consecuencias pragmáticas que se han venido desarrollando en las sociedades.

Creemos que necesariamente debemos recurrir a los principios filosóficos-doctrinales que actuaron como génesis de ambas disciplinas, para encontrar su exacta naturaleza jurídica, y así poder delimitarlas, convirtiéndose en camino a allanar en la búsqueda de soluciones al problema que se nos plantea.

### **Problema metodológico**

Si nos atenemos a las corrientes filosóficas que han estudiado la Metodología Jurídica, nos encontramos ante una serie de interrogantes, que es necesario resolver, sobre todo a la hora de delimitar y coordinar ramas del saber jurídico, las cuales si bien son diferentes, se complementan en una forma por demás apreciable, tanto en el marco teórico como en la praxis concreta misma. Así, aparte de tomar en consideración aspectos resaltantes como: El derecho como estructura de normas del deber ser, como regulación

eficaz, como solución justa de problemas, hay que tomar en cuenta la interpretación objetiva y subjetiva de la Ley, las palabras como signos de representaciones y las normas "primarias" de conducta y las normas "secundarias" de sanción, con las consecuencias jurídicas que ello acarrea.

Además de las anteriores consideraciones, nos encontramos con toda una serie de problemas a afrontar tales como los métodos de interpretación, la comparación de criterios y el problema de los vacíos legales o lagunas de la Ley, tan propios de las actuales legislaciones, dictadas en forma apresurada, para mantenerse al ritmo de las circunstancias político-económicas, olvidando que una buena característica de la norma jurídica sustantiva y adjetiva debe ser, la eventual perdurabilidad razonable en el tiempo, en el ámbito en el cual le toque desarrollarse, sin desmedro de la adaptabilidad a las situaciones cambiantes del entorno social, en la medida de su desarrollo y surgimiento de circunstancias.

Indudablemente, la interpretación debe tener un carácter funcional y pragmático, para así tratar de encontrar una justa solución a los problemas jurídicos que sean planteados.

Así, el profesor **Reinhold Zippelius** nos expresa que **"la elección entre varias posibilidades de interpretación y de los argumentos hermenéuticos vinculados con éstas, está guiado por la aspiración de hacer corresponder a la solución del problema las representaciones de justicia más idóneas. Como ahora dice Esser, la elección del método está dirigida por una cierta precomprensión ("Vorverständnis") de la solución del caso considerado. El carácter funcional y pragmático de los argumentos de interpretación se muestra patente cuando dichos argumentos entran en conflicto"** (Delgado Ocando, 1975 a: 44-45).

En el campo de los ilícitos penales y administrativos, nos encontramos, como se expresó en la Introducción, que la inmensa maraña legislativa actual, ha hecho que exista una diversidad im-

presionante de textos legislativos, que atenta contra la claridad que debe acompañar a la aplicación de la norma jurídica. Allí nace la serie de conflictos, que hace que los estudios metodológicos a la luz del Derecho Penal o del Derecho Administrativo, entren en colisión real, sin que hasta ahora se hayan encontrado caminos que allanen en forma indubitable dicho problema, y lejos de ello, además nos encontramos con que el egoísmo humano, por demás normal de los estudiosos de cada una de esas ramas del saber jurídico, ha logrado que el problema se haga más complejo en forma más amplia.

Por interpretación a contrario **"se ha dicho y repetido a menudo que la interpretación se detiene cuando el texto es claro: *Interpretatio cessat in claris*"** (Perelman, 1974: 9), pero el problema radica en determinar bajo qué circunstancias sociales reales, el texto a interpretar resulta claro, para lograr la mejor adecuación de la norma al medio social, con las consecuencias que ello conlleva, sin atentar contra el sentido ético-social que debe contener la elaboración normativa.

En el campo del Derecho Penal al cual denominamos, aunque en forma impropia "puro", contamos con un Código Penal antiquísimo, de vieja raigambre filosófica, que no permite al intérprete encontrar soluciones justas a situaciones concretas que se presentan en los tiempos actuales.

La praxis delictual, aunada a los modernos métodos e instrumentos que puede llegar a detentar el delincuente, sin mayor esfuerzo que una adecuación tecnológica, indudablemente han restado toda urgencia a los principios y postulados que inspiraron la creación del cuerpo legislativo sustantivo, en época en las que ni siquiera visionarios de oficio, pudieron imaginar situaciones concretas que hoy se plantean en nuestra sociedad y en general, en la de los países modernos, por lo menos tecnológicamente.

Igualmente, el viejo Código de Enjuiciamiento Criminal, se ha convertido en una camisa de fuerza, que no permite la interpre-

tación extensiva del Derecho Penal, y como consecuencia de ello, nos encontramos ante una sociedad que hace ya demasiado tiempo desbordó la norma que para ella fue creada.

Intentos han habido de lograr una adecuación de los anteriores textos normativos, a las situaciones actuales: Por un lado, nos encontramos con la interpretación que han venido haciendo los tribunales de justicia, para tratar de adecuar dichas normas sustantivas y adjetivas a la realidad social actual; con los estudios realizados por los intérpretes y estudiosos de esa rama del Derecho, concentrados casi siempre en el aula universitaria, asumiendo a veces posiciones sumamente valientes, amparados en la libertad de cátedra que afortunadamente existe en nuestro país, y con la creación de normas mixtas sustantivo-adjetivas por los cuerpos legislativos, que han tratado de llenar el vacío existente.

De allí por ejemplo, la creación de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, la Ley Sobre Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, la Ley Penal del Ambiente y otros textos normativos, que han tratado de compensar las deficiencias del viejo esquema legislativo sancionatorio, pero que en modo alguno, vienen a constituir soluciones efectivas, que satisfagan las necesidades del bien común al cual están destinadas, ni del bien individual, que por mandato constitucional debe ser protegido en forma real y efectiva.

Justo es reconocer los actuales esfuerzos realizados para tratar de subsanar graves problemas planteados con la puesta en práctica de los textos legislativos mencionados, pero sin embargo, nos encontramos con una especie de pared infranqueable: ¿Acaso será suficiente lo realizado hasta los momentos? Evidentemente no resulta así.

La claridad de los textos legislativos, sigue manteniéndose en entredicho, en forma grave y perniciosa, patentizándose en la desconfianza del colectivo hacia el sistema jurídico imperante. Si por oposición a lo antes expresado, nos dirigimos en nuestro estudio,

al campo del Derecho Administrativo, nos encontramos al igual que en el Derecho Penal venezolano, ante una serie de intentos de encontrar caminos concretos para abordar el problema social planteado, pero lejos de aclararse el panorama con dichos intentos, negros nubarrones enturbian el futuro, por la incoherencia en la mayoría de los casos, de los textos legislativos creados, siendo mezclas improvisadas e imprecisas la mayoría de las veces, interpretaciones antojadizas de legislaciones extranjeras, con pésimas traslaciones idiomáticas, que han hecho muy común expresar en el aula universitaria, acerca de la imposibilidad, aún con la ayuda de un ordenador o computadora, de encontrarse el intérprete en real acceso y comprensión de los problemas jurídicos que se le plantean.

Si a ello añadimos, que la modificación de las normas de Derecho Administrativo, en la mayoría de los casos obedece a esquemmas y criterios políticos, matizados de aspectos económicos-financieros que deslindan la acción gubernativa, conforme a la ideología o praxis del sistema gobernante de turno, no podemos menos que pensar, que de seguir así la situación, la anarquía legislativa ya presente nos arropará de tal manera, que será imposible salir de ella, aún con la mejor de las intenciones.

Como consecuencia de lo anterior en los tiempos actuales nos encontramos ante lo que se ha dado en denominar en forma inadecuada, sobre todo en los medios de comunicación social, "la crisis del sistema judicial", que en lo particular ampliaría a "la crisis del sistema jurídico" en general, en desmedro de las libertades individuales y colectivas, las cuales son pisoteadas y mancilladas, no solo por la mala técnica legislativa imperante en nuestro sistema y el de los países latinoamericanos en general, sino por la funesta interpretación de los textos normativos, por parte de los órganos encargados de su aplicación, tanto administrativos como judiciales.

Ciertamente, y en descargo de los mismos podemos decir, sin



tener el más mínimo temor de pecar con tal consideración, que existen esfuerzos reales para que la situación no se prolongue, sobre todo en el ámbito de los intérpretes por excelencia de la norma: los jueces encargados de la administración de justicia.

Llegados a este punto y retomando el problema planteado, nos encontramos en la tradición jurídica, podríamos decir de la **Escuela Clásica**, dos sistemas de interpretación, que han venido a constituir una especie de axiomas en el campo jurídico-social, y los cuales se contraponen el uno al otro: el de la **interpretación estática** y el de la **interpretación dinámica**.

Es allí donde juega un papel preponderante el intérprete o el juzgador de las situaciones jurídicas concretas a la luz del sistema normativo.

En la Interpretación Estática, tal cual lo indica su denominación, el intérprete concentra su esfuerzo en encontrar la voluntad del legislador que elaboró y sancionó el texto legal correspondiente. Por oposición, en la Interpretación Dinámica, es el bien común lo preponderante, y en la misma encuentra caldo de cultivo la equidad como factor determinante en el resultado de la situación jurídica concreta.

**Perelman** acertadamente en su trabajo **La Interpretación Jurídica**, ha expresado: "Estas dos concepciones de la interpretación parecen, ambas, poco satisfactorias. En efecto, en la concepción estática no es la opinión del juez sino la del mejor historiador del derecho la que debería prevalecer. Si es al juez al que se le concede el derecho y la competencia de decidir, debe ser porque no se trata, en esta materia, de historia, de verdad, de ciencia, sino de una decisión que se quisiera que sea la más justa posible. Por otra parte, el recurso a la voluntad del legislador, normalmente sin poder en el momento en el cual la Ley es aplicada, no es a menudo más que una ficción cómoda, pues el legislador que se invoca no puede más manifestarse. Por el con-

trario, la concepción dinámica de la interpretación presenta el riesgo de sustituir a la voluntad del legislador por la voluntad del juez y de suprimir la diferencia entre la regla que ha sido promulgada y aquella que se quisiera ver instaurada. La interpretación de lege lata sería sustituida por aquella de lege ferenda, que no tomaría en cuenta en absoluto la voluntad manifiesta del legislador" (*Ibidem*: 11-12). Ateniéndonos entonces a la concepción que podríamos denominar "clásica" de la interpretación jurídica, nos encontramos que la actuación judicial casi siempre viene a estar subordinada a la voluntad del legislador, creador del sistema normativo sustantivo y adjetivo.

De esta forma se nos presenta el sistema legislativo vigente, en un momento y en una situación determinada, como una especie de camisa de fuerza, que impide a pesar de los esfuerzos del intérprete, realizar la adecuación de las situaciones concretas actuales al sagrado objetivo de la real y formal administración de justicia, que tenga como norte fundamental, la satisfacción de las necesidades individuales, como paso intermedio para la satisfacción de las necesidades del colectivo.

Así, no bastaría a pesar de los problemas suscitados por la vastedad normativa, el conocimiento de las reglas del Derecho vigentes, sino que la principal tarea de la interpretación jurídica consistiría en **"encontrar soluciones a los conflictos entre las reglas, jerarquizando los valores que estas reglas deben proteger...El papel del juez es el de fijar los límites de cada una de ellas"** (*Ibidem*: 21).

Encontrándonos ante esta dicotomía interpretativa, evidentemente hemos de llegar a la conclusión, antes de continuar en el estudio del problema planteado, de que el mismo no encuentra solución adecuada en el texto frío y blanquinegro de la Ley, sino en la real y efectiva preparación del intérprete jurídico, el cual formando parte del conglomerado destinatario de la creación jurídica, tra-

taría de adecuarla en su aplicación, con el mínimo de daño individual y el máximo de beneficio social, tratando así de esta manera, de dar cumplimiento a los más elementales y altos postulados de la Justicia como valor común inapreciable y que debe mantenerse inalterable, so riesgo de convertir a los seres humanos en destructores de si mismos, en depredadores de su propia creación.

Hechas todas las consideraciones anteriores, surge en forma natural la interrogante: ¿Cuál o cuáles criterios metodológicos podrán aplicarse para resolver el problema planteado acerca de los ilícitos penales y los ilícitos administrativos?

Es así como tenemos que referirnos a los Métodos Comparativos, a los Precedentes Jurisprudenciales y a la búsqueda de la legitimidad normativa, para resolver las situaciones de hecho, dentro del ámbito del Derecho.

Como bien lo ha sabido expresar el profesor **José Manuel Delgado Ocando**, "el tipo de caso problemático es comparado con los tipos incluidos en la norma dentro del círculo conceptual de la extensión establecida. Cuando se trate de determinar si las diferencias de características entre los casos comparados son o no relevantes, la instancia axiológica es ineludible. Finalmente se trata de una decisión del sentimiento jurídico. Pero el Juez debe, en lo posible, evitar que su fallo esté determinado por sus propias preferencias axiológicas. Al contrario, en cuanto representante de la comunidad, el juez debe valorar conforme a las representaciones ético-jurídicas prevalentes en la comunidad. La argumentación jurídica constata varios momentos en el desarrollo de los principios y conceptos jurídicos aplicables a los casos considerados: Bien que un caso problemático se incluya en el campo de aplicación de la norma (interpretación) o en el dominio de validez de un principio jurídico (analogía); ora que el caso sea excluido de la esfera de validez de la norma (interpretación restrictiva, Tat-

**bestand de excepción) o que el principio jurídico no deba extenderse más allá de los casos expresamente previstos (argumento a contrario)" (Delgado Ocando, Op. Cit: 54-55).**

De esta manera, el intérprete o el juzgador en el caso concreto que se le plantee, deberá recurrir a alguna de las situaciones anteriormente expresadas, para tratar de encontrar una solución no solo justa, sino ajustada a Derecho, que venga a concretar el fin último del sistema jurídico, a saber, la satisfacción colectiva.

No es desdeñable asimismo, que el interprete recurra a los precedentes, tanto legislativos como jurisprudenciales, en la búsqueda de soluciones, sobre todo, en los casos de confusión de la normativa a aplicar, en virtud de la coincidencia en la situación jurídica concreta, de dos o más ramas o especialidades del saber jurídico, lo cual evidentemente, hace sumamente difícil la resolución del problema, sin atentar contra la justicia como norte de actuación.

Así, el juez, como intérprete de la norma, deberá cuando lo estime pertinente, asumir una actitud valiente y decidida, en el caso de considerar necesario el cambio de criterios para una situación jurídica singular o general, de forma tal, que haya una real correspondencia, entre la necesidad de cambio y el mantenimiento del concepto de seguridad jurídica, piedra troncal del sistema judicial.

El juez se convierte de esta manera en un factor que vendría a llenar "lagunas de valoración", que no fueron tomadas en cuenta por el legislador, al momento de dictar la norma general y abstracta.

El caso concreto que se plantee en estrados o al análisis del estudioso del Derecho, deberá ser objeto de profundos estudios, evitando confusiones en la aplicación normativa y sobre todo, eludiendo la aplicación de normas contradictorias, provenientes de diferentes ramas del saber jurídico, que lejos de crear paz social, viene a constituir un atentado a la seguridad jurídica. Representa por ello un peligro social la mezcla de ramas del saber jurídico, sin

el establecimiento claro de linderos de actuación o sin clarificar criterios en cuanto a su probable interrelación, tratando de aplicar principios y sentidos fundamentales de la una en la otra, según las circunstancias eventuales lo vayan aconsejando, en una forma vaga y la más de las veces incoherentes, por su escaso basamento en un real sentido jurídico, pero sin dejar sentados fundamentos de interpretación y actuación, que sirvan en un futuro para resolver problemas similares o de estructura parecida, que se presenten en el medio social al cual está destinada la normativa en cuestión.

El jurista, bien sea actuando como intérprete concreto de la norma a la luz de las circunstancias que rodean el medio en el cual le toca desenvolverse, o actuando como ente delegado por el Estado para la aplicación concreta de lo dispuesto en las disposiciones legales, deberá actuar en todo momento como sujeto conciliador de posiciones encontradas, unas veces en el hecho social mismo y otras ocasiones, en las normas que pudiera aplicar al caso concreto objeto de su decisión futura, haciendo aplicación no sólo de los métodos clásicos de interpretación, sino utilizando todos aquellos métodos que puedan complementar los primeros, y los principios generales que deben informar el sistema jurídico, para lograr así la consecución de soluciones circunscritas en el ámbito de la justicia plena, desideratum último de las sociedades civilizadas.

De nada servirían normas penales modernas y adecuadas a la realidad actual, o normas administrativas conformes con el desarrollo socio-tecnológico alcanzado por los países civilizados en el decurso del presente siglo, sin la verdadera adecuación en su aplicabilidad, de manos de los encargados de hacerlo, con la sapiencia propia de la experiencia acumulada y la decisión y valentía propias del ser humano en busca de la perfección, la cual aunque difícil de alcanzar, no descarta la existencia de una perfectibilidad posible, cada vez en aumento, en el medio social en el cual al ser humano le toque su actuación vital.

Indudablemente, acá entonces se nos plantea un grave problema, el cual consiste en los escasos estudios llevados a cabo por los estudiosos del Derecho venezolano, acerca de los ilícitos administrativos y su estrecha relación con los ilícitos penales. Pareciera prima facie que la solución entonces la encontraríamos, tratando de aplicar los principios doctrinales y jurisprudenciales, de conformidad con la ubicación de la norma sustantiva, a la cual el ser humano ha adecuado su actuación, en un momento y lugar determinados.

Tendríamos así, que si la conducta se adecua o encuadra dentro de alguno de los tipos penales que consagra el Código Penal, aplicaríamos los principios doctrinales del Derecho Penal, sin ningún género de dudas, y si la conducta se enmarca dentro de alguno de los tipos administrativos, previstos en cualquier norma sustantiva administrativa, se aplicarían los principios doctrinales del Derecho Administrativo, tratando de mantenerse el intérprete dentro de la rama del Derecho que le corresponda estudiar o aplicar, sin tomar en consideración postulados indispensables que deben ser tomados en cuenta, cuando en todo caso nos encontramos ante la presencia del Delito o de la Falta, los cuales tienen vida propia, independientemente de la ubicación que el legislador haya querido darle en un momento determinado, en la mayoría de los casos apresurada esta localización por la presión social o de corte político, lo cual no ha permitido por lo menos en nuestro país, el hacer una sistematización sincera y acorde con los tiempos, sin desmedro de una archilegislación acomodaticia existente, por no decir oportunista y de escasa significación a mediano y largo plazo en el medio en el cual le toca desarrollarse, apareciendo como soluciones espasmódicas y compulsivas contrarias a los fundamentos axiológicos del Derecho como concretización del ideal de Justicia.

Llegado a este punto, se nos plantean varias interrogantes a saber: Si la conducta ilícita llevada a cabo por el ser humano es única, necesariamente el ilícito administrativo y el ilícito penal de-

berán ser estudiados bajo la óptica de los postulados filosófico-jurídicos de la ilicitud en general?

¿Se correría el riesgo como consecuencia del planteamiento anterior, de contrariar los elementales principios de Justicia que deben orientar la Teoría del Derecho y su aplicación en el medio social en un momento y ante una realidad determinada, por la existencia de una gran diversidad de normas sustantivas que contienen aspectos sancionadores?

¿Será necesario, que el legislador asuma su papel adecuándolo a los tiempos actuales, con toda la complejización social que le toca enfrentar, pero tratando de codificar al máximo las eventuales conductas antijurídicas en la sociedad, y así despejar dudas derivadas de la extrasistematización penal normativa?

Y por último la mayor interrogante: ¿Será necesaria la elaboración de una teoría dogmática como consecuencia de postulados filosóficos nuevos, hasta ahora no planteados en la Teoría del Derecho, que permitan considerar a los ilícitos administrativos como totalmente diferenciados, en su estructura jurídica y en sus efectos, de los ilícitos penales?

## **La ilicitud como elemento sustancial**

Para tratar de encontrar respuestas a las interrogantes anteriormente planteadas, es necesario hacer un alto y adentrarnos en el campo de las ilicitudes en el Derecho, ampliamente estudiado por la Filosofía Jurídica y por la Teoría General del Derecho Penal. Indudablemente, al hacer el planteamiento de la Ilicitud, nos encontramos en presencia de la Antijuricidad en el mundo del Ser y del Deber Ser normativo. Es la eterna lucha que se ha planteado entre "lo justo" y "lo injusto", desde la creación del hombre hasta los tiempos actuales, devanándose la conciencia los filósofos y pensadores, en la búsqueda de soluciones apropiadas para el ser humano, al fin y al cabo eje y centro de la creación divina. En este punto se nos presenta una trilogía terminológica tan íntimamente

ligada que pareciéramos encontrarnos con conceptos comunes y de contenidos casi idénticos los cuales se hace necesario esclarecer: Injusticia, Ilicitud y Antijuricidad.

Como lo expresa **Ferruccio Rossi-Landi** en su búsqueda del sentido semiótico en el campo del Derecho, **"el derecho es un sistema sígnico no verbal. Los sistemas sígnicos son sumas dialécticas de códigos y mensajes empleados realmente por emisores y destinatarios en condiciones oportunas"**, concepto éste ampliado por **Delgado Ocando** al abordar el punto en cuestión expresando: **"pero el Derecho, es además un sistema sígnico institucional, es decir instrumental, por cuanto se refiere a algo exterior al organismo humano...la instrumentalidad del Derecho se especifica en la "significancia" y programación del comportamiento interferido...el hombre adquiere las características que diferencia su comportamiento del comportamiento de los animales sólo insertándose en la red de los sistemas sígnicos funcionantes en una sociedad dada"** (Delgado Ocando, 1975 b: 16).

La trilogía terminológica planteada representa por lo tanto un punto de suma importancia, que rebasa el problema del iusnaturalismo y el iuspositivismo, en tanto y cuanto implica aspectos internos del comportamiento humano que se traducen en actos externos socialmente relevantes y con consecuencias concretas. La conducta "interferida" por el Derecho, como medio de "intervención social", debe llenar las expectativas sociales en un momento dado, sin desmérito de las cualidades intrínsecas sagradas que corresponden al ser humano, por el solo hecho de serlo. Evidentemente, no es este el momento de entrar en razonamientos acerca de la preeminencia del iusnaturalismo o del iuspositivismo, tema amplísimamente tratado en el campo de la ius-filosofía, pero **"la ambigüedad de la oposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo, por una parte, y la amplia gama de variedades de la misma, por la otra, hace difícil inclusive el intentar**



**clasificar los puntos de vista representados en los estudios filosófico-jurídicos más recientes"** (Opalek, 1973: 11).

En principio, pareciera que el concepto de Injusticia, se encuentra dentro del ámbito del Derecho Natural y los conceptos de Ilicitud y Antijuricidad, se enmarcan dentro del Derecho Positivo normativo.

La exacta significancia de la noción de Ilicitud como elemento sustancial, como presupuesto necesario de la Antijuricidad, es por ello imprescindible en nuestro estudio.

**Manuel Ossorio** en su obra **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**, refiriéndose a la Injusticia expresa: **"Acción contra la justicia. Falta de Justicia"**. Parafraseando a **Escrache** nos dice que la Injusticia es **"la opresión o sin razón que padece el litigante vencido en juicio, cuando por lo que resulta del proceso sin necesidad de nuevas pruebas se ve claramente que la decisión del tribunal no puede sostenerse...por no ser conforme al sentido y espíritu de la ley, al sistema de jurisprudencia adoptado constantemente por los tribunales superiores, al Derecho Natural, a las buenas costumbres o a lo deducido y probado por las partes"** (Ossorio, 1981: 383).

Claramente, la anterior conceptualización de la Injusticia, nos viene dada en el campo del Derecho Natural por contraposición ideológica al viejo dogma jurídico de que "la Justicia es el arte de dar a cada uno lo suyo". Pero ese arte de la aplicación de la Justicia, visto desde ese punto de vista únicamente, nos hace pensar en la subjetividad que la rodea. De allí el porque ningún perdedor de un proceso se considera atendido adecuadamente por la Justicia, así como tampoco ningún condenado por delito, sea este de la gravedad que sea por sus consecuencias negativas en el medio social.

Al referirse **Ossorio** a la Antijuricidad, define o Antijurídico diciendo que **"la definición es fácil, pues debe entenderse**

**por tal lo que es contra Derecho. Determinar su contenido ya resulta más complicado; porque, saber cuando una acción humana es opuesta al Derecho, requiere una apreciación de índole subjetiva. Así, matar a una persona constituye un acto claramente antijurídico. Y sin embargo, pueden darse circunstancias en que matar a una persona represente un derecho y hasta una acción elogiabile. Lo mismo en todos los aspectos del Derecho. Por eso en el examen de cada caso concreto, sólo a los jueces está reservada la facultad de establecer la juricidad o la antijuricidad de los actos" (Ibidem: 58).**

Si nos atenemos a lo anteriormente planteado, en cuanto a las conceptualizaciones de la Injusticia y de la Antijuricidad, nos encontramos inmersos en el campo de la subjetividad, sin ningún margen para duda alguna.

En la una y en la otra, corresponderá al juez, como representante social, la valoración del sentido ético-moral contenido en el supuesto normativo, de una conducta, la cual si se encuentra objetivada en la norma y se perfecciona en el medio social correspondiendo a la descripción normativa, será digna de la resolución judicial, sea cual sea su resultado, y sean cuales sean las consecuencias.

Indudablemente, la sociedad al poner en manos del administrador de justicia la aplicación de los supuestos normativos, se considerará satisfecha de los resultados que el juez consiga, luego de las deducciones realizadas a lo largo de un proceso.

Profundizando lo anteriormente expuesto y adentrándonos dentro de la dogmática penal, el eminente profesor **Luis Jiménez de Asua**, en su obra **La Ley y el Delito**, expresa su inquietud acerca de las nociones que nos ocupan y trata de encontrar la solución entre lo justo y lo injusto, expresando: **"Lo antijurídico es una expresión desaprobadora que requiere esclarecimiento a fondo, porque tanto lo justo como lo injusto han**

**sido enturbiados por pretendidas exigencias de moral y de política. El desprecio que tuvieron los positivistas por el Derecho hizo que esta piedra angular de todo edificio de Dogmática Punitiva haya quedado sin pulimento en los países que bebieron su sabiduría jurídica en fuentes italianas"** (Jiménez de Asúa, 1980: 265).

Ha sido la doctrina alemana la que parece haber resuelto el problema entre lo Injusto y lo Antijurídico. **Binding** al estudiar el problema, plantea la dicotomía entre la noción de Injusto como un no Derecho, y la noción de Antijurídico, como un antiderecho. Así planteada la situación, la inexistencia de un Derecho regulador conduciría a la existencia de la Injusticia, y la existencia de una conducta contraria al Derecho, como un antiderecho, conduciría a la concretización de la antijuricidad, esto es, al ámbito propio de la Ilicitud, en tanto presupuesto necesario.

Evidentemente, tal disquisición filosófica pareciera importar poco al momento de la praxis judicial y fue lo que quizás hizo que **Mezger** a pesar de aceptar las nociones de **Binding**, dijera que **"debemos emplear indistintamente y con carácter sinónimo tanto la voz injusto como la de antijurídico"**, tal como lo expresa **Jiménez de Asua (Ibidem: 265)**.

Autores de gran renombre en el campo del Derecho Penal, al estudiar el problema de lo injusto y lo antijurídico, han lanzado una serie de teorías, tales como **Franz Von Listz**, al tratar de encontrar diferencias de fondo, oportunas para una proposición ecléctica, entre Antijuricidad Material y Antijuricidad Formal, según que el ataque sea a la convivencia social o a los preceptos positivos establecidos en la norma jurídica.

Pero indudablemente, el acto contrario a Derecho es a su vez un acto contrario a la sociedad, por lo cual esta teoría es poco resistente a una crítica seria y sistemática.

Llegado a este punto, por tanto, es necesario ratificar la importancia de la Ilicitud como elemento sustancial y primordial al

tratar el estudio de los ilícitos penales y administrativos. La ilicitud como tal, es el presupuesto necesario de la Antijuricidad, en tanto y cuanto elemento valorativo para determinar el quebrantamiento de la norma jurídica, llevándose a cabo como una adecuación conductual del ser humano al sentido descrito en su contenido.

En tal sentido, la conducta ilícita conduce necesariamente al atentado contra el sistema normativo que acoge en su descripción dicha conducta como presupuesto necesario y condicionante para el establecimiento de la sanción reparadora del orden social quebrantado.

Por ello, la dogmática punitiva no prescribe conductas, sino que las describe, estableciendo las consecuencias de su concretización en el medio social al cual está dirigido el sistema normativo, y por ello nuestra insistencia en la profundización de la ilicitud y la antijuricidad.

Tanto en el Derecho Penal denominemos puro, como en el Derecho Administrativo sancionador, nos encontramos en presencia de tipos descriptivos, que permiten al intérprete y al juzgador precisar cuando se encuentra en presencia de una conducta contraria a Derecho es decir antijurídica.

Como corolario al estudio de la ilicitud como elemento sustancial, decimos que tanto el legislador penal como el legislador administrativo, al establecer sistemas sancionadores, **presuponen una conducta ilícita que encuadre dentro del tipo descrito en la norma para así en el menor género de dudas, establecer la antijuricidad de dicha conducta**, con las consecuencias que ello acarrea.

El suponer que existe una ilicitud administrativa diferenciada de la ilicitud penal, es en nuestro criterio arar en el mar de las discusiones filosóficas-jurídicas, para a la final darse cuenta el jurista de que la ilicitud es un elemento sustancial, único y propio de la dogmática sancionadora, independientemente del encuadre le-

gislativo que haya querido dársele en una sociedad y en un momento determinado.

Poco importa que la sanción como elemento reparador social haya sido establecida en un Código Penal o en leyes diseminadas, especialmente aquellas que tocan el sistema de convivencia social como las leyes de tipo administrativo. La ilicitud como elemento sustancial, primario de valoración objetiva, es única y como tal debe ser siempre tratada.

Llegado a este punto, resulta interesante tomar en cuenta lo expresado por el Profesor **Jorge Sosa Chacín** en su obra **Teoría General de la Ley Penal**, coincidente con el planteamiento realizado por nosotros, en donde al momento de detenerse en el problema de las ilicitudes penales y administrativas, resalta el hecho de que **"al Derecho Administrativo sólo le interesa el aspecto formal y externo del orden público. Al Derecho Penal por el contrario, le importa no sólo el equilibrio físico-social sino también el aspecto ético-social del mismo orden público y la defensa de los valores supremos en que él descansa...El ilícito penal puede ser, además, un ilícito civil o administrativo, pero para nuestra ciencia no es importante lo que sea. El delito no tiene como consecuencia la sanción civil o la sanción administrativa, aunque del mismo hecho deriven consecuencias penales, civiles y administrativas. Para el Derecho Penal el Ilícito es el Delito aunque éste se pueda calificar también como ilícito administrativo que pida la sanción de policía, es decir, de control de subordinación del súbdito a la administración pública..."**(Sosa Chacín, Op. Cit: 12-13).

Por todo lo antes expuesto y creyendo resueltas las interrogantes inicialmente planteadas en nuestro estudio, es necesario considerar algunas inquietudes y probables caminos para solucionar los entuertos causados por la gran casuística legislativa reinante en las sociedades actuales, sobre todo en relación a las nor-

mas sancionadas, las cuales son las más importantes para el ser humano, en tanto afectan su libertad de actuación.

Evidentemente en las sociedades modernas, los legisladores más que meros instrumentos de un sistema político que responda a unos intereses determinados, deberán convertirse en verdaderos adalides de la adaptabilidad del derecho a las situaciones actuales. No deberán permanecer en sus funciones en ningún caso alejados de la realidad social en la cual se desenvuelven y la cual es la destinataria final de su creación.

Sabemos que es prácticamente imposible la codificación en un texto único de todas las conductas ilícitas y por ende antijurídicas probables que pueden presentarse en la sociedad, pero atendiendo a sanos criterios, debe evitarse el desbordamiento legislativo ocasional, producto de situaciones socio-políticas presentes en un momento determinado y tratar de elaborarse un sistema normativo que si bien no sea inmanente en el tiempo, sea algo perdurable en sus efectos, porque tan dañina es para una sociedad, una conducta antijurídica como una mala aplicación de la justicia, situación ésta a la que se es tan proclive en los sistemas sociales con exagerada creación legislativa la cual cuando resulta confusa, es contradictoria y por ende contraria al paradigma para el cual las leyes fueron creadas.

Afortunadamente, en el Derecho actual se hacen grandes esfuerzos para resolver en forma eficaz estas situaciones. El jurista como tal, no puede mantenerse fuera del contexto social en el cual le toca desarrollarse y al cual no debe atropellar en nombre de la preeminencia del Estado de Derecho, respondiendo a patrones socio-políticos determinados.

**Lautman** mencionado por **Bernard** en relación a este problema, propone: **"Una buena técnica jurídica aún con alcance meramente intrasistemático y reformista, requiere una transformación de la concepción normativista y técnico formal del Derecho y la preparación de la tarea legislativa**

**e interpretativa mediante un estudio científico del contexto social, económico y político en el cual las mismas deben llevarse a cabo. En otras palabras, es imprescindible una sociologización de la jurisprudencia que erradique el divorcio entre el jurista y el contexto en el cual actúa"** (Bernard, 1987: 117).

### **Lista de Referencias**

- ARTEAGA SANCHEZ, Alberto. **Estudios Varios en Homenaje a Tullio Chiossone**, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Imprenta Universitaria.
- BELLO RENGIFO, Carlos Simón. **Ilícitud Penal Colateral**, 2 Tomos, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Imprenta Universitaria, 1988.
- BERNARD, Brigitte; "Teoría Jurídica y Eficacia del Derecho", **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nos. 66-67**. Universidad del Zulia, Editorial Universitaria, Maracaibo, 1987.
- DELGADO OCANDO, José Manuel. **Exposición de la Metodología del Derecho de Reinhold Zippelius**, Cuaderno de Trabajo No. 13 del Centro de Estudios de Filosofía del Derecho - LUZ. Editorial Universitaria, Maracaibo. 1975. a).
- DELGADO OCANDO, José Manuel. **Consideraciones sobre los Elementos Semióticos del Derecho**, Cuaderno de Trabajo No. 9 del Centro de Estudios de Filosofía del Derecho - LUZ. Editorial Universitaria, Maracaibo. 1975 b).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, **La Ley y el Delito**, Editorial Suramericana, Buenos Aires, 1980.
- OPALEK, O y WRÓBLEWSKI, J. **Axiología Dilema entre Iuspositivismo y Iusnaturalismo**, Cuaderno de Trabajo No. 2 del Centro de Estudios de Filosofía del Derecho - LUZ. Editorial Universitaria, Maracaibo. 1973.
- OSSORIO, Manuel, **Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas y Sociales**, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, República Argentina, 1981.

**PERELMAN CH, La Interpretación Jurídica**, Trad. del francés de Hermann Petzold Pernía, Cuaderno de Trabajo No. 7 del Centro de Estudios de Filosofía del Derecho - LUZ, Editorial Universitaria, Maracaibo, 1974.

**SOSA CHACIN, Jorge; Derecho Penal I**, Editorial Sucre, Caracas, **Teoría General de la Ley Penal**. Ed. Librería Alvaro Nohora, Caracas, 1993.